



HAL
open science

La subrogation en droit privé et public des obligations

Maëllys Collet

► **To cite this version:**

Maëllys Collet. La subrogation en droit privé et public des obligations. Droit. Université Savoie Mont Blanc, 2023. Français. NNT : 2023CHAMA031 . tel-04336957

HAL Id: tel-04336957

<https://theses.hal.science/tel-04336957>

Submitted on 12 Dec 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ SAVOIE MONT BLANC

Spécialité : **Droit privé**

Arrêté ministériel : 25 Mai 2016

Présentée par

Maëllys COLLET

Thèse dirigée par **Christophe QUEZEL-AMBRUNAZ** et
codirigée par **Clément BENELBAZ**

préparée au sein du **Centre de Recherche en Droit Antoine Favre**
dans l'**École Doctorale : Sciences et Ingénierie des Systèmes de**
l'Environnement et des Organisations

La subrogation en droit privé et public des obligations

Thèse soutenue publiquement le **26 septembre 2023**,
devant le jury composé de :

Mme. Hélène CLARET

Professeur à l'Université Savoie Mont Blanc, Président

M. Jeremy ANTIPPAS

Professeur à l'Université Bretagne Sud, Rapporteur

Mme. Anne JACQUEMET-GAUCHÉ

Professeur à l'Université Clermont Auvergne, Rapporteur

M. Benjamin MÉNARD

Maître de conférences à l'Université Jean Moulin (Lyon 3), Examineur

Sommaire

PARTIE 1 :

L'EMERGENCE D'UNE LOGIQUE UNITAIRE AU SEIN DE LA NOTION DE SUBROGATION

Titre 1 : La subrogation, instrument de maintien de l'équilibre juridique

Chapitre 1 : La subrogation et la conservation d'un droit

Chapitre 2 : L'équilibre, le résultat attendu de la conservation du droit

Titre 2 : La subrogation, un mécanisme de transmission de droits

Chapitre 1 : La conservation d'un droit par son transfert

Chapitre 2 : La mesure du transfert : entre encadrement et limitations

PARTIE 2 :

LA PERSISTANCE DE SINGULARITES AU SEIN DE LA NOTION DE SUBROGATION

Titre 1 : L'emploi de la subrogation

Chapitre 1 : L'utilité de la subrogation

Chapitre 2 : Le rayonnement de la subrogation

Titre 2 : Les règles applicables aux différentes composantes du mécanisme subrogatoire

Chapitre 1 : Les limites à l'uniformisation des régimes de la subrogation

Chapitre 2 : Le manque d'uniformisation dans l'application du recours subrogatoire

Table des abréviations

AJDA	Actualité Juridique de Droit Administratif
AJ Famille	Actualité juridique famille
anc.	Ancien
Art.	Article
Ass.	Assemblée
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
CA	Cour d'Appel
CAA	Cour Administrative d'Appel
C. ass,	Code des assurances
C. civ,	Code civil
C. com,	Code commercial
C. const,	Code constitutionnel
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
C. expropriation, S	Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique
<i>Cf.</i>	<i>Confer</i> , Se rapporter à
C. gen. fonct. Publ.	Code général de la fonction publique
C. gen. imp,	Code général des impôts
Circ.	circulaire
Civ,	Chambre civile de la Cour de cassation
CJUE	Cour de justice de l'Union Européenne
Com,	Chambre commerciale de la Cour de cassation
concl.	conclusions
C. proc. civ,	Code de procédure civile
C. proc. pén.	Code de procédure pénale
Crim,	Chambre criminelle de la Cour de cassation
C. rur,	Code rural
C. sant. publ.	Code de la santé publique
C. sec. soc,	Code de la sécurité sociale
C. urb,	Code de l'urbanisme
Dir.	Sous la direction de
Dr. civ	Droit civil
éd.	Edition
<i>Infra</i>	au-dessous
JCP	La Semaine Juridique
n°	Numéro
Ord.	Ordonnance

p. / pp.	Page / pages
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rec.	Recueil Lebon
Rép. civ	Répertoire de droit civil
Rép. immo.	Répertoire de droit immobilier
Rép. international.	Répertoire de droit international
Rép. pr. civ	Répertoire de procédure civile
Rép. resp. puiss. Publ.	Répertoire de la responsabilité de la puissance publique
Rép. soc.	Répertoire de droit social
Rép. trav.	Répertoire de droit du travail
Resp. civ. et ass.	Responsabilité civile et assurances
Rev.	Revue
Rev. gen. ass. terr.	Revue générale des assurances terrestres
Rev. crit. Législ. et jurispr.	Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. dr. Publ	Revue de droit public
Rev. sc. crim	Revue de science criminelle
RTD civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTD com.	Revue Trimestrielle de Droit Commercial
Soc,	Chambre sociale de la Cour de cassation
<i>Supra</i>	au-dessus
t.	tome
v°	<i>Verbo</i> , au mot

INTRODUCTION

La subrogation est une notion qui ne renvoie *a priori* à aucune construction juridique globale susceptible d'être identifiée, et dont l'application n'est pas uniforme. Sujette à une approche sectorielle, elle peine à être définie, et les règles qui lui sont appliquées peuvent manquer de cohérence. L'hétérogénéité de son domaine d'intervention la réduit à une notion générique dénuée de contenu, et aucune étude d'ensemble n'a été menée. Elle est divisée en deux formes (personnelle et réelle), est issue de deux sources (légale et conventionnelle), et elle est employée au sein de deux corpus juridiques (le droit privé et le droit public).

À la croisée des matières, elle irrigue diverses branches du droit. Ses applications sont alors diverses. Par exemple, elle permet à la sécurité sociale qui paye les dépenses de santé de la victime, d'exercer ses droits et actions à l'encontre de l'auteur de l'accident. De même, lorsque l'État se substitue à un de ses agents auteur d'un dommage, il est subrogé dans les droits de la victime pour obtenir le remboursement des sommes engagées. Une action subrogatoire peut également être accordée au prêteur de deniers dans le cadre d'une vente d'un bien immobilier ou d'un fonds de commerce. Elle lui permet d'exercer les droits et actions du vendeur contre le débiteur ayant recours au crédit, et de bénéficier des mêmes garanties d'indemnisation. Elle trouve aussi application en matière de régime matrimonial, et permet à l'époux d'employer ou de remployer des deniers propres, afin de conserver son droit de propriété individuelle sur un bien nouvellement acquis. Le droit de préférence du créancier hypothécaire est également reporté sur l'indemnité d'assurance lorsque le bien initialement porteur du droit a été détruit.

Le déficit de synthèse et de conceptualisation entourant la notion de subrogation est donc inversement proportionnel à son utilité pratique. Le constat de sa diversité matérielle n'est toutefois pas un obstacle à sa conceptualisation, dès lors que la notion est susceptible d'intégrer les particularités inhérentes à chaque mécanisme étudié. Une étude globale et transversale de celle-ci semble alors nécessaire. Pour autant, il convient au préalable de revenir sur le sens et l'origine du terme « subrogation » et d'en préciser les contours.

Étymologie. Le mot « subrogation » est principalement employé pour décrire deux techniques juridiques. La première, la subrogation personnelle, suppose l'existence d'une relation tripartite, et permet à l'une des parties d'obtenir, en raison du paiement qu'elle a effectué, les droits d'une autre¹. La seconde, la subrogation réelle, désigne les hypothèses où un bien est remplacé par un autre, car le droit initialement attaché au bien d'origine ne peut plus continuer à porter sur celui-ci². L'étymologie du terme fait directement référence à l'idée de remplacement ou de substitution. En effet, il provient du verbe latin « surrogare », qui signifie « mettre à la place de », « remplacer », ou encore « substituer », ainsi que du verbe « subrogare » également rattaché à l'idée de remplacement³. D'une façon générale, la subrogation se rapporte donc à la substitution d'un élément à un autre⁴.

Définitions courantes. Le terme « subrogation » apparaît dans le dictionnaire du moyen français faisant état d'un premier sens de 1330 à 1500. Il est défini comme une « *convention par laquelle une personne est substituée à une autre pour exercer ses droits* »⁵. La subrogation réelle a ensuite été intégrée à la définition. Ainsi, dans la langue française du XIX^{ème} et XX^{ème} siècle, la subrogation est décrite comme la « *substitution, par convention ou de plein droit, d'une personne à une autre dans un rapport juridique* », ou comme une « *convention par laquelle on attribue à une chose les qualités juridiques de celle qu'elle remplace dans un patrimoine ou dans une universalité juridique* »⁶. Aujourd'hui, le dictionnaire de français « Larousse » la définit comme une « *institution en vertu de laquelle une personne (subrogation personnelle) ou une chose (subrogation réelle) est substituée à une autre dans un rapport juridique* »⁷.

Définitions juridiques. Les dictionnaires spécialisés n'offrent pas une définition bien plus fournie. Cette dernière est décrite au sein des lexiques juridiques comme « *l'opération qui substitue une personne ou une chose à une autre (subrogation personnelle et subrogation réelle), le sujet ou l'objet obéissant au même régime juridique que l'élément qu'il*

¹ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, L.G.D.J., Paris, 1979 ; E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017 ; P. De Renusson, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, J. Bodin, Paris, 1685 ; Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA, 1971, p. 325.

² M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Sirey, Paris, 1954, t. 1 et t. 2 ; E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014 ; V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, LGDJ, Paris, 1985.

³ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, L.G.D.J., Paris, 1979, p. 5.

⁴ Le terme « substitution » vient du mot latin « substituere » qui signifie « mettre à la place ».

⁵ ATILF, CNRS et Université de Lorraine, *Dictionnaire du Moyen Français*, 2015, v^o « Subrogation ».

⁶ ATILF, CNRS et Université de Lorraine, *Trésor de la langue Française informatisé*, v^o « Subrogation ».

⁷ Le dictionnaire de français « Le Robert », quant à lui, la décrit comme une « *substitution d'une personne ou d'une chose à une autre dans une relation juridique* ».

remplace »⁸, ou le « *remplacement dans un rapport de droit d'une chose par une autre dont elle suit le même régime (subrogation réelle) ou d'une personne par une autre dont elle pourra exercer les droits (subrogation personnelle)* »⁹. La subrogation réelle sera également rattachée à une « *fiction de droit par laquelle un bien en remplace un autre en lui empruntant ses qualités* »¹⁰.

Critique des définitions apportées. Chaque définition apportée dépeint la subrogation comme une substitution ou un remplacement d'éléments. Bien que ces définitions soient conformes à l'origine même du terme, elles sont imprécises. En effet, il n'est jamais précisé les caractéristiques particulières entourant la substitution. Cette dernière pourrait aussi bien décrire une opération de vente au cours de laquelle une chose est remplacée par une autre. La subrogation est donc uniquement perçue comme une notion générique ne regroupant aucune unité conceptuelle. Elle est dite « personnelle » lorsqu'elle concerne les liens d'obligation entre personnes, ou « réelle » lorsqu'elle porte sur le rapport entre un bien et le titulaire d'un droit. Le seul élément de convergence entre ses deux applications serait donc le lien qu'elles entretiennent avec la notion de substitution. La subrogation personnelle permet à une personne d'agir en lieu et place d'une autre¹¹, c'est-à-dire de se substituer à elle dans ses droits. La subrogation réelle aboutit, quant à elle, à la substitution d'un bien menacé d'extinction par un autre bien susceptible de prendre sa place. Le remplacement fournit alors « *le fil directeur autour duquel tous les éléments de la subrogation réelle se synthétisent naturellement* »¹².

Les éléments déclenchant la mise en œuvre de la subrogation, son objectif principal ou encore ses effets juridiques, ne sont jamais évoqués au sein de sa définition. Seul son résultat est décrit comme une substitution d'éléments, qui varie selon qu'elle a lieu en droit des biens ou en droit des personnes. Les définitions des différentes formes de subrogation restent également très générales et n'apportent que peu de précisions sur son contenu juridique. Ainsi, bien que le mécanisme subrogatoire soit répandu et mainte fois décrit à travers la même

⁸ S. Guinchard et T. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 21^e édition, 2014, p 891, v^o « Subrogation ».

⁹ R. Cabrillac, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, LexisNexis, 9^e édition, 2018, v^o « Subrogation ».

¹⁰ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H, Capitant, 10^e éd., PUF, 2014, v^o « Subrogation réelle ».

¹¹ P. De Renusson, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, J. Bodin, Paris, 1685, Chap I, n^o I, pp 1 et suivantes.

¹² M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Sirey, Paris, 1954, t. 1, p. 56.

définition générale, il reste perçu comme empreint de complexité¹³. Cette lacune est d'autant plus surprenante que la naissance du terme est ancienne, et que son utilisation pratique est croissante.

Les origines de la subrogation personnelle. Le terme « subrogation » a vu le jour en droit des obligations, au sein des opérations juridiques à trois personnes. Les jurisconsultes définissaient l'obligation comme « *un lien de droit en vertu duquel nous sommes impérativement contraints de payer quelque chose conformément aux lois de notre pays* »¹⁴. Le Digeste précisait que « *l'essence de l'obligation ne consiste pas en ceci qu'elle nous rendrait propriétaire d'une chose corporelle ou titulaire d'une servitude, mais en ce qu'elle contraint autrui à nous donner, à nous faire ou à nous fournir quelque chose* »¹⁵. La subrogation a alors fait son apparition pour résoudre les difficultés liées à l'intervention d'un tiers dans le rapport juridique.

C'est tout d'abord pour permettre au fidéjusseur d'obtenir un recours contre le débiteur de l'obligation qu'une cession d'actions a été accordée. Ce dernier pouvait bénéficier d'une *actio mandati contraria*¹⁶ dès lors que son intervention avait été sollicitée par le débiteur, ou encore d'une *actio negotiorum gestorum*¹⁷ lorsque la situation permettait de faire admettre une gestion d'affaires¹⁸. Il s'agissait de déroger à l'ancienne rigueur juridique supposant le caractère extinctif de paiement, afin de faire primer une solution équitable. Une seconde forme de subrogation était également admise : la *successio in locum*. Elle permettait à un tiers qui avait payé un créancier hypothécaire de lui succéder dans son rang.

¹³ P. De Renusson, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, J. Bodin, Paris, 1685, Chap I, XIV, p. 12 : « *Cette matière est d'elle-même épineuse et difficile* ». Voir également, J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 4.

¹⁴ Elle se trouve dans les Institutes de Justinien, Livre III, titre 13, principium. « *obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus servendae rei secundum nostrae civitatis jura* ». M. Levy-Bruhl, *Cours de droit romain*, A.C.E.D., 1955-1956. .

¹⁵ Livre 44, titre 7, fragment 3, principium : « *Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat sed ut alium nobis ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum* ». M. Levy-Bruhl, *Cours de droit romain*, A.C.E.D., 1955-1956.

¹⁶ L'*actio mandati contraria* permet au mandataire de se faire indemniser par le mandant des avances et frais effectués.

¹⁷ L'*actio negotiorum gestorum* résulte de la gestion d'affaires et permet d'obtenir le remboursement des sommes dépensées.

¹⁸ En droit romain, la subrogation ne correspond pas à la circulation d'une obligation, mais à la circulation d'actions. Les romains n'avaient pas conscience de l'obligation telle qu'elle est présente aujourd'hui dans le droit. Pour obtenir l'exécution d'un contrat ou d'une obligation, il fallait disposer d'une action. Les prêteurs ont contribué à l'extension des actions grâce à leurs édits et formules, ce qui a conduit notamment à donner une efficacité aux pactes. Le droit romain a contribué à donner à la notion d'obligation un contenu plus riche sans aller jusqu'à consacrer la théorie des obligations telle qu'on la connaît aujourd'hui. Les romains ont par conséquent eu tardivement conscience de l'obligation telle qu'on l'appréhende aujourd'hui. M. Levy-Bruhl, *cours de droit romain*, A.C.E.D., 1955-1956.

Bien que d'origine romaine¹⁹, la subrogation n'a été nommée comme telle que durant l'ancien droit²⁰. Les deux opérations issues du droit Romain ont alors fusionné et abouti à la création d'une institution unique, à laquelle s'est ajoutée une subrogation consentie par le créancier. À l'origine uniquement perçue comme une substitution du *solvens* dans les actions du créancier, puis dans les sûretés de ce dernier, la subrogation était décrite comme « *une fiction par laquelle celui qui a prêté nouvellement ses deniers est réputé entrer en lieu et place du créancier pour exercer ses mêmes droits* »²¹. Sa conception a toutefois évolué puisqu'elle s'apparente aujourd'hui davantage à une transmission de créance²².

Elle est codifiée dès 1804²³ au sein du Code civil, à travers quatre hypothèses d'application²⁴. Elle pouvait donc avoir lieu « *au profit de celui qui étant lui-même créancier paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques ; au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué ; au profit de celui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter ; au profit de*

¹⁹ D'autres termes tels que « *successio* » ou *substitutio* » ou encore « *cessio* » étaient donc utilisés dans les lois romaines : P. De Renusson, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, Paris, Jérôme Bodin, 1685, Chap I, VII, p. 7.

²⁰ M. Levy-Bruhl, *Cours de droit romain*, Paris, A.C.E.D., 1955-1956, p. 324 : « *Ce bénéficie de la cession d'action qui a été créée par le Droit romain, s'est maintenu dans les Droits modernes, et il existe encore dans notre Droit français, actuel, où il s'exprime dans l'art. 1251. § 3 du Code civil, sous le nom de subrogation* ».

²¹ P. de Renusson, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, Jérôme Bodin, Paris, 1685, Chap I, X.

²² L. Thézard, *De la nature et des effets de la subrogation*, Revue critique de législation et de jurisprudence. Paris, 1879, p. 119 ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, LGDJ, 9^{ème} éd, Paris, 1923, p. 171 ; R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 215 ; Lachieze, *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil*, Université Montesquieu, 1996, pp. 480 et suivantes.

²³ Dumoulin, Pothier et Renusson étaient à la tête de son mouvement de création : P. de Renusson, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, Jérôme Bodin, Paris, 1685 ; A. Pierronnet, *Des divers bénéfices accordés aux cautions en droit romain et en droit français*, Thèse, Nancy, Berger-Levrault et Cie, 1874, p. 152 : « *Deux systèmes se présentaient donc au choix des rédacteurs du Code : celui de Dumoulin, et celui qui avait été constamment suivi dans l'ancien Droit et qui était consacré par la tradition romaine et la tradition française* ». L. Thézard, *De l'influence des travaux de Pothier et du chancelier d'Aguesseau sur le droit civil moderne*, Paris, Auguste Durand, 1866, p. 60 : il met en avant l'influence des travaux de Pothier et notamment son traité des obligations de 1761 prévoyant dans sa seconde partie les diverses modalités des obligations. « *Pothier donne un véritable traité des fidéjusseurs et des cautions, où il indique l'étendue de leurs obligations et les divers bénéfices qui leur sont accordés* ». De plus, une troisième partie est relative à l'extinction des obligations par le paiement. Un tel travail a servi de guide aux rédacteurs du Code civil.

²⁴ Ce n'est que postérieurement que des textes spéciaux ont consacré la subrogation : Extension de l'application de la subrogation en matière d'assurances : C. ass, art. L 121-12. La subrogation s'applique également en ce qui concerne les fonds et offices d'indemnisation : C. sant. publ, art. L 3122-4, art. L 1142-15, art. L 3111-9. La subrogation s'applique dans des domaines variés comme en droit commercial : C. com, art. L 525-5 ; ou en droit public : C. dom. État, art. R 134 ; C. gen. pr. pers. publ, art. L 2341-1 ; C. gen. imp, art. 1928.

l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession »²⁵. Un cinquième cas fut ajouté en 2006 « *au profit de celui qui a payé de ses deniers les frais funéraires pour le compte de la succession* »²⁶. Il était également possible de la mettre en œuvre par la voie conventionnelle²⁷.

Les origines de la subrogation réelle. De la même façon, la subrogation réelle est une notion ancienne, mais son origine est plus complexe à établir. Mécanisme de droit des biens, elle aurait vu le jour en raison « *de la pluralité des régimes des biens et la nécessité de préserver les patrimoines contre les effets des aliénations* »²⁸. Les glossateurs avaient déjà développé une maxime faisant écho au mécanisme subrogatoire, prétendant la tirer de sources romaines²⁹. Elle prévoyait que *in judiciis universalibus res succedit loco pretii et pretium loco rei*³⁰. Les glossateurs considéraient que le sénatus-consulte Juventien avait consacré la subrogation du prix à la chose et de la chose au prix dans la pétition d'hérédité³¹. Ils étendirent cette subrogation aux autres universalités, comme le fidéicommiss ou encore le legs universel. Ainsi, le possesseur était comptable à l'héritier des biens existants en nature et le prix de ceux aliénés, et le fidéicommissaire pouvait exiger du fiduciaire les biens subsistant au décès ainsi que ceux achetés avec le prix des biens héréditaires³².

