

# **LETTRE D'AUDIT ASSURANCES**

**DECEMBRE 2001**

## **SOMMAIRE**

- 1 - CATASTROPHES NATURELLES**
- 2 - PREVENTION DES RISQUES**
- 3 - REPONSES MINISTERIELLES**
- 4 - ACTUALITE - LES MAJORATIONS TARIFAIRES**
- 5 - MAJORATION TARIFAIRE ET ARTICLE 19 DU CODE DES MARCHES PUBLICS**
- 6 - NOUVEAUTE : LE GAREAT**
- 7 - LA REFORME DU CODE DES MARCHES**
- 8 - NOMENCLATURE PREVUE AUX II ET III DE L'ARTICLE 27 DU CMP**
- 9 - LA DUREE**
- 10 - LA NOTIFICATION DU MARCHE ASSURANCES**
- 11 - LES CANDIDATURES**
- 12 - LA COMMISSION D'APPEL D'OFFRES**
- 13 - LA COASSURANCE**
- 14 - LA LOI MURCEF**
- 15 - LA PERSONNE RESPONSABLE DU MARCHE (P.R.M.)**
- 16 - PERLES**

**PROCHAINES SESSIONS DE FORMATIONS EN ASSURANCES  
REALISEES PAR AUDIT-ASSURANCES**

**\* Gérer les assurances du SYNDICAT  
DEPARTEMENTAL D'INCENDIE ET DE SECOURS**

**=> 23 et 24 avril 2002**

**\* Gérer les assurances des Collectivités  
Locales.**

**=> 15 et 16 mai 2002**

**=> 27 et 28 novembre 2002**

Institut de la Performance Publique (IPP) - Monsieur Villotte  
39 rue de Ranelagh  
75016 PARIS

Tel : 01.55.74.83.00 Fax : 01.55.74.83.01

**BIBLIOGRAPHIE**

- ⊗ DICTIONNAIRE PERMANENT DES ASSURANCES
- ⊗ localmundi.fr : site dédié aux Collectivités sur INTERNET.
- ⊗ L'ARGUS DES ASSURANCES

## EDITORIAL

L'actualité de cette fin d'année est si riche que la lettre d'AUDIT ASSURANCES paraît en retard. Nous vous prions d'accepter nos excuses. Mais nous désirions avoir un peu de recul sur la réforme des marchés.

- Nous avons regretté le retrait d'agrément accordé par le Ministère des Finances à INDEPENDENT. Pourtant, cette société fournissait les documents administratifs imposés par les articles 48 à 55 du CMP.
- "The SAINT PAUL" a annoncé son retrait du Marché de l'Europe continentale. Cette compagnie se retire également aux USA du marché de la responsabilité hospitalière. Cette décision est indépendante de l'arrêt Perruche de la Cour de Cassation.
- Le regroupement des Sociétés d'assurances se poursuit : MAAF-MMA a annoncé le rachat de WINTERTHUR.
- La SMABTP ne souscrit plus de nouvelles affaires en dommages aux biens.

Ces annonces contribuent encore au rétrécissement du Marché de l'assurance « Collectivités Publiques ».

Trois évènements majeurs ont perturbé en cette fin d'année le marché de l'assurance du secteur :

- la réforme du Code des Marchés Publics (CMP) :
- la Loi MURCEF du 11 décembre 2001
- les évènements du 11 septembre 2001.

⇒ La réforme du Code et la loi MURCEF créent d'abord une peur subjective : jusqu'à quel point les collectivités désireront elles insérer des clauses exorbitantes au droit commun ?

⇒ Comment le juge administratif fera-t-il évoluer la jurisprudence en assurance ?

⇒ Les assureurs craignent que la réforme alourdisse la procédure, et que les collectivités privilégient encore plus la forme de la réponse que le fond de l'offre en elle même.

⇒ Quelles seront les conséquences de la nullité d'un contrat décidé lors d'un déferé préfectoral ?

Sur un fond de déprime des marchés financiers, les évènements du 11 septembre 2001 ont surpris le marché de la réassurance qui n'avait pas envisagé une telle situation. Les primes et les conditions de réassurance ont toutes été revues, générant des surcoûts importants pour les assureurs, voir leur interdisant de répondre à certaines consultations en l'absence de couverture suffisante des risques « attentat », garantie obligatoire en France.

Le marché très confidentiel des collectivités publiques rentre dans une phase passionnante . Sommes nous à la veille de la disparition de la concurrence ?

## 1- CATASTROPHES NATURELLES

### 1.1) Plan de Prévention des Risques Naturels Prévisibles (PPRNP) :

La franchise « Catastrophes Naturelles » sera calculée différemment suivant que la Collectivité s'est ou non dotée d'un Plan de Prévention des Risques Naturels Prévisibles pour le risque concerné. En l'absence de plan de prévention, la franchise sera doublée, triplée... (cf. arrêté du 05/09/00 modifiant les articles A 125-1 et A 125-3 du Code des Assurances).

Au vu de l'arrêté du 06/07/2001, portant constatation de l'état de catastrophes naturelles, JO 18/07/2001, page 11 522 (ou l'ARGUS n°6749 du 24/08/2001).

L'arrêté de catastrophes naturelles reprend, Commune par Commune, le nombre d'arrêtés pris pour ce type de catastrophe naturelle, depuis le 02/02/1995. Ainsi, les assureurs peuvent rapidement calculer les franchises sans avoir à relancer les Communes à ce sujet.

**AVERTISSEMENT :** nous conseillons aux Services Municipaux de vérifier l'absence d'erreur dans le décompte des arrêtés interministériels de catastrophes naturelles, ou si entre temps un Plan de Prévention a été publié.

**OBSERVATIONS :** Le décompte des catastrophes naturelles depuis le 02/02/1995 ne se réalise pas en fonction de la date de survenance du risque, mais en fonction de la date de l'arrêté. De ce fait, pour la Ville de Chaville (92) l'arrêté du 06/07/2001 constate des mouvements de terrains liés à la sécheresse remontant :

- de octobre à décembre 1990
- de mars à juin 1992
- de janvier 1996 à décembre 1997

En l'absence de PPRNP, la franchise augmente à chaque sinistre, alors même que le sinistre est antérieur aux décrets du 05/09/2000.

