

MARCHÉ PUBLIC D'ASSURANCE. CLAUSES D'ASSURANCE DE PROTECTION JURIDIQUE ET LIBERTÉ DE CHOIX DE L'AVOCAT

MONITEUR
JURIS

PARTAGE PUBLICATION DE NOVEMBRE 2023

ARTICLE PARU DANS LA REVUE **CONTRATS PUBLICS** N°247

Anna Maria SMOLINSKA
Avocat spécialiste droit public & commande publique

06.73.53.38.36
smolinska@amsavocat.com

Marché public d'assurance, clauses d'assurance de protection juridique et liberté de choix de l'avocat

Dans un arrêt du 25 janvier 2019, le Conseil d'État a estimé 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. Quelles sont les incidences de cette jurisprudence ?

La prestation d'assurance est soumise, en application du Code des assurances, à l'agrément administratif des entreprises d'assurance et de réassurance ayant leur siège social en France^[1]. Dès lors, un acheteur ne peut attribuer un marché public ayant pour objet de telles prestations qu'aux entreprises pouvant se prévaloir de l'agrément.

En pratique, les entreprises d'assurance participent le plus souvent aux consultations engagées en vue d'attribution de tels marchés en groupement, dont le mandataire est un courtier en assurances. Parfois l'assureur n'est même pas membre du groupement et le courtier se prévaut de ses capacités en application de l'article R. 2143-12 du Code de la commande publique permettant aux candidats de s'appuyer sur les capacités d'autres opérateurs économiques, quel que soit le lien entre eux, sous réserve qu'il « justifie des capacités de ce ou ces opérateurs économiques et apporte la preuve qu'il en disposera pour l'exécution du marché »^[2]. Un mandat est alors exigé pour que la candidature soit régulière.

Cette exigence a alimenté le contentieux de la commande publique en 2019^[3] avec un arrêt du Conseil d'État largement commenté, notamment pour son apport quant à l'office du juge en référé contractuel^[4].

[1] Code des assurances, art. L. 321-1 à L. 321-3.

[2] CCP, art. R. 2143-12. Sur ce point lire Y. Le Fustec, « L'examen obligatoire et nécessaire de la capacité des candidats à un marché public », *Contrats publics - Le Moniteur*, n° 201, septembre 2019

[3] CE 25 janvier 2019, Société hospitalière d'assurances mutuelles, req. n° 423159, *Rec. C.E.T.*

[4] Cf. notamment Jérémy Bousquet, « Irrégularité de l'offre retenue - Nouvelles précisions sur l'étendue de l'office du juge et des moyens opérants en référé contractuel », *Dr. Adm.* n° 8-9, août 2020, comm. 36 ; J. Martin et G. Pellissier, « Chronique de droit des contrats publics », décisions de janvier à août 2019 (1^{re} partie) », *JCP A* n° 37, 16 septembre 2019, 2253.

Auteur

Anna Maria Smolinska

Avocat spécialiste droit public et de la commande publique

La Haute juridiction a également, dans ce cadre, apporté des précisions utiles sur la qualification juridique de la « protection juridique », en concluant 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 »⁽⁵⁾. Si, en l'espèce, la question se posait pour déterminer si le courtier en assurances disposait du mandat nécessaire pour se prévaloir de l'agrément dans le domaine de la protection juridique, cette qualification a, dans le domaine de la commande publique, également d'autres implications.

Elle entre, en effet, en interaction avec le principe de la liberté dont dispose l'assuré quant au choix de son avocat qui représentera ses intérêts.

Liberté de choix de l'avocat par l'acheteur en sa qualité d'assuré et la protection juridique

La liberté de choix de l'avocat par un assuré est une disposition d'ordre public – à laquelle il ne peut être contractuellement dérogé – d'une part dans le cadre de la protection juridique et, d'autre part, lorsque survient entre l'assuré et l'assureur une situation de conflit d'intérêt :

« Tout contrat d'assurance de protection juridique stipule explicitement que, lorsqu'il est fait appel à un avocat ou à toute autre personne qualifiée par la législation ou la réglementation en vigueur pour défendre, représenter ou servir les intérêts de l'assuré, dans les circonstances prévues à l'article L. 127-1, l'assuré a la liberté de le choisir.