A. Henry considère toutefois que les romains « *n'admettaient la subrogation dans la pétition d'hérédité que sous réserve d'une double distinction entre les possesseurs de bonne et de mauvaise foi* », et que « *lorsqu'on parle de subrogation réelle, dans le droit romain, on attribue certainement aux jurisconsultes de cette époque une notion qui est complètement étrangère à leur technique : ces jurisconsultes arrivaient en effet à expliquer par l'idée d'enrichissement ou par d'autres idées équivalentes ce résultat que nous justifions aujourd'hui par l'idée d'une subrogation* »³³. Selon lui, elle serait donc plutôt issue de l'Ancien droit.

²⁵ C. civ., art. 1251, rédaction d'origine de 1804.

²⁶ Loi, n° 2006-728, 23 juin 2006, *Portant réforme des successions et des libéralités*, art. 29.

²⁷ C. civ, art. anc. 1250 et C. civ, art. issus de la réforme : 1346-1 et 1346-2

²⁸ E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 2.

²⁹ A. Henry, *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, Thèse, A. Rousseau, Paris, 1913, p. 29.

³⁰ Adage : *In judiciis universalibus, pretium succedit loco rei et res loco pretii* et *in judiciis singularibus, pretium non succedit loco rei* : dans les actions universelles, le prix tient lieu de la chose et la chose du prix, dans les matières réelles, il n'y a pas subrogation du prix à la chose, ni de la chose au prix.

³¹ Digeste, *de hereditatis petitione*, loi 22, tiré de A. Henry, *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, Thèse, A. Rousseau, Paris, 1913, p. 30.

³² H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd., 1999, p. 811, adage n° 402.

³³ A. Henry, *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, Thèse, A. Rousseau, Paris, 1913, p. 38.

Qualifiée de fiction, elle était d'interprétation étroite, ce qui ne l'a cependant pas empêchée de se développer largement. Ainsi, elle jouait un rôle important en matière de propres de successions ou de propres de communauté³⁴. Elle s'appliquait également en matière d'immeubles sujets au douaire³⁵. Ainsi, lorsque ces derniers étaient vendus, il était possible de transférer le douaire sur le bien acquis en remploi. À l'origine conventionnelle, elle fut ensuite déduite du silence de la femme lui conférant une application quasiment automatique. La subrogation réelle peut alors être qualifiée de mécanisme hétérogène en raison de la diversité de ses hypothèses d'application. Elle est utilisée en matière d'absence, en matière de droit de retour légal au profit de l'ascendant donateur, en matière des propres de communauté en cas d'échange ou de remploi³⁶, en matière de régime dotal³⁷, en matière d'indemnité due en raison de la perte d'une chose, ou encore en matière de succession³⁸. Sa description passe alors généralement par l'énumération de ses hypothèses d'application.

Le lien entre la subrogation et la substitution. Depuis leur origine, la subrogation personnelle et la subrogation réelle sont systématiquement rapprochées de la notion de « substitution », également employée pour décrire d'autres procédés tels que le mandat, la novation, ou la délégation³⁹. La substitution a également pu être appréhendée comme une notion autonome disposant de ses propres caractéristiques⁴⁰. L. Clouzot la décrit comme « *un moyen de préserver un système existant tout en optimisant ses modalités de fonctionnement* »⁴¹.

³⁴ A. Henry, *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, Thèse, A. Rousseau, Paris, 1913, p. 48 : L'auteur aborde la subrogation dans l'ancien droit à travers l'affectation des propres aux besoins de la famille qui était garantie par la réserve coutumière des quatre-vingts. Ainsi, la terre familiale n'était considérée comme aliénable qu'à charge de remploi ou d'échange et le bien nouveau était alors nommé « propre de subrogation ».

³⁵ Droit d'usufruit accordé aux femmes sur certains biens de leurs défunts maris.

³⁶ C. civ, art. 1406.

³⁷ Les biens dotaux étaient ceux exclusivement affectés à l'entretien du ménage et aux intérêts de la famille.

³⁸ C. civ, art. 922.

³⁹ E. Jeuland, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, Thèse, LGDJ, Paris, 1999

⁴⁰ L. Cadiet, préface, E. Jeuland, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, Thèse, LGDJ, Paris, 1999 : la notion de substitution, en tant que notion autonome, possède un régime propre et permet à une personne intéressée de mettre en œuvre une obligation en lieu et place d'une autre personne décrite comme étant défaillante. L'auteur définit la subrogation comme étant « *l'opération par laquelle, une personne, le substitué, met en œuvre l'obligation — considérée au sens de droit, de devoir ou de droit potestatif — née d'un rapport fondamental entre deux personnes, le substituant et l'insubstitué, sans que le substituant ne disparaisse entièrement du rapport juridique et de telle sorte que le substitué et l'insubstitué soient directement liés entre eux* ». Dans le même sens : L. Clouzot, *Recherches sur la substitution en droit administratif français*, Paris, Thèse, Université Montpellier I, 2010.

⁴¹ L. Clouzot, *Recherches sur la substitution en droit administratif français*, Paris, Thèse, Université Montpellier I, 2010, p. 18.

Il n'est pas surprenant que la subrogation ait toujours été décrite à travers la notion de substitution. En effet, elle permet de préserver un droit au profit du *solvens* ou encore d'assurer sa survie malgré la disparition de son objet. Ainsi, lorsque le *solvens* indemnise la victime, il conserve le droit d'agir contre le responsable, pour obtenir le remboursement des sommes engagées. Il peut donc être prévu, en amont de la subrogation, des garanties d'indemnisation, sans que le système de répartition de la charge de la dette entre les différents intervenants ne soit bouleversé. De la même façon, lorsqu'un bien est détruit, le droit des créanciers hypothécaires est préservé, car il est reporté sur la créance indemnitaire. Cela permet de faire face aux aléas, et d'optimiser le fonctionnement des garanties. Il convient également de relever que, dans la subrogation personnelle et la substitution de personnes, il y a une mise en œuvre du droit « en lieu et place » du détenteur originel. Le « lieu » se rattache à l'environnement et par conséquent à la compétence du juge et à la loi applicable, alors que la « place » se réfère au rôle qui est attribué au substitué ou au subrogé⁴².

Une impossible assimilation des deux notions. La notion de subrogation et la notion de substitution ne peuvent toutefois pas être assimilées. Pour reprendre les propres de A. Henry, « *il n'y a pas à proprement parler dans la subrogation réelle de substitution d'un objet de droit à un autre objet de droit, de même que dans la subrogation personnelle, il y a remplacement d'un sujet de droit par un autre* »⁴³. La subrogation est donc envisagée comme disposant d'une autonomie fonctionnelle, qui conduit à rejeter l'idée selon laquelle elle ne serait qu'une forme particulière de substitution. L'ouvrage de C. Larroumet sur les opérations juridiques à trois personnes⁴⁴ n'aborde d'ailleurs pas la subrogation dans sa partie relative aux substitutions de personnes dans un rapport d'obligation.

⁴² L'expression « *en lieu et place* » est une expression utilisée en droit pour définir l'action de mettre quelque chose ou quelqu'un à la place d'une autre en lui conférant ses obligations et ses droits. Il s'agit par conséquent d'obtenir les droits d'une personne et d'assurer son rôle, sa fonction à sa place. C'est en ce sens que le « lieu » désigne plutôt une position, la situation actuelle d'une personne, alors que le terme « place » se rapporte davantage aux fonctions. Dans ce sens : E. Jeuland, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, Thèse, LGDJ, Paris, 1999, p. 290.

⁴³ A. Henry, *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, Thèse, A. Rousseau, Paris, 1913, p. 378. Il faut toutefois relever que lorsque l'auteur définit la subrogation réelle, il reste attaché au terme de substitution en précisant qu'elle consiste en « la substitution d'une chose matérielle à une autre chose matérielle dans une obligation ou dans un droit dont l'objet consiste essentiellement dans une valeur », p. 379.

⁴⁴ C. Larroumet, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Thèse, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Bordeaux, 1968. E. Jeuland, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, Thèse, LGDJ, Paris, 1999 : l'auteur rejette également la subrogation des mécanismes de substitution. Dans le même sens : L. Clouzot, *Recherches sur la substitution en droit administratif français*, Paris, Thèse, Université Montpellier I, 2010.

Les divergences entre la subrogation et la substitution. Les caractéristiques accordées à la notion de substitution font émerger un certain nombre de différences avec le fonctionnement de la subrogation. Premièrement, la substitution ne s’oppose pas au maintien du substituant dans le rapport juridique originaire⁴⁵. *A contrario*, le subrogeant ne conserve de droits que pour la part lui restant due⁴⁶. Il ne doit en aucun cas garantir l’existence de la créance⁴⁷, et ne peut donc voir sa responsabilité engagée au regard de la bonne exécution de l’obligation⁴⁸. En outre, la substitution a été décrite comme un mécanisme subsidiaire⁴⁹, ce qui n’est jamais le cas de la subrogation personnelle. Bien que la subrogation réelle remplisse cette condition, la substitution, en tant que notion autonome, semble uniquement se rapporter aux rapports entre personnes. Elle n’est donc pas abordée en ce qui concerne le rapport entre différents biens entrant successivement dans le patrimoine. La substitution serait alors uniquement un terme générique employé pour décrire le résultat de la subrogation réelle.

La subrogation, une notion à part entière. Cette étude se propose d’offrir un raisonnement renouvelé sur la notion. La substitution d’éléments ne serait plus le seul point de convergence entre la subrogation personnelle et la subrogation réelle. Il ressort d’ailleurs de l’étude de M. Lauriol et d’E. Savaux que la subrogation réelle peut être perçue comme un mécanisme de conservation d’un droit⁵⁰. Or, la subrogation personnelle présente un rôle analogue. Elle est aujourd’hui largement admise comme un mode de transmission de créances⁵¹, visant à conserver celles-ci au profit du subrogé. La définition générale de la

⁴⁵ La partie réapparaît parfois au cours du développement de l’opération. À titre d’exemple, lorsque l’on est en présence d’une promesse unilatérale de vente, le bénéficiaire initial peut de nouveau lever l’option dans le cas où le substitué renonce à profiter de ce droit. Il peut également recevoir les fonds comme c’est le cas en matière d’action oblique.

⁴⁶ Par conséquent, il ne peut renoncer à la créance en ce qui concerne la part appartenant au subrogé.

⁴⁷ Pothier, *Coutumes des duché, bailliage et prévôté d’Orléans, et ressort d’iceux*, Paris, Debure l’ainé, Orléans, Veuve Rouzeau-Montaut, Tit. XX, Chap. I, Section V De la subrogation, n° 67, p. 757.

⁴⁸ La responsabilité du mandataire peut être engagée si le substitué n’exécute pas l’obligation en cause, le substituant étant maintenu dans le rapport juridique. « *La règle générale concernant la responsabilité en matière de substitution de personne peut être énoncée de la manière suivante : le substituant est responsable de la bonne exécution de l’obligation, si la substitution n’a pas été autorisée ; elle n’est responsable que du choix du substitué si elle a reçu l’autorisation d’opérer une substitution ; le substitué est également responsable de la bonne exécution de l’obligation* » : E. Jeuland, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d’obligation*, Thèse, LGDJ, Paris, 1999, p. 297.

⁴⁹ L. Clouzot, *Recherches sur la substitution en droit administratif français*, Paris, Thèse, Université Montpellier I, 2010, p 297 : « *Alors que la substitution répond à la nécessité de pallier une carence, la subrogation, tend au contraire à assurer un fonctionnement efficace de l’administration en indemnisant la victime d’un dommage par une personne autre que le responsable direct* ».

⁵⁰ E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 42 ; M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p.74.

⁵¹ Notamment : E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 3 ; R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 44 ; J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 353.

subrogation atteste également d'une volonté de regrouper ses deux applications à travers la notion de remplacement, qui pourrait servir de base à la détermination de l'effet principal du mécanisme. De ces similitudes est alors né le projet de rechercher le lien qu'elles entretiennent entre elles.

L'existence d'une dénomination commune. La notion de « subrogation » est principalement employée pour désigner deux techniques juridiques. Néanmoins, d'autres mécanismes présentent une dénomination commune, mais ne sont cependant pas abordés par les auteurs aux côtés de la subrogation réelle ou personnelle. Il faut alors déterminer s'ils entrent dans le champ de l'étude. Le terme « subrogation », ainsi que ceux qui lui sont dérivés, connaissent une existence purement juridique. Il peut alors être envisagé qu'à chaque fois qu'il est employé, il se rapporte à une même réalité. Toutefois, le rapprochement effectué entre la notion de subrogation et celle de substitution a pu conduire à employer le terme « subrogation » pour parler de procédés qui ne peuvent cependant pas lui être totalement assimilés. Plusieurs techniques devront alors être exclues de cette étude.

Le subrogé tuteur et le subrogé curateur. Le subrogé tuteur et le subrogé curateur ont pour mission d'assister ou de représenter, selon le cas, « *la personne protégée lorsque les intérêts de celle-ci sont en opposition avec ceux du curateur ou du tuteur ou lorsque l'un ou l'autre ne peut lui apporter son assistance ou agir pour son compte en raison des limitations de sa mission* »⁵². Le subrogé tuteur et le subrogé curateur sont donc appelés à remplacer le tuteur ou le curateur uniquement lorsque les intérêts de ces derniers ne peuvent être conciliés avec ceux de la personne protégée. L'autre partie de leur mission consiste en la surveillance et au contrôle des activités du tuteur et du curateur⁵³. La définition traditionnelle de la subrogation comme mécanisme de substitution ne colle donc qu'imparfaitement avec le rôle qui leur est assigné. En outre, l'étude se propose d'analyser la subrogation comme un mécanisme de transmission de droits. Or, le subrogé tuteur et le subrogé curateur ne se voient attribuer les compétences du tuteur ou du curateur que dans des hypothèses limitées, et pour un temps restreint. Il n'y a alors aucun transfert de droits à proprement parler. En outre, contrairement à la subrogation, le droit n'est pas menacé d'extinction en raison d'une modification de la situation juridique⁵⁴. C'est une simple opposition entre le tuteur ou le curateur et la personne protégée, qui conduit une tierce personne à gérer momentanément les

⁵² C. civ, art. 454.

⁵³ C. civ, art. 409 ; C. civ, art.

⁵⁴ Cf. *intra*. L'occasion de la subrogation : la fluctuation, p. 92.

intérêts de ce dernier. Dès lors, le terme subrogé employé dans le cadre de la tutelle ou la curatelle doit être distingué de celui désignant une des parties intervenant dans la subrogation personnelle.

La « subrogation des poursuites ». La « subrogation des poursuites » peut être définie comme une « *procédure permettant en cas de saisie réalisée successivement sur un même bien, au deuxième créancier saisissant d'être substitué au premier si celui-ci néglige de poursuivre la procédure* »⁵⁵. Il s'agit d'une forme de substitution dans le sens où le second créancier va agir à la place du premier. Elle lui permet de garantir ses droits en exerçant l'action pour le compte du premier créancier saisissant. Plus encore, la subrogation des poursuites s'apparente à la subrogation personnelle ou réelle en ce qu'elles ont toutes un objectif de conservation. Dans la première hypothèse, c'est l'action qui est conservée, alors que dans les deux autres, c'est le droit de créance ou celui portant sur le bien initial⁵⁶. Il aurait donc pu être envisagé de faire le lien entre ces mécanismes en élargissant le champ d'étude au transfert de droits et d'actions. En effet, c'est la même procédure qui se poursuit entre les mains du second créancier, qui peut se voir opposer tous les vices de procédure antérieurs à la subrogation, ainsi que les clauses du cahier des conditions de vente. Toutefois, bien que le second créancier exerce l'action du premier, il ne peut obtenir les mêmes effets que ceux dont ce dernier aurait bénéficié. En effet, l'action est exercée pour le compte du premier créancier saisissant, et c'est uniquement la faculté d'exercer l'action qui est transmise. Ainsi, pour pouvoir exercer les droits et actions du premier créancier, le second doit d'abord l'avoir désintéressé⁵⁷.

La subrogation des poursuites s'apparente davantage à une substitution⁵⁸. De cet exemple ressort l'importance de mettre en place une définition plus complète de la subrogation. Elle permettrait de faire émerger ses éléments essentiels et d'éviter tout risque de confusion avec des mécanismes proches, de par leur fonctionnement. La subrogation des poursuites doit donc être cantonnée au remplacement d'une personne par une autre dans l'exercice d'une action, alors que la subrogation personnelle s'apparente à un transfert de droit directement lié au

⁵⁵ R. Cabrillac, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, LexisNexis, 9^e édition, 2018, v^o « Subrogation des poursuites ».

⁵⁶

Cf.

infra.

La conservation d'un droit, objectif unique de la subrogation, p. 63.

⁵⁷ Parce qu'il lui est préférable en raison de ses privilèges ou hypothèques. L'ancien article 1251 du Code civil prévoyait déjà cette hypothèse de subrogation.

⁵⁸ C. proc. civ, art. R 311-9 : « *La subrogation emporte substitution dans les poursuites et dans les droits et obligations fixés au cahier des conditions de vente prévu à l'article R. 322-10* ». C. trans, art. R 4123-7.

paiement. Bien que leur objectif principal semble converger, leur effet juridique diverge, ce qui justifie que les deux notions ne soient pas associées au sein de cette étude.

L'absence d'étude générale de la subrogation. L'étude portera donc uniquement sur deux techniques juridiques : la subrogation réelle et la subrogation personnelle. Les auteurs les ont principalement abordées distinctement sans jamais rechercher l'existence d'un lien plus étroit.

Plusieurs études anciennes se rapportent à la subrogation personnelle⁵⁹. L'œuvre de J. Mestre⁶⁰ se démarque en attribuant un effet translatif plutôt qu'extinctif au paiement subrogatoire. D'autres auteurs s'y sont intéressés de façon souvent plus succincte ou plus sectorielle. Y. Madiot, en 1971⁶¹, apporte des précisions sur la subrogation en droit administratif, beaucoup moins étudiée qu'en droit privé. C. Moniolle⁶² offre, quant à elle, une vue globale des actions en garantie en droit public, portant donc pour moitié sur le recours subrogatoire. En outre, une réglementation particulière est attribuée à la subrogation lorsqu'elle est mise en œuvre par les tiers payeurs⁶³, ce qui a entraîné plusieurs études en la matière⁶⁴.

⁵⁹ P. De Renusson, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, J. Bodin, Paris, 1685, Chap I, X ; M. Gauthier, *Traité de la subrogation ou du paiement avec subrogation*, Librairie du Conseil d'État, Cotillon, Paris, 1853 ; A. Lelong, *Droit romain : de la subrogation en général, Droit français : de la subrogation légale*, Thèse, Jean Delamare, Saint-lô, 1880 ; P-V. Beauregard, *Du paiement avec subrogation, ses origines en droit romain, sa nature et ses effets dans le droit français*, Thèse, A. Parent, Vol. 1, Paris, 1876 ; E-M. Feitu, *De la subrogation au profit de ceux qui sont tenus avec d'autres ou pour d'autres*, Thèse, Typographie de L. Prud'homme, Saint-Brieux, 1863 ; C. Herard, *De la subrogation conventionnelle*, Thèse, Caen, 1872.

⁶⁰ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979.

⁶¹ Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971, p. 325.

⁶² . Moniolle, *Actions en garantie : actions récursoires et actions subrogatoires*, Rép. resp. puiss. Publ. janvier 2014, n° 32.

⁶³ Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*.

⁶⁴ A titre d'illustration : C. Bruand, *Les recours « des tiers payeurs » (loi du 5 juillet 1985)*, th. Paris 1, 1993, 524 ; D. Asquinazi-Bailleur, *Régime général : accidents du travail et maladies professionnelles – Recours des tiers payeurs*, Jurisclasseur Protection sociale Traité, 2012, fasc 314-20 ; P. Berlioz, *Recours des tiers payeurs : la subrogation dénaturée ?* Petites affiches, n° 78, 2010, p. 6 ; A. CAYOL, *Dommages corpores – Recours des tiers payeurs : retour sur les difficultés suscitées par les rentes accident du travail et par le droit de préférence de la victime en cas de partage de responsabilité*, Bulletin Juridique des Assurances. n° 73, Février 2021, comm. 21 ; B. Daille-Duclos, *Sécurité sociale : Le recours des tiers payeurs contre les tiers responsables*, *La semaine juridique sociale*, n° 42, 16 octobre 2007 ; Y. Faivre-Lambert, *Le lien entre la subrogation et le caractère indemnitaire des prestations des tiers payeurs*, Dalloz, 1987, chronique XVIII, p. 97 ; H. Groutel, *Le recours des tiers payeurs : on recolle les morceaux*, Responsabilité civile et assurance. n° 3, mars 2007, étude 4 ; H. Groutel, *Le recours des tiers payeurs : une réforme bâclée*, Resp. civ. et ass. n° 1, Janvier 2007, étude 1 ; J. Landel, *Le recours des tiers payeurs*, Actuassurance, La revue numérique en droit des assurances, n° 15, mars-avril 2010.