### 1.2) Pour les administrés :

Les conséquences de l'absence de plan de prévention peuvent être importantes pour les professionnels (secteur privé ou secteur public) installés sur le territoire de la commune, car à la différence des biens à usage personnel, la franchise catastrophes naturelles n'est pas fixe, mais proportionnelle aux dommages : 10 % pour la première catastrophes naturelles, 20 % pour la seconde, 30 %... . L'absence de PPRNP peut alors aggraver la situation financière des entreprises déjà fragilisées par le sinistre.

## 2 - PREVENTION DES RISQUES

Le Comité Interministériel de prévention des risques naturels majeurs a décidé le 17/12/2001 de prévoir dans le projet de finance 2002, un budget de 8,3 millions d'euros pour soutenir les Collectivités locales qui souhaitent engager des études ou des travaux de prévention. Les subventions du Ministère de l'environnement pourront s'élever à 50 % (étude) ou 30 % (travaux). Source : Localmundi.fr

### 3- REPONSES MINISTERIELLES

#### 1 - Assurance – Procédure Négociée ?

Le Code des Marchés Publics ne prévoit **aucune** disposition spécifique au marché d'assurance. En conséquence, plusieurs procédures réglementaires peuvent être appliquées, au choix de la Personne Responsable du Marché (PRM) :

1. L'appel d'offre (ouvert ou restreint)
2. la mise en concurrence simplifiée
3. le Marché négocié si la difficulté d'une définition des prestations de Service est telle que leurs spécifications ne puissent être définies dans le cahier des charges et que l'organisation d'un appel d'offres soit par la suite rendue impraticable .
4. les marchés sans formalités préalables,

Réf : Ministère des Finances/ M. DEROSIER, JO du 19/11/2001, page 6616

Commentaires d'AUDIT ASSURANCES :

La procédure négociée de droit, définie à l'article 104.1.8.a) de l'ancien Code des Marchés Publics (décret du 27/02/1998) n'est plus de mise. La procédure négociée d'assurance est devenue l'exception. L'article 35 énumère limitativement les cas envisageables.

Dans quels cas principaux pourrions nous employer la procédure négociée ?

- a) après un appel d'offres (35.I.1), si le cahier des charges n'est pas modifié. Si le dossier est adressé aux personnes dont la candidature a été acceptée, la Collectivité pourra se dispenser de publicité.
- b) Il est trop tôt pour affirmer que la procédure d'appel d'offres ouvert est impraticable dans de nombreux cas. Cela est vrai en pratique, mais faux en théorie. Il est préférable d'attendre que jurisprudence soit établie, ou de faire preuve d'imagination.
- c) cas d'urgence impérieuse (35-III-I) ou urgence suite à la défaillance du candidat (article 35-III-3).
  - Nous pourrions citer par exemple la cessation d'activité de la Société INDEPENDENT, suite au retard d'agrément par le Ministère des Finances.
  - Par contre, le retrait annoncé par ST PAUL, un an à l'avance ne permettra pas de justifier de l'urgence, car la Collectivité a le temps d'organiser une consultation.
  - La résiliation suite au refus d'une majoration tarifaire « presse bouton, style évènements du 11.9.2001 », pourrait être analysée,

- mais si la résiliation est liée à une mauvaise sinistralité endémique, on pourra estimer que la collectivité est partie prenante à l'urgence.

RAPPEL : La Commission d'Appel d'Offres doit donner un avis favorable et motivé avant de lancer une procédure négociée. La CAO sera incompétente pour la suite de la procédure de passation.

## **2 - Assurance – consultation du marché du courtage.**

Certaines Collectivités pour diverses raisons, ont décidé, préalablement à un marché d'assurance, de sélectionner un intermédiaire qui aura mission de consulter le marché d'assurance.

Le Ministre des Finances, répond à M. DEROSIER, JO du 10/09/01 page 5177, "qu'il n'est pas possible pour un acheteur public de charger directement un courtier de lui présenter la meilleure offre d'assurance".

## 4 - ACTUALITE – LES MAJORATIONS TARIFAIRES

### 1 - Les majorations remises avant le 11/09/01 et avant le délai de préavis :

Certains assureurs qui avaient signé des contrats il y a 2 ou 3 ans ont analysé les résultats financiers (rapport sinistre /prime). A l'époque les tarifications qui avaient été remises étaient souvent techniquement très basses. Si la sinistralité ne s'est pas améliorée, ou si elle s'est dégradée, un ajustement économique devenait inévitable.

Certains assureurs pensaient qu'il était impossible de modifier un prix pour un contrat passé sous la forme d'un Marché Public. Ils ont fait jouer le droit de résiliation annuelle. Après discussion, un projet d'avenant a pu être remis.

D'autres assureurs ont remis hors délais des avenants de modification contractuelle (majoration tarifaire, augmentation des franchises...). En général, le droit du contrat a été accepté. Le contrat est alors reconduit pour la seule année 2002. La Collectivité doit alors préparer une nouvelle consultation à effet du 01/01/2003.

Dans la plupart des cas, les avenants proposés étaient négociables (une majoration initiale de 80 % a été négociée in fine à 40 %).

La Commission d'Appel d'Offres, soucieuse uniquement de la défense de l'égalité de traitement entre les candidats a justifié de différentes manières son avis négatif.

- a) refus dès lors que la majoration excédait 15 % (d'autres ont porté la barre à 25 %, 30 % ...).
- b) Analyse du tableau des offres tarifaires après négociation à la date de l'attribution du Marché. La Commission d'Appel d'Offres a vérifié si en intégrant la majoration tarifaire, le titulaire aurait encore été choisi, par comparaison aux offres remises à l'époque par ses concurrents. Ainsi si lors du choix du candidat, l'écart tarifaire entre les deux premiers candidats était de 3 %, la CAO a refusé tout avenant supérieur à 3 % au vu du principe de l'égalité de traitement. Mais si l'écart était élevé, la CAO a fait preuve de souplesse lors de l'analyse de l'avenant.