Le contrat stipule également que l'assuré a la liberté de choisir un avocat ou, s'il le préfère, une personne qualifiée pour l'assister, chaque fois que survient un conflit d'intérêt entre lui-même et l'assureur.

Aucune clause du contrat ne doit porter atteinte, dans les limites de la garantie, au libre choix ouvert à l'assuré par les deux alinéas précédents.

L'assureur ne peut proposer le nom d'un avocat à l'assuré sans demande écrite de sa part »⁽⁶⁾.

Le principe de liberté de choix au bénéfice de l'assuré ne s'applique pas dans le cadre de l'intervention d'un assureur lorsque la défense de son assuré s'exerce en même temps dans son propre intérêt :

« Les dispositions du présent chapitre ne s'appliquent pas :

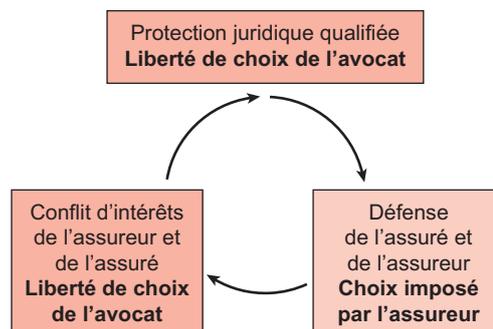
[...]

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 »⁽⁷⁾.

Les juridictions judiciaires ont fourni de nombreuses illustrations de l'application de cet article :

« [...] 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 ; que, seule, n'est pas soumise aux dispositions relatives à l'assurance de protection juridique, 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 »⁽⁸⁾.

L'application du principe du libre choix de l'avocat dépend donc en premier lieu de la caractérisation de la protection juridique (impliquant une liberté de choix) et, en second lieu, de l'éventuelle dérogation à cette liberté, sous réserve qu'une situation de conflit d'intérêt soit identifiée entre l'assureur et l'assuré.



Ainsi que rappelée par le Conseil d'État, la protection juridique est définie par le Code des assurances comme toute opération consistant moyennant une prime ou une cotisation préalable, à prendre en charge des frais de procédure ou fournir des services découlant de la couverture d'assurance :

« 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

(5) CE 25 janvier 2019, réq. n° 423159, préc.

(6) Code des assurances, art. L. 127-3.

(7) Code des assurances, art. L. 127-6.

(8) Cass. 2^e civ. 18 mars 2010, n° 09-12.981.

il est l'objet ou d'obtenir réparation à l'amiable du dommage subi »^[9].

Le juge judiciaire, dont la jurisprudence a influencé celle du juge administratif (en suivant les conclusions du rapporteur Pélissier^[10]) **n'exige pas nécessairement la souscription d'un contrat distinct pour la protection juridique pour caractériser une opération d'assurance de protection juridique :**

« Attendu que pour dire que la clause intitulée « sauvegarde de vos droits », ne constituait pas une opération d'assurance de protection juridique prévue par les articles L. 127-1 et suivants du code des assurances et débouter Mme X... de ses demandes, l'arrêt énonce que l'assurée n'avait pas souscrit de contrat distinct avec paiement d'une prime distincte et qu'elle ne pouvait se prévaloir des dispositions de l'article L. 127-3 du même code qui prévoient la liberté pour l'assuré de choisir un avocat ;

Qu'en statuant par un motif inopérant, la cour d'appel a violé les textes susvisés »^[11].

Il en découle la possible qualification d'une clause d'un contrat de responsabilité civile en tant qu'opération de protection juridique et, par conséquent, la possibilité pour l'assuré d'exiger de l'assureur la prise en charge (dans la limite des garanties souscrites) des frais d'avocat qu'il aurait librement choisi, sauf si une dérogation au principe est justifiée.