La subrogation réelle, quant à elle, a fait l'objet de plusieurs études globales, telle que celles de J. Flach en 1870⁶⁵ ou encore A. Henry en 1913⁶⁶. M. Lauriol en 1954⁶⁷, offre une approche nouvelle en lui prêtant un objectif de conservation d'un droit. Plus récemment, V. Ranouil s'est également proposé de synthétiser ce mécanisme trop souvent réduit à une liste énumérative des hypothèses d'application.

Il résulte de ces différentes études que si la subrogation personnelle semble pouvoir faire l'objet d'une synthétisation, la subrogation réelle peine encore à offrir un cadre juridique regroupant toutes ses hypothèses d'application. E. Savaux est l'un des seuls auteurs à offrir une synthèse des deux applications du mécanisme. L'approche est cependant scindée, de sorte que l'étude de la subrogation personnelle se contente d'aborder la subrogation réelle pour l'exclure, et inversement.

L'interprétation de l'absence d'étude générale. L'absence d'étude générale peut amener à deux constats. Le premier consiste à considérer que la subrogation personnelle et la subrogation réelle ne peuvent être étudiées conjointement, car elles recourent des mécanismes totalement distincts dont aucune unité fonctionnelle ne peut être recherchée. Elles n'auraient alors en commun que l'idée de remplacement. Ainsi, deux réalités totalement distinctes seraient regroupées au sein d'une même notion.

Le second constat consiste au contraire à estimer qu'il s'agit d'une carence dans l'étude du mécanisme. L'existence d'un dénominateur commun et d'un lien au sein de la définition générale de la subrogation laisserait alors supposer qu'une certaine unité peut être envisagée. La complexité de la notion et son hétérogénéité, notamment en ce qui concerne la subrogation réelle, expliqueraient qu'aucune étude ne les ait abordées de façon globale. L'analyse toujours segmentée de la notion de subrogation ne s'opposera donc pas à une approche plus unitaire. Elle pourrait d'ailleurs pallier les difficultés rencontrées pour synthétiser la subrogation réelle, et achever le travail de généralisation déjà entrepris en ce qui concerne la subrogation personnelle.

L'absence d'étude transversale. La subrogation est également une notion qui se retrouve en droit privé et en droit public. Il s'agit d'une distinction qui structure le droit français et

⁶⁵ J. Flach, *De la subrogation réelle*, Auguste Durand et Pedone Lauriel, Paris, 1870.

⁶⁶ A. Henry, *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, Thèse, A. Rousseau, Paris, 1913.

⁶⁷ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, LGDJ, Paris, 1985.

traduit un dualisme juridique et juridictionnel. Il existe donc deux ordres de juridictions, dont le contentieux est soumis à deux juges différents et dont les mécanismes juridiques ne répondent pas nécessairement aux mêmes règles. Le droit public a pour objet « *l'organisation de l'État et des personnes morales qui en dépendant, ainsi que leurs rapports avec les particuliers* ». *A contrario*, le droit privé « *a pour objet des personnes privées entre elles, comprenant à la fois les personnes physiques (les individus, les particuliers) et les personnes morales* »⁶⁸.

L'existence d'un tel clivage a un impact direct sur l'étude de la subrogation. Bien que la notion se retrouve au sein des deux ordres juridiques, les ouvrages ont toujours offert une approche cantonnée à un domaine particulier. Ainsi, J. Flach, A. Henry, M. Lauriol, ou encore V. Ranouil⁶⁹, abordent la subrogation réelle uniquement en droit privé. La subrogation personnelle est pour sa part analysée dans les deux corpus juridiques, mais de façon sectorielle. P-V Beauregard, M. Gauthier, A. Lelong, ou encore J. Mestre⁷⁰ centrent leurs propos autour du droit privé. *A contrario*, Y. Madiot, R. Noguellou, A. Courreges ou C. Moniolle⁷¹ se rapportent principalement au droit public, sans pour autant consacrer une étude entière à son application.

Critique de l'approche scindée du mécanisme. Bien qu'il existe une dualité de doctrines, élaborées de façon indépendante, « *la technique juridique de la subrogation personnelle dépasse le cloisonnement traditionnel entre le droit public et le droit privé* »⁷². Il

⁶⁸ J. Carbonnier, *Introduction au Droit civil*, 23^{ème} éd., Paris, PUF, 1994, n° 64, p. 95. Le droit privé ne serait pas adapté aux relations entre les personnes administratives et leurs administrés, leurs fonctionnaires et cocontractants, et le droit des obligations ne donnera pas des solutions toujours valables pour l'administration : soit car les problèmes sont radicalement différents et donc inconnus du droit privé tels que par exemple la validité des actes que mettent en œuvre la puissance publique ; soit parce que les solutions sont inadaptées : M. Waline, *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 1969, p. 15.

⁶⁹ J. Flach, *De la subrogation réelle*, Auguste Durand et Pedone Lauriel, Paris, 1870 ; A. Henry, *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*, Thèse, A. Rousseau, Paris, 1913 ; M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1 et t. 2 ; V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985.

⁷⁰ P-V Beauregard, *Paiement avec subrogation : ses origines en droit romain, sa nature et ses effets dans le droit français*, Thèse, A. Parent, Paris, 1876 ; M. Gauthier, *Traité de la subrogation de personnes ou du paiement avec subrogation*, Librairie du Conseil d'État, Cotillon, Paris, 1853 ; A. Lelong, *Droit romain : de la subrogation en générale, Droit français : de la subrogation légale*, Jean Delamare, Saint-lô, 1880 ; J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979.

⁷¹ Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971 ; R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, L.G.D.J, Paris II, 2004 ; A. Courrèges, *Action récursoire et action subrogatoire*, RFDA. 2009, p. 31 ; C. Moniolle, *Actions en garantie : actions récursoires et actions subrogatoires*, Rép. resp. puiss. Publ. Janvier 2014.

⁷² S. Buffa, *La distinction du champ d'application des actions subrogatoire et récursoire en droit administratif*, Droit administratif. n° 11, 2012, étude 17. A. Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans,

a d'ailleurs pu être considéré que « *par elle-même, la subrogation n'emprunte rien au génie des deux droits administratif et privé ; l'appartenance apparemment plus étroite au second tient à l'antériorité, chronologique du droit privé, seulement* »⁷³. L'existence d'une concordance entre les deux corpus juridiques semble alors admise, sans pour autant que les études n'aient envisagé de traiter son application de façon transversale⁷⁴. Elle est d'ailleurs « *naturellement connue du droit civil, mais relativement peu étudiée en droit administratif* »⁷⁵.

L'enjeu d'une approche dualiste. L'enjeu est de déterminer si suffisamment d'éléments peuvent être mis en corrélation pour faire émerger un mécanisme autonome de subrogation, regroupant une unité fonctionnelle. Elle serait à la fois duale au regard de ses applications et présenterait une unité concernant la réalité qu'elle recoupe. Une telle synthèse suppose de lever les verrous conceptuels, cantonnant trop souvent la subrogation personnelle à une simple modalité de paiement, et abordant au cas par cas l'application de la subrogation réelle. L'approche globale de la subrogation consiste donc à rapprocher son aspect pratique en droit des personnes et en droit des biens, pour tenter de conceptualiser une notion d'ensemble, disposant d'un contenu qui lui est propre.

Il faut que l'essence du mécanisme et sa cohérence d'ensemble englobent chacune de ses applications. C'est donc à travers la recherche de l'objectif de la subrogation, de ses effets juridiques, de son contexte de mise en œuvre ou encore de sa finalité qu'il faut rechercher les points de convergences. Il ne s'agit pas d'établir un régime juridique commun en tout point, puisqu'une telle approche est nécessairement irréalisable. En effet, il suffit de mettre en parallèle deux exemples d'application de la subrogation réelle et personnelle pour comprendre qu'elles ont un régime particulier adapté à leur domaine d'intervention. Néanmoins, cela ne

2019, n° 37, p. 38 : « *La présence d'un dénominateur commun est indispensable* » à l'approche comparatiste entre le droit privé et le droit public.

⁷³ B. Renard, *La subrogation et les actions récursoires en matière de responsabilité administrative*, thèse, Paris, 1953, p. 240.

⁷⁴ Les études sont uniquement des études sectorielles : elle portent soit sur le droit privé tel que celle de J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, L.G.D.J., Paris, 1979, p. 22 ; A. LELONG, *Droit romain : de la subrogation en générale, Droit français : de la subrogation légale*, Saint-lô, 1880 ; C. MOULOINGUI, *L'admissibilité du profit dans la subrogation*, Thèse, LGDJ, « Bibliothèque de droit privé », Vol. 1, Paris, 1995 ; ou P-V Beauregard, *Paiement avec subrogation : ses origines en droit romain, sa nature et ses effets dans le droit français*, Thèse, Paris, Vol. 1, 1876 ; soit sur le droit public et ne traitent pas directement de la subrogation personnelle tel que l'étude de L. Clouzot, *Recherches sur la substitution en droit administratif français*, Thèse, Montpellier I, 2010 ; ou encore R. Nougellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, L.G.D.J., Paris II, 2004.

⁷⁵ L. Clouzot, *Recherche sur la substitution en droit administratif français*, Thèse, Montpellier, 2010, p. 229. Dans le même sens : Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA, 1971, p. 325

fait pas obstacle à l'existence d'un socle commun dont une définition générale du mécanisme pourrait émerger.

L'enjeu d'une approche transversale. La question est également de savoir si la subrogation employée en droit privé et en droit public est identique. Il faut alors se pencher sur l'existence potentielle de divergences indépassables, et déterminer si elles ne remettent pas en cause la concordance du mécanisme avec son application dans l'autre corpus juridique⁷⁶.

Les particularités entourant l'organisation de l'État justifient qu'un certain nombre de règles soient spécifiques au droit public et ne puissent s'appliquer dans les rapports entre particuliers⁷⁷. Il faut néanmoins qu'elles soient justifiées par les missions d'intérêt général qui lui sont confiées⁷⁸. Les personnes publiques seront d'ailleurs soumises à des règles de droit privé lorsque leur activité n'est pas différente de celle d'un particulier, c'est-à-dire, lorsqu'elles n'agissent pas en tant que puissance publique⁷⁹. Une technique juridique peut donc être présente dans les deux corpus, sans nécessairement être soumise à des règles distinctes. L'étude consiste à ne pas voir dans la scission entre le droit privé et le droit public une ligne infranchissable. Elle propose au contraire de tenter de comprendre les divergences, et de déterminer si elles risquent de remettre en cause l'unité du mécanisme⁸⁰.

⁷⁶ A. Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019, n° 37, p. 38 : « la différence dans le traitement d'un phénomène pourtant identique [rend la comparaison intéressante] ».

⁷⁷ G. Cornu a d'ailleurs relevé l'existence de données propres au droit public justifiant l'existence de différences entre les deux branches du droit de la responsabilité : G. Cornu, *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, Thèse, La mémoire du droit, 2010.

⁷⁸ Les questions relatives à la justification des distinctions entre le droit privé et le droit public est d'ailleurs abordé en droit de la responsabilité : A. Jacquemet-Gauché, *Droit administratif – Responsabilité et préjudice*, Droit administratif, n° 8-9, août 2018, étude n° 2, n° 7 : « Le cloisonnement disciplinaire se comprend bien lorsque l'on s'intéresse à l'auteur, personne privée ou publique, avec la summa divisio juridique et juridictionnelle qui en résulte. Mais peut-on vraiment expliquer que la victime n'est pas traitée de manière identique selon qu'elle est victime d'une personne publique ou privée ? D'un acte contractuel ou délictuel ? Cela n'est ni raisonnable ni juste » ; J. Antippas, *Pour un droit commun de la responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Dalloz, 2021 ; R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, Thèse, LGDJ, Paris, 1957 ; G. Cornu, *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, Thèse, La mémoire du droit, 2010. N. Albert-Moretti, F. Leduc, O. Sabard (dir.), *Droit privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, LexisNexis, Paris, 2017.

⁷⁹ O. Sabard, *La cause étrangère en droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2008, n° 13, p. 14. G. Cornu, *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, Thèse, La mémoire du droit, 2010, p.12.

⁸⁰ O. Sabard, *La cause étrangère en droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2008, n° 16, p. 17.

L'enjeu de la comparaison. Les deux formes de subrogation et leur application au sein des deux ordres juridiques devront être comparées. L'objectif de ces deux comparaisons est unique : faire émerger une notion autonome de subrogation. Il faut donc présenter les points de ressemblances ou de dissemblances, et mesurer l'ampleur de l'harmonisation actuelle, ainsi que celle qui pourrait être envisagée. G. Cornu parle alors de « *découvrir l'ensemble des règles propres à chaque droit et rendre son autonomie à chacun des deux sur les points qui le méritent* »⁸¹. L'étude doit donc opter pour une méthode comparative. Or, « *les chercheurs se perdent facilement lorsqu'ils se lancent dans une recherche juridique comparative. La raison principale étant qu'il n'y a pas d'accord sur le type de méthodologies qui pourraient être suivies* »⁸². Le choix de la méthode est d'autant plus délicat au sein de cette étude qu'il ne s'agit pas d'une approche comparative entre deux systèmes juridiques distincts, mais d'une comparaison en droit interne. Ainsi, elle n'a pas pour objectif d'apporter « *un autre regard sur son propre droit* »⁸³, mais de rechercher une certaine harmonisation de l'application de la subrogation au sein du droit français.

Il ne s'agit pas de chercher une totale adéquation entre ses modes d'application ni de parvenir à une approche totalement égalitaire dans l'emploi des différentes formes de subrogation. Et pour cause, la subrogation réelle ne se retrouve que très rarement en droit public, alors que la subrogation personnelle occupe une place prépondérante. L'étude cherche donc avant tout à clarifier ces mécanismes subrogatoires. En effet, leurs définitions manquent de clarté et nuisent à leur appréhension, et l'approche sectorielle a échoué à fournir une définition précise de la subrogation. L'analyse se devait donc d'être plus globale en recherchant une cohérence d'ensemble.

Les questionnements entourant la notion de subrogation. La première question que pose le sujet porte sur l'uniformité de la notion de subrogation d'un point de vue conceptuel. Elle permet de rapprocher la subrogation personnelle et la subrogation réelle, qui sont toujours abordées distinctement. Une possible unité entre ces deux procédés n'est toutefois pas exclue. Il n'a jamais été déterminé si malgré les différentes variétés de subrogation, il n'existerait pas une notion susceptible de les recouvrir toutes. Il faut alors se demander si la

⁸¹ G. Cornu, *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, Thèse, La mémoire du droit, 2010, p. 22.

⁸² M. Alsabah, *Responsabilité du fait des choses : étude comparative du droit français et du droit Koweïtien*, Thèse, Université Grenoble Alpes, 2016, n° 3, p. 10.

⁸³ M.-C. Ponthoreau, *Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique*, RIDC, 2005, p. 10.

subrogation regroupe une réalité unique et si elle dispose d'un fonctionnement cohérent, bien qu'elle présente une matérialité hétérogène. S'interroger sur son unité ou sa diversité suppose alors de déterminer son contenu : est-elle absolument uniforme, ou à défaut, est-il possible de trouver un tronc commun entre ses différentes applications ?

La subrogation est présente en droit privé et en droit public. L'existence d'une concordance entre les deux ordres juridiques a déjà pu être relevée par la doctrine⁸⁴, et pourtant aucune étude globale n'a été menée. Reste alors en suspens la question de sa transversalité. La notion se limite-t-elle à un domaine du droit en particulier ? Ou dépasse-t-elle le clivage entre le droit privé et le droit public ? La difficulté consiste à savoir si les règles applicables sont totalement identiques, ou s'il existe des divergences indépassables. Il faut également s'interroger sur l'impact de ces divergences sur l'unité du mécanisme.

Pour compléter ces questionnements relatifs à l'unité théorique de la notion, il convient de s'intéresser à son utilisation pratique. Se pose alors la question de l'uniformité des règles qui lui sont applicables : faut-il parvenir à un mécanisme totalement unifié, c'est-à-dire élaborer une notion commune avec un régime commun, ou le maintien d'une autonomie se justifie-t-il ? Selon l'utilité pratique et le domaine d'intervention de la subrogation, le maintien des spécificités peut se justifier, ou au contraire, nécessiter une harmonisation plus complète. Il s'agit alors de s'interroger sur l'existence d'applications qui ne seraient pas en accord avec le tronc commun attribué à la notion, ou avec le régime juridique propre à chaque forme de subrogation. L'existence de confusions ou d'incohérences pourrait avoir des répercussions directes sur la mise en œuvre du mécanisme subrogatoire.

Les objectifs poursuivis. L'étude poursuit alors deux objectifs complémentaires. Le premier consiste à déterminer s'il existe une unité autour du terme « subrogation ». Il suppose d'identifier et de comparer les éléments clés constituant chacune de ses formes, pour statuer sur l'existence d'une notion autonome, c'est-à-dire gouvernée par ses propres lois et constituant un instrument juridique à part entière⁸⁵. Cette analyse doit également permettre de définir si la notion est transversale, c'est-à-dire si son application est identique en droit privé

⁸⁴ S. Buffa, *La distinction du champ d'application des actions subrogatoire et récursoire en droit administratif*, Droit administratif, n° 11, 2012, étude 17 ; B. Renard, *La subrogation et les actions récursoires en matière de responsabilité administrative*, thèse, Paris, 1953, p. 240 ; Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA, 1971, p. 325 ; L. Clouzot, *Recherche sur la substitution en droit administratif français*, Thèse, Montpellier, 2010, p. 229.

⁸⁵ L. Clouzot, *Recherche sur la substitution en droit administratif français*, Thèse, Montpellier, 2010, p. 51 : une telle recherche n'est pas nouvelle puisque L. Clouzot fait la même concernant la notion de substitution en tentant d'élaborer une notion autonome malgré la diversité des hypothèses d'application.

et en droit public. Le but est d'offrir une meilleure compréhension du mécanisme subrogatoire et de mettre fin au sentiment de complexité, qui l'a toujours accompagné.

Le second objectif consiste à retracer les singularités du mécanisme et à déterminer s'il existe des différences indépassables consubstantielles aux différentes variétés de subrogation. L'enjeu est d'évaluer l'impact des divergences sur l'unité du mécanisme, puisque toute spécificité ou adaptation ne conduiront pas nécessairement à sa remise en cause. En revanche, dès lors qu'elles ne sont pas en accord avec l'objectif, la finalité ou encore l'effet juridique qui sont assignés à la subrogation, la question de leur maintien se posera nécessairement. Seront donc relevées les confusions ou incohérences qui entourent la notion, ainsi que les éléments œuvrant à la convergence des deux ordres juridiques et ceux qui au contraire tendent à maintenir des spécificités.

Une approche transversale. Pour répondre aux différentes problématiques, l'approche doit être transversale. Les études transcendant le clivage droit privé / droit public sont peu répandues⁸⁶. Néanmoins, elles ont eu l'occasion de prouver leur utilité dans d'autres domaines juridiques⁸⁷. R. Chapus considérait d'ailleurs que l'absence de recherches comparatives entre la responsabilité civile et la responsabilité administrative était surprenante au regard de leur développement côte à côte et de la coexistence même qui semblait appeler la confrontation⁸⁸. Le corps de règles n'étant pas étanche, chaque droit peut pénétrer dans la sphère de l'autre, subissant des modifications ou adaptations plus ou moins importantes⁸⁹. Admettre une indépendance totale du droit public par rapport au droit privé serait alors nier l'unité du

⁸⁶ R. Noguellou aborde la subrogation en faisant un parallèle entre le droit public et le droit privé : *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004.

⁸⁷ R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, Thèse, LGDJ, Paris, 1957 ; G. Cornu, *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, Thèse, La mémoire du droit, 2010. N. Albert-Moretti, F. Leduc, O. Sabard (dir.), *Droit privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, LexisNexis, Paris, 2017 ; J. Antippas, *Pour un droit commun de la responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Dalloz, 2021 ; J. Walline, *Recherches sur l'application du droit privé par le juge administratif*, Thèse, Paris, 1962 ; N. Albert-Moretti, F. Leduc, O. Sabard (dir.), *Droit privé et public de la responsabilité extracontractuelle : étude comparée*, LexisNexis, 2017 ; R. DRAGO, L'obligation : « la notion d'obligation : droit public et droit privé », Dalloz, 2000 ; B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Editions Panthéon Assas, Paris, 2003.