Lorsque la CAO a émis un avis négatif, les Collectivités ont procédé à une nouvelle consultation.

En général, la majoration de la prime a été plus importante suite à mise en concurrence, que ce qui avait été négocié lors de la présentation de l'avenant.

### 2 – Les majorations remises après le 11/09/01

Suite aux événements internationaux, le Marché est perturbé. Deux attitudes ont été constatées.

#### 2.1 – Les assureurs soucieux du formalisme

Ils ont prévenu préalablement les Collectivités. Un avenant a été adressé en invoquant à tort ou à raison (cf. infra) l'article 19 du CMP.

Ces assureurs doivent être félicités, car cette attitude de bienséance et « imposée » par le CMP est nouvelle pour eux.

N.B. : Les Services doivent vérifier si les avenants mentionnent bien le nouveau taux de prime unitaire, et le cas échéant :

- . l'ancien taux de prime
- . l'incidence de l'évolution indiciaire
- . le pourcentage de majorations
- . le nouveau taux

## **2.2– Les assureurs « traditionnels »**

Ils ont attendu la dernière minute pour connaître les conséquences des négociations des traités de réassurance.

Les Services ont reçu une quittance sans aucune explication.

Si la Collectivité suit avec attention le calcul des quittances, le Service a pu saisir la CAO. A défaut, le payeur a rejeté le mandat pour vice de forme.

## **5 - MAJORATION TARIFAIRE ET ARTICLE 19 DU CODE DES MARCHES PUBLICS**

De nombreuses Collectivités ont constaté des majorations tarifaires pour l'année 2002. Certains assureurs (notamment la SMACL) ont eu l'obligeance de prévenir préalablement les Collectivités de l'envoi d'un avenant, et pour permettre à la Commission d'Appel d'Offres de motiver la non acceptation de la modification contractuelle, ont fait référence à des subjections techniques imprévues créant un bouleversement de l'économie du marché et à l'article 19 du nouveau Code des Marchés Publics.

Début janvier, nombre de Collectivités ont reçu un mailing d'un audit affirmant qu'à son sens les événements récents ne pouvaient justifier la présentation d'un avenant bouleversant l'économie du Marché. Cet audit vous propose une réunion pour déterminer si une négociation, une acceptation ou un refus de l'avenant est envisageable.

La problématique nous paraît être très complexe au vu de la spécificité du marché de l'assurance. Nous vous proposons simplement des réflexions.

a. – Si l'on considère que l'article 19 n'est pas applicable, la situation est claire : l'avenant est proposé hors délai, en conséquence, il n'est même pas nécessaire de chercher à négocier.

b. – On peut chercher à raisonner par parallélisme avec les marchés de travaux. Il arrive que les prix des matières premières augmentent. Encore faut-il savoir si la « réassurance » est une matière première ou une fourniture ?

c. – Il ne faut pas oublier que le Code des Assurances est d'ordre public, et on peut s'interroger si les évènements internationaux peuvent être entendus comme une aggravation du risque au sens de l'article L 113-4 du Code des Assurances. Se posera alors la question de la primauté du Code des Assurances et du Code des Marchés Publics (depuis la Loi MURCEF du 11 décembre 2001).

d – Nous attirons votre attention sur le fait que les propositions de majorations adressées par la SMACL étaient antérieures à la constitution du pool attentat (GAREAT). A ce jour nous ignorons si la SMACL intégrera cette nouvelle cotisation dans la majoration initialement présentée.

e – L'argumentation de la SMACL, au vu des conséquences des évènements du 11/09/01 sur le Marché de la réassurance nous paraît acceptable, pour le risque de dommages aux biens. Pour les autres risques (automobile, protection juridique...) il semble s'agir plus d'une affirmation.

Nous disons bien « nous paraît acceptable », car il faut tenir compte de la rigidité du Code des Marchés.

### **La Collectivité peut-elle refuser ces majorations ?**

A notre avis, il faut replacer la problématique dans le contexte général de la raréfaction de l'offre et des conséquences de la Loi MURCEF (le contrat d'assurance est désormais un contrat administratif), et de la spécificité de la collectivité.

- Contexte général

Nous connaissons aujourd'hui une remontée importante des taux de prime, car les assureurs lorsqu'ils remettaient par le passé une offre (notamment de 1999 à 2001) n'appliquaient pas des taux techniques, mais des tarifications commerciales plus basses, leur interdisant de constituer des réserves suffisantes pour faire face à de tels évènements catastrophiques. Les Collectivités ont ainsi bénéficié de tarifications techniquement très basses. Il n'est pas anormal de constater alors un retour de balancier.

- Situation personnelle de la collectivité

Nous préférons évoquer différemment le problème afin de réserver une réponse nuancée suivant que le rapport sinistre/prime est favorable ou non, et/ou que le taux de prime est faible ou non.

- Sachant que des décisions de principe fortes sont prises au sein des Conseils d'Administration des sociétés d'assurance, je conseille souvent d'accepter (ou de négocier), l'avenant de majoration, si le taux unitaire de prime est faible ou si la sinistralité est mauvaise (une renégociation risquerait d'être dramatique financièrement parlant).

- Mais si le taux de prime est déjà élevé ( avant l'édition de l'avenant) et que la sinistralité est bonne, nous conseillons de contacter au plus vite l'assureur, et le cas échéant de refuser le projet de modification contractuel.

A l'heure actuelle, nous ne cherchons pas à faire jurisprudence devant le juge administratif, pour savoir si le refus de l'avenant ouvrira ou non un droit à résiliation par l'assureur. Cherchons à défendre les intérêts de la Collectivité sur un long terme. La rupture du partenariat avec l'assureur pourrait être dramatique pour la Collectivité.

### **Le précédent – la coutume**

Les assureurs pourront ils présenter aussi facilement des majorations « presse bouton » ? Une coutume ne pourrait elle pas naître de ce précédent ?

