

**CONSEIL D'ETAT**

PK

statuant

au contentieux

**N° 423159**

**REPUBLIQUE FRANÇAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

BUREAU EUROPEEN D'ASSURANCE  
HOSPITALIERE

M. Thomas Pez-Lavergne

Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux

(Section du contentieux, 7ème et 2ème chambres réunies)

M. Gilles Pellissier

Rapporteur public

Sur le rapport de la 7ème chambre

de la Section du contentieux

Séance du 9 janvier 2019

Lecture du 25 janvier 2019

Vu la procédure suivante :

La société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM) a demandé au juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Toulon, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, en premier lieu, d'annuler la décision par laquelle le centre hospitalier intercommunal de Fréjus Saint-Raphaël (Var), en qualité de mandataire d'un groupement de commandes constitué avec le centre hospitalier de Saint-Tropez, a rejeté l'offre qu'elle avait présentée pour l'attribution d'un marché de prestation de services d'assurance portant sur la responsabilité civile hospitalière et les risques annexes ainsi que la décision d'attribuer ce marché au groupement constitué par le Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH), mandataire, et les sociétés Amtrust International Underwriters et Areas Assurances, en deuxième lieu, d'enjoindre au centre hospitalier intercommunal de Fréjus Saint-Raphaël de reprendre la procédure au stade de l'examen des offres, en troisième lieu, d'annuler la procédure de passation lancée par le centre hospitalier intercommunal de Fréjus Saint-Raphaël et, en dernier lieu, d'enjoindre au centre hospitalier intercommunal de lui communiquer les informations exigées par l'article 99 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, notamment le rapport d'analyse des offres ainsi qu'un ensemble d'autres documents relatifs au marché. Informée de ce que le marché avait été signé, la société a demandé au juge du référé contractuel du tribunal administratif de Toulon, sur le fondement des articles L. 551-13 et L. 551-18 du code de justice administrative, en premier lieu, d'annuler le contrat conclu le 23 décembre 2017 par le centre hospitalier intercommunal de Fréjus Saint-Raphaël et le groupement constitué par le Bureau européen d'assurance hospitalière et les sociétés Amtrust International Underwriters et Areas Assurances, en second lieu, d'enjoindre au centre hospitalier intercommunal de lui communiquer la lettre de candidature du groupement attributaire, le mandat confié au Bureau européen d'assurance hospitalière par les sociétés Areas Assurances et Amtrust International Underwriters, le mémoire technique du Bureau européen d'assurance hospitalière, l'ensemble des pièces du marché signé ainsi que le rapport d'analyse des offres et de présentation de la procédure de passation. Par une ordonnance n° 1704809 du 15 janvier 2018, le juge des référés du tribunal administratif de Toulon a prononcé un non-lieu à statuer sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative et rejeté les autres conclusions de la société.

Par une décision n° 417734 du 25 juin 2018, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux a annulé cette ordonnance en tant qu'elle statue sur les conclusions du référé contractuel.

Par une ordonnance n° 1802024 du 27 juillet 2018, le juge des référés du tribunal administratif de Toulon a ordonné la résiliation, à compter du 1<sup>er</sup> mars 2019, du marché conclu le 23 décembre 2017 entre le centre hospitalier intercommunal de Fréjus Saint-Raphaël et le groupement constitué par le Bureau européen d'assurance hospitalière et les sociétés Amtrust International Underwriters et Areas Assurances.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 13, 17 août et 26 octobre 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH) demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance du 27 juillet 2018 ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande présentée par la société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM) et de faire droit à ses conclusions de première instance ;

3°) de mettre à la charge de la société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM) la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la directive 89/665/CEE du 21 décembre 1989, modifiée par la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 ;

- le code des assurances ;

- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;

- loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 ;

- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;

- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Thomas Pez-Lavergne, maître des requêtes,

- les conclusions de M. Gilles Pellissier, rapporteur public.

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Foussard, Froger, avocat du Bureau européen d'assurance hospitalière et à Me Le Prado, avocat de la société hospitalière d'assurance mutuelle.

Vu la note en délibéré, enregistrée le 11 janvier 2019, présentée par la société hospitalière d'assurances mutuelles.