⁸⁸ R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, Thèse, LGDJ, Paris, 1957, p. 23.

⁸⁹ Notamment M. Waline, *La théorie civile des obligations et le Conseil d'État*, Études juridiques offertes à Léon Julliot de La Morandière, 1964, p. 631 ; M. Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, Sirey, 6^{ème} éd., p. 612 : l'auteur met en avant que les solutions du droit administratif ne sont pas toujours si éloignées de celles du droit civil ; A Hauriou, *L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé*, recueil d'études en l'honneur de F. Gény, t III, p. 92 ; R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, Thèse, LGDJ, Paris, 1957. J. Antippas, *Pour un droit commun de la responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Dalloz, 2021.

système juridique français⁹⁰. J. Antipass considère quant à lui que « *le temps n'[est] plus à la séparation étanche des différentes matières juridiques, et que les deux branches civile et administrative du droit de la responsabilité gagnent à être envisagées de manière non séparée et cloisonnée, mais au contraire globale* »⁹¹.

La subrogation personnelle est un mécanisme du droit de la responsabilité, qui intervient au sein des deux corpus juridiques pour assurer la répartition de la charge de la dette au stade de la contribution. Elle s'observe dans des situations similaires où la dette est mise à la charge d'une personne qui ne doit pourtant pas l'acquitter intégralement. À titre d'exemple, elle peut permettre à la personne publique d'agir contre son agent, responsable d'un dommage, pour obtenir le remboursement de tout ou partie des sommes qu'elle a versées à la victime. Elle permet également à une personne privée auteur d'un dommage d'agir contre un coauteur pour récupérer les sommes engagées. La subrogation présente donc une unité fonctionnelle rapprochant son utilisation en droit public et en droit privé. Si son fonctionnement semble similaire, il n'est pourtant pas démontré qu'elle serait soumise à un régime totalement identique.

Le cloisonnement effectué entre le droit privé et le droit public se révèle alors être contre-productif, car il ne permet pas d'appréhender toute l'ampleur du mécanisme subrogatoire. L'approche transversale présente donc plusieurs intérêts. Le premier, d'ordre théorique, est de permettre d'identifier la notion de subrogation au sein de chaque corpus, et de dresser un tableau global de concordance. Ainsi, il serait possible de renforcer l'unité du mécanisme s'il recoupe une réalité qui lui est propre, transcendant la distinction droit privé / droit public. Puisque le mécanisme est issu du droit romain et originaire du droit privé, il est également essentiel de définir dans quelle mesure il a pu être incorporé en droit administratif.

Toujours d'un point de vue théorique, la comparaison permet de déterminer l'existence de spécificités et leurs possibles justifications. Elle pourrait alors avoir des répercussions plus pratiques à travers des propositions d'harmonisation. Celles-ci viseraient à gommer toute opposition qui ne serait pas légitime, tout en laissant perdurer celles qui seraient justifiées par les spécificités de chaque corpus juridique. Il ne s'agit en aucun cas de remettre en question le principe même de la distinction entre le droit privé et le droit public, mais de témoigner d'une porosité entre eux dans l'application de la subrogation.

⁹⁰ J. Walline, *Recherches sur l'application du droit privé par le juge administratif*, Thèse, Paris, 1962, p.21.

⁹¹ J. Antipass, *Pour un droit commun de la responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Dalloz, 2021, p. 6.

Une méthode comparative. L'approche globale du mécanisme subrogatoire suppose de mener un raisonnement méthodique à même de justifier la démarche entreprise. La méthode retenue doit à la fois permettre de rapprocher la subrogation personnelle et la subrogation réelle, tout en offrant une approche comparative entre le droit privé et le droit public.

La particularité de l'étude repose donc sur cette double dimension. La première implique de comparer deux mécanismes juridiques dont une partie de l'appellation est identique. La seconde consiste à étendre le champ de l'étude à l'analyse de deux corpus juridiques, qui se sont développés indépendamment, tout en conservant une certaine imprégnation. Se pose d'ailleurs la question de savoir s'il peut être envisagé de prendre un droit de référence et de le confronter à l'autre. Le risque est alors d'analyser le mécanisme à travers le filtre d'un des deux corpus juridiques. Issue du droit romain, ce n'est que dans un second temps que la subrogation a connu une existence en droit administratif. Dès lors, elle a déjà germé à travers le prisme du droit privé, de telle sorte que l'étude peut parfaitement l'aborder en référence à ce dernier, et la confronter aux spécificités du droit public.

L'exclusion d'une approche contextuelle ou factuelle. Il est vrai que « *les règles ne peuvent pas être totalement comprises si elles sont isolées de leur contexte* »⁹². Néanmoins, cette étude n'a pas vocation à faire émerger tous les facteurs environnementaux qui ont conduit à recourir à la subrogation⁹³. La terminologie juridique n'a d'ailleurs pas besoin d'être adaptée, et le risque d'une mauvaise interprétation des termes ou d'une décontextualisation est largement limité au sein d'une étude interne au droit français. Une méthode plus factuelle qui consiste à se rapporter à des situations juridiques concrètes pour généraliser des éléments identiques doit également être écartée⁹⁴. Cette dernière n'est pas adaptée à la diversité des hypothèses d'application de la subrogation réelle et à la généralisation dont la subrogation personnelle a fait l'objet à l'issue de la réforme de 2016⁹⁵. Il apparaît plus cohérent de se concentrer sur les éléments essentiels constitutifs de la notion, et de les aborder d'un point de

⁹² M.-C. Ponthoreau, *Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique*, RIDC, 2005, p. 14 ; E. Cashin-Ritain, *Les cessions contractuelle de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, Thèse, LGDJ, 2001 : L'environnement juridique d'une notion se révèle alors être déterminant.

⁹³ La méthode contextualiste consiste à utiliser des données historiques, sociologiques, économiques et d'autres données contextuelles pour effectuer la comparaison : M. Alsabah, *Responsabilité du fait des choses : étude comparative du droit français et du droit Koweïtien*, Thèse, Université Grenoble Alpes, 2016, n° 3, p. 10.

⁹⁴ M. Alsabah, *Responsabilité du fait des choses : étude comparative du droit français et du droit Koweïtien*, Thèse, Université Grenoble Alpes, 2016, n° 3, p. 10.

⁹⁵ Ordonnance, n° 2016-131, 10 février 2016, *Portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

vue plus conceptuel. La construction du droit public implique toutefois d'offrir une place importante à l'analyse jurisprudentielle, car les règles applicables au mécanisme sont très souvent extraites des décisions des juridictions administratives. Sera donc abordée la réception de la subrogation par les différentes juges.

L'approche conceptuelle. Une des difficultés était de ne pas s'auto-persuader de l'existence d'une notion unique de subrogation, ce qui risquait de conduire à une déformation de la réalité juridique. L'existence d'un dénominateur commun ne peut suffire à aboutir à un tel constat, et les résultats obtenus ne doivent en aucun cas être étirés de façon à tendre vers la solution souhaitée. Il fallait donc passer par une confrontation des règles applicables et des éléments constitutifs de la notion. Ces règles de références ne sont pas formulées à partir de faits observés, mais sont directement issues des corpus juridiques. La méthode est alors déductive en ce qu'elle part de l'hypothèse selon laquelle une unité peut exister entre la subrogation personnelle et la subrogation réelle. Néanmoins, ce n'est qu'à la condition qu'un nombre suffisant d'éléments puisse coïncider entre ces deux procédés, qu'une telle théorie peut être validée. Le choix s'est naturellement porté sur l'étude des éléments qui caractérisent l'essence même du mécanisme. Ainsi, une concordance entre son objectif principal, ses effets juridiques et le résultat attendu témoigne nécessairement d'une certaine unité conceptuelle. Suffisamment précis, ces éléments permettent de définir le mécanisme ; suffisamment larges, ils ne font pas obstacle à l'existence d'un régime propre à chacune de ses applications et de spécificités liées à son existence au sein des deux corpus juridiques. L'étude comprendra donc une approche conceptuelle, qui consiste à comparer la notion même de subrogation et ses éléments constitutifs.

L'approche fonctionnelle. L'étude comprendra également une approche fonctionnelle portant davantage sur son utilisation⁹⁶. Elle justifie les règles qui lui sont appliquées et la place qu'elle occupe aujourd'hui au sein de notre système juridique. Elle consiste à démontrer que la subrogation constitue une notion autonome recoupant une réalité qui lui est propre, car elle assure une fonction similaire, quelle que soit son application. Elle suppose de se baser

⁹⁶ La subrogation réelle a d'ailleurs pu être considérée comme n'étant qu'une « *notion fonctionnelle, c'est-à-dire une notion se définissant seulement par la fonction qui lui est assignée* » : G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, Paris, 1996, n° 348, p. 327. Distinction entre une notion conceptuelle et une notion fonctionnelle : G. Vedel, *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait*, La semaine juridique, édition générale, 1950, n° 851 : « *une notion fonctionnelle est toujours supplétive et doit servir à obtenir des résultats auxquels ne conduit pas une autre notion de nature conceptuelle et donc plus précise. Il s'agit toujours de "technique de secours"* ».

principalement sur l'objectif que le mécanisme a vocation à remplir⁹⁷. L'étude s'oriente alors dans un premier temps sur une comparaison intégrative permettant de mettre l'accent sur les similarités. La persistance de distinctions ne doit cependant pas être négligée. Il faut se saisir de ses différences pour les justifier ou au contraire en faire une critique constructive. En effet, comparer ne consiste pas uniquement à faire émerger les points de ressemblances et de dissemblances⁹⁸, mais également à donner du sens aux résultats obtenus⁹⁹. La détermination de la portée de chaque distinction, de leurs justifications, et de l'impact sur le mécanisme subrogation est donc la suite logique de l'approche unitaire du mécanisme. Puisque comparer est une question d'interprétation¹⁰⁰, l'étude ne peut porter sur l'ensemble des éléments entourant une notion. Elle suppose alors « *la découverte des caractères fondamentaux, des caractères "dominateurs" »*¹⁰¹.

Plan de l'étude. L'étude cherche à mettre en lumière l'existence d'une notion unique de subrogation. Elle passe par une identification de ses éléments constitutifs, et permet d'offrir une définition générale au mécanisme. L'hétérogénéité de la notion n'est donc pas un obstacle aux regroupements de ses applications au sein d'un socle commun d'éléments essentiels. La subrogation reste toutefois une notion empreinte de singularités. Divisée en deux applications, elle comporte nécessairement des spécificités liées à son domaine d'intervention et à son utilité pratique. L'étude se devait donc, dans un second temps, de faire émerger les points de dissemblances entre les deux formes de subrogation. Émergent alors des limites à son uniformisation, et des atteintes à son application transversale. Ainsi, l'identification de la notion a permis de faire émerger une logique unitaire au sein de la subrogation (Partie 1), mais également la persistance de singularités (Partie 2).

Première partie : L'émergence d'une logique unitaire au sein de la notion de subrogation

Deuxième partie : La persistance de singularités au sein de la notion de subrogation

⁹⁷ La méthode fonctionnelle suppose que les seules choses qui sont comparables, sont celles qui remplissent les mêmes fonctions : M. Alsabah, *Responsabilité du fait des choses : étude comparative du droit français et du droit Koweïtien*, Thèse, Université Grenoble Alpes, 2016, n° 3, p. 10.

⁹⁸ ATILF, CNRS et Université de Lorraine, Trésor de la langue Française informatisé, v° « "Comparer" : signifie "rapprocher pour mettre en évidence des rapports de ressemblance ou de différence". Il peut également s'agir de "confronter deux êtres, deux choses pour en apprécier la ressemblance, la différence" : ATILF, CNRS et Université de Lorraine, *Dictionnaire du Moyen Français*, 2015, v° "comparer".

⁹⁹ M.-C. Ponthoreau, *Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique*, RIDC, 2005 p. 13

¹⁰⁰ M.-C. Ponthoreau, *Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique*, RIDC, 2005, p. 11.

¹⁰¹ G. Cornu, *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, Thèse, La mémoire du droit, 2010, p. 20.

PARTIE 1 :

L'émergence d'une logique unitaire au sein de la notion de subrogation

L'étude d'une notion suppose d'établir la preuve de son existence juridique. Or, à l'heure actuelle, la subrogation n'apparaît pas comme un concept juridique à part entier¹, mais s'analyse uniquement à travers deux applications particulières que sont la subrogation personnelle et la subrogation réelle. Elle s'impose autant en droit des obligations qu'en droit des biens, et irrigue à la fois le droit privé et le droit public. Mécanisme hétérogène, elle ne peut *a priori* donner lieu à une notion unique. Les études doctrinales en la matière peinent déjà à généraliser chacune de ses applications, c'est pourquoi l'élaboration d'une théorie générale n'a jamais vu le jour. Et pourtant, l'étude globale permet de faire émerger une notion unique de subrogation regroupant une réalité propre. Pour aboutir à un tel constat, il faut surmonter les obstacles apparents à sa généralisation, pour ensuite identifier les éléments essentiels du mécanisme subrogatoire.

¹ ATILF, CNRS et Université de Lorraine, *Dictionnaire du Moyen Français*, 2015, v° « concept » : « représentation (de quelque chose), conception que l'on a de quelque chose ». Le Robert, *Langue française*, dico en ligne, v° « concept » : « idée générale, représentation abstraite d'un objet ou d'un ensemble d'objets ayant des caractères communs ». La « notion » est alors citée comme synonyme. Pour définir un concept juridique, il faudra être en mesure de déterminer les attributs qu'il comporte et les relations spécifiques entre ses divers éléments.

Des obstacles apparents à la conceptualisation de la notion de subrogation. La subrogation est ambivalente en ce sens qu'elle occupe diverses branches du droit². Une scission a ainsi été faite entre la subrogation personnelle et la subrogation réelle³, qui regroupent des réalités hétérogènes. La question est alors de savoir si l'emploi d'un terme unique est justifié, ou s'il ne présente aucune utilité particulière. L'association de ces mécanismes est organisée autour de l'idée de substitution⁴. Cette dernière n'apporte cependant qu'un éclairage limité⁵, et il ne suffit pas à conduire à la création d'une notion générale de subrogation. Un tel rapprochement a également eu pour inconvénient d'employer largement le terme « subrogation », allant jusqu'à l'associer à des mécanismes où le seul point de convergence réside dans cette idée de substitutions⁶. L'étude se propose donc de passer par la recherche de critères communs aux deux applications de la subrogation, pour en définir le contenu. Ainsi, loin de se limiter à la substitution de biens ou de personnes, la subrogation réelle et la subrogation personnelle peuvent être liées au regard de leur finalité et de leur effet juridique. C'est donc par une étude comparée de ces applications que les éléments essentiels de la subrogation peuvent être déterminés.

² Alors que la subrogation personnelle s'applique en droit des obligations, la subrogation réelle occupe le droit des biens. Le mécanisme subrogatoire a donc vocation à s'appliquer aussi bien en matière de responsabilité civile et cautionnement, qu'en matière de régimes matrimoniaux et successions.

³ Les études portent soit sur la subrogation réelle, soit sur la subrogation personnelle, distinctement : J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979 ; R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, p. 238 ; P. De Renusson, *Traité des propres réels, réputés réels et conventionnels, où sont traitées les notables questions du droit français*, Guillaume David, 4^{ème} éd. Paris, 1733 ; J. Flach, *De la subrogation réelle*, Auguste Durand et Pedone Lauriel, Paris, 1870 : il scinde son analyse en distinguant les deux applications réelle et personnelle de la subrogation pour ne traiter que la subrogation réelle. M. Gauthier, *Traité de la subrogation de personnes ou du paiement avec subrogation*, Librairie du Conseil d'État, Cotillon, Paris, 1853 ; P. De Renusson, *Traité des propres réels, réputés réels et conventionnels, où sont traitées les notables questions du droit français*, Guillaume David, 4^{ème} éd. Paris, 1733. V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985. E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017. E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014.

⁴ F. George et X. Thunis (dir.), *Métamorphoses de la subrogation*, CUP, Vol 181, 2018, p. 8. Voir également P. Chaumette, *La subrogation personnelle sans paiement ?*, RTD civ. 1986, p. 47 ; J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, préface de P. Kayser.

⁵ La subrogation est la substitution d'une chose à une autre ou d'une personne à une autre : J. Flach, *De la subrogation réelle*, Auguste Durand et Pedone Lauriel, Paris, 1870, p. 2. Dans le même sens : H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, p. 387 ; P. De Renusson, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, J. Bodin, Paris, 1685, Discours, p. 1 ; P. De Renusson, *Traité des propres réels, réputés réels et conventionnels, où sont traitées les notables questions du droit français*, Guillaume David, 4^{ème} éd. Paris, 1733, Chap I, X, p. 50 ; M. Gauthier, *Traité de la subrogation de personnes ou du paiement avec subrogation*, Librairie du Conseil d'État, Cotillon, Paris, 1853, p. 2.

⁶ L. Clouzot, *Recherche sur la substitution en droit administratif français*, Thèse, Université Montpellier I, 2010, pp. 289 et suivantes ; Cf. *Supra*. Introduction : Le subrogé tuteur et le subrogé curateur, et la subrogation des poursuites.

Le manque de clarté des définitions apportées à chaque application de la subrogation⁷ est également un obstacle à sa conceptualisation. Ces définitions ne permettent pas de déterminer avec précision les événements générateurs de subrogation, l'objectif et le résultat attendu de sa mise en œuvre ou encore son effet principal. Passer par la mise en avant de ces critères d'identification est pourtant essentiel à l'élaboration d'une définition juridique précise. Il faut alors clarifier chaque application de la subrogation, pour ensuite élaborer son contenu, et déterminer précisément ce qu'elle recoupe. Son unité serait également renforcée par sa transversalité⁸. L'enjeu est donc de faire émerger une notion générale pouvant être le point de convergence entre la subrogation personnelle et la subrogation réelle, applicable autant en droit privé qu'en droit public. Ce n'est qu'à cette condition que la subrogation pourra être présentée comme une notion unitaire.

L'élément central : l'objectif de la subrogation. Parler de convergence entre les différentes variétés de subrogation implique de tendre vers un but commun⁹. Il faut alors déterminer la finalité attendue de la mise en œuvre de la subrogation réelle ou personnelle. Les théories doctrinales permettent de fournir les clés de la découverte de l'objectif principal de ce mécanisme¹⁰. Ainsi, la clarification apportée aux différentes applications de la subrogation laisse entrevoir un objectif unique de conservation d'un droit menacé d'extinction. La subrogation permet donc de prévenir la perte d'un avantage. En présence d'une subrogation personnelle, la conservation porte sur le droit de créance. Elle permet au *solvens* de récupérer les sommes versées auprès du débiteur définitif de la dette. En présence d'une subrogation réelle, c'est l'impossibilité pour le droit de continuer à porter sur le bien initial qui menace sa survie. Or, la perte du droit peut affecter le propriétaire du bien, ou toute personne qui pouvait bénéficier d'un droit direct sur celui-ci¹¹.

⁷ Cf. *infra*. L'identification de la notion de subrogation, p. 35.

⁸ R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 45. CE, 8, décembre 1965, *Société des établissements guillaumet*, Rec. p. 667 ; CE, 3 nov. 1972, *Ministre de l'Équipement et du Logement c/Houillères du bassin du centre et du midi*, n° 83338 ; CE, 6 octobre 1976, *Caisse régionale d'assurance mutuelle agricole du Pas-de-Calais c/Commune de Peines-en-Artois*, n° 95091. Cf. *infra*. La subrogation personnelle, issue du droit civil et relayée en droit public, p. 49.

⁹ ATILF, CNRS et Université de Lorraine, Trésor de la langue Française informatisé, v° « Convergence » : « *Fait d'aller dans une même direction, de tendre vers un même but* ».

¹⁰ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, pp. 239 et suivantes ; E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017 ; E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014 ; R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 190 ; H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919 ; J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, pp. 35 et suivantes. Note, R. Saleilles, Civ, 30 juin 1893, *Recueil général des lois et des arrêts*, Sirey, 1894, p. 185. A. Cerban, *Nature et domaine d'application de la subrogation réelle*, RTD civ. 1939, p. 60.

¹¹ Par exemple, toute personne disposant d'un droit de préférence sur la vente du bien.