Nous ne pensons pas que l'acceptation massive d'avenants en 2002 par les collectivités, soit source d'abus dans l'avenir. Nous pensons que le juge pourra alors reconsidérer la chose, y compris lors d'un contrôle a posteriori. Ce « précédent » n'est justifié que dans le cadre d'un contexte spécifique invoquant des sujétions techniques exceptionnelles, et ne devrait pas avoir de réelle incidence dans l'avenir. Mais à titre de réflexion, on peut se demander ce qui se serait passé, si la tempête de 1999, se serait produite en décembre 2002.

En tout état de cause, le rappel que le contrat d'assurance est résiliable au moins annuellement par l'une ou l'autre des parties, relative beaucoup la problématique.

<p>Pour se permettre de refuser ou de négocier un avenant, il est impératif que le marché reste concurrentiel.</p>
--

En conclusion, lorsqu'il y va de l'intérêt financier de la Collectivité à court ou à long terme, nous proposons de reconnaître valable l'argumentation de l'assureur, quitte à négocier. Si l'assureur a des prétentions trop importantes, une mise en concurrence sera peut être inévitable.

En tout état de cause, il faut tenir compte du délai nécessaire à une consultation en cas de refus de l'avenant d'une part, et le délai de préavis d'autre part.

Dans certains cas les CAO ont accepté la majoration tarifaire à condition que la Collectivité relance une consultation à effet du 01/01/2003.

## 6 - NOUVEAUTE : LE GAREAT

Faisant suite aux événements du 11 septembre 2001, le « Groupement d'Assurances et de Réassurance des Risques Attentats et Actes de Terrorisme » (GAREAT) a été porté sur les fonds baptismaux avec la bénédiction de l'Etat, afin de compléter le dispositif de garantie des actes d'attentats ou de terrorisme commis en France, dans les DOM TOM et à Mayotte.

Concernant les Collectivités Publiques, on peut considérer que deux contrats sont concernés : Dommages aux Biens et Tous Risques Chantiers.

Pour le contrat de « Dommages aux Biens », l'assiette de cotisation ouvrant l'obligation à paiement de la « surprime » est très large :

- c) soit la Collectivité déclare une superficie développée totale de l'ensemble des bâtiments supérieure à 20 000 m<sup>2</sup>.
- d) soit à défaut une prime HT soumise à cotisation « Catastrophes Naturelles » supérieure à 6 000 Euros.

Sous réserve d'informations complémentaires, les taux de surprime applicables au 01/01/2002 seront calculés en fonction de la Limitation Contractuelle d'Indemnité Générale (L.C.I).

LCI	Taux de prime
< 20 millions d'Euros	6 %
De 20 à 50 millions d'Euros	12 %
De 50 à 150 millions d'Euros	18 %

N.B. : pour éviter d'appliquer cette surprime à l'ensemble d'un contrat d'assurance au cas où quelques bâtiments nécessiteraient une LCI supérieure à 20 millions d'Euros, il faudra peut être envisager de prévoir deux Marchés ou deux lots :

- => les bâtiments de moins de 20 millions d'Euros,
- => les bâtiments de plus de 20 millions d'Euros.

## **7 - LA REFORME DU CODE DES MARCHES**

Le décret 2001-210 du 07/03/2001 a réformé le Code des Marchés. Tous les textes antérieurs (sauf les textes législatifs) sont abrogés.

L'application dans le temps de la réforme se réalise en fonction du calendrier suivant :

- les Marchés notifiés avant le 08/09/2001 restent régis par les anciens textes.
- les Marchés pour lesquels une publicité a été publiée avant le 08/09/2001 sont régis par l'ancien Code pour la passation, mais par le nouveau Code pour l'exécution du Marché.
- les Marchés dont les publicités sont postérieures au 08/09/2001 sont régis par le nouveau Code.

**AVERTISSEMENT :** A ce jour, les textes d'application ou d'explication ne sont pas tous publiés (les principaux textes sont parus avant le 1.1.2002).

Le Ministère a réalisé un travail pédagogique d'ampleur en publiant une instruction de 220 pages, accessible sur le net (site MINEFI), même si l'on peut reprocher des imprécisions, imperfections, curiosités, et erreurs de rédaction non corrigées. Mais le principal a été la publication de cette instruction quelques jours avant la date fatidique de la réforme.

Dans tous les cas, cette instruction a pour mérite dans un premier temps d'être une référence.

Notre propos sera de nous limiter à l'aspect Marché Public d'assurance, en intégrant si possible les informations attendues de la prochaine circulaire Marché Public d'Assurance (non officiellement parue lors de la rédaction de notre lettre).

### **A. La réforme simplifie-t-elle la passation des marchés d'assurance ?**

La Réforme ne prend pas en compte la spécificité du Marché de l'Assurance. L'article 104.1.8.a qui instaurait de droit la procédure négociée en assurances est abrogée.

La Réforme ne simplifie aucunement la procédure Marché Public d'assurance.

Elle l'a complexifiée dans la mesure où :

- elle interdit quasiment la procédure négociée,
- donne compétence à la Commission d'Appel d'Offre pour choisir les candidats (sauf pour l'Etat),
- ne règle pas les problèmes possibles de saucissonnage et
- incite actuellement certaines Collectivités à définir des durées de marché trop courtes pour éviter une procédure européenne, synonyme de procédure ouverte.
- Est trop rigide si l'on veut respecter les dispositions portant sur le groupement.

<b>B. Quelles procédures sont envisageables ?</b>
---

1 – En fonction de la durée :

Le choix de la procédure de cette prestation de service dépendra du seuil du Marché, à savoir le montant estimé du marché sur sa durée totale.

L'ancienne procédure faisait référence à l'article 7-5) de la Directive Européenne CE 92.50. La durée du marché pouvait être plafonnée à 48 mois (4 ans).

La réforme s'appuie sur la dissociation entre prestation récurrente et prestation continue (article 27, III).

- Le seuil d'une prestation récurrente est calculé sur les besoins d'une année, Il s'agit de contrats ponctuels, mais dont le besoin est renouvelable. On pourrait évoquer les assurances expositions.