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation (...)/ Le juge est saisi avant la conclusion du contrat* ». Aux termes de l'article L. 551-4 du même code : « *Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle* ». Aux termes de l'article L. 551-13 du même code : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section* ». Aux termes de l'article L. 551-14 du même code : « *Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local. / Toutefois, le recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours* ». Aux termes de l'article L. 551-18 du même code : « *Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. / La même annulation est prononcée lorsque ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique. / Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat* ». Enfin, aux termes de l'article L. 551-20 du même code : « *Dans le cas où le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9, le juge peut prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière* ».

2. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Toulon que le centre hospitalier intercommunal de Fréjus Saint-Raphaël a lancé en octobre 2017, au nom du groupement de commandes qu'il a constitué avec le centre hospitalier de Saint-Tropez et dont il est le coordonnateur, une procédure d'appel d'offres ouvert pour la passation d'un marché public de prestation de services d'assurance portant sur la responsabilité civile hospitalière et les risques annexes, ayant pour objet de couvrir les conséquences pécuniaires de la mise en cause de la responsabilité civile

de ces deux établissements par des tiers. Par un courrier électronique du 12 décembre 2017, la société hospitalière d'assurances mutuelles a été informée du rejet de son offre et de l'attribution du marché au groupement constitué par le Bureau européen d'assurance hospitalière et les sociétés Amtrust International Underwriters et Areas Assurances. La société hospitalière d'assurances mutuelles a d'abord demandé au juge du référé précontractuel, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'une part, d'annuler la décision par laquelle le centre hospitalier intercommunal de Fréjus Saint-Raphaël avait rejeté son offre et la décision d'attribuer le marché au groupement constitué par le Bureau européen d'assurance hospitalière et les sociétés Amtrust International Underwriters et Areas Assurances et, d'autre part, de lui enjoindre de reprendre la procédure au stade de l'examen des offres et de lui communiquer les motifs du rejet de son offre et les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi qu'un ensemble de documents relatifs au marché, dont le rapport d'analyse des offres. Informée de la signature du marché par le centre hospitalier intercommunal de Fréjus Saint-Raphaël avec le groupement attributaire, elle a ensuite demandé au juge des référés l'annulation de ce marché sur le fondement des dispositions des articles L. 551-13 et L. 551-18 du code de justice administrative relatives au référé contractuel. Par une ordonnance du 15 janvier 2018, le juge des référés du tribunal administratif de Toulon a prononcé un non-lieu à statuer sur les conclusions de la société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM) relatives au référé précontractuel et rejeté ses conclusions présentées au titre du référé contractuel. Par une décision n° 417734 du 25 juin 2018, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux a annulé cette ordonnance en tant qu'elle statue sur les conclusions du référé contractuel et renvoyé l'affaire, dans cette mesure, au tribunal administratif de Toulon.

3. Par une ordonnance du 27 juillet 2018, le juge des référés du tribunal administratif de Toulon a rejeté les conclusions de la requête de la société hospitalière d'assurances mutuelles présentées sur le fondement de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, mais a ordonné, sur le fondement de l'article L. 551-20 du même code, la résiliation, à compter du 1<sup>er</sup> mars 2019, du marché en litige, qui devait initialement expirer le 31 décembre 2020. Par le pourvoi qu'il a formé le 13 août 2018 devant le Conseil d'Etat, le Bureau européen d'assurance hospitalière doit être regardé comme demandant l'annulation de cette ordonnance en tant qu'elle ordonne, sur le fondement de l'article R. 551-20 du code de justice administrative, la résiliation du marché à compter du 1<sup>er</sup> mars 2019.

4. Pour ordonner la résiliation du marché, le juge des référés du tribunal administratif de Toulon a relevé que le centre hospitalier avait méconnu l'interdiction de le signer à compter de la saisine du juge du référé précontractuel et jusqu'à la notification de la décision de celui-ci, prévue par l'article 551-4 du code de justice administrative. Il a en outre estimé que le marché comportait une clause d'assurance de protection juridique au sens de l'article L. 127-1 du code des assurances et que, le Bureau européen d'assurance hospitalière ne disposant pas d'un mandat de la société Areas Assurances, seul membre du groupement attributaire habilité à garantir les risques de protection juridique, le centre hospitalier avait conclu le marché avec un candidat dont l'offre était irrégulière. Le requérant soutient que c'est au prix d'une méconnaissance de l'article L. 121-7 du code des assurances que le juge des référés a identifié une clause d'assurance de protection juridique.

5. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que l'article 2.2.19 du cahier des clauses techniques particulières intitulé « *Protection juridique des agents* » stipule que « *L'assureur couvre les effets de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, notamment son article 11 (...), l'obligation de l'établissement de garantir les frais de défense pénale et recours de tout agent mis en cause dans le cadre de sa mission au sein de l'établissement* », qu'au titre de la garantie « *défense pénale* », « *l'assureur s'engage à défendre l'assuré, le directeur de l'établissement et les personnes ayant reçu une délégation de pouvoir dans l'exercice de leurs fonctions, ainsi que les agents placés sous l'autorité de l'assuré pendant leur service, lorsqu'ils sont personnellement poursuivis devant une juridiction répressive à l'occasion d'un dommage garanti au titre du contrat « Assurance Responsabilité Civile* » » et qu'au titre de la garantie « *recours* », « *l'assureur s'engage à réclamer la réparation incombant à un tiers responsable des dommages matériels et immatériels qui en sont la conséquence, subis par l'assuré, et qui ont trait à l'un des risques compris dans les garanties de base ou expressément couverts au titre de l'une des extensions facultatives de garantie* ».

6. Aux termes de l'article L. 127-1 du code des assurances : « *Est une opération d'assurance de protection juridique toute opération consistant, moyennant le paiement d'une prime ou d'une cotisation préalablement convenue, à prendre en charge des frais de procédure ou à fournir des services découlant de la couverture d'assurance, en cas de différend ou de litige opposant l'assuré à un tiers, en vue notamment de défendre ou représenter en demande l'assuré dans une procédure civile, pénale, administrative ou autre ou contre une réclamation dont il est l'objet ou d'obtenir réparation à l'amiable du dommage subi* ». Aux termes de l'article L. 127-6 de ce code, placé dans le chapitre intitulé « *L'assurance de protection juridique* » : « *Les dispositions du présent chapitre ne s'appliquent pas : (...) / 2° A l'activité de l'assureur de responsabilité civile pour la défense ou la représentation de son assuré dans toute procédure judiciaire ou administrative, lorsqu'elle s'exerce en même temps dans l'intérêt de l'assureur* ». Aux termes du second alinéa de l'article L. 113-1 du même code : « *l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré* ». Aux termes de l'article L. 121-2 du même code : « *L'assureur est garant des pertes et dommages causés par des personnes dont l'assuré est civilement responsable en vertu de l'article 1242 du code civil, quelles que soient la nature et la gravité des fautes de ces personnes* ».

7. Par ailleurs, aux termes de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires : « *I. - A raison de ses fonctions et indépendamment des règles fixées par le code pénal et par les lois spéciales, le fonctionnaire ou, le cas échéant, l'ancien fonctionnaire bénéficie, dans les conditions prévues au présent article, d'une protection organisée par la collectivité publique qui l'emploie à la date des faits en cause ou des faits ayant été imputés de façon diffamatoire. / II. - Lorsque le fonctionnaire a été poursuivi par un tiers pour faute de service et que le conflit d'attribution n'a pas été élevé, la collectivité publique doit, dans la mesure où une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions n'est pas imputable au fonctionnaire, le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui. / III. - Lorsque le fonctionnaire fait l'objet de poursuites pénales à raison de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions, la collectivité publique doit lui accorder sa protection. Le fonctionnaire entendu en qualité de témoin assisté pour de tels faits bénéficie de cette protection. La collectivité publique est également tenue de protéger le fonctionnaire*

*qui, à raison de tels faits, est placé en garde à vue ou se voit proposer une mesure de composition pénale. / IV. - La collectivité publique est tenue de protéger le fonctionnaire contre les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne, les violences, les agissements constitutifs de harcèlement, les menaces, les injures, les diffamations ou les outrages dont il pourrait être victime sans qu'une faute personnelle puisse lui être imputée. Elle est tenue de réparer, le cas échéant, le préjudice qui en est résulté (...) » ;*