L'objectif principal du mécanisme subrogatoire dicte à la fois le résultat attendu de sa mise en œuvre et son effet principal. En premier lieu, si la subrogation permet la conservation d'un droit, elle apparaît nécessairement comme un mécanisme de maintien. La conservation, c'est l'« *action de maintenir hors de toute altération, dans le même état* »¹², ou de « *s'opposer à tout changement d'état* ». La subrogation permet donc de faire perdurer le droit¹³ lorsqu'il est menacé d'extinction. À travers cet objectif, c'est la situation juridique antérieure qui doit être maintenue, et la notion d'équilibre a donc un rôle central. En second lieu, l'effet principal de la subrogation doit aboutir à la conservation du droit lui-même. Cela suppose que celui-ci soit transmis d'un bien sur un autre ou d'une personne à une autre. Il faut alors tenir compte des changements juridiques intervenus en amont de toute subrogation, car ils ont une influence directe sur les droits transmis. L'objectif principal représente donc l'élément central qui permet de voir dans la subrogation un instrument de maintien de l'équilibre juridique (Titre 1), ainsi qu'un mécanisme de transmission des droits (Titre 2).

¹² ATILF, CNRS et Université de Lorraine, Trésor de la langue Française informatisé, v° « Conservation ».

¹³ ATILF, CNRS et Université de Lorraine, Trésor de la langue Française informatisé, v° « Conserver » : « Protéger, sauver, faire vivre ».

Titre 1 :

La subrogation, instrument de maintien de l'équilibre juridique

L'identification d'une notion générale. Appréhender les contours de la subrogation, réelle et personnelle implique d'établir son rôle au sein des techniques juridiques. Or, non seulement elle n'a pas fait l'objet d'étude globale, mais même appréhendée singulièrement, elle se prête difficilement à la synthèse. Pour prouver l'existence d'une notion générale de subrogation, il convient de comparer ses deux formes juridiques. Cette comparaison permet de déterminer si l'emploi d'un terme unique recoupe une unité conceptuelle. Ainsi, la subrogation peut être appréciée comme une notion générale dès lors qu'elle revêt une construction juridique uniforme. Bien qu'un clivage existe entre les deux corpus juridiques, elle est employée en droit privé et en droit public, et la sémantique utilisée est identique. L'existence d'un mécanisme transversale renforcerait alors le caractère unitaire de la notion.

L'objectif mène au résultat. L'analyse du mécanisme subrogatoire vise à faire émerger des dénominateurs communs à toutes ses hypothèses d'application. Ils s'articulent autour de son objectif principal : la conservation d'un droit menacé d'extinction. Cet objectif ressort de l'étude préalablement scindée des deux formes de subrogation, et de la clarification de leurs définitions générales. Il est le fil directement qui permet de déterminer l'élément déclencheur et le résultat attendu de la mise en œuvre de la subrogation. La conservation, qui traduit une volonté de maintien, renvoie en effet à la notion d'équilibre. Alors que certains mécanismes permettent des mouvements de valeurs, d'autres en revanche prônent le maintien de la situation antérieure. La subrogation a toujours été perçue comme un mécanisme conduisant à un mouvement juridique, car elle substitue une personne à une autre, ou une chose à une autre. Elle suppose donc une modification du rapport juridique. Toutefois, elle

s'avère en réalité être un instrument d'équilibre. Elle permet de conserver l'équilibre antérieur malgré une modification de la situation juridique. Il peut alors s'agir de la modification de l'objet porteur du droit ou de la personne titulaire de la créance. La subrogation a d'ailleurs pu être décrite comme une institution malléable¹, car son objectif lui permet de s'appliquer dans des hypothèses variées. Elle a été façonnée afin de s'appliquer dans des hypothèses où aucun autre mécanisme ne parvient à maintenir l'équilibre préétabli. Sa spécificité tient au fait qu'elle allie une fonction conservatrice de droits à une fonction régulatrice de l'équilibre antérieur, sans pour autant faire obstacle aux variations juridiques intervenues en amont. Elle tend alors à conserver un droit dans le but de maintenir des situations juridiques conformes à la loi² ou à la volonté des parties.

L'identification de la notion au sein des deux corpus juridiques et le rapprochement des définitions doctrinales permet de constater l'existence d'un mécanisme unitaire pourvu d'une définition générale. Cette définition comporte les éléments essentiels de la subrogation, qui s'articulent naturellement autour de son objectif principal. Le premier chapitre est donc consacré à la subrogation en tant que mécanisme de conservation d'un droit (Chapitre 1). Dans la mesure où elle aboutit à la conservation du droit menacé d'extinction, la subrogation remplit une fonction régulatrice : elle permet le maintien de l'équilibre antérieur. Le second chapitre porte alors sur l'équilibre en tant que résultat attendu de la conservation d'un droit (Chapitre 2).

¹ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 226.

² V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 28.

Chapitre 1 :

La subrogation et la conservation d'un droit

La notion de subrogation. La subrogation réelle et la subrogation personnelle ont longtemps eu pour seul dénominateur commun la notion de substitution¹. Elles sont d'ailleurs systématiquement étudiées distinctement. Même si la plupart des ouvrages spécifiques font référence en introduction aux deux applications, c'est toujours pour en exclure une de leur étude². Malgré l'absence d'analyse globale, l'utilisation d'un terme identique suppose de s'interroger sur la présence d'une notion unitaire. C'est pourquoi l'étude de la subrogation dans son ensemble doit tout d'abord porter sur l'analyse successive de chaque application, afin de définir de la façon la plus exacte possible les réalités qu'elles recourent.

La définition juridique d'un terme conditionne son étude. La clarification des définitions traditionnelles attribuées aux deux formes de subrogation permet donc d'en identifier les caractéristiques. La première étape consiste à décomposer le phénomène subrogatoire. L'émergence d'éléments communs permet dans un second temps de le recomposer autour d'une notion unique de subrogation. Néanmoins, articuler la réflexion autour de la comparaison de ses deux formes d'applications ne suffit pas, dans la mesure où elle est employée à la fois en droit privé et en droit public. L'unité du mécanisme sera alors

¹ J. Flach, *De la subrogation réelle*, Auguste Durand et Pedone Lauriel, Paris, 1870, p. 2 ; H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, p. 387 ; P. De Renusson, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, J. Bodin, Paris, 1685, Discours, p. 1 ; P. De Renusson, *Traité des propres réels, réputés réels et conventionnels, où sont traitées les notables questions du droit français*, Guillaume David, 4^{ème} éd. Paris, 1733, Chap I, X, p. 50 ; M. Gauthier, *Traité de la subrogation de personnes ou du paiement avec subrogation*, Librairie du Conseil d'État, Cotillon, Paris, 1853, p. 2.

² J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 5 ; R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, p. 238 ; P. De Renusson, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, J. Bodin, Paris, 1685, Chap I, n° I, p. 1 ; J. Flach, *De la subrogation réelle*, Auguste Durand et Pedone Lauriel, Paris, 1870, p. 4 : l'auteur scinde son analyse en distinguant les deux applications réelle et personnelle de la subrogation pour ne traiter que de la subrogation réelle. M. Gauthier, *Traité de la subrogation de personnes ou du paiement avec subrogation*, Librairie du Conseil d'État, Cotillon, Paris, 1853, p. 2 ; P. De Renusson, *Traité des propres réels, réputés réels et conventionnels, où sont traitées les notables questions du droit français*, Guillaume David, 4^{ème} éd. Paris, 1733, Chap I, X, p. 50.

renforcée par sa transversalité. Le point de départ de l'étude repose donc sur un approfondissement des notions de subrogation réelle et personnelle, dans chaque domaine d'application, dans le but de faire émerger la présence d'un mécanisme réductible à l'unité (Section 1).

La détermination de l'objectif de la subrogation. La subrogation réelle est un mécanisme relevant du droit des biens, alors que la subrogation personnelle est issue du droit des obligations. Elles semblent *a priori* poursuivre des considérations distinctes. La détermination de l'objectif de la subrogation a alors été recherchée à travers une analyse spécifique de chaque application³. C'est dans un second temps que se pose la question de la finalité de la subrogation en tant que notion générale. C'est alors l'appréhension scindée de ses applications et leur clarification qui a permis de les regrouper autour d'un objectif unique de conservation d'un droit.

Prise isolément, la subrogation réelle a fait l'objet de diverses théories, qui s'articulent principalement autour des notions d'affectation et de restitution. Elles sont séduisantes au premier abord, car elles permettent de regrouper toutes les hypothèses d'applications d'un tel mécanisme. Elles n'aboutissent cependant pas à établir véritablement la finalité de la subrogation. Elles font en revanche émerger une idée commune de perpétuation, et la frontière est alors mince pour parvenir à harmoniser ses applications autour d'un objectif unique de conservation d'un droit.

En ce qui concerne la subrogation personnelle, un tel objectif apparaît dès l'époque romaine. Elle est créée dans le but de préserver un droit de créance menacé d'extinction, afin de permettre au *solvens* d'obtenir le remboursement des sommes engagées. Le regroupement de ces deux applications autour de l'objectif de conservation d'un droit permet donc de confirmer le caractère unitaire de la subrogation (Section 2).

³ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris 1954, t. 2, pp. 239 et suivantes ; E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017 ; E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014 ; R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 190 ; H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919 ; J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, pp. 35 et suivantes.

Section 1 :

La subrogation, un mécanisme réductible à l'unité

La subrogation personnelle et la subrogation réelle ont longtemps été perçues comme des notions distinctes et difficiles à appréhender. Alors que la subrogation personnelle agit directement sur le rapport obligationnel entre plusieurs personnes, la subrogation réelle, quant à elle, permet le report d'un droit d'un bien sur un autre. La notion de subrogation apparaît alors comme une réalité hétérogène, s'opposant à une conceptualisation d'ensemble. L'élaboration d'une synthèse de chaque application s'est déjà révélée être complexe. L'étude globale n'apparaissait donc pas opportune. Pourtant, l'emploi d'un terme unique ne semble pas dénué de sens dans la mesure où la clarification de chaque application fait émerger des points de convergence. Il faut alors être en mesure d'identifier les éléments essentiels des deux applications de la subrogation, pour pouvoir les regrouper autour d'une définition générale. Dès lors, il convient de surmonter les obstacles liés à une analyse toujours sectorielle et à l'apparente complexité de la notion, pour faire émerger l'existence d'une notion générale de subrogation (Paragraphe 1).

La subrogation, issue du droit privé, est également applicable en droit public. Aucune analyse transversale n'a cependant été menée. La recherche d'une unité entourant le mécanisme subrogatoire suppose alors faire référence à son application pratique en droit administratif. Le terme doit pénétrer largement la matière pour qu'une transversalité soit constatée. Si cette analyse est pertinente concernant la subrogation personnelle, il en est autrement de la subrogation réelle, peu présente en droit public. À titre d'exemple, le juge administratif a pu constater sa mise en œuvre dans le cadre du report d'un usufruit sur le prix de cession pour le calcul de l'imposition¹, ou encore en matière de cotisations supplémentaires à l'impôt sur le revenu : le prix d'une cession de la nue-propriété d'actions doit être remployé dans une société civile immobilière avec subrogation réelle des droits

¹ CAA Versailles, 29 janvier 2019, n° 16VE02602.

démembrés sur les parts de cette société². Le Conseil d'État a également considéré « *qu'en cas de perte du gage et en l'absence de toute disposition législative en ce sens, il ne saurait y avoir report, en vertu d'une subrogation réelle, du droit de rétention du créancier gagiste sur l'indemnité éventuellement due par le tiers responsable de cette perte* »³. Ces décisions ne portent alors pas directement sur une question relative à la mise en œuvre de la subrogation réelle. En outre, aucun texte législatif ne se rapporte à un tel procédé, excepté le Code général des impôts prévoyant la subrogation des obligations en son article 248 C. Par conséquent, l'emploi résiduel de la subrogation réelle en droit public fait obstacle à son intégration au sein de son corpus juridique. En effet, un emprunt par le juge administratif d'un mécanisme issu du droit privé ne présente d'intérêt que s'il peut être considéré comme utile⁴. L'analyse de la transversalité de la notion se réfère donc uniquement à la subrogation personnelle.

Ainsi, bien qu'une césure existe entre le droit privé et le droit public⁵, la subrogation trouve de nombreuses applications au sein des deux corpus juridiques. La confrontation de ces hypothèses permettra alors de déterminer si l'emploi de la subrogation par le juge administratif se fait uniquement en référence directe aux règles civilistes, ou si elle a véritablement été transposée au sein du droit public. Son application uniforme au sein des deux ordres juridiques fera d'elle une notion générale, recoupant une même réalité. Dès lors, constater la transversalité de la notion de subrogation conduit à renforcer son caractère unitaire (Paragraphe 2).

² CAA Versailles, 31 octobre 2019, n° 17VE00051 : le juge cite l'article 578 du Code civil relatif à l'usufruit, mais ne fait référence à aucun texte particulier relatif à la subrogation réelle.

³ CE sect, 7 janvier 1972, n° 76528 : il était demandé la condamnation du département du Var, propriétaire du barrage de Malpasset, à la suite de la rupture de l'ouvrage ayant entraîné la destruction d'un camion Berliet appartenant à la société Berrichonne de matériel, et gagé au profit de la société Berrichonne de crédit de Châteauroux.

⁴ B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Éditions Panthéon Assas, Paris, 2003, p. 795.

⁵ J-C. Ricci et F. Lombard, *Droit administratif des obligations : contrats, quasi-contrats, responsabilité*, Sirey, Paris, 2018, p. 1 : les auteurs mettent en avant le dualisme entre l'individuel et le collectif qui doivent être conciliés par le biais du droit administratif, alors même que le droit civil se réfère aux intérêts privés. TC, 8 février 1873, *Blanco*, Rec. p. 61 : les règles applicables à la responsabilité administrative sont distinctes de celles que l'on retrouve en droit civil. Cet arrêt témoigne de la césure entre le droit administratif, relevant de la compétence du juge administratif, et le droit civil, relevant de la compétence du juge civil, à travers la notion de responsabilité. Le rapprochement entre le droit privé et le droit public fait cependant son entrée au sein de plusieurs ouvrages : B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Éditions Panthéon Assas, Paris, 2003 ; N. Albert-Moretti, F. Leduc, O. Sabard (dir.), *Droit privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, LexisNexis, Paris, 2017, p.1 ; R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, Thèse, LGDJ, Paris, 1957.

Paragraphe 1 : L'existence d'une notion générale de subrogation

L'existence d'une notion générale de subrogation n'a, pour l'heure, jamais été consacrée. Et pour cause, l'appréhension de la subrogation personnelle et de la subrogation réelle est complexe et leurs définitions manquent de clarté et de précisions. Il est alors aisé de comprendre que les études se sont principalement intéressées à chaque procédé distinctement. Un examen approfondi de ces notions pourrait permettre de l'envisager sous un angle plus général. Une telle supposition implique donc d'identifier juridiquement ces notions (A). Une convergence vers un mécanisme unique de subrogation peut alors être faite au moyen d'une clarification indispensable des définitions apportées (B).

A. L'identification de la notion de subrogation

Cerner les contours de la subrogation, et être en mesure de l'identifier, suppose d'établir de quoi elle se compose. Le terme, bien qu'à l'origine employé pour décrire des mécanismes de subrogation personnelle, fait son apparition en droit des biens à travers la subrogation dite réelle. La notion est alors scindée en deux concepts distincts. Puisqu'il s'agit de conférer à ce terme juridique une dimension générale, la définition de chaque application est essentielle pour « *déterminer [s]es limites et [son] contenu* »⁶. L'analyse globale de la notion de subrogation s'avère alors compromise par l'apparente complexité de la subrogation personnelle (1) et la difficile appréhension de la subrogation réelle (2).

1. L'apparente complexité de la subrogation personnelle

Le terme « *subrogation* » en droit des obligations est le fruit d'une généralisation de différents cas d'applications connues en droit romain⁷. Sa création durant l'Ancien droit n'a

⁶ ATILF, CNRS et Université de Lorraine, Trésor de la langue Française informatisé, v° « Définition ». F.-P. Benoit, *Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique : les leçons de la philosophie du droit de Hegel*, Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser, Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 27 : l'auteur définit la notion comme étant « *le moyen par lequel les juristes appréhendent des faits en vue de déterminer quelles règles de droit leur sont applicables* ». La notion « *est l'outil qui permet d'opérer des "qualifications" en vue de procéder à "l'imputation" de régimes juridiques déterminés* ».

⁷ La cession d'actions et la *successio in locum*. Cf. *supra*. Introduction : Les origines de la subrogation personnelle.

cependant pas permis de faire émerger une définition générale à même d’appréhender toute la portée d’un tel mécanisme⁸. Elle s’inscrit alors comme une notion complexe, source d’incertitudes.

Les définitions de la subrogation personnelle. Un socle de réflexions s’est construit autour de la notion de subrogation personnelle, apportant les premiers éléments de définition. Parmi les auteurs du XVII^{ème} siècle s’étant intéressés à la subrogation se trouve Renusson, qui la définit comme étant « *une fiction par laquelle celui qui a prêté nouvellement ses deniers est réputé entrer en lieu et place du créancier pour exercer ses mêmes droits* »⁹. À travers l’idée de fiction, elle est perçue comme une simple exception contredisant les règles inhérentes à notre système juridique¹⁰ : il s’agit donc d’un mécanisme restrictif, décrit à travers une énumération d’hypothèses dérogatoires¹¹. Le paiement effectué s’apparente à un prêt¹², et l’idée de remplacement se manifeste à travers l’emploi des termes « *en lieu et place* » : le *solvens* prend la place du créancier originaire, et par conséquent, exerce ses droits¹³.

Un siècle plus tard, Pothier présente la subrogation en tant que fiction « *par laquelle le créancier est censé céder ses droits, actions, hypothèques et privilèges à celui de qui il reçoit son dû* »¹⁴. Il apporte une précision nouvelle sur le caractère facultatif d’une telle cession, tout en énumérant plus précisément ce dont peut se prévaloir le subrogé. Au XIX^{ème} siècle, Gauthier reprend cette idée et considère qu’il n’« *appartient qu’au créancier seul de disposer de la créance* »¹⁵. Ainsi, son accord s’avère être une condition de la subrogation¹⁶. Il précise

⁸ M. Levy-Bruhl, *Cours de droit romain*, A.C.E.D, Paris, 1955-1956, p. 324 : « *Ce bénéficie de la cession d’action qui a été créée par le Droit romain, s’est maintenu dans les Droits modernes, et il existe encore dans notre Droit français, actuel, où il s’exprime dans l’art. 1251. § 3 du Code civil, sous le nom de subrogation* ».

⁹ P. De Renusson, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, J. Bodin, Paris, 1685, Chap I, X, p. 10 : le fondement de cette institution est, selon lui, la raison et l’équité.

¹⁰ La subrogation était perçue, dès l’origine, comme dérogatoire. Ainsi, pour M. Levy-Bruhl, « *la cession d’action se heurtait cependant à un obstacle théorique. En effet, les droits du créancier contre le débiteur principal avaient été éteints par la litis contestatio faite dans l’instance entre le créancier et la caution, ou même éteints par le paiement par la caution au créancier, le paiement étant un de ces modes d’extinction de la dette qui s’étend à tous les co-obligés* » : *Cours de droit romain*, A.C.E.D, Paris, 1955-1956, p. 324. Voir également M. Monier, *Cours de droit romain*, Les cours de droit, Paris, 1953-1954, p. 438.

¹¹ C. civ, anc. art. 1251 ; C. civ, art. 2306 : concernant la caution ; C. civ, art. 2473 : concernant les hypothèques.

¹² La subrogation ne peut pas être assimilée à un prêt dans la mesure où elle s’applique dans des hypothèses bien plus diverses.

¹³ P. De Renusson, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, J. Bodin, Paris, 1685, Chap I, I, p. 2 : « *Quand une personne est subrogée à une autre personne ; quand l’une succède, et entre au lieu et place de l’autre pour exercer ses droits et actions, c’est-à-dire, les droits ou personnels, ou hypothécaires, ou privilégiés* ».

¹⁴ R.-J. Pothier, *Coutumes des duché, bailliage et prévôté d’Orléans, et ressort d’iceux*, Debure l’ainé, Orléans, Veuve Rouzeau-Montaut, Paris, 1780, Tit. XX, Chap. I, Section V De la subrogation, n° 66, p. 757.

¹⁵ M. Gauthier, *Traité de la subrogation ou du paiement avec subrogation*, Librairie du Conseil d’État, Cotillon, Paris, 1853, p. 6.

également que le paiement est par principe extinctif¹⁷ : la subrogation serait alors un paiement dérogoire, c'est-à-dire n'emportant pas toutes les conséquences traditionnellement attendues de celui-ci.

Les définitions doctrinales précisent donc les contours de la notion. L'emploi du terme « *transport-cession* »¹⁸ en tant qu'assimilable à la subrogation, réduit toutefois celle-ci à une simple cession. En outre, le lien entre le paiement et la transmission de droits peine à s'établir : elle est décrite comme dérogoire en ce qu'elle fait échec à l'effet extinctif du paiement. Les auteurs ne la qualifient cependant pas directement d'exception au sein de leurs définitions¹⁹ ce qui nuit à la clarté du mécanisme. Dès lors, elle est perçue comme une notion difficile à appréhender²⁰.