- Le seuil d'une prestation continue est calculé sur la durée maximale du Marché. Sauf exception, la prestation d'assurance est une prestation continue, il faut donc calculer le seuil sur la durée maximale du marché.

Exemple de calcul du seuil : pour un marché de 55 000 Euros HT/an, sachant que le marché de l'assurance est compatible avec une durée potentiellement longue :

DUREE MAXIMALE	PROCEDURE
1 an	Sans publicité
2 ou 3 ans (sauf Etat)	Simplifiée
4 ans ou plus	Appel d'offres européen
14 ans ou plus	Pré-information européenne et appel d'offres européen

Le calcul des seuils nécessite de regrouper les contrats d'assurance en « prestations homogènes ».

2) La prestation homogène (article 27) et cf. point 8 infra.

Le calcul des seuils est réalisé en respectant la notion globale d'opération.

En matière d'assurance, (comme pour de nombreux secteurs d'activité) la notion d'opération, la notion de prestations homogènes, est très difficile à déterminer. Pour preuve, l'essai manqué de la Circulaire de 1998, qui faisait référence à la notion de branches d'assurances définies au Code des Assurances.

Il faut donc se poser la question si un contrat d'assurance de Responsabilité Civile, un contrat de Dommages aux Biens et un contrat de Prévoyance forment des prestations homogènes ?

Doit-on calculer différemment les seuils, suivant que l'on renégocie l'ensemble des contrats la même année, ou si au contraire, on négocie un risque différent chaque année ?

Que faire également suivant qu'un même assureur ou qu'un même intermédiaire gère ces contrats ou si au contraire chaque risque est garanti par un assureur différent ?

Un projet de circulaire a cherché à répondre à cette question en faisant référence aux classifications communautaires (CPC) 812 et 814, définissant moins de classes que les définitions des branches d'assurance.

N.B. : La Codification 814 relève plus du marché des intermédiaires, il faudra déterminer si la volonté de Bercy est de chercher à trouver dans quel cadre juridique peuvent évoluer les courtiers et agents généraux d'assurance.

Mais cette classification était encore trop susceptible d'inciter au saucissonnage. Aussi, une nouvelle classification des opérations d'assurance est proposée.

Nous reproduisons infra un extrait concernant les seuils assurances de l'arrêté du 31/12/2001 NOR : ECOMO100 734 A, JO 229 du 26/12/2001, pages 20608 et suivant, définissant la nomenclature prévue au II et III de l'article 27 du Code des Marchés Publics.

#### **8 – NOMENCLATURE PREVUE AUX II ET III DE L'ARTICLE 27 DU CMP (JO du 26/12/2001)**

<b>65</b>	<b>Assurances</b>
<b>65.01</b>	<b>Assurances du Patrimoine – Contrats « Dommages aux biens »</b>
<b>65.02</b>	<b>Assurances des personnes (maladie, accident, santé)</b>
<b>65.03</b>	<b>Assurances Automobiles (responsabilité civile, dommages aux véhicules, garantie du conducteur)</b>
<b>65.04</b>	<b>Assurances Construction (dommages – ouvrage, tous risques chantiers, responsabilité décennale du constructeur et risques annexes)</b>
<b>65.05</b>	<b>Assurances Transports Terrestres (responsabilité, corps, facultés, personnes).</b>
	<i>N.B. : Corps signifie moyen de transport, facultés désigne la marchandise transportée.</i>
<b>65.06</b>	<b>Assurances Aviation, Maritimes, Lacustres et Fluviales (aérodrome, manifestations aériennes, responsabilité civile, corps, facultés, transport de personnes...).</b>
	<i>N.B. : Corps signifie moyen de transport, facultés désigne la marchandise transportée.</i>
<b>65.07</b>	<b>Assurances de responsabilités (autres que 65.03 à 65.06)</b>
<b>65.08</b>	<b>Autres assurances</b>
<b>65.09</b>	<b>Activité de conseil en assurance (élaboration de cahiers des charges, évaluation du patrimoine, gestion des contrats et des dossiers de sinistres).</b>

Cette présentation « relativement simple » permet de définir les prestations homogènes d'assurance, et partant, les seuils.

Toutefois, il faudra calculer les seuils différemment suivant qu'un marché ne concerne qu'une seule famille (la prévoyance par exemple) ou au contraire si elle en

concerne plusieurs; dans ce cas, il faudrait cumuler l'ensemble des primes (comprenez qui pourra).

## 9 - LA DUREE DU CONTRAT D'ASSURANCE

### A . le terme définitif :

1. Les contrats d'assurance doivent dorénavant avoir un terme définitif dans un souci de protection de la concurrence, (il faut éviter les rentes de situation). En tout état de cause une renégociation régulière des contrats permet d'actualiser le dossier d'assurance et d'éviter les trous ou les doublons de garantie.

Les contrats d'assurance **ne peuvent plus** être des contrats renouvelables par tacite reconduction, comme cela est l'usage.

2. Mais une absence de tacite reconduction, alliée à une durée maximale, n'interdit pas une certaine souplesse. Le Ministère n'a pas encore désiré imposer que les contrats soient à durée ferme, non résiliables par l'assureur. Une telle éventualité serait contraire aux intérêts économiques de la collectivité, sans apporter de concurrence supplémentaire.

La DAJ (ancienne CCM) a donné la solution en préconisant de définir une **date terminale avec option de résiliation annuelle**. Cette solution est privilégiée à celle proposée par un contrat annuel renouvelable jusqu'à une certaine date, sauf résiliation annuelle, car tant la jurisprudence administrative que judiciaire considèrent qu'il y a création d'un nouveau contrat lors de chaque reconduction tacite. En conséquence, s'il y a novation, il faut justifier avoir respecté le formalisme Marché Public.

### B . la durée :

Définir un terme définitif consiste à définir une durée du marché. Cette durée doit permettre de respecter le principe d'une mise en concurrence périodique.