Liberté de choix de l'avocat par l'acheteur en sa qualité d'assuré et la clause de direction du procès

La clause de direction de procès n'est pas définie par le Code des assurances. Seules ses conditions de validité sont encadrées :

« L'assureur qui prend la direction d'un procès intenté à l'assuré est censé aussi renoncer à toutes les exceptions dont il avait connaissance lorsqu'il a pris la direction du procès.

L'assuré n'encourt aucune déchéance ni aucune autre sanction du fait de son immixtion dans la direction du procès s'il avait intérêt à le faire »^[12].

La clause de direction de procès est un mandat d'intérêt commun par lequel l'assuré confie à l'assureur la direction du procès et le choix d'un avocat qui représentera cet intérêt commun.

L'avocat désigné dans ce cadre par l'assureur agit tant pour le compte et dans l'intérêt de l'assuré, pour le compte et dans l'intérêt de l'assureur, ledit intérêt étant

commun puisqu'en cas de condamnation de l'assuré, l'assureur lui devra la garantie.

La jurisprudence a confirmé que **le principe du libre choix de l'avocat n'est pas, dans cette hypothèse, applicable**^[13].

Cette jurisprudence est conforme à l'article L. 127-6 du Code des assurances précité.

Distinction entre la protection juridique et clause de direction de procès

La distinction entre un contrat de responsabilité civile comprenant une opération de protection juridique et un contrat de responsabilité civile avec clause de direction de procès valable, s'opère donc en fonction des intérêts en jeu :

- dans le cadre de la protection juridique l'assureur n'est pas directement et personnellement intéressé par l'issue du litige. Le sinistre consiste ici dans l'existence même du litige pour lequel l'assureur prend en charge les frais et honoraires liés à la défense des intérêts de l'assuré. L'assureur ne garantit pas le dommage lui-même, par conséquent il n'est pas impacté par l'issue du litige ;
- dans le cadre de la clause de direction de procès, l'assureur est le principal intéressé dans le litige puisque, même s'il n'est pas mis en cause, il garantit, en application du contrat, le dommage en cause.

Cette logique est exposée par le Rapporteur Pélissier en ces termes :

« Le critère de l'intérêt de l'assureur s'apprécie donc en fonction du périmètre de la garantie d'assistance juridique : l'assureur a un intérêt personnel à l'issue d'une action en justice à laquelle est partie son assuré lorsque cette action est susceptible de déboucher sur une responsabilité qu'il est tenu de garantir. Dans ce cas, il doit pouvoir se réserver la possibilité de veiller lui-même à la défense des intérêts de son assuré, dans les droits et obligations duquel il pourra être subrogé. Les clauses de défense et de représentation sont alors considérées comme des clauses de direction du procès, accessoires à la garantie de responsabilité civile qui pourra l'obliger à prendre en charge la condamnation de son assuré. En revanche, si la garantie d'assistance juridique porte sur des obligations qu'il n'assure pas, il n'a aucun intérêt personnel à l'issue du litige. Il doit seulement prendre en charge par l'assureur les frais exposés par son assuré pour la défense de ses seuls intérêts »^[14].

[9] Code des assurances, art. L. 127-1.

[10] Conclusions du rapporteur à lire ici : https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CRP/conclusion/2019-01-25/423159?download_pdf.

[11] Cass. 2^e civ. 18 mars 2010, n° 09-12.981.

[12] Code des assurances, art. L. 113-17.

[13] Cass. 2^e civ. 28 avril 2011, n° 10-17.405 : « Qu'en statuant ainsi, alors que le principe du libre choix d'un avocat ne s'appliquait pas à un tel mandat d'intérêt commun, le premier président a violé le texte susvisé ».

[14] G. Pélissier, conclusions sous CE 25 janvier 2019, SHAM / BEAH, req. n° 423159.

Les marchés publics d'assurance comprennent souvent des clauses de garantie dite de « défense recours ».

La garantie dite de « défense recours » n'est pas constitutive d'une catégorie de garanties distincte de celles mentionnées ci-dessus. Elle peut, selon le contenu des engagements contractuels et le litige concerné, être qualifiée d'opération de protection juridique restreinte ou alors de clause de direction de procès régulière.

