

N° 459408

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

SOCIETE HOSPITALIERE
D'ASSURANCES MUTUELLES

M. Frédéric Gueudar Delahaye
Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux
(Section du contentieux, 7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies)

M. A... B... de Vendeuil
Rapporteur public

Sur le rapport de la 7^{ème} chambre
de la Section du contentieux

Séance du 22 avril 2022
Décision du 16 mai 2022

Vu la procédure suivante :

La Société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM) a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Melun, sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative, outre la communication de différents documents, d'annuler le contrat conclu entre le Groupe hospitalier du sud de l'Ile-de-France (GHSIF) et la société Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH), ou le nouvel assureur se substituant à la Lloyd's Insurance Company, pour l'exécution des prestations d'assurance de responsabilité civile à compter du 1^{er} janvier 2022 et d'annuler les contrats ou avenants conclus entre le GHSIF et le BEAH ou la Lloyd's Insurance Company en ce qu'ils contiennent des augmentations tarifaires prohibées par le code de la commande publique.

Par une ordonnance n° 2110013 du 29 novembre 2021, le juge des référés du tribunal administratif de Melun a dit qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur les conclusions à fin de communication de l'acte d'engagement du marché, de la décision de résiliation de la société Amtrust International Underwriters DAC et de l'avenant signé avec la compagnie Berkshire Hathaway Insurance Company DAC et a rejeté le surplus des conclusions de la demande de la SHAM.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 14 et 29 décembre 2021 et le 7 mars 2022 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la SHAM demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) à titre subsidiaire, de surseoir à statuer et de renvoyer à la Cour de justice de l'Union européenne une question préjudicielle sur la possibilité, au regard du principe d'égalité de traitement des candidats à un marché public, qu'en cours d'exécution du marché, un acheteur autorise la substitution d'un assureur membre d'un groupement titulaire d'un marché public d'assurance par voie d'avenant sans recourir à de nouvelles mesures de publicité et de mise en concurrence.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code de la commande publique ;
- le code de la santé publique ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Frédéric Gueudar Delahaye, conseiller d'Etat,
- les conclusions de M. A... B... de Vendeuil, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, après les conclusions, à la société Le Prado - Gilbert, avocat de la Société hospitalière d'assurances mutuelles, à la SCP Foussard, Froger, avocat de la société Bureau européen d'assurance hospitalière et à la SCP Bauer-Violas, Feschotte-Desbois, Sebagh, avocat du Groupe hospitalier du sud de l'Ile-de-France ;

Vu les notes en délibéré, enregistrées les 22 et 26 avril 2022 présentées par la société Bureau européen d'assurance hospitalière ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 26 avril 2022 présentée par la Société hospitalière d'assurances mutuelles ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 29 avril 2022, présentée par le Groupe hospitalier du sud de l'Ile-de-France ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que, à l'issue d'une procédure d'appel d'offres ouvert, le Groupe hospitalier du sud de l'Ile-de-France (GHSIF) a conclu, le 23 décembre 2019, avec un groupement conjoint composé du Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH), courtier et mandataire du groupement, et des sociétés Amtrust International Underwriters DAC, Areas Dommages, Lloyd's Insurance Company et Groupama protection juridique, un marché d'assurance responsabilité civile et risques annexes, pour une durée de trois ans à compter du 1^{er} janvier 2020. Par courrier du 22 juin 2021, la compagnie Amtrust International Underwriters DAC a informé le GHSIF de son intention de « résilier le marché d'assurance de responsabilité civile » à compter du 31 décembre 2021 à minuit. Le 8 septembre 2021, le GHSIF a alors signé avec le BEAH un avenant n° 1 au contrat d'assurance substituant la compagnie Berkshire Hathaway Insurance Company DAC à la société Amtrust International Underwriters DAC, pour la durée restant à courir du marché. La Société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM) a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Melun d'une demande qui doit être regardée comme visant, en application de l'article L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, à l'annulation de cet avenant. Par l'ordonnance attaquée, le juge des référés a rejeté cette demande.

Sur le cadre juridique :

2. Aux termes de l'article L. 551-13 du code de justice administrative : « *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* ». Aux termes de l'article L. 551-18 dudit code : « *Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsqu'a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. / (...)* ». Enfin, aux termes de l'article L. 551-19 de ce code : « *Toutefois, dans les cas prévus à l'article L. 551-18, le juge peut sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général. / Cette raison ne peut être constituée par la prise en compte d'un intérêt économique que si la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées et que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat (...)* ».