#### 1 – La nature du marché

La jurisprudence et les textes portant réforme du Code des Marchés Publics disposent que la durée doit être compatible avec la nature du marché. Cette conception tient compte notamment de l'existence potentielle de financement d'investissements importants. Un marché de concession du réseau d'eau aura une durée supérieure à 10 ans. Il faut tenir compte des délais d'amortissement.

En matière d'assurance, il n'est pas question d'investissement proprement dit ; mais les assureurs doivent constituer **des provisions** pour subvenir aux conséquences des sinistres catastrophiques : les tempêtes Lothar et Martin de décembre 1999....

En conséquence, les assureurs ont besoin d'une durée potentiellement longue – potentielle dans la mesure où chaque partie peut résilier au moins annuellement le contrat– pour écrier, y compris dans le cadre de la mutualisation, les conséquences des sinistres lourds.

## 2 - Incidence d'une durée courte

Une période « trop courte » favorise la **disparition de la concurrence**, aggravée actuellement par la concentration des sociétés d'assurance. Une durée trop courte (4 ans par exemple) oblige trop régulièrement la remise sur le marché des contrats. Les sociétés d'assurance ont du se structurer pour répondre aux consultations de plusieurs milliers de lots mis sur le marché en quelques mois.

Pour les assureurs traditionnels et pour les Collectivités, cette contrainte génère des surcoûts administratifs considérables, sauf à faire supporter à terme tout ou partie du coût par les intermédiaires, qui sont souvent implantés localement.

En conséquence, les lourdeurs administratives imposées par les règles du CMP risque de favoriser :

- soit la diminution de l'offre (et/ou la majoration des prix),
- soit la disparition de l'offre par l'intermédiaire du réseau des agents généraux (soutien du réseau qui était pour l'essentiel la justification commerciale pour les sociétés d'assurance traditionnelles de s'intéresser au marché marginal des assurances des collectivités publiques).

## 3 – Gestion des termes définitifs

Organiser une consultation assurance est une lourde tâche. Nous sommes prêts à parier qu'un nombre significatif de collectivités **oubliera de renégocier avant la date terminale** leurs contrats (à seuils des marchés publics équivalents), car elles auront l'impression que la dernière consultation s'est déroulée « il y a peu de temps ». Il existera un risque réel de non assurance.

## **C . les cycles économiques**

1. La durée du contrat devrait tenir compte des cycles tarifaires d'assurance, qui suivent notamment les cycles des marchés financiers et de l'immobilier. Actuellement, on peut globalement estimer ces cycles à 10 ou 14 ans.

2. La date de renégociation doit pouvoir tenir compte également **de l'évolution des statistiques sinistres** de la collectivité. Si la sinistralité est mauvaise, il est préférable d'attendre la réaction de l'assureur, plutôt que d'attirer son attention sur les mauvais résultats économiques du contrat.

**D . la réforme de 2001**

1. La réforme du Code des Marchés définit le marché d'assurance, (sauf exception), comme une prestation continue. En conséquence, le calcul des seuils des marchés se fera en prenant en compte le montant de la prime estimée à payer sur la **durée maximale** du marché ; il n'est plus fait mention de l'écrêtement des 48 mois.

2. Au vu de la réforme du Code des Marchés, la tentation sera grande de définir des durées « courtes » pour éviter une procédure d'appel d'offres, *et partant* une procédure européenne. Le **risque pénal** sera alors latent.

Les collectivités pourront chercher à justifier leur bonne foi devant un juge, au vu, non seulement des pratiques constatées, que de divers articles parus dans « la presse spécialisée ».

3. En tout état de cause il n'est pas possible de comparer le montant des primes annuelles aux seuils des marchés. Un contrôle de légalité a du rappeler que les contrats d'assurance sont des prestations continues. En conséquence, le seuil ne doit pas être calculé en fonction du montant de la prime annuelle, mais sur le montant des primes estimé et calculé sur la durée maximale du marché.

**CONCLUSION :**

1. A ce jour, aucun contrôle de légalité a priori n'a pu contester les durées portées dans nos dossiers, notamment lorsque nous avons préalablement négocié de manière informelle avec la DDCCRF, une durée **maximale** de 15 ans, avec option de **résiliation** annuelle **sans indemnité** par chaque partie.

2. En tout état de cause la durée terme **n'est qu'une** durée maximale, dans la mesure où chaque partie a la possibilité de résilier annuellement le contrat.

3. La justification du choix d'une durée « jugée longue », est de permettre à la collectivité de **définir en fonction de ses propres intérêts**, la date la plus favorable, ou la moins défavorable, pour renégocier tout ou partie des contrats d'assurance ; la collectivité tenant alors compte des cycles tarifaires d'assurance, de sa sinistralité, des évolutions de risques, des échéances électorales.... Elle renégociera si possible à une date choisie, et non pas à une date qui lui sera imposée. Dans cette conception, sauf cas très spécifique, la collectivité se doit de renégocier avant la survenance du terme définitif. Le terme définitif constitue l'engagement de remise en cause du marché. La Collectivité peut chercher alors à allier l'économique avec le juridique.

4. Les collectivités importantes ne seront pas trop gênées pour définir des durées longues, car elles atteignent souvent le seuil des 200 000 €HT. La durée pour elles, ne modifie pas le choix de la procédure. La question de la définition de la durée est primordiale :

- pour les collectivités moyennes,

- ou pour les collectivités confrontées à une résiliation de l'assureur. Dans ce cas les délais de négociation ne seront pas toujours adaptés avec les contraintes du formalisme.

5. La problématique serait tout autre, si les risques de procédures infructueuses (et partant ses conséquences), ou d'atteinte à la libre concurrence, n'étaient pas inhérents au formalisme découlant de la procédure ouverte.

6. la reconduction expresse est fortement déconseillée, au vu des risques réels d'oubli de notification dans les délais.

## 10 - LA NOTIFICATION DU MARCHÉ ASSURANCES

La notification du Marché en assurances est devenu un élément essentiel de la procédure depuis la publication de la Loi MURCEF n°2001-1168 du 11/12/2001 JO n°288 (en conséquence il ne sera plus fait mention de l'article 2-IV de la Loi du 02/03/1982), le contrat d'assurance passé sous la forme d'un marché étant devenu un contrat administratif, doit être notifié.

