Les marchés publics d'assurances : reconductions, modifications et négociations de contrats

Le secteur public et ses assurances

Bruxelles, le 23 avril 2019

Gauthier ERVYN - Avocat

Objet de la présentation

1) Quelques rappels fondamentaux
2) Durée des contrats d'assurances, annualité et reconduction
3) Comment modifier ou renégocier un marché en cours d'exécution?
4) Résiliation anticipée des contrats d'assurance

1) Quelques rappels fondamentaux

Soumission des services d'assurances aux marchés publics

- Les services d'assurance sont soumis à l'application des MP

  Ex: CJUE C-271/08 du 15 juillet 2010:

  - Application des MP aux contrats d'assurance vieillesse conclu par des PA allemands pour compte de leur personnel
  - L'administration agit comme PA même si les contrats d'assurance en cause relèvent des rapports de travail et ne fait qu'assumer une fonction d'organisme de paiement aux fins d'un échange de prestations entre les salariés ayant opté pour la conversion partielle de leur rémunération en épargne-retraite et les organismes d'assurance

Règlementations applicables

Dispositions essentielles en marchés publics

- **Loi du 17 juin 2016** relative aux marchés publics (ci-après « LMP »)
- **Arrêté** royal du 18 avril 2017 relatif à la **passation** des marchés publics dans les secteurs classiques
- **Arrêté** royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'**exécution** des marchés publics et des concessions de travaux publics (ci-après « RGE »)

Dispositions essentielles en assurances

- **Loi du 4 avril 2014** relative aux assurances (ci-après « LAss »)

Coexistence des obligations impératives des lois assurances/ MP

- Caractère impératif de la Partie IV sur le contrat d'assurance terrestre de la LAss
  - Art. 54 -224 LAss: essentiel des assurances « vie » et « non-vie »
  - dispositions impératives (Art. 56 LAss): liberté contractuelle limitée
  - « *les clauses particulières dans le cahier spécial des charges propres à un contrat d'assurance terrestre ne peuvent déroger aux dispositions impératives de la loi mais peuvent être envisagées pour les points où la liberté des parties est autorisée* » (Circ min 3/12/97, art. 6,2).
- Attention:
  - ✓ Réaliser une vraie prospection avant rédaction des documents de marché
  - ✓ Primauté des documents de marché sur les conditions générales et particulières d'assurances:
    - CE arrêt, no 154.364 du 31 janvier 2006 ARCES / RW: irrégularité du paiement anticipatif de primes
  - Eviter de faire « fuir » les assureurs

Coexistence des obligations impératives des lois assurances/ MP

- Respect de toutes les dispositions impératives liées à la passation des marchés publics d'assurances
- Respect de certaines dispositions impératives liées à l'exécution des marchés publics d'assurances
  - Uniquement pour les marchés > 30.000 EUR HTVA
  - Dispositions détaillées à l'art. 6 RGE:
    - principes généraux (1 à 9 RGE),
    - conditions de modification du marché (art. 37 à 38/6 RGE),
    - résiliation du marché (62, 62/1 RGE),
    - interdiction des avances (67 RGE),
    - intérêt de retard (69 RGE),
    - réception des services (156 RGE)
    - conditions de paiement (160 RGE).

Principales procédures dans les secteurs classiques

Loi 2006	Loi 2016
Adjudication ouverte ou restreinte	Procédure ouverte ou restreinte
Appel d'offres général ou restreint	
Procédure négociée avec publicité	Procédure concurrentielle avec négociation
Procédure négociée directe avec publicité	Procédure négociée directe avec publication préalable
Procédure négociée sans publicité	Procédure négociée sans publication préalable
Dialogue compétitif	Dialogue compétitif
	Partenariat d'innovation
Accord-cadre	Accord-cadre

Seuils pour les services d'assurances (secteurs classiques)

	Facture acceptée	PNSPP*	PCAN* & PNDAPP*	Pub. belge	Pub. UE
Pouv. adj. fédéraux**	< 30.000 EUR	< 144.000 EUR		< 144.000 EUR	> 144.000 EUR
Autres Pouv. adj.		< 144.000 EUR***	< 221.000 EUR	< 221.000 EUR	> 221.000 EUR

- Les montants sont HTVA
- * : ces procédures peuvent aussi être utilisées au-dessus des montants visés, dans certaines hypothèses.
- ** PA visés à l'annexe 2,A de l'AR 18/04/2017
- *** Sous l'ère 2006, la PNSPP était autorisée jusqu'au seuil européen pour les « autres pouv. adj ».