3. Il n'entre dans la compétence du juge du référé contractuel, telle que définie par l'article L. 551-13 du code de justice administrative, de statuer sur un avenant à un contrat que lorsque la conclusion d'un tel accord est soumise aux règles de publicité et de concurrence qui s'appliquent à la passation des contrats visés aux articles L. 551-1 et L. 551-5.

Sur les conclusions du pourvoi :

4. D'une part, aux termes de l'article L. 2194-1 du code de la commande publique : « *Un marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions prévues par voie réglementaire, lorsque : /1° Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ; / 2° Des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ; / 3° Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ; / 4° Un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché ; / 5° Les modifications ne sont pas substantielles ; / 6° Les modifications sont de faible montant. / Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement, de telles modifications ne peuvent changer la nature globale du marché* ».

5. Aux termes de l'article R. 2194-5 du même code : « *Le marché peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir (...)* ». Aux termes de l'article R. 2194-6 : « *Le marché peut être modifié lorsqu'un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché, dans l'un des cas suivants : / 1° En application d'une clause de réexamen ou d'une option conformément aux dispositions de l'article R. 2194-1 ; / 2° Dans le cas d'une cession du marché, à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial, à condition que cette cession n'entraîne pas d'autres modifications substantielles et ne soit pas effectuée dans le but de soustraire le marché aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Le nouveau titulaire doit remplir les conditions qui avaient été fixées par l'acheteur pour la participation à la procédure de passation du marché initial* ». Aux termes de l'article R. 2194-7 : « *Le marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ne sont pas substantielles. / Pour l'application de l'article L. 2194-1, une modification est substantielle, notamment, lorsque au moins une des conditions suivantes est remplie : (...)* 4° *Elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues à l'article R. 2194-6* ».

6. D'autre part, aux termes de l'article R. 2142-19 du code de la commande publique : « *Les groupements d'opérateurs économiques peuvent participer aux procédures de passation de marchés* ». Aux termes de l'article R. 2142-20 du même code : « *Le groupement est : / 1° Conjoint lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché ; / 2° Solidaire lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché* ». Aux termes de l'article R. 2142-25 de ce code : « *L'appréciation des capacités d'un groupement d'opérateurs économiques est globale. Il n'est pas exigé que chaque membre du groupement ait la totalité des capacités requises pour exécuter le marché* ».

7. La substitution, au cours de l'exécution d'un marché passé avec un groupement d'opérateurs économiques, lequel n'est pas doté de la personnalité juridique, d'un ou de plusieurs des membres de ce groupement par un ou plusieurs autres opérateurs économiques constitue une modification du titulaire du marché qui ne peut valablement avoir lieu sans mise en concurrence que dans les cas prévus par les dispositions de l'article L. 2194-1 du code de la commande publique, citées au point 4, et précisés par les dispositions réglementaires citées au point 5.

8. Il en résulte qu'en jugeant que la substitution effectuée par l'avenant contesté de la société Berkshire Hathaway Insurance Company DAC à la société Amtrust

International Underwriters DAC au sein du groupement titulaire du marché passé par le GHISF ne constituait pas une modification du titulaire du marché soumise aux dispositions citées aux points 4 et 5 dès lors que cette modification ne concernait qu'un membre du groupement et que son mandataire n'avait pas changé, l'auteur de l'ordonnance attaquée a commis une erreur de droit. La SHAM est, par suite, fondée à demander l'annulation de l'ordonnance qu'elle attaque.

9. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative.

Sur les conclusions dirigées contre l'avenant signé le 8 septembre 2021 :

10. En premier lieu, d'une part, il résulte de ce qui a été dit précédemment que la substitution de la société Berkshire Hathaway Insurance Company DAC à la société Amtrust International Underwriters DAC comme membre du groupement avec lequel a été passé le marché doit être regardée comme un changement de titulaire, qui ne peut avoir régulièrement lieu que dans les cas et conditions prévus par l'article R. 2194-6 du code de la commande publique. Or il résulte de l'instruction que cette modification n'a pas eu lieu en application d'une clause de réexamen ou d'une option et qu'elle n'est pas intervenue à la suite d'une opération de restructuration de la société Amtrust International Underwriters DAC.