En cas de désaccord entre l'assureur et l'assuré, lorsque le contrat est conclu entre deux personnes privées, le Président du tribunal judiciaire peut être saisi pour statuer en référé en application de l'article L. 127-4 du Code des assurances. La formulation de cet article permet cependant de conclure à une compétence du tribunal administratif lorsqu'est en cause une relation entre un assureur et un acheteur personne publique. En effet, contrairement à certains autres domaines, le législateur n'a pas entendu donner une compétence exclusive au juge judiciaire (notamment celui de la propriété intellectuelle^[15]), permettant de soumettre un tel désaccord « à l'appréciation d'une tierce personne désignée d'un commun accord par les parties » ou, à défaut, celle du président du tribunal judiciaire statuant en référé.

L'article L. 127-4 du Code des assurances dispose :

« Le contrat stipule qu'en cas de désaccord entre l'assureur et l'assuré au sujet de mesures à prendre pour régler un différend, cette difficulté peut être soumise à l'appréciation d'une tierce personne désignée d'un commun accord par les parties ou, à défaut, par le président du tribunal judiciaire statuant selon la procédure accélérée au fond. Les frais exposés pour la mise en œuvre de cette faculté sont à la charge de l'assureur. Toutefois, le président du tribunal judiciaire statuant selon la procédure accélérée au fond peut en décider autrement lorsque l'assuré a mis en œuvre cette faculté dans des conditions abusives.

Si l'assuré a engagé à ses frais une procédure contentieuse et obtient une solution plus favorable que celle qui lui avait été proposée par l'assureur ou par la tierce personne mentionnée à l'alinéa précédent, l'assureur l'indemnise des frais exposés pour l'exercice de cette action, dans la limite du montant de la garantie.

Lorsque la procédure visée au premier alinéa de cet article est mise en œuvre, le délai de recours contentieux est suspendu pour toutes les instances juridictionnelles qui sont couvertes par la garantie d'assurance et que l'assuré est susceptible d'engager en demande, jusqu'à ce que la tierce personne chargée de proposer une solution en ait fait connaître la teneur ».

Conséquences de la désignation d'un avocat sur la garantie souscrite et la résiliation du marché public d'assurance

La saisine par l'assuré d'un conseil de son choix avant la déclaration de sinistre ne peut fonder la déchéance de la garantie :

« **Les consultations ou les actes de procédure réalisés avant la déclaration du sinistre ne peuvent justifier la déchéance de la garantie.** Toute clause contraire est réputée non écrite.

Cependant, ces consultations et ces actes ne sont pas pris en charge par l'assureur, sauf si l'assuré peut justifier d'une urgence à les avoir demandés »^[16].

En revanche, il résulte de l'article L. 113-17 du Code des assurances que toute immixtion de l'assuré dans la direction du procès doit être, pour éviter la déchéance des garanties, justifiée par son intérêt à le faire :

« L'assureur qui prend la direction d'un procès intenté à l'assuré est censé aussi renoncer à toutes les exceptions dont il avait connaissance lorsqu'il a pris la direction du procès.

L'assuré n'encourt aucune déchéance ni aucune autre sanction du fait de son immixtion dans la direction du procès s'il avait intérêt à le faire »^[17].

La jurisprudence apporte peu d'illustrations pertinentes de l'application de ces dispositions.

À titre d'exemple, la cour administrative d'appel de Nancy a jugé qu'une commune avait un intérêt à participer aux opérations d'expertise qui étaient une mesure « ne préjudiciant pas au fond » :

« Il résulte de l'instruction que la commune de Montferrand-le-Château a déclaré le sinistre litigieux, par courrier du 23 juillet 2013, à sa compagnie d'assurance, laquelle a désigné un cabinet afin de participer aux opérations d'expertise amiables. La commune avait toutefois un intérêt à participer aux opérations d'expertise, ordonnées le 1^{er} décembre 2014 par le juge des référés du tribunal administratif de Besançon à la demande de M. B..., mesure d'instruction ne préjudiciant pas au fond et dont elle n'avait pas pris l'initiative. Dès lors, la commune ne saurait être regardée comme s'étant immiscée à tort dans la direction du procès, et ne saurait faire l'objet, au titre de cette participation, d'aucune déchéance ou autre sanction »^[18].