Seuils pour les services d'assurances (secteurs spéciaux)

Facture acceptée	PNSPP* Et PNDAPP	PCAN	Pub. belge	Pub. UE
< 30.000 EUR	< 443.000 EUR	Toujours possible	< 443.000 EUR	> 443.000 EUR

- Les montants sont HTVA
- * : ces procédures peuvent aussi être utilisées au-dessus des montants visés, dans certaines hypothèses.

Marchés publics de faible montant

- MP < 30.000 EUR HTVA
- MP conclus par « facture acceptée »
- Principes généraux (hors communication électronique et service fait et accepté) applicables
- Règles de passation pas applicables mais:
  - Obligation de consultation, si possible, des conditions de plusieurs OE mais sans obligation de demander des offres
  - Preuve de la consultation à fournir par le PA
- Règles d'exécution des marchés publics pas applicables: application du droit privé des assurances

2) Durée des contrats d’assurances, annualité et reconduction

Durée des marchés publics d'assurance

- Art. 64 §2 LAss: obligation de fixer dans les documents de marché au moins:
  - ✓ la date de conclusion du contrat
  - ✓ la date de prise d'effet du contrat
  - ✓ la durée du contrat

- Art. 85 LAss: **principe d'annualité** des contrats d'assurances
  - ✓ contrats d'un an
  - ✓ renouvelables tacitement pour un an

Durée des marchés publics d'assurance

- **Principe d'annualité obligatoire pour:**
  - ✓ RC autos ;
  - ✓ Incendie (risques simples);
  - ✓ RC extra-contractuelle relative à la vie privée;
  - ✓ Accidents corporels couverts à titre individuel;
  - ✓ Assistance;
  - ✓ Protection juridique.

Durée des contrats d'assurance

- Annualité non-applicable aux :
  - contrats de moins d'un an (assurance-voyage p.ex.)
  - contrats suivants (mais résiliation annuelle possible pour le preneur) :
    - Contrats d'assurance maladie
    - Contrats d'assurance sur la vie
    - Opérations de capitalisation
  - risques exclus par le Roi: certaines RC, pertes pécuniaires, TRC, complément assurance-loi, …

Reconduction et congé

- Les assurances annuelles sont reconduites:
  - Tacitement chaque année
  - Sauf résiliation par chaque partie
  - Préavis de 3 mois avant le terme annuel
  - Résiliation également possible 3 mois avant la prise d'effet si plus d'un an entre conclusion et prise d'effet

Durée et reconductions des contrats d'assurance suivant la loi relative aux marchés publics

- Art. 57 al.2 Loi 17/06/16: « *Dès sa conclusion, un marché peut comporter une ou plusieurs reconductions, selon les modalités mentionnées dans les documents du marché initiaux. La durée totale, y compris les reconductions,* ***ne peut en règle générale dépasser quatre ans à partir de la conclusion du marché****. La reconduction ne peut pas donner lieu à un changement de la nature globale du marché.* »
- Prévoir une clause qui détermine la durée et les conditions de reconduction du contrat: formalités et délai de préavis
- *158e rapport de la Cour des comptes: obligation de comparer régulièrement les contrats d'assurances à durée déterminée, aux conditions de la concurrence*

Durée des contrats d'assurances, annualité et reconduction

- *Durée: pas plus de 4 ans sauf motivation adéquate:*

1er exemple : CE, arrêt n° 233.711 du 3 février 2016, S.A. MARSH / BPOST:

- MP d'assurances RC des véhicules de BPOST pour 2 x 3 ans (avec max 5 ans)
- Motivation de l'évolution hypothétique sociale et économique de BPOST n'est pas une motivation suffisante pour justifier une durée plus longue du MP d'assurance RC

2e exemple : CE, arrêt n° 238.988 du 31 août 2017, S.A. ETHIAS / Etat belge:

- MP d'assurance collective hospitalisation et soins de santé pour les membres du personnel des services publics fédéraux pour une durée de 6 ans
- Durée plus longue justifiée sur les investissements à consentir par l'adjudicataire vu le recours à un système de cartes à puce et la nécessité d'informer les utilisateurs. Motivation admise par le CE.