L'article 79 du Code des Marchés Publics dispose qu'un Marché doit être notifié avant tout commencement d'exécution. La notification consiste en un envoi du Marché signé au titulaire par tout moyen pour lui donner date certaine. Le marché prend effet à cette date.

**RAPPEL** : La PRM transmet le marché au contrôle de légalité, avant de le notifier au candidat. En conséquence, il faut **tenir compte de la date de réception** de l'accusé de réception, ou de la remise du marché en main propre contre récépissé, et non pas celle de transmission au contrôle de légalité.

Contrairement au Code des Assurances, le principe de la non rétroactivité ne peut être combattu en droit administratif.

Ainsi, le Marché prend effet au plus tôt au jour de la notification, car il n'est pas imaginable qu'un marché puisse commencer à s'exécuter sans que le titulaire n'en soit informé.

A notre sens, rien n'interdit que la date d'effet du contrat d'assurance soit postérieure à la date de notification, notamment pour éviter un éventuel cumul d'assurances.

**ATTENTION** : ces dispositions sont primordiales, notamment lorsque les délais de consultation ou de prise de décision sont très courts. Les Collectivités seront confrontées, notamment en cas de résiliation après sinistre, à des périodes de non garantie du fait de l'application de l'article 79 et de la Loi MURCEF. La jurisprudence est attendue.

## 11 - LES CANDIDATURES

Le Code des Marchés Publics n'a pas intégré la problématique des Marchés dit "à deux étages" :

- La Société d'assurance est le candidat qui supporte financièrement le risque,
- L'agent général ou le courtier n'est qu'un intermédiaire.

Pour les responsables des Marchés, il est inconcevable que le candidat (la société d'assurance) ne sache pas qu'il se présente à un marché.

Or, tel est le cas chaque fois qu'un intermédiaire postule, que cet intermédiaire ait ou non capacité à engager la Société d'assurance. Il est rappelé qu'en pratique, l'intermédiaire signe seul l'acte d'engagement. Il le fait bien entendu au vu des échanges obtenus avec l'assureur, qui n'a pas toujours matériellement le temps d'apposer son paraphe sur les offres.

Le rôle de représentation du groupement semble reposer sur les épaules de l'intermédiaire. L'agent général représentant sa société d'assurance, nous nous intéresserons plus particulièrement au courtier. Nous nous pencherons particulièrement sur les applications des articles 51-V et 52, en considérant le courtier représentant du groupement.

- L'article 51-V dispose qu'un groupement ne peut être modifié entre la date de remise des candidatures et la remise des offres. Si l'assureur et l'intermédiaire forment un groupement, il est rarement constitué lors du dépôt des candidatures ; avant de remettre une offre au courtier, l'assureur attend souvent d'être en possession du cahier des charges, de savoir si un agent général de son réseau désire répondre. Dans les faits, le groupement sera constitué le jour du dépôt des offres. Les procédures restreintes, simplifiées ou négociées qui dissocient la date de dépôt des candidatures et des offres devraient de facto écarter de la procédure les courtiers traditionnels.
- L'article 52 dispose que les candidatures ne sont recevables que si les informations administratives définies aux articles 45 et 46 (première enveloppe) sont fournies. En pratique, tant que la Société d'assurance candidate n'a pas remis une offre tarifaire, il est généralement constaté que l'intermédiaire n'est pas en possession des pièces administratives de l'assureur. N.B La régularisation a posteriori ne concerne que les certificats sociaux et fiscaux.

Conformément à la position du Ministère des Finances, il ne doit pas être privilégié un mode de distribution par rapport à un autre (Société d'assurances directe, agent général, courtier).

En conséquence, le Code des Marchés oblige quasiment la Personne Responsable du Marché à procéder à un appel d'offres ouvert. Les autres procédures, qui dissocient l'appel à candidature et la remise de l'offre, risquent d'être entachées d'illégalité. A moins que la Personne Responsable du Marché s'abstienne, à ses risques et périls, de respecter le formalisme, notamment quand la Commission

d'Appel d'Offres n'a pas compétence pour l'analyse des candidatures. La régularisation des pièces manquantes ou incomplètes sera alors effectuée ultérieurement comme par le passé.

Le Code des Marchés entraîne l'impossibilité de recourir à certaines procédures, ou à ne pas respecter au fond les dispositions réglementaires.

⇒ **Procédure ouverte** : le formalisme ne pose pas (pour ce point de vu) de problème puisque les offres et les pièces administratives de toutes les parties sont remises au même moment (1<sup>ère</sup> et 2<sup>ème</sup> enveloppe). Le problème concerne essentiellement la coassurance (groupement d'assureurs), cf infra. Nous sommes confrontés aux problèmes de :

- blocage du marché (règle du courtage parisien),
- la présentation du même assureur par plusieurs intermédiaires (règle du courtage lyonnais),
- la présentation de plusieurs assureurs par le même intermédiaire,
- la présence d'intermédiaire répondant avec un assureur en qualité de courtier et avec d'autres en qualité de sous traitant.

⇒ **Procédure restreinte** (article 62) : La CAO vérifie à l'issue de la période d'appel à candidature si les pièces administratives sont remises. Seules les sociétés d'assurances directes et celles exerçant avec des agents généraux ou des courtiers exclusifs peuvent être retenus. Cette hypothèse qui désavantage les courtiers est contraire à la position du Ministère des Finances (cf. réponse Ministérielle 10/09/2001).

⇒ **Procédure simplifiée** (article 57). La vérification des pièces administratives est réalisée par la Personne Responsable du Marché (article 57). Il n'y a pas de contrôle à ce stade. La Personne Responsable du Marché devra se laisser la possibilité de régulariser, mais elle ne respectera pas le Code à la lettre. Il est précisé, que la PRM devra fermer les yeux sur la modification de la composition des groupements entre la date de dépôt des candidatures, et celle des offres.