La subrogation personnelle, une notion complexe. La subrogation personnelle apparaît dès l'origine comme une notion complexe²¹. La première difficulté est d'ailleurs d'en apporter une définition précise²². Définir une notion est pourtant la clé de sa compréhension, qui est indispensable pour la délimitation de ses contours et sa distinction avec les autres mécanismes juridiques. Force est alors de constater qu'en son absence, des incertitudes apparaissent.

¹⁶ À l'époque romaine, la cession d'action était perçue comme une faveur accordée à la caution, et le refus d'accorder une telle cession était perçu comme un dol. Ainsi, il peut être considéré qu'il y a « *dol de la part du créancier à ne pas faire bénéficier la caution des moyens de droit qu'il avait contre le débiteur principal et qui pratiquement ne lui serviraient à rien, à lui créancier, alors que ces sûretés, ces hypothèques, ces gages, peuvent au contraire être très utiles à la caution* » : M. Levy-Bruhl, *Cours de droit romain*, A.C.E.D., Paris, 1955-1956, p. 324.

¹⁷ M. Gauthier, *Traité de la subrogation ou du paiement avec subrogation*, Librairie du Conseil d'État, Cotillon, Paris, 1853, p. 6 : « *Cependant, malgré ces principes lorsque le paiement n'est pas fait par le débiteur et de ses deniers, l'équité veut que celui qui se trouve forcé d'acquitter la dette d'un autre, ou qui fournit au débiteur les fonds nécessaires pour se libérer, prenne la place du créancier, et succède à ses droits, pour répéter ce qu'il a payé pour le débiteur* ».

¹⁸ A. Lelong, *Droit romain : de la subrogation en général, Droit français : de la subrogation légale*, Thèse, Jean Delamare, Saint-lô, 1880, p. 42 : l'auteur s'oppose à la doctrine qui assimile la subrogation à une cession-transport et privilégie le lien avec le paiement.

¹⁹ Les auteurs ne qualifient pas directement la subrogation d'exception au sein de leur définition, mais font cependant, pour la plupart, référence à la notion de fiction.

²⁰ P. Jourdain et P. Wéry. (dir.), *La transmission des obligations en droit français et en droit belge*, Bibliothèque de la faculté de droit et de criminologie de l'université catholique de Louvain, Larcier, 2019, p. 375 : la subrogation est fondée sur l'équité, et pour atteindre ce but, elle a besoin de plasticité : cela justifie qu'aucune définition ne lui soit attribuée.

²¹ P. De Renusson, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, J. Bodin, Paris, 1685, Chap I, XIV, p. 12 : « *Cette matière est d'elle-même épineuse et difficile* ». Voir également, J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 4.

²² P-V. Beaugard, *Du paiement avec subrogation, ses origines en droit romain, sa nature et ses effets dans le droit français*, Thèse, A. Parent, Paris, 1876, p. 1 : pour qui la subrogation est « *un bénéfice concédé à certaines personnes à l'occasion d'un paiement qu'elles ont fait, bénéfice dont le but est de les aider à recourir contre le débiteur libéré par elles, et qui consiste à leur accorder dans une plus ou moins grande mesure les droits qu'avait le créancier payé contre ce débiteur* ».

La subrogation personnelle a tout d'abord pu être confondue avec la notion de cession, alors même que la création de deux mécanismes distincts aboutit à la naissance de notions spécifiques²³. Or, la subrogation est à la croisée des chemins entre un mode de paiement et un mode de transmission de créances²⁴. Ainsi, loin de tirer toutes les conséquences de ce caractère hybride, les auteurs la rattachent soit au paiement²⁵, en mettant de côté l'idée de transport, soit l'assimilent à une cession de créance²⁶. Dès lors, ils ne parviennent pas à déterminer l'objectif de la subrogation ou son effet principal.

En outre, la place qui doit être accordée à la subrogation personnelle n'est pas non plus définie dans la mesure où sa nature même est discutée : les auteurs ont soit une conception extensive de la subrogation²⁷, soit ils la cantonnent à des hypothèses dérogatoires²⁸. Les textes législatifs, rares en la matière, ne permettent pas de contrer une telle difficulté. L'Édit de mai 1609 d'Henri IV²⁹ est le premier texte réglementant la subrogation personnelle qui donne

²³ A. Lelong, *Droit romain : de la subrogation en général, Droit français : de la subrogation légale*, Thèse, Jean Delamare, Saint-lô, 1880, p. 43.

²⁴ R. Noguellou, *La transmission des obligations endroit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 48 : l'auteur classe la subrogation au sein des modes de transmission des créances au regard de la jurisprudence qui a rapidement confirmé son effet translatif. Cependant, elle précise qu'il « *n'est pas contestable que la subrogation est indissociablement liée au paiement. C'est ainsi que l'étendue du droit de créance transmis, par le jeu de la subrogation, au subrogé, sera déterminé par le montant du paiement effectué* ». Y. Madiot, quant à lui, définit la subrogation comme « *l'action par laquelle une créance, éteinte au regard du créancier (c'est-à-dire la victime, le subrogeant) par un débiteur primaire (le subrogé), est transférée sur le chef de ce débiteur qui peut récupérer sur le tiers responsable, l'indemnité versée à la victime. En d'autres termes, il y a transfert de créance et substitution d'une personne à une autre pour le paiement d'une dette* » : *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971, p. 325.

²⁵ A. Lelong, *Droit romain : de la subrogation en général, Droit français : de la subrogation légale*, Thèse, Jean Delamare, Saint-lô, 1880, p. 48 : l'auteur considère que la subrogation est « *une fiction juridique, admise ou établie par la loi, en vertu de laquelle une obligation éteinte au regard du créancier originaire par suite du paiement qu'il a reçu d'un tiers, ou du débiteur lui-même, mais avec des deniers qu'un tiers lui a fournis à cet effet, est regardée comme continuant de subsister au profit de ce tiers qui est autorisé à faire valoir, dans la mesure de ce qu'il a déboursé, les droits et actions de l'ancien créancier* ». Voir également, E-M. Feitu, *De la subrogation au profit de ceux qui sont tenus avec d'autres ou pour d'autres*, Thèse, Typographie de L. Prud'homme, Saint-Brieux, 1863, p. 5 : la subrogation, « *dans son acceptation spéciale, consiste dans le changement de créancier qui s'opère par suite du paiement effectué par un tiers, ou par le débiteur, avec les deniers qu'un tiers lui a fournis à cet effet* » ; P-V. Beauregard, *Du paiement avec subrogation, ses origines en droit romain, sa nature et ses effets dans le droit français*, Thèse, A. Parent, Paris, 1876, p. 1 : la subrogation serait un simple moyen de recours rattaché au paiement.

²⁶ Dans le même sens, M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, LGDJ, 9^{ème} éd. Paris, 1923, p. 174 : « *L'opération est une cession d'un genre particulier* ».

²⁷ Initiée par J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979. Reprise par l'Ordonnance, n° 2016-131, 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

²⁸ Vision prédominante à l'origine : P. De Renusson, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, J. Bodin, Paris, 1685, Chap I, X, p. 10 ; R.-J. Pothier, *Coutumes des duché, bailliage et prévôté d'Orléans, et ressort d'iceux*, Debure l'ainé, Orléans, Veuve Rouzeau-Montaut, Paris, 1780, Tit. XX, Chap I, Section V De la subrogation, n° 66, p. 757.

²⁹ A.-J.-L. Jourdan, N. Decrusy, F.-I. Isambert, A.-H. Taillandier, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789 : contenant la notice des principaux monumens des Mérovingiens*,

autorité au terme. Par la suite, la notion sera codifiée par le Code Napoléon de 1804 à travers quatre articles, sans pour autant en donner de définition³⁰. La consécration légale se fait donc uniquement à travers des cas d'application. Les apports légaux successifs³¹, bien que clarifiant les contours de la notion, ne posent aucune définition du mécanisme, qui reste alors plus ou moins sujet à l'interprétation³².

2. Une difficile appréhension de la subrogation réelle

Le terme « *subrogation* » a également fait son apparition en droit des biens³³ sous la notion de subrogation réelle³⁴. Bien que la loi ne l'envisage pas directement³⁵, la question de l'existence d'une unité entre les différentes applications se pose³⁶. La consécration d'une définition générale est cependant largement compromise par l'absence de consensus sur

des Carolingiens et des Capétiens, et le texte des ordonnances, édits, déclarations, lettres patentes, règlements,... de la troisième race, qui ne sont pas abrogés, ou qui peuvent servir, soit à l'interprétation, soit à l'histoire du droit public et privé, Belin-Leprieur, Paris, 1821-1833, p. 348 : il existe un Édit « portant que le prêteur de deniers constitués en rentes, seront subrogés de plein droit sans qu'il soit besoin de transport, dans les droits des créanciers ». L'Ordonnance est faite à la suite de la fixation du taux de constitutions de rentes au denier seize (auparavant denier douze) et de ce fait, il y avait intérêt à emprunter à ce nouveau taux afin de rembourser les prêteurs initiaux. Ainsi, lorsque les débiteurs n'avaient pas subrogé les nouveaux prêteurs dans les garanties hypothécaires qui assuraient le service de leurs rentes, l'Édit leur permettait de forcer la subrogation et de se passer du consentement des débiteurs.

³⁰ Il précise que la subrogation peut être légale ou conventionnelle, avant d'énumérer les différentes applications de celle-ci. C. civ, anc. art. 1250 et 1251.

³¹ Loi, n° 2006-728, 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités, art. 29 ; Ordonnance, n° 2016-131, 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

³² Des questions apparaissent au regard de l'ampleur de ce mécanisme : la subrogation est-elle d'interprétation stricte ? Répond-t-elle à un besoin pratique justifiant son extension ? Les difficultés résident également dans son caractère hybride : elle est à la fois un moyen de paiement et un mode de transmission de créance. La question se pose alors de la présence d'un véritable transport de la créance ou de la création d'une nouvelle à laquelle sont attribués les accessoires de l'ancienne.

³³ Par exemple : la subrogation réelle entre indivisaires de l'article 815-10 du Code civil ; la subrogation réelle entre époux des articles 1434 et suivants du Code civil ; ou encore la subrogation réelle en matière de rapport des libéralités de l'article 860 du Code civil.

³⁴ La recherche de la définition de la subrogation au sein des dictionnaires de la langue française permet de constater que, bien souvent, seule la subrogation personnelle est définie sous cette appellation. C'est notamment le cas du dictionnaire *trésor de la langue Française informatisé*, ATILF, CNRS et Université de Lorraine et du *dictionnaire du Moyen Français*, 2015, ATILF, CNRS et Université de Lorraine. Au contraire, le LAROUSSE dictionnaire français fait figurer la subrogation réelle sous le terme de subrogation, tout comme les lexiques juridiques : G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, 10^{ème} éd. PUF, 2014, qui la définit comme étant une « fiction de droit par laquelle (dans une universalité) un bien en remplace un autre en lui empruntant ses qualités ».

³⁵ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Sirey, Paris, 1954, t. 1, préface de A. Breton. Dans le même sens, R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, p. 239 : « Nous manquons d'un texte général, ou d'une série complète de textes particuliers qui nous permettent de solutionner les difficultés pratiques qui se présentent ».

³⁶ V. Ranouil s'interroge sur l'existence d'une véritable subrogation réelle et considère que la subrogation réelle et la subrogation personnelle n'ont pas le même rôle, ni les mêmes effets : *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 18.

l'application même de ce mécanisme et l'approche principalement descriptive qui en est faite. De surcroît, les textes législatifs ne permettent pas de voir dans ce procédé un mécanisme unitaire, ou encore d'avoir une vision exhaustive de toutes ses applications. Dès lors, difficilement identifiable, la notion de subrogation réelle peine à s'imposer comme une notion générale.

L'approche doctrinale de la subrogation réelle. La consécration d'une définition générale de la subrogation réelle s'avère problématique dans la mesure où la seule définition perçue comme exhaustive énumère toutes les applications de ce mécanisme³⁷. Les auteurs ont alors tenté de raisonner globalement afin de faire émerger une logique unitaire. Les définitions apportées restent cependant avant tout descriptives³⁸. Ainsi, Renusson considère que « *la subrogation de choses est quand une chose est subrogée à une autre, qu'elle prend sa place, qu'elle est réputée avoir une même qualité que l'autre* »³⁹. Loin de définir les contours de la notion, l'auteur se contente de reprendre le terme « subrogée » pour décrire le phénomène subrogatoire. La suite de sa description manque de précisions : la simple constatation que la chose prend la place d'une autre pour en revêtir une même qualité ne permet pas de définir quelle qualité est empruntée, ni par quel moyen le bien se trouve ainsi remplacé.

S'ouvre alors une zone d'incertitude sur la détermination des qualités transmises. Ainsi, Flach considère que « *la subrogation réelle n'opère jamais, comme quelques-uns semblent le croire, la transmission simultanée de toutes les qualités juridiques d'une chose* »⁴⁰. La transmission doit tenir compte de la spécificité de chaque application. Un regroupement peut toutefois être fait. Le premier ensemble concerne les hypothèses où une chose est remplacée par une autre dans une universalité. La subrogation a alors lieu automatiquement, et c'est l'appartenance à un patrimoine qui est transmise. Cette analyse conduit en réalité à confondre la subrogation avec la notion de fongibilité des biens⁴¹.

³⁷ Pour V. Ranouil, « *les applications de la subrogation réelle, rare dans le Code Napoléon, sont devenues nombreuses et variées. Notre droit civil en connaît une quarantaine. Mais il ignore tout principe général de subrogation réelle* » : *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 17.

³⁸ M. Lauriol énumère différents mouvements doctrinaux qui ont élaboré, chacun, une construction de la subrogation réelle, sans parvenir à la définir : *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954 ; t. 1, p. 8.

³⁹ P. De Renusson, *Traité des propres réels, réputés réels et conventionnels, où sont traitées les notables questions du droit français*, Guillaume David, 4^{ème} éd. Paris, 1733, p. 50.

⁴⁰ J. Flach, *De la subrogation réelle*, Auguste Durand et Pedone Lauriel, Paris, 1870, p. 5.

⁴¹ R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, p. 242 : l'auteur met en avant cette école classique qui considère que la subrogation a lieu automatiquement au sein des universalités. F. Chappuisat fait de même : *Vers une utilisation extensive de la subrogation réelle, à propos des*

Dans les autres applications, c'est la loi qui décide que tel caractère juridique d'un bien serait transporté sur un autre bien individualisé⁴². Prêter à un bien les qualités d'un autre revient à considérer que la subrogation est dérogatoire et s'apparente à une fiction juridique. Demogue rejette toutefois cette idée : la subrogation n'est jamais une fiction, car elle n'attribue au bien nouveau aucune qualité qu'il ne puisse naturellement supporter⁴³. Pour autant, encore à l'heure actuelle, la subrogation réelle est perçue comme une « [f]iction de droit par laquelle (dans une universalité) un bien en remplace un autre en lui empruntant ses qualités »⁴⁴.

Les apports doctrinaux sont alors incomplets et laissent perdurer les controverses, telles que la question du lien entre la subrogation et la fongibilité des biens, ou encore l'assimilation de la subrogation à une fiction juridique. La mise en place d'une définition générale permettant de déterminer ses contours et son effet principal est alors compromise par l'hétérogénéité de la notion.

L'apport législatif limité à des cas particuliers d'application. Un second obstacle à l'appréhension de la subrogation réelle réside dans l'absence de consécration légale de ce mécanisme. Il ne peut dès lors être analysé qu'au regard des différents cas d'applications. La réforme des liquidations matrimoniales et successorales⁴⁵ fait référence à la subrogation réelle⁴⁶, telle qu'en matière de réduction de libéralité⁴⁷, ou encore en ce qui concerne le calcul des récompenses⁴⁸. Bien que le verbe « subroger » soit parfois cité par les articles⁴⁹, il n'est cependant pas défini. En outre, les diverses applications de report de droits d'un bien sur un

lois du 13 juillet 1965 et 3 juillet 1971, RTD civ. 1973, p. 644. Cerban, en revanche, ne distingue pas les deux notions : *Nature et domaine d'application de la subrogation réelle*, RTD civ. 1939, pp. 47 et suivantes.

⁴² A. Cerban, *Nature et domaine d'application de la subrogation réelle*, RTD civ. 1939, pp. 47 et suivantes.

⁴³ R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, pp. 236 et suivantes. À l'inverse, la subrogation réelle était autrefois qualifiée de fiction : Aubry et Rau, *Cours de droit civil français : d'après la méthode de Zachariae*, Imprimerie et librairie générale de la jurisprudence, t. 9, 5^{ème} éd. Paris, 1917, § 575, p. 340 : « La subrogation réelle est, dans le sens le plus général, une fiction par suite de laquelle un objet vient à remplacer un autre, pour devenir la propriété de la personne à laquelle appartenait ce dernier, et pour revêtir sa nature juridique ».

⁴⁴ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, 10^{ème} éd. PUF, 2014.

⁴⁵ Loi, n° 65-570, du 13 juillet 1965, portant réforme des régimes matrimoniaux et la loi, n° 71-523, 3 juillet 1971, modifiant certaines dispositions du Code civil relatives aux rapports à succession, à la réduction des libéralités excédant la quotité disponible et à la nullité, à la rescision pour lésion et à la réduction dans les partages d'ascendants.

⁴⁶ Bien que définies comme une application de la subrogation par les auteurs, ces hypothèses doivent être exclues : Cf. *infra*. Le domaine extensif de la subrogation réelle, p. 348.

⁴⁷ C. civ, art. 922.

⁴⁸ C. civ, art. 1469.

⁴⁹ Par exemple : C. civ, art. 1406.

autre prévues par le Code civil ne font pas toujours référence à la subrogation⁵⁰. En l'absence de définition générale, l'exact rattachement de ces applications au mécanisme subrogatoire ne peut donc être vérifié. Il nécessiterait la consécration des conditions juridiques de la subrogation réelle et de son effet principal. Dès lors, les contours de la notion seraient établis et son domaine d'application pourrait être consacré.

Privées de définition légale, les hypothèses restent isolées et ne laissent pas de place à une théorie générale de la subrogation réelle. Ainsi, les codificateurs n'ont pas souhaité consacrer une vision unitaire de ce mécanisme, qui souffre d'un déficit de synthèse. Il apparaît alors essentiel de clarifier la notion, sans quoi il est impossible d'établir un point de convergence avec la subrogation personnelle, et par voie de conséquence, d'affirmer l'existence d'un mécanisme subrogatoire réductible à l'unité.

B. La convergence vers un mécanisme unique de subrogation

La difficulté rencontrée pour identifier ces notions est un frein non négligeable à son analyse globale. Une clarification semble toutefois permettre de déterminer ces éléments essentiels (1) et de faire émerger une notion générale de subrogation (2).

1. La clarification des définitions générales de la subrogation

La complexité d'un concept est un frein à sa généralisation. Il faut donc clarifier ses éléments essentiels. Ainsi, la subrogation personnelle a fait l'objet d'une nouvelle consécration légale, qui, bien qu'insuffisante, peut servir de support pour l'élaboration d'une définition générale. En outre, l'analyse des synthèses doctrinales relatives à la subrogation réelle renforce la pertinence d'une approche globale plutôt qu'au cas par cas. Dès lors, un rapprochement vers l'inauguration d'une définition générale est envisageable.

La définition générale de la subrogation personnelle. La recherche d'une définition générale de la subrogation personnelle suppose une première constatation : elle doit être identique en présence d'une subrogation légale ou conventionnelle, seules les modalités de mise en œuvre changent⁵¹. À travers sa nouvelle consécration légale, les éléments essentiels

⁵⁰ Loi, n° 67-1253, du 30 décembre 1967, *d'orientation foncière*, art. 55 ; C. com, art. L 642-20-1.

⁵¹ A. Lelong, *Droit romain : de la subrogation en général, Droit français : de la subrogation légale*, Thèse, Jean Delamare, Saint-lô, 1880, p. 44 : l'auteur s'oppose à la distinction faite entre la subrogation légale qui serait un

de définition peuvent être recherchés. Ainsi, elle se produit lorsque le paiement effectué par le *solvens* « libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette »⁵². Elle suppose donc nécessairement un paiement⁵³, mais celui-ci doit aboutir à une libération du débiteur définitif pour revêtir la qualité de paiement subrogatoire. En outre, elle entraîne une transmission de la créance et de ses accessoires⁵⁴.