En conclusion

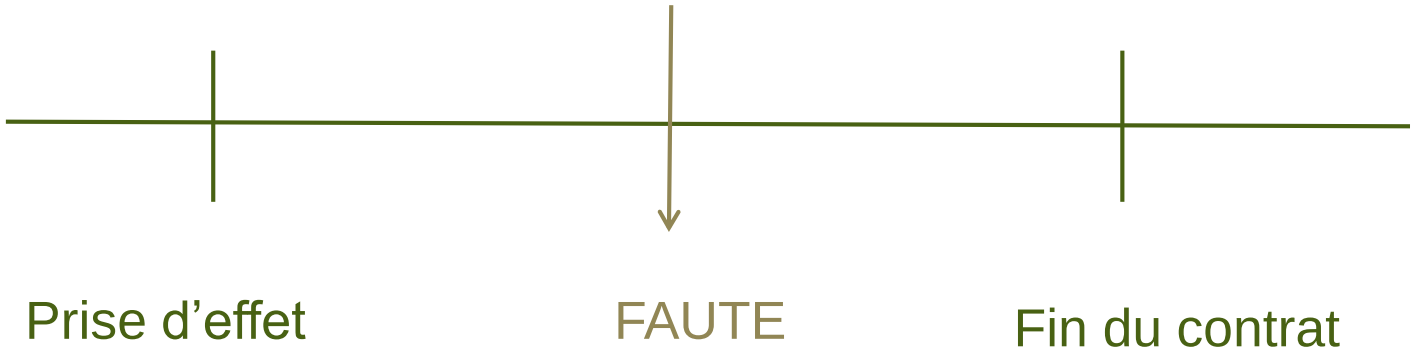
- Marché public d'assurances
  - d'une durée d'1 an (sauf les exceptions au principe d'annualité)
  - reconductible annuellement sans pouvoir dépasser 4 ans au total (sauf justification motivée)
  - Avec droit de résiliation de chacune des parties (sauf les exceptions)

Problématique de l'application dans le temps

- Délai entre faute, dommage et déclaration de sinistre
- Quelles sont les conséquences de la survenance du dommage et/ou de la déclaration de sinistre hors du délai contractuel?
- Différents systèmes:
  - "Act-commited"
  - "Loss occurence"
  - "Claims-made"

Système “Act-committed”

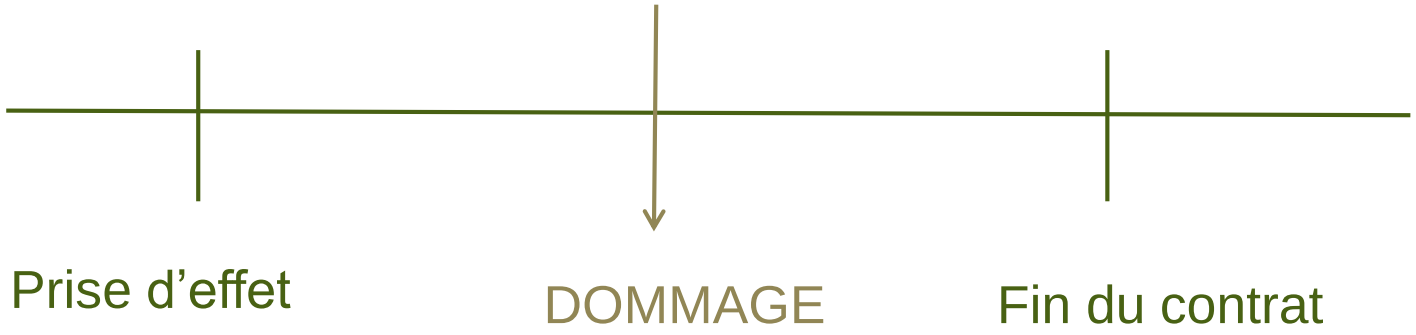
La couverture d’assurances est octroyée si la faute (“act”) se produit en cours de contrat