⇒ **Procédure négociée** (article 67) : A priori, le raisonnement est identique à celui de la procédure simplifiée. Rappel : la procédure négociée devient réellement une procédure d'exception (sous réserve de la jurisprudence à venir)

*N.B. : En pratique, il faudra continuer à obtenir régularisation des pièces administratives comme cela fut fait sous l'ancien Code des Marchés Publics et à gérer au mieux les conséquences de l'article 51-V : toute modification d'un groupement entre la remise des candidatures et la remise des offres est impossible. La problématique de la sélection des candidatures sera traité ultérieurement.*

### Synthèse des procédures avec un calendrier synoptique

Nous adresserons nos projets d'étude à nos clients qui en feront la demande.

## **12 - LA COMMISSION D'APPEL D'OFFRES**

Le délai de convocation est de cinq jours francs. Il n'est pas décompté le jour d'envoi de la convocation et le jour de la réunion.

Si la convocation part le premier du mois, la Commission pourra se réunir le 7 (1+5+1).

Attention à sa composition, si la consultation concerne un groupement (art 8 du CMP) : Exemple : la ville et ses Etablissements Publics : C.C.A.S., Caisse des Ecoles. . .

## **13 - LA COASSURANCE**

La coassurance est un groupement d'assureurs qui se partageront le risque à garantir.

La collectivité peut interdire la coassurance ne désirant conclure qu'avec un seul contractant, ou désirant respecter le formalisme du CMP. La jurisprudence analysera si cette position n'est pas contraire à l'esprit de la réforme qui ouvre le marché aux « petites entreprises »....(cette attitude peut être économiquement suicidaire).

Le Marché de l'assurance des Collectivités Publiques est quasiment monopolistique,. La collectivité peut décider d'imposer une coassurance à 100 %. Dans le cadre d'une procédure ouverte, la gestion du placement de la coassurance est particulièrement complexe, car elle doit être trouvée au jour de la remise des offres. Dans ce cas, il pourrait être reproché à la collectivité de favoriser certains candidats ou d'organiser indirectement une entente illicite.

Dans le projet de circulaire « Marché Public d'assurance » en attente de publication, il est rappelé que la procédure ouverte interdit formellement toute discussion. En conséquence, une offre ne prévoyant pas 100 % de coassurance devrait être considérée non conforme et partant être rejetée.

Par déduction, on en conclut que la coassurance peut être trouvée à l'occasion des discussions menées lors des procédures négociées ou simplifiées, comme cela était stipulé dans la circulaire du 30/07/1999.

Nous sommes en train de réfléchir pour trouver une solution qui pourrait s'adapter aux règles du CMP lors d'appel d'offre ouvert.

## **14 - LA LOI MURCEF. [Loi portant Mesures Urgentes de Réformes à Caractère Economique et Financier].**

La loi a été finalement votée après avoir été censurée partiellement par le Conseil Constitutionnel, le 11.12.2001, (JO du 12.12.2001).

- On peut considérer aujourd'hui que les contrats de droit privé n'existent plus (art 2). La conséquence peut en être dramatique en matière d'assurance. Nous nous pencherons sur le cas de la notification.

Conformément à la loi du 2.3.1982, les contrats de droit administratif ne peuvent être exécutés avant la date de la notification. Or un nombre significatif de collectivités ont notifié leurs marchés d'assurance après le 1er janvier, pour des raisons diverses (réponse tardive des assureurs suite à une résiliation après sinistre, Maire ou Président absent pendant les congés et ne pouvant pas signer les actes d'engagement, décision présentée en préfecture le 31.12.2001, avec un candidat situé à plusieurs centaines de kilomètres...).

Que se passera-t-il :

- si un sinistre grave survient entre la date d'effet et la date de notification ? La réponse en droit des marchés est claire : la garantie n'est pas acquise, quitte à perturber durablement la préparation et l'exécution budgétaire.
- Si le payeur n'accepte pas de payer la quote-part de prime entre le 1.1.2002, et la date de notification ?

Nous rappellerons toutefois que même si le contrat d'assurance devient un contrat de droit administratif, il ne peut être envisagé de déroger à des règles d'ordre public, donc impératives. Or la partie législative du Code des Assurances est d'ordre public pour la quasi totalité de ses articles.

Il faudra suivre la jurisprudence en matière automobile, dans la mesure où le juge judiciaire a compétence depuis 1959 sur tous les litiges d'assurances. Faudra-t-il saisir le tribunal des conflits ?

En conséquence, la vision de Mme MAUGUE, Maître des Requêtes au Conseil d'Etat devient de plus en plus d'actualité : « la jurisprudence nous dira dans 10 ans ce qu'il fallait faire aujourd'hui »

- La loi dispose par ailleurs certaines modifications au CGCT, et notamment les délégations au Maire ou Président, et modifie les règles liées à la sous-traitance.

## **15 - LA PERSONNE RESPONSABLE DU MARCHE (P.R.M.)**

RAPPEL DES DEFINITIONS :

- Etat : le Ministre ou les Personnes nommées par arrêté.
- Service déconcentré de l'Etat : Le Préfet ou les personnes désignées.
- Ville, Département, Région : Le Maire, Le Président (depuis la Loi MURCEF du 11/12/01) ou les personnes ayant délégation (article 2122-19 .. CGCT)
- Etablissements Publics : cf. les textes qui les créent.
- Etablissements de Santé ou Médico-sociaux : Directeurs

**16 - PERLES**

➤ Liquide :

**" Est-ce bien normal? J'ai eu deux dents cassées dans l'accident et je n'ai touché que le prix de l'argus".**

➤ Solide :

**"Vous me demandez où est le point de choc sur ma voiture. Mais ma voiture n'a rien. Le point de choc, c'était le piéton".**

➤ Simplification administrative:

**"J'étais pris dans un carambolage; impossible d'en sortir. C'est toujours pareil: sur les autoroutes à deux voies, les gens se rangent à droite; quand il y en a trois c'est la pagaille. Il faut rétrécir les autoroutes".**

**AUDIT ASSURANCES  
Pascal ANTOINE**