Toutefois, en dehors des hypothèses du conflit d'intérêt avec l'assureur, d'inaction ou de négligence de ce dernier dans la direction du procès, toute immixtion crée un risque de déchéance du contrat d'assurance.

[15] Cf. Code de la propriété intellectuelle, art. L. 521-3-1 et TC 2 mai 2011, Société industrielle d'équipements urbains c/ Sté Frameto et Commune de Ouistreham, n° C-3770.

[16] Code des assurances, art. L. 127-2-2.

[17] Code des assurances, art. L. 113-17.

[18] CAA Nancy 30 mars 2017, req. n° 16NC02647.

Une jurisprudence récente du Conseil d'État protège cependant les acheteurs publics dans l'hypothèse de la résiliation de leur contrat d'assurance à l'initiative de l'acheteur.

Rendue au visa de l'article L. 113-12 du Code des assurances selon lequel l'assureur a la faculté de résilier unilatéralement le contrat à l'expiration d'un délai d'un an suivant sa conclusion, avec un préavis d'au moins deux mois, cette jurisprudence prévoit cependant qu'en application des principes généraux régissant les contrats administratifs, la personne publique peut imposer la poursuite d'exécution du contrat pendant une durée maximum de douze mois :

« [...] lorsque l'assureur entend en faire application pour résilier unilatéralement le marché qui le lie à la personne publique assurée et que le contrat ne prévoit pas un préavis de résiliation suffisant pour passer un nouveau marché d'assurance, cette dernière peut, pour un motif d'intérêt général tiré notamment des exigences du service public dont la personne publique a la charge, s'y opposer et lui imposer de poursuivre l'exécution du contrat pendant la durée strictement nécessaire, au regard des dispositions législatives et réglementaires applicables, au déroulement de la procédure de passation d'un nouveau marché public d'assurance, sans que cette durée ne puisse en toute hypothèse excéder douze mois, y compris lorsque la procédure s'avère infructueuse. L'assureur peut contester cette décision devant le juge afin d'obtenir la résiliation du contrat »^[19].

[19] CE 12 juillet 2023, Grand Port Maritime de Marseille, req. n° 469319.

Possibilité d'imposer la liberté de choisir l'avocat dans le cadre d'un marché public ?

En droit, le principe de libre choix de l'avocat dans le cadre de la protection juridique est, outre les dérogations prévues légalement, d'ordre public. Il ne peut donc être contractuellement dérogé à cette disposition.

Au contraire, le mandat de direction de procès n'est pas d'ordre public. Un contrat peut donc déroger à cette règle, de même l'assureur peut décider de ne pas en faire application.

Il est donc parfaitement envisageable d'insérer, dans un marché public, une clause prévoyant la liberté de choix de l'avocat, avec une prise en charge de ses honoraires par l'assureur, en ce compris lorsqu'il existe un intérêt commun avec ce dernier.

À noter cependant que les modalités de passation des marchés publics d'assurances ont instauré un équilibre des forces qui n'est pas toujours en faveur des acheteurs publics. En effet, la passation de ces marchés est, dans la pratique, largement soumise à la pratique des réserves aux cahiers des charges.

Cette pratique est autorisée par le droit de l'Union européenne sous réserve de ne pas méconnaître le principe d'égalité de traitement et d'avoir expressément prévu une telle possibilité dans le règlement de la consultation^[20].

En droit français, cette pratique a été encouragée par la circulaire du 24 décembre 2007 relative à la passation des marchés publics d'assurances qui précise qu'elle paraît adaptée à ce type des marchés, sous réserve de ne pas conduire à l'irrégularité d'une offre.

La marge de manœuvre des acheteurs publics paraît donc limitée, mais pas inexistante.

[20] CJCE 22 juin 1993, aff. C-243/89.