⇒ Le dommage et la déclaration de sinistre sont admis même après la fin du contrat

Système “Loss-occurence”

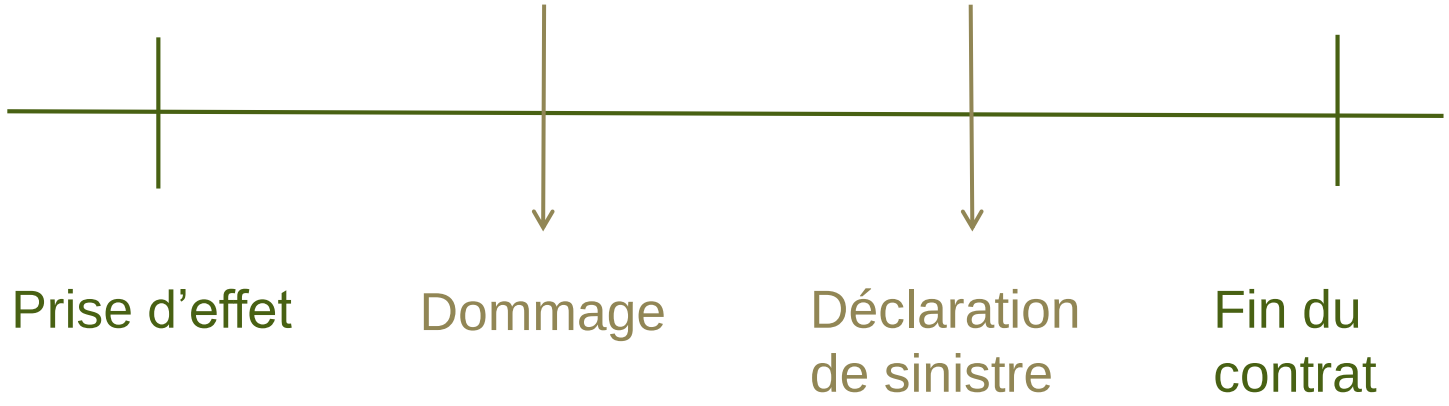
La couverture d’assurances est octroyée si le dommage (“the loss”) se produit en cours de contrat



⇒ La déclaration de sinistre est admise même après la fin du contrat

Système “Claims-made”

- Art. 142 §2 LAss: demandes en réparation formulées par écrit pendant la durée du contrat pour un dommage survenu pendant cette même durée



2) Comment modifier ou renégocier un marché en cours d'exécution

Les clauses de réexamen

- Pas de modification du marché hors les situations visées aux articles 38 à 38/6 RGE
- 1er cas: modification sur base d'une clause de réexamen prévue (art. 38 RGE)
  - clause prévue dans les documents du marché initial sous la forme d'une clause de réexamen claire, précise et univoque;
  - pas de modifications qui changent la nature globale du marché

Exemples:

- Clause d'automaticité du risque
- Clause de connaissance du risque

Les clauses de réexamen

- 2e cas: remplacement de l'assureur (art. 38/3 RGE)
- Autorisé si:
  - Prévu dans CSC
  - Ou cession universelle de droits d'un assureur à un autre (moyennant respect des conditions de SQ)

Les clauses de réexamen

- 3e cas: de minimis (art. 38/4 RGE)
- Autorisé si modification(s) (cumulées):
  - < 10% valeur du marché initial
  - < 221.000 EUR HTVA
  - ne change pas la nature globale du marché

Les clauses de réexamen

- 4e cas: complément d'assurance nécessaire (art. 38/1 RGE)

  - Si valeur maximale de 50% du marché initial (pour chaque modification)

  - Et si un changement d'assureur :

    - est impossible pour des raisons économiques ou techniques telles que l'obligation d'interchangeabilité ou d'interopérabilité des services complémentaires avec les services initiaux;

    - présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour l'adjudicateur.