8. Il résulte des dispositions de l'article L. 127-6 du code des assurances, citées au point 6, que ne constitue pas une clause d'assurance de protection juridique la clause par laquelle l'assureur s'engage à prendre en charge la défense ou la représentation de son assuré dans toute procédure judiciaire ou administrative, lorsque cette prise en charge s'exerce en même temps dans son intérêt propre. Ainsi, une clause qui prévoit l'intervention de l'assureur uniquement en cas d'action mettant en cause une responsabilité garantie par le contrat ne constitue pas une garantie de protection juridique qui s'imposerait à l'assureur quelles que soient les circonstances du sinistre. L'activité prévue au titre de la garantie « recours » mentionnée au point 5 peut être regardée comme exercée aussi dans l'intérêt de l'assureur. Il résulte par ailleurs des dispositions précitées de l'article L. 121-2 du code des assurances qu'il en va de même de l'activité exercée au titre de la garantie « défense pénale » mentionnée au même point, sans qu'y fassent obstacle les dispositions de l'article L. 113-1 du même code. Par suite, en jugeant que les stipulations de l'article 2.2.19 du cahier des clauses techniques particulières, au moins en tant qu'elles portent sur le volet « défense pénale », instituent une garantie de protection juridique régie par les articles L. 127-1 et suivants du code des assurances, le juge des référés du tribunal administratif de Toulon a entaché son ordonnance d'une erreur de droit. Dès lors, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, le Bureau européen d'assurance hospitalière est fondé à en demander l'annulation en tant qu'elle ordonne, par son article 1<sup>er</sup>, la résiliation du marché sur le fondement de l'article L. 551-20 du code de justice administrative.

9. Aux termes du second alinéa de l'article L. 821-2 du code de justice administrative : *« Lorsque l'affaire fait l'objet d'un second pourvoi en cassation, le Conseil d'Etat statue définitivement sur cette affaire »*. Le Conseil d'Etat étant saisi, en l'espèce, d'un second pourvoi en cassation, il lui incombe de statuer, dans les limites de la cassation prononcée ci-dessus, sur les conclusions du référé contractuel de la société hospitalière d'assurances mutuelles.

10. Le rejet des conclusions présentées par la société hospitalière d'assurances mutuelles sur le fondement de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, devenu définitif, ne fait pas obstacle à ce que soit prononcée, même d'office, une sanction sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-20 du même code, si le contrat litigieux a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 du code.

11. Il résulte de l'instruction, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, que le marché litigieux a été signé par le centre hospitalier intercommunal de Fréjus Saint-Raphaël en méconnaissance de

l'obligation prévue par l'article L. 551-4 du code de justice administrative. Il y a donc lieu de prononcer une des sanctions prévues par l'article L. 551-20 du même code.

12. Pour déterminer la sanction à prononcer, il incombe au juge du référé contractuel qui constate que le contrat a été signé prématurément, en méconnaissance des obligations de délai rappelées à l'article L. 551-20 du code de justice administrative, d'apprécier l'ensemble des circonstances de l'espèce, en prenant notamment en compte la gravité du manquement commis, son caractère plus ou moins délibéré, la plus ou moins grande capacité du pouvoir adjudicateur à connaître et à mettre en œuvre ses obligations ainsi que la nature et les caractéristiques du contrat.

13. Il résulte de l'instruction que le centre hospitalier intercommunal de Fréjus Saint-Raphaël, qui ne pouvait ignorer les conditions dans lesquelles un marché peut être signé lorsque le juge du référé précontractuel a été saisi, a signé le contrat litigieux alors qu'il était clairement informé de l'existence d'un référé précontractuel, qui lui avait été notifié. Il y a lieu, dans ces conditions, de lui infliger une pénalité financière d'un montant de 20 000 euros en application des dispositions de l'article L. 551-20 du code de justice administrative.

14. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées par le Bureau européen d'assurance hospitalière et la société hospitalière d'assurances mutuelles au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

DECIDE :

-----

Article 1<sup>er</sup> : L'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance du 27 juillet 2018 du juge des référés du tribunal administratif de Toulon est annulé.

Article 2 : Une pénalité de 20 000 euros, qui sera versée au Trésor public, est infligée au centre hospitalier intercommunal de Fréjus Saint-Raphaël en application des dispositions de l'article L. 551-20 du code de justice administrative.

Article 3 : Les conclusions présentées par le Bureau européen d'assurance hospitalière et la société hospitalière d'assurances mutuelles au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.



Article 4 : La présente décision sera notifiée au Bureau européen d'assurance hospitalière et à la société hospitalière d'assurances mutuelles.

Copie en sera adressée au centre hospitalier intercommunal de Fréjus Saint-Raphaël et au directeur départemental des finances publiques du Var.