Y. Madiot la définit comme « l'action par laquelle une créance éteinte au regard du créancier (c'est-à-dire la victime, le subrogeant) par un débiteur primaire (le subrogé), est transférée sur le chef de ce débiteur qui peut récupérer, sur le tiers responsable, l'indemnité versée à la victime »⁵⁵. Elle a donc vocation à permettre au *solvens* de récupérer auprès du débiteur originaire les sommes versées dont il ne doit pas supporter la charge définitive. La subrogation personnelle est par conséquent une opération triangulaire⁵⁶ qui consiste à la fois en un paiement et en une transmission de créances⁵⁷.

Il est envisageable de proposer une définition générale du mécanisme. La subrogation personnelle est l'opération juridique par laquelle le titulaire d'une créance, nommé le subrogeant, est désintéressé par le biais d'un paiement dit subrogatoire, c'est-à-dire libérant le débiteur définitif de tout ou partie de sa dette envers le créancier. Le *solvens* n'a pas besoin de revêtir une qualité particulière et seule la nature du paiement importe. Il entraîne alors la transmission de la créance au *solvens*, nommé le subrogé, qui peut exercer les droits du subrogeant à l'encontre du débiteur⁵⁸. En outre, la subrogation permet de faire peser la charge de la dette sur le débiteur définitif alors même que le paiement initial provient, en tout ou partie, d'une personne distincte⁵⁹.

paiement, et la subrogation conventionnelle, qui serait un transport-cession. En outre, le Code civil les classe toutes deux au sein de la section relative au paiement : C. civ, art. 1346 et suivants ; C. civ, anc. art. 1249.

⁵² C. civ, art. 1346.

⁵³ Confirmé par l'ordonnance, n° 2016-131, 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Il faut que le paiement libère le débiteur sur qui doit peser la charge de la dette. Ce dernier peut être effectué par une personne tenue de la faire ou qui agit volontairement : C. civ, art. 1346. Cf. *infra*. Les conditions de la subrogation personnelle en droit privé, p. 407.

⁵⁴ L'article 1346-4 du Code civil prévoit que « la subrogation transmet à son bénéficiaire, dans la limite de ce qu'il a payé, la créance et ses accessoires, à l'exception des droits exclusivement attachés à la personne du créancier ».

⁵⁵ Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971, p. 325.

⁵⁶ La subrogation fait intervenir trois personnes dans le rapport juridique : le subrogeant, le subrogé et le débiteur.

⁵⁷ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 695 : le paiement subrogatoire est un paiement translatif ayant pour effet de transmettre la créance et ses accessoires au *solvens*, nommé le subrogé, qui pourra exercer les mêmes droits et actions que détenait le subrogeant contre le débiteur.

⁵⁸ Cf. *infra*. La subrogation, un mécanisme de transmission de droits, p. 143.

⁵⁹ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, LGDJ, 9^{ème} éd. Paris, 1923, p. 163 : l'auteur définissait déjà la subrogation comme étant « un paiement non libératoire pour

Le rapprochement vers une définition générale de la subrogation réelle. Face à la complexité de la notion, de nombreux auteurs ont renoncé à la définir⁶⁰. Ainsi, Capitant⁶¹ opte pour une méthode descriptive à travers trois applications types de ce mécanisme⁶². La diversité des manifestations de la subrogation réelle ne doit toutefois pas conduire à renoncer à sa conceptualisation.

Il faut attendre le milieu du XX^{ème} siècle, avec l'étude de M. Lauriol, pour qu'une synthèse apparaisse⁶³. La subrogation réelle est, selon lui, une technique exceptionnelle, ne formant pas une « institution » juridique autonome⁶⁴, mais qui s'accomplit dans les droits subjectifs les plus divers. Il existe alors autant de subrogations réelles possibles que de droits subjectifs portant sur des biens matériels. Il parvient toutefois à la décrire avec plus de précisions que la plupart des auteurs : il s'agit du « *remplacement de l'objet matériel d'un droit déterminé par un autre objet matériel, dans le but de maintenir la valeur individualisée par ces deux objets à une même destination* »⁶⁵. La subrogation est alors l'articulation entre une fluctuation matérielle et un élément stable qu'est le droit subjectif⁶⁶.

Les définitions se font progressivement de plus en plus précises et à la fin du XX^{ème} siècle, V. Ranouil ne considère plus la subrogation comme un simple mécanisme, mais comme « *un droit, en ce sens élémentaire qu'elle est une prérogative, d'origine légale ou conventionnelle,*

le débiteur, parce qu'il n'est pas fait par lui, et la subrogation qui l'accompagne est une institution juridique en vertu de laquelle la créance payée par le tiers subsiste à son profit et lui est transmise avec tous ses accessoires, bien qu'elle soit considérée comme éteinte par rapport au créancier ».

⁶⁰ H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, p. 385. Voir également A. Cerban, qui, de la même façon que Capitant, ne définit pas la notion de subrogation, mais s'intéresse directement à son fondement et l'étendue de son application : *Nature et domaine d'application de la subrogation réelle*, RTD civ. 1939, pp. 47 et suivantes.

⁶¹ H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, p. 385.

⁶² Capitant préconise la méthode descriptive par le biais de trois hypothèses : l'absent, les propres de communauté et le privilège du vendeur de meubles qui s'exercent sur le prix de vente lors d'une sous aliénation faite par l'acquéreur. Il ne parvient cependant pas à fournir une définition de la subrogation. Il complète son développement en considérant que dans « *la subrogation réelle, la créance du prix prend la place du bien aliéné ; de même le nouveau bien acquis en échange ou en emploi, ou encore l'indemnité due à la suite de la détérioration ou la destruction d'une chose, sont substitués au bien vendu ou détruit, et soumis aux mêmes règles juridiques que lui* ». Il rappelle également que la définition qui lui est ordinairement attribuée en fait « *une fiction de droit par laquelle une chose que j'ai acquise à la place d'une autre que j'ai aliénée prend la qualité de la chose aliénée à la place de laquelle elle est subrogée* » : H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, pp. 385 et suivantes.

⁶³ M. Lauriol a tenté d'établir les objectifs et le régime de la subrogation réelle : il considère que « *la subrogation est [...] l'aménagement de [...] droits dans le cas où leur objet matériel change* » : *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 191.

⁶⁴ Pour M. Lauriol, la subrogation « *n'est donc pas à elle seule un ensemble de règles positives originales formant une technique homogène subordonnée à un but général rigoureusement constant* » : *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 191.

⁶⁵ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1, p. 77.

⁶⁶ La subrogation est « *un remplacement de biens considéré comme moyen de maintenir l'appréhension d'une valeur individualisée* » : M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1, p. 56.

accordée à certaines personnes »⁶⁷. L'articulation des analyses doctrinales conduit alors à voir dans la subrogation réelle une technique permettant la conservation d'un droit dont l'existence est menacée par la disparition du bien sur lequel il porte (directement ou indirectement) au moyen du report de ce droit sur un bien nouveau⁶⁸. Elle intervient entre biens individualisés⁶⁹ afin de maintenir l'équilibre entre les patrimoines et d'éviter la confusion entre différentes masses de biens⁷⁰. Ainsi définie, la subrogation réelle est abandonnée au sein des universalités⁷¹ et s'éloigne de la notion de fiction⁷².

Bien que les auteurs aient tenté de clarifier les deux applications de la subrogation, ils ne s'interrogent pas sur l'existence de dénominateurs communs⁷³. La mise en parallèle de ces mécanismes fait toutefois apparaître des points de convergence non négligeables.

2. La reconnaissance d'une notion générale de subrogation

Alors que la subrogation personnelle a déjà fait l'objet de synthèses⁷⁴ et dispose d'un corps de règles autonomes, la subrogation réelle s'accomplit à travers des droits subjectifs

⁶⁷ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 271. L'auteur définit la notion de subrogation comme un mécanisme qui « tend à ce que des droits demeurent inchangés malgré le changement de leur objet » : p. 30.

⁶⁸ E. Savaux, *La subrogation réelle*, Rep. civ. 2014.

⁶⁹ C'est ce qui ressort notamment de l'étude de M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1, pp. 164 et suivantes.

⁷⁰ C. Juillet décrit la subrogation réelle comme un mécanisme par lequel un bien en remplace un autre en prenant exactement la place qu'occupait ce dernier dans le patrimoine de leur titulaire : *Hypothèque — Un droit immobilier*, Rép. immo. mai 2019.

⁷¹ Dans ce sens : A. Cerban, *Nature et domaine de la subrogation réelle*, RTD civ. 1939. 47 : selon lui, la fongibilité des éléments du patrimoine suffit à expliquer le remplacement des biens. Voir également E. Savaux, qui prévoit que « le recours à la subrogation est inutile lorsque le remplacement tient à la seule fongibilité naturelle des éléments qui compose le patrimoine » : *La subrogation réelle*, Rep. civ. 2014. Cf. *infra*. Une fonction régulatrice tribulaire de la disparition du droit, p. 127, et Le maintien de sa fonction technique uniquement, p. 351.

⁷² R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, p. 303 : la subrogation n'est pas une fiction, mais uniquement la volonté implicite du législateur ou des parties. Cf. *infra*. L'évolution de la pensée doctrinale, p. 160.

⁷³ L. Clouzot, *Recherche sur la substitution en droit administratif français*, Thèse, Université Montpellier I, 2010, p. 40 : Au sujet de la notion de substitution, l'auteur met en avant la nécessité d'identifier et de délimiter la notion afin de saisir « sa plénitude juridique ». De la même façon, la subrogation doit donc être analysée dans son ensemble, et ne pas être cantonnée à une application particulière.

⁷⁴ Plusieurs auteurs se sont, au fil des années, penchés sur la question de la notion de subrogation personnelle. On peut citer : P. De Renusson, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, J. Bodin, Paris, 1685 ; P-V Beaugard, *Paiement avec subrogation : ses origines en droit romain, sa nature et ses effets dans le droit français*, Thèse, A. Parent, Paris, 1876 ; A. Lelong, *Droit romain : de la subrogation en générale, Droit français : de la subrogation légale*, Jean Delamare, Saint-Lô, 1880 ; J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979 ; E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017.

divers⁷⁵. Ainsi, plusieurs subrogations réelles correspondent à l'appréhension de plusieurs droits subjectifs⁷⁶ et aucune unité ne semble pouvoir être envisagée. Toutefois, elle reste sujette à la synthèse⁷⁷. Elles ont donc toutes deux pu être précisées à travers des définitions générales, et une telle disparité ne fait pas obstacle à l'analyse globale de ces mécanismes.

Présenter la subrogation comme une notion générale regroupant plusieurs applications suppose de lui reconnaître une certaine autonomie. Chaque définition doit aboutir à la découverte de points de convergences à même d'établir les critères principaux du mécanisme subrogatoire.

La subrogation en tant que notion autonome ? La première étape consiste à déterminer ce qu'implique l'appréhension de la subrogation en tant que notion autonome : étant entendu que l'étude vise à mesurer son autonomie par rapport à ses applications. Le terme « autonome » se traduit comme ce « *qui se gouverne totalement ou partiellement par ses propres lois* »⁷⁸. La notion de subrogation peut donc être interprétée de manière isolée, c'est-à-dire comme représentant le dénominateur commun entre la subrogation réelle et la subrogation personnelle. Ses critères de mises en œuvre doivent pouvoir être précisés et son effet principal identique quelle que soit son application. Dès lors, l'autonomie de la subrogation se traduit par la reconnaissance d'une notion unique, regroupant une même réalité. La subrogation réelle et la subrogation personnelle seront alors soumises à des conditions distinctes, sans pour autant que l'autonomie ne soit remise en cause, dans la mesure où le noyau dur de la notion reste intact.

Deux analyses peuvent donc être faites. Soit le terme de « *subrogation* » pris isolément ne peut être défini et n'a de sens que lorsqu'il est suivi de l'adjectif « *réelle* » ou « *personnelle* ». Il s'agit alors de deux mécanismes distincts, appartenant à des domaines juridiques particuliers⁷⁹. Ils ne sont certes pas dépourvus de tout lien, mais ne peuvent être considérés comme dotés d'un objectif commun et soumis à des effets juridiques identiques.

⁷⁵ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 191.

⁷⁶ L'extrême diversité des cas d'application empêche la généralisation de la subrogation réelle : F. Chapuisat, *Vers une utilisation extensive de la subrogation réelle, à propos des lois du 13 juillet 1965 et 3 juillet 1971*, RTD civ. 1973, p. 645 ; V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, pp. 63 et suivantes.

⁷⁷ Une telle synthèse a notamment pu être faite par M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1 et t. 2 ; V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985 et E. Savaux, *La subrogation réelle*, Rep. civ. 2014.

⁷⁸ ATILF, CNRS et Université de Lorraine, *Trésor de la langue Française informatisé*, v^o « Autonome ».

⁷⁹ Droit des obligations et droit des biens.

À l'inverse, il est possible d'appréhender le terme « *subrogation* » comme étant définissable juridiquement. Il évoque un mécanisme autonome qui comprend deux applications différentes : la subrogation réelle et la subrogation personnelle. Il répond, par conséquent, à un objectif déterminé en poursuivant une finalité qui lui est propre. Il est doté d'un effet principal unique et sa mise en œuvre trouve sa source dans un évènement similaire. Dès lors que la notion répond à ses critères, elle peut être considérée comme réductible à l'unité, alors même que ses conditions de mises en œuvre sont distinctes en droit des obligations et en droit des biens.

La subrogation : une notion unique. La reconnaissance de l'autonomie de la subrogation doit permettre de la redéfinir comme une notion générale regroupant plusieurs applications. En étant soumise à ses propres règles, elle constitue une réalité unique. La définition communément retenue décrivant la subrogation comme étant « *la substitution ou le remplacement d'une personne ou d'une chose à une autre personne ou une autre chose* »⁸⁰ n'apporte aucune précision sur les contours de la notion, mais soumet déjà l'idée d'un possible regroupement. C'est l'étude des définitions générales de ses applications qui permet de faire émerger des points de convergence à même de définir ses critères principaux.

La subrogation personnelle est une opération juridique qui entraîne la transmission de la créance au *solvens*, qui peut alors exercer les droits du subrogeant à l'encontre du débiteur. La subrogation réelle, quant à elle, permet le report d'un droit d'une chose sur une autre lorsque celui-ci est menacé d'extinction.

En premier lieu, chaque application suppose la transmission d'un droit : soit le droit de créance au profit d'un nouveau titulaire, soit le droit autrefois attaché à la chose sur un bien nouveau. Cette transmission aboutit à la conservation du droit qui avait pourtant vocation à disparaître. En effet, la destruction du bien emporte par principe l'extinction du droit qui lui était attaché⁸¹ et le paiement de la créance a un effet extinctif. Les auteurs ne sont pas en accord sur le contenu de cette conservation. Certains voient dans la subrogation réelle la conservation d'un droit⁸², alors que d'autres lui préfèrent l'attribution des qualités du bien

⁸⁰ F. George et X. Thunis (dir.), *Métamorphoses de la subrogation*, CUP, Vol 181, 2018, p. 8. Voir également P. Chaumette, *La subrogation personnelle sans paiement ?*, RTD civ. 1986, p. 47 : « *Traditionnellement on considère que la subrogation réalise la substitution de créanciers uniquement à l'occasion d'un paiement, de sorte que le créancier d'origine, désintéressé, se voit remplacé par l'auteur du paiement, dans ses rapports avec le débiteur* » ou elle fait directement référence à J. Mestre pour cette définition, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, préface de P. Kayser.

⁸¹ E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 7.

⁸² E. Savaux, *La subrogation réelle*, Rep. civ. 2014 ; V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 271 ; M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1, p. 56.

d'origine⁸³. Toutefois, le processus reste identique dans la mesure où il y a bien un transfert qui s'effectue entre les deux biens successifs afin de conserver une particularité du bien d'origine. Dès lors émergent les premiers critères de la subrogation : la conservation d'un droit ou d'une qualité par sa transmission d'une chose à une autre ou d'une personne à une autre.

En second lieu, une telle conservation est rendue nécessaire en raison d'un évènement particulier venant affecter la situation juridique. Il peut s'agir de la structure même du bien ou encore d'un paiement réalisé par un autre que le débiteur définitif de la dette. Elle a donc pour finalité de maintenir la situation juridique initiale malgré l'évènement perturbateur. Émergent alors les points de convergences entre les deux applications⁸⁴.

À ce stade du raisonnement, il est possible d'affirmer que la subrogation permet la survie d'un droit ou d'une qualité en présence d'une modification de la situation juridique, par son transfert sur un autre bien ou au profit d'une personne autre que le titulaire initial⁸⁵. Dès lors, chaque élément déclencheur conduit à une perturbation de la situation juridique que la subrogation se propose de supprimer. Elle répond à un impératif de conservation, et son effet principal repose sur le transfert du droit menacé d'extinction.

Une telle définition laisse apparaître les critères essentiels à l'établissement d'un mécanisme autonome et permet de regrouper l'ensemble des hypothèses de subrogation autour d'une notion unique. Ainsi, l'étude des applications de la subrogation apporte une première précision sur la notion : elle peut être généralisée. Bien que les définitions convergent, les dénominateurs communs devront être successivement étudiés afin de confirmer ce constat⁸⁶. Il faut néanmoins en amont déterminer l'ampleur de son autonomie, qui se révèle avoir un rayonnement conséquent en ce qu'elle dépasse le clivage droit privé/droit public.

⁸³ P. De Renusson, *Traité des propres réels, réputés réels et conventionnels, où sont traitées les notables questions du droit français*, Guillaume David, 4^{ème} éd. Paris, 1733, p. 50 ; R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, p. 238 ; G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, 10^{ème} éd. PUF, 2014 ; Note, R. Saleilles, Civ, 30 juin 1893, *Recueil général des lois et des arrêts*, Sirey, 1894, p. 185 ; J. Flach, *De la subrogation réelle*, Durand et Pedone Lauriel, Paris, 1870, p. 452 et p. 457 ; G. Yildirim, *Communauté légale : Actif des patrimoines*, Rép. civ. 2010, n° 133.

⁸⁴ R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, p. 238 : l'auteur fait déjà un rapprochement entre la subrogation réelle et personnelle en considérant, dans son analyse de la subrogation réelle, que l'« on se trouvera alors en présence d'une situation analogue à celle dont parlent les art. 1250 et 1251 C. civ. et qu'on nomme subrogation personnelle ».

⁸⁵ La définition de la subrogation ne saurait donc s'affranchir de l'indication de sa fonction : la conservation d'un droit. Distinction entre une notion conceptuelle ou fonctionnelle : G. Vedel, *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait*, La semaine juridique, édition générale, 1950, n° 851.

⁸⁶ Les développements successifs de la première partie de l'étude porteront donc sur la conservation du droit, la fluctuation juridique, le maintien de l'équilibre patrimonial et l'effet translatif.

Paragraphe 2 : La transversalité de la notion de subrogation personnelle

La subrogation coexiste au sein des deux corpus juridiques. Exclusion faite de la subrogation réelle qui connaît peu d'application en droit public, la transversalité de la notion s'analyse au regard de la subrogation personnelle. Mécanisme du droit des obligations, elle a vu le jour durant l'époque romaine à travers deux applications spécifiques⁸⁷. Indiscutablement liée à son origine civiliste, la subrogation a été réceptionnée par le juge administratif. Dès lors, loin d'être uniquement relayée en droit public (A), elle a véritablement été incorporée au sein de son corpus juridique (B).

A. La subrogation personnelle, issue du droit civil et relayée en droit public

La subrogation personnelle trouve sans conteste application en droit administratif (1). Elle peut alors être étudiée sous un angle novateur, dépassant le cloisonnement établi entre les deux ordres juridiques. Force est alors de constater que son emploi en droit public, loin d'être singulier, s'impose en réalité comme empreint de droit civil (2).

1. Une notion applicable en droit administratif

La subrogation personnelle, en ce qu'elle commande la transmission d'obligations, s'inscrit dans la théorie générale des obligations qui constitue la base de notre droit moderne⁸⁸. Cette théorie incontournable en droit privé est inconnue du droit administratif⁸⁹. La notion d'obligation irradie toutefois les deux corpus juridiques, mais les auteurs publicistes

⁸⁷ Cf. *infra*. Introduction : Les origines de la subrogation personnelle.

⁸⁸ M. Monier, *Cours de droit romain*, Les cours de droit, Paris, 1953-1954. J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LDGJ, Paris, 1979 : la subrogation s'intègre de plus en plus en tant que mécanisme de transmission d'obligation et J. Mestre considère alors que le paiement subrogatoire est un paiement translatif et non extinctif d'obligation.

⁸⁹ Aucun ouvrage n'est consacré exclusivement au droit des obligations administratives.

l'étudient sous une approche sectorielle⁹⁰. Dès lors, rien ne s'oppose à ce que la subrogation personnelle soit employée par le juge administratif.