Les clauses de réexamen

- 5e cas: modification liée à un évènement imprévisible dans le chef de l'assuré (art. 38/2 RGE)

Autorisé si:

- modification nécessaire par des circonstances imprévisibles;
- change pas la nature globale du marché;
- augmentation de prime < 50% valeur du marché initial (pour chaque modification)

Les clauses de réexamen

- 6e cas: modification non-substantielle (art. 38/5 et 38/6 RGE)
  - Autorisée quelle que soit la valeur si modification ne rend pas le marché sensiblement différent par nature de celui conclu au départ
  - N'est pas présumée substantielle càd:
    1. qui, si elle avait été inclue dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission d'autres candidats que ceux retenus initialement ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement acceptée ou auraient attiré davantage de participants à la procédure de passation du marché;
    2. modifie l'équilibre économique du marché en faveur de l'adjudicataire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial;
    3. élargit considérablement le champ d'application du marché;
    4. implique le remplacement de l'adjudicataire (hors cas admis à l'art. 38/3).

Modification pour omission ou inexactitude de déclaration

- Obligation de déclaration du risque par l'assuré (LAss art. 58)
- Modification possible du contrat en cas d'omission ou inexactitude non-intentionnelle de déclaration (LAss art. 60):
  - Proposition de modification du contrat, dans un délai d'un mois à dater de la connaissance de l'omission ou de l'inexactitude;
  - L'assuré peut accepter la modification dans le mois (à défaut possibilité de résiliation par l'assureur)
  - Résiliation du contrat si l'assureur prouve qu'il n'aurait pas assuré le risque

Modification suite à diminution ou aggravation du risque

- Art. 80 et 81 LAss
- DIMINUTION:

  obligation pour l'assureur de revoir les conditions d'assurance si diminution du risque sensible et durable ayant un impact sur les conditions. A défaut, droit de l'assuré de résilier.
- AUGMENTATION:
  - obligation de l'assuré de déclarer les circonstances nouvelles et modifications de circonstances de nature à entraîner une aggravation sensible et durable du risque (pas de ses conséquences)
  - Assureur a 1 mois pour proposer une modification des conditions d'assurance (ou résilier si preuve de la non-assurance)
  - Assuré à un mois pour accepter la modification (à défaut possibilité de résiliation pour l'assureur)
  - Pas applicable aux assurances vie, maladie et crédits

Modification unilatérale de la prime d’assurance

- Arrêté royal du 22 FEVRIER 1991 portant règlement général relatif au contrôle des entreprises d'assurances, art. 12
  - Droit de l’assureur d’augmenter ou diminuer un tarif d’assurance « non-vie » à tout moment (à dater du 4e mois qui suit)
  - Notification à l’assuré au moins 4 mois avant modification
  - Droit de résiliation de l’assuré

Application conjointe MP / Lass en cas de modification

Lorsqu'une modification du contrat est possible suivant la LAss et doit être acceptée par l'assuré, l'acceptation ne peut être donnée que si la modification est conforme à une clause de réexamen, notamment:

- modification prévue dans le CSC sans changement nature MP
- modification < seuil « de minimis »
- complément d'assurance nécessaire < 50%
- évènement imprévisible et < 50%
- modification non-substantielle

Application de l'art. 62/1 RGE: toute modification substantielle du contrat entraîne la résiliation

4) Résiliation anticipée des contrats d'assurance

Résiliation en marchés publics

- Résiliation anticipée pour cause d'exclusion: art. 62 al. 1er, 1° et al. 2 RGE
- Résiliation pour modification « substantielle » du contrat: art. 62/1 RGE
- Résiliation pour infraction de l'assureur aux traités européens : art. 62/1 RGE
- Droit du PA de résilier à tout moment (moyennant juste compensation)

Résiliations anticipées suivant la loi relative aux assurances

- Résiliation relative à des omissions / déclarations inexactes du risque
  - Omission ou inexactitude intentionnelles de déclaration de l'assuré qui induit en erreur sur l'appréciation du risque (art. 59 LAss)
  - Refus de l'assureur de couvrir un risque suite à une omission ou inexactitude non-intentionnelle de déclaration de l'assuré (art. 60 LAss)
- Résiliation liée à une diminution / aggravation du risque (Art. 80 et 81 LAss)

Résiliations anticipées suivant la loi relative aux assurances

- Résiliation en cas de non-paiement de la prime
  - Art. 69 LAss
  - Suspension ou résiliation après mise en demeure
  - Procédure différente de l'art 70 RGE

Résiliations anticipées suivant la loi relative aux assurances

- Résiliation après un sinistre
  - Art. 86 LAss
  - Applicable à certains risques
  - Peut être exclu par les documents de marché

Merci pour votre attention!