11. D'autre part, la décision de cette société de se retirer du groupement, qui met en œuvre une clause de résiliation prévue par le contrat lui-même, ne peut être regardée comme constituant une circonstance qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir au sens des dispositions de l'article R. 2194-5 du code de la commande publique.

12. En second lieu, aux termes de l'article R. 2194-8 du code de la commande publique : « *Le marché peut être modifié lorsque le montant de la modification est inférieur aux seuils européens qui figurent dans l'avis annexé au présent code et à 10 % du montant du marché initial pour les marchés de services et de fournitures ou à 15 % du montant du marché initial pour les marchés de travaux, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les conditions prévues à l'article R. 2194-7 sont remplies. / Les dispositions de l'article R. 2194-4 sont applicables au cas de modification prévue au présent article* ». Il résulte de l'avenant litigieux qu'il porte la prime d'assurance pour la seule année 2022 de 2,65% à 3,048% du budget, soit une augmentation de 74 610,60 euros hors taxes, ce qui représente une augmentation de 5,01% du montant total du marché sur les trois années d'exécution. Cette augmentation porte ainsi sur un montant inférieur au seuil de 215 000 euros hors taxes et inférieur à 10 % du montant total du marché. Dès lors, il résulte de ce qui a été dit au point 3 que la SHAM n'est pas recevable à contester devant le juge du référé contractuel cet avenant en tant qu'il a modifié le prix du marché d'assurances initial.

13. Il résulte de ce qui précède que la SHAM est seulement recevable à saisir le juge du référé précontractuel des stipulations de l'avenant signé le 8 septembre 2021 qui procèdent au remplacement de la société Amtrust International Underwriters DAC par la société Berkshire Hathaway Insurance Company DAC, lesquelles sont divisibles des autres stipulations de l'avenant, et qu'elle est fondée à soutenir qu'en procédant à ce remplacement sans mise en concurrence le GHISF a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

14. Si cette irrégularité est, par application de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, de nature à entraîner l'annulation de ces stipulations de l'avenant litigieux, une telle annulation se heurte en l'espèce à une raison impérieuse d'intérêt général, tenant à l'obligation légale faite aux établissements de santé de bénéficier d'une assurance destinée à les garantir pour leur responsabilité civile et aux conséquences disproportionnées, au regard des manquements commis, qu'aurait une annulation rétroactive de l'avenant sur la couverture assurantielle des sinistres ayant été susceptibles de survenir depuis sa signature. En outre, compte tenu, d'une part, de l'obligation d'assurance des établissements de santé, laquelle fait obstacle à ce qu'une résiliation soit prononcée avec un effet immédiat, et, d'autre part, de la durée d'exécution du contrat restant à courir, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des dispositions de l'article L. 551-19 du code de justice administrative et d'infliger au GHSIF une pénalité financière de 5 000 euros.

Sur les conclusions présentées par le GHISF et le BEAH au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

15. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de la SHAM qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante.

DECIDE :

Article 1^{er} : Les articles 2 et 3 de l'ordonnance du 29 novembre 2021 du juge des référés du tribunal administratif de Melun sont annulés.

Article 2 : Une pénalité de 5 000 euros, qui sera versée au Trésor public, est infligée au Groupe hospitalier du sud de l'Ile-de-France en application des dispositions de l'article L. 551-19 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions présentées par les parties est rejeté.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la Société hospitalière d'assurances mutuelles, au Groupe hospitalier du sud de l'Ile-de-France, à la société Bureau européen d'assurance hospitalière et au directeur départemental des finances publiques de Seine-et-Marne.

Délibéré à l'issue de la séance du 22 avril 2022 où siégeaient : M. Jacques Henri Stahl, président adjoint de la section du contentieux, présidant ; M. Nicolas Boulouis, M. Olivier Japiot, présidents de chambre ; M. Géraud Sajust de Bergues, M. Benoît Bohnert, M. Gilles Pellissier, M. Jean-Yves Ollier, conseillers d'Etat ; M. François Lelièvre, maître des requêtes et M. Frédéric Gueudar Delahaye, conseiller d'Etat-rapporteur.

Rendu le 16 mai 2022.

Le rapporteur :

Signé : M. Frédéric Gueudar Delahaye

Le président :

Signé : M. Jacques-Henri Stahl

La secrétaire :

Signé : Mme Nadine Pelat