Pour toute information complémentaire, n'hésitez pas à me contacter:

Gauthier ERVYN
Avocat

ge@vdelegal.be
www.vdelegal.be
Tel: +32 (2) 290.04.00

Annexe 1 : cLAssification CPV des assurances en marchés publics

- 66500000-5 Services d'assurance et services de retraite.
- 66510000-8 Services d'assurance.
- 66511000-5 Services d'assurance-vie.
- 66512000-2 Services d'assurances accidents et maladie.
- 66512100-3 Services d'assurance accidents.
- 66512200-4 Services d'assurance maladie.
- 66512210-7 Services d'assurance maladie volontaire.
- 66512220-0 Services d'assurance médicale.
- 66513000-9 Services d'assurance défense et recours et service d'assurance tous risques chantier.

CLAssification CPV

- 66514000-6 Services d'assurance fret et services connexes.
- 66514100-7 Services d'assurance transport.
- 66514110-0 Services d'assurance de véhicules à moteur.
- 66514120-3 Services d'assurance maritime, aérienne et de transports d'autre type.
- 66514130-6 Services d'assurance de matériel ferroviaire.
- 66514140-9 Services d'assurance d'aéronefs.
- 66514150-2 Services d'assurance de bateaux.
- 66514200-8 Services d'assurance fret.
- 66515000-3 Services d'assurance dommages ou pertes.
- 66515100-4 Services d'assurance incendie.
- 66515200-5 Services d'assurance de biens.

CLAssification CPV

- 66515300-6 Services d'assurance intempéries et pertes financières.
- 66515400-7 Services d'assurance intempéries.
- 66515410-0 Services d'assurance pertes financières.
- 66515411-7 Services d'assurance pertes pécuniaires.
- 66516000-0 Services d'assurance responsabilité civile.
- 66516100-1 Services d'assurance responsabilité civile automobile.
- 66516200-2 Services d'assurance responsabilité civile aviation.
- 66516300-3 Services d'assurance responsabilité civile bateaux.
- 66516400-4 Services d'assurance responsabilité civile générale.
- 66516500-5 Services d'assurance de responsabilité professionnelle.

CLAssification CPV

- 66517000-7 Services d'assurance crédit et cautionnement.
- 66517100-8 Services d'assurance crédit.
- 66517200-9 Services d'assurance cautionnement.
- 66517300-0 Services d'assurance gestion des risques.
- 66518000-4 Services de courtage et services d'agence dans le secteur des assurances.
- 66518100-5 Services de courtage en assurances.
- 66518200-6 Services d'agences d'assurances.
- 66518300-7 Services de règlement des déclarations de sinistre.
- 66519000-1 Services d'assurance d'installations techniques, services d'assurance auxiliaire, services de règlement d'avaries, services de règlement de sinistres, services des actuaires et services d'administration des droits de sauvetage.

CLAssification CPV

- 66519100-2 Services d'assurance de plateforme de pétrole et de gaz.
- 66519200-3 Services d'assurance d'installations techniques.
- 66519300-4 Services d'assurance auxiliaire.
- 66519310-7 Services de conseil en assurances.
- 66519400-5 Services de règlement d'avaries.
- 66519500-6 Services de règlement des sinistres.
- 66519600-7 Services des actuaires.
- 66519700-8 Services d'administration des droits de sauvetage.
- 66520000-1 Services de retraite.
- 66521000-8 Services de retraite individuelle.

CLAssification CPV

- 66522000-5 Services de retraite collective.
- 66523000-2 Services de conseil en matière de fonds de pension.
- 66523100-3 Services d'administration des fonds de pension.
- 66600000-6 Services de trésorerie.
- 66700000-7 Services de réassurance.
- 66710000-0 Services de réassurance-vie.
- 66720000-3 Services de réassurance accidents et maladie.