L'obligation, une notion de droit public. Le droit public est principalement caractérisé par l'unilatéralisme, et aucune théorie du droit des obligations n'a été élaborée. À l'inverse, le droit privé repose sur le principe de l'autonomie de la volonté difficilement conciliable avec les prérogatives de puissance publique détenue par l'administration⁹¹. La notion d'« obligation »⁹² n'a donc pas fait l'objet du même engouement dans les deux corpus juridiques. Toutefois, elle « *occupe une telle place dans le tréfonds de la théorie juridique qu'on voit mal comment elle n'aurait pu pénétrer le droit public* »⁹³. Le droit des contrats et de la responsabilité s'est donc construit indépendamment de la consécration d'un droit des obligations administratives⁹⁴.

L'absence d'étude axée autour de la notion d'obligation a pu conduire à employer ce terme largement. Il ne doit cependant pas être confondu avec les devoirs s'imposant à l'administration et aux administrés qui sont généraux et impersonnels⁹⁵. Leurs conséquences juridiques découlent de leur non-respect⁹⁶, et le lien de droit qui caractérise l'obligation est

⁹⁰ Il existe des esquisses de théorie des obligations qui restent cependant sectorielles : R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004 ; C. Froger, *La prescription extinctive des obligations en droit public interne*, Thèse, Dalloz, Paris, 2015.

⁹¹ La liberté contractuelle est présente en droit administratif : CE, 28 janvier 1998, *Société Borg WARNER*, n° 138650. Les restrictions sont toutefois plus importantes : un certain nombre de règles doivent être respectées concernant le type de contrats pouvant être mis en œuvre et le choix du cocontractant, notamment pour respecter les procédures de mise en concurrence et de publicité. De plus, certaines clauses sont imposées et d'autres exclues (tel est le cas par exemple des pouvoirs exorbitants de l'administration).

⁹² G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, « Obligation », Association H, Capitant, 10^{ème} éd. PUF, 2014 : l'obligation est « *un lien de droit par lequel une ou plusieurs personnes, le ou les débiteurs, sont tenues d'une prestation (fait ou abstention) envers une ou plusieurs autres — le ou les créanciers — en vertu soit d'un contrat (obligation contractuelle), soit d'un quasi-contrat (obligation quasi contractuelle), soit d'un délit ou d'un quasi-délit (obligation délictuelle ou quasi délictuelle) soit de la loi (obligation légale)* ».

⁹³ R. Drago, *L'obligation « la notion d'obligation : droit public et droit privé »*, Dalloz, 2000, p. 44. La notion d'obligation en droit public est parfois entendue de façon plus large afin de désigner les devoirs qui s'imposent à l'administration et aux administrés : C. Froger, *La prescription extinctive des obligations en droit public*, Thèse, Dalloz, Paris, 2015 ; L. Clouzot, *Recherche sur la substitution en droit administratif français*, Thèse, Université Montpellier I, 2010, p. 101 : « *Il ne sera donc pas pertinent de parler ici d'obligation au sens civiliste du terme, mais d'obligation au sens de devoir, de nécessité imposée au souverain dans son action* ». Le devoir doit toutefois se distinguer de l'obligation en raison de l'absence de lien de droit qui caractérise l'obligation : N. Hage-Chahine, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, Thèse, Éditions Panthéon-Assas, Paris II, 2017.

⁹⁴ La doctrine administrative organise ainsi différemment les sources des obligations : elle étudie séparément les contrats administratifs et la responsabilité administrative, sans recourir à une théorie générale : H. Belrhali, *Responsabilité administrative*, LGDJ, 2017 ; P. Yolka, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, Paris, 2013.

⁹⁵ C. Froger, *La prescription extinctive des obligations en droit public*, Thèse, Dalloz, Paris, 2015. Voir également, L. Clouzot, *Recherche sur la substitution en droit administratif français*, Thèse, Université Montpellier I, 2010, p. 101 : « *Il ne sera donc pas pertinent de parler ici d'obligation au sens civiliste du terme, mais d'obligation au sens de devoir, de nécessité imposée au souverain dans son action* ».

⁹⁶ Il faut attendre qu'il ne soit pas respecté pour qu'il puisse produire des effets.

absent⁹⁷. De la même façon, l'acte unilatéral s'en distingue en ce qu'il ne crée pas de lien de droit personnel⁹⁸.

La notion d'obligation recouvre une même réalité, quel que soit le domaine juridique. Partant, les quatre types d'obligations consacrés par le Code civil sont bien présents en droit administratif⁹⁹. Les contrats publics ont connu un véritable essor¹⁰⁰ et le Conseil d'État reconnaît l'existence d'engagements quasi contractuels¹⁰¹, si bien qu'il va appliquer les mêmes règles que le Code civil en matière de répétition de l'indu¹⁰² ou d'enrichissement sans cause¹⁰³. La responsabilité administrative s'impose comme un pan incontournable du droit public en dépit d'un développement plus tardif en comparaison à la responsabilité civile¹⁰⁴. La naissance, la transmission et l'extinction d'obligations sont donc assurément des phénomènes du droit administratif¹⁰⁵. L'obligation n'est d'ailleurs pas seulement considérée « *comme un lien entre deux personnes, le créancier et le débiteur ; mais aussi comme un véritable bien, au sens juridique et économique du terme* »¹⁰⁶.

La subrogation personnelle, un mécanisme de droit public. L'existence de modes de transmission des obligations en droit administratif rend possible l'application de la

⁹⁷ N. Hage-Chahine, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, Thèse, Éditions Panthéon-Assas, Paris II, 2017.

⁹⁸ Par exemple, l'acte réglementaire impose des sujétions aux administrés ou crée des droits à leur profit, mais aucune individualisation n'est faite du débiteur et du créancier. Le droit administratif est alors teinté d'exorbitance.

⁹⁹ Il s'agit des contrats, des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits. R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 7 et p. 18.

¹⁰⁰ F. Linditch, *Rapport public 2008 du Conseil d'État*, Contrats et Marchés publics, n° 8, 2002, alerte 42.

¹⁰¹ CE, 1^{er} décembre 1961, *Société J. Roques*, Rec. p. 675.

¹⁰² CE, 15 juillet 2004, n° 248669.

¹⁰³ CE, 19 juin 2015, n° 376226.

¹⁰⁴ TC, 8 février 1873, *Blanco*, Rec. p. 61. Elle peut être engagée sur le fondement d'une faute ou en dehors de tout fait fautif : H. Belrhali, *Responsabilité administrative*, LGDJ, 2017, pp. 128 et suivantes ; C-L Vier et M. Mazetier, *Contentieux de la responsabilité extracontractuelle*, Pratique du contentieux administratif, Dalloz, 2017. C. Guettier et P. Le Tourneau, *Fonctions du droit de la responsabilité administrative à l'égard des administrés*, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, 2021.

¹⁰⁵ Marcel Waline met en avant les points communs entre le droit public et le droit privé et les règles communément applicables : *La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'État*, Mélanges Jolliot de la Morandière, 1964. R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, Thèse, LGDJ, Paris, 1957, fait un rapprochement entre la responsabilité civile et la responsabilité administrative. Le passage de la faute lourde à la faute simple et l'indemnisation des préjudices tendent à rapprocher les régimes de la responsabilité civile et de la responsabilité administrative, même si les fondements restent distincts. Abandon de la faute lourde en matière d'acte médical : CE, Ass, 10 avril 1992, *Époux V*, n° 79027. Un rapprochement est également possible entre la nomenclature Dintilhac et l'avis du Conseil d'État : *Lagier et consorts Guignon*, 4 juin 2007, n° 303422 et 304214. De plus, en matière contractuelle, le principe de la liberté contractuelle et la force obligatoire des contrats s'appliquent dans les deux domaines.

¹⁰⁶ Centre de droit des obligations, Journée d'études juridiques J. Dabin, La transmission des obligations (IX^{ème} journées d'études juridiques Jean Dabin), Faculté de droit de l'université catholique de Louvain, Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 1980.

subrogation personnelle¹⁰⁷. Son intégration ne s'est cependant pas faite immédiatement¹⁰⁸ : la nature de l'action était à l'origine soit considérée comme « récursoire », c'est-à-dire fondée sur un droit propre¹⁰⁹, soit non précisée par le juge¹¹⁰.

La subrogation a été définitivement intégrée au droit public dans un arrêt de 1965. En l'espèce, les Établissements Guillaumet, condamnés par le juge judiciaire à indemniser la victime d'une électrocution, exercent une action contre Électricité de France. Or, le juge administratif constate qu'aucune condamnation solidaire d'Électricité de France n'a été prononcée avec celle des Établissements Guillaumet. Par conséquent, l'action dirigée n'avait pas « *le caractère d'une action subrogatoire par laquelle, se substituant aux victimes de l'accident, ils [faisaient] valoir les droits qui auraient pu appartenir à celles-ci* », mais d'une action récursoire en leur nom propre alléguant « *que le dommage résultant pour eux de la condamnation prononcée par la Cour d'appel [avait] pour cause un fait imputable à cet établissement public* »¹¹¹.

Le recours subrogatoire a donc vocation à s'appliquer en présence d'une obligation solidaire, c'est-à-dire dans l'hypothèse où le *solvens* est tenu avec d'autres à la réparation du dommage¹¹². L'absence de théorie du droit des obligations administratives et la naissance plus tardive de la responsabilité de la puissance publique expliquent l'application postérieure d'un tel mécanisme par rapport au droit privé. Il n'en reste pas moins transversal¹¹³, et le Conseil d'État reconnaît d'ailleurs de façon constante la nature subrogatoire du recours exercé par un

¹⁰⁷ Les trois grands procédés de transmission des obligations en droit administratif sont la cession de créance, la cession de contrat et la subrogation personnelle : R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 45.

¹⁰⁸ À l'origine, seul une action récursoire contre la personne publique était possible : CE, 9 novembre 1937, *Compagnie d'assurances la préservatrice*, Rec. p. 919.

¹⁰⁹ Cf. *infra*. Le choix de la nature du recours en contribution, p. 482.

¹¹⁰ CE, 11 décembre 1942, *Compagnie d'assurances la foncière*, Dalloz. 1943, p. 51, note J. D. V : le commentateur de l'arrêt parle alors d'action récursoire de la compagnie d'assurance contre l'État.

¹¹¹ CE, 8, décembre 1965, *Société des établissements Guillaumet*, Rec. p. 667.

¹¹² Le juge judiciaire qualifie l'obligation au tout des coresponsables d'« obligation *in solidum* », alors que le juge administratif la nomme « obligation solidaire » : A. Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019, n° 292 et suivants, pp. 268 et suivantes ; Ass. plén, 28 mars 2003, n° 01-12.228 ; CE, 3 juillet 2013, n° 360893 ; CE, 22 juin 1988, n° 66865 ; CE, 27 juin 2018, n° 409608.

¹¹³ R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 216 : la pratique utilise le mécanisme subrogatoire, le juge le reconnaît, et la doctrine l'étudie. O. Sabard, *La cause étrangère en droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2008, n° 262, p. 210.

coauteur privé contre l'État¹¹⁴. En outre, la subrogation conventionnelle trouve également application en droit public¹¹⁵, tel qu'en matière d'affacturage¹¹⁶.

2. Une application empreinte de droit civil

La subrogation n'est pas étrangère au droit public, toutefois, elle est issue du droit romain et codifiée au sein du Code civil. Le juge administratif ne l'a employée que postérieurement en raison du développement de la responsabilité de la puissance publique. Si par principe les règles civilistes n'ont pas vocation à s'appliquer en droit public, le juge administratif, puisqu'il ne crée pas de mécanisme nouveau, fait parfois directement référence au Code civil pour justifier l'application de la subrogation.

L'autonomie du droit administratif, un obstacle apparent à l'application des règles civilistes. « *L'action administrative nécessite souvent que les intérêts particuliers s'inclinent de gré ou de force devant cette action et cela n'est possible que par le canal d'un droit spécifique* »¹¹⁷. Par conséquent, le droit public s'est développé indépendamment du droit privé et possède un corps de règles distinctes. Dès lors, en vertu de l'arrêt Blanco de 1873, la responsabilité qui incombe à l'État « *ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil* »¹¹⁸. Chaque corpus dispose de sa propre juridiction¹¹⁹, et le juge administratif ne peut être tenu par les jugements du juge judiciaire¹²⁰. En outre, certains domaines relèvent de

¹¹⁴ CE, 13 octobre 1972, *Caisse régionale de réassurances mutuelles agricoles de l'est et société mutuelle d'assurances l'auxiliaire*, AJDA, 1973, p. 153, conclu G. Guillaume : le coauteur qui a réglé la dette à laquelle il était tenu pour le tout est subrogé aux droits de la victime à l'encontre des autres coauteurs. Dans le même sens, CE, 31 décembre 2008, *Société Foncière Ariane*, n° 346018 ; CE, 21 octobre 2009, *Mutuelle Assurance des Travailleurs Mutualistes (MATMUT) c/Centre hospitalier de Saint-Brieuc*, n° 309836. Le Conseil d'État admet le recours subrogatoire : CE, 26 octobre 1977, *Ville de Roanne*, n° 95752, CE, 15 juin 1979, *Compagnie « Groupe ancienne mutuelle »*, n° 05724 ; CE, 6 février 1987, *Compagnie nationale Air France*, n° 36586 ; CE, 27 mars 1987, *Société de pavage et des asphaltes de Paris et l'Asphalte c/M. Vasseur*, n° 65612.

¹¹⁵ CE, 16 octobre 2013, n° 362139.

¹¹⁶ CAA Nancy, 3 avril 1990, *Société Soge-Factoring*, n° 89NC00317.

¹¹⁷ P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011, t. 1, p. 106 ; D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, Thèse, LGDJ, 2000, p. 20 : « *La spécificité du droit administratif français tient à la signification, aux fondements et aux règles de cette discipline* ».

¹¹⁸ TC, 8 février 1873, *Blanco*, Rec. p. 61.

¹¹⁹ C. Const, 22 juillet 1980, *Loi portant validation d'actes administratifs*, n° 80-119 DC ; C. Const, 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, n° 86-224 DC ; C. Const, 26 novembre 2010, QPC, n° 2010-71 : « *La Constitution reconnaît deux ordres de juridictions au sommet desquels sont placés le Conseil d'État et la Cour de cassation* » ; G. Vedel, *La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ?*, RFDA, 1990, p. 698 ; P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka, *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011, t. 1, p. 106.

¹²⁰ CE, 22 mars 2000, n° 188928 : le Conseil d'État prévoit que « *la nature et l'étendue des réparations incombant à une collectivité publique en raison d'une faute dont la responsabilité lui est imputée, ne dépendent pas de l'évaluation du dommage faite par l'autorité judiciaire dans un litige où elle n'a pas été partie et n'aurait*

la compétence exclusive du juge administratif, car il suppose l'étude du fonctionnement même de l'administration¹²¹.

Un tel cloisonnement se justifie par une nécessaire prise en compte de la protection de l'intérêt général et de missions de service public¹²². Dès lors, aucune étude transversale de la subrogation n'a été menée, freinée par l'apparente autonomie stricte du droit administratif¹²³. En effet, « *la doctrine de droit public et la doctrine de droit privé [ont été] élaborées indépendamment l'une de l'autre par des groupes d'auteurs différents, cantonnés chacun dans leurs domaines* »¹²⁴. Par principe, les règles civilistes établies autour du mécanisme subrogatoire ne semblent donc pas avoir vocation à s'appliquer en droit public. Néanmoins, cette exclusion n'est pas totale et le juge administratif, loin d'avoir réinventé un tel procédé, s'est en réalité largement appuyé sur le Code civil pour fonder son application.

Une application directe du Code civil par le juge administratif. Le recours à la subrogation personnelle par le juge administratif s'est fait par le biais de l'emploi direct des règles issues du Code civil¹²⁵. Cette application, loin d'être isolée¹²⁶, s'observe également en matière de cession de créance¹²⁷ ou encore de compensation¹²⁸. Dès lors, « *le droit*

pu l'être mais doivent être déterminées par le juge administratif compte tenu des règles relatives à la responsabilité des personnes morales de droit public et indépendamment des sommes qui ont pu être exposées par le requérant à titre d'indemnité ou d'intérêts ». Voir également : R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, Thèse, LGDJ, Paris, 1957, n° 474.

¹²¹ CE, 26 mai 1954, *Moritz*, Rec. p. 708 : l'action récursoire de l'Administration contre son agent en raison de sa faute personnelle est de la compétence exclusive du juge administratif, alors même que l'action de la victime contre l'agent pour cette même faute relève de la compétence du juge judiciaire.

¹²² D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, « Service public », Lamy, 1^{ère} éd. PUF, Paris, 2003, p. 1411 : « *Un ensemble d'organisations qui dépendent des personnes publiques et répondent aux besoins de groupes humains en utilisant des procédés de droit originaux* ». À titre d'exemple : la santé, la sécurité nationale, réseau de transport, enseignement... D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, Thèse, LGDJ, 2000, p. 21 : « *Le droit administratif tend à satisfaire une fin particulière, l'intérêt général, grâce à des moyens exceptionnels que caractérise la puissance publique. Dès lors, le droit administratif est "un droit d'équité fondé sur la prérogative de l'Administration". Le droit administratif est tout entier marqué par ses fondements qui en dessinent les contours* ».

¹²³ R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 3. L'autonomie se révèle cependant être relative, c'est-à-dire uniquement application lorsque les besoins du droit public l'imposent.

¹²⁴ R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, Thèse, LGDJ, Paris, 1957, p. 20.

¹²⁵ CE, 26 février 2016, n° 377117 ; CE, 16 octobre 2013, n° 362139 ; CE, 3 novembre 1972, *Ministre de l'Équipement et du Logement c/Houillères du bassin du centre et du midi*, n° 83338 ; CE, 6 octobre 1976, *Caisse régionale d'assurance mutuelle agricole du Pas-de-Calais c/Commune de Peines-en-Artois*, n° 95091 ; CE, 30 juillet 2003, *GIE Soccrum Dalkia et Société ACE Europe c/le Département de Seine-Saint-Denis*, n° 244051.

¹²⁶ CE, 11 juillet 2001, *Société des eaux du Nord*, n° 221458 : le juge administratif applique directement le Code de la consommation aux contrats passés entre les usagers et les entreprises assurant la gestion d'un service public industriel et commercial. CE, 3 novembre 1997, *Million et Marais*, n° 169907 : le juge administratif applique le droit de la concurrence. CE, Ass, 6 décembre 1996, *Société Lambda*, n° 167502 : le juge administratif applique le droit pénal.

¹²⁷ CE, 26 janvier 2018, n° 402270.

administratif est conçu comme autonome du droit privé et comme devant s'en démarquer dans la mesure où les impératifs de l'action publique l'exigent »¹²⁹. À l'inverse, lorsque le mécanisme peut être appliqué de la même façon dans les deux corpus juridiques, rien ne s'oppose à l'utilisation directe des règles civilistes¹³⁰.

Le Conseil d'État, à plusieurs reprises¹³¹, cite directement les anciens articles 1250 et 1251 du Code civil relatifs à la subrogation personnelle¹³². Ainsi, dans un arrêt de 1986, le juge se fonde sur l'alinéa 3 de l'ancien article 1251¹³³ pour exclure l'application de la subrogation dès lors que le requérant n'est pas tenu avec d'autres et pour d'autres. En l'espèce, il avait été déclaré coupable de vol de bons du Trésor et, par conséquent, condamné à payer à la victime la valeur de ces bons. Il soutenait qu'il se trouvait alors subrogé dans ses

¹²⁸ CE, 22 février 2017, n° 387661.

¹²⁹ C. Grossholz, *Évaluation du préjudice*, Rép. puiss. Publ. 2015, n° 3. Voir également : P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011, t. 1, p. 106 : « *L'efficacité de l'action administrative recherchée par l'application à celle-ci d'un droit spécifique* » ; J-M. Pontier, *L'intérêt général existe-t-il encore ?*, Dalloz, 1998, p.327.

¹³⁰ R. Drago considère que « *le recours aux textes du Code civil qu'opère le juge l'est seulement dans des buts utilitaires* » : *L'obligation « la notion d'obligation : droit public et droit privé* », Arch. Phil. droit. 2000, p. 44.

¹³¹ Quelques exemples : CE, 30 juillet 2003, n° 244051 : « *Considérant qu'aux termes de l'article 1251 du Code civil : La subrogation a lieu de plein droit : (...) 3° au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter (...)* » ; CE, 26 février 2016, n° 377117 : « *Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article 1249 du Code civil : La subrogation dans les droits du créancier au profit d'une tierce personne qui le paie est ou conventionnelle ou légale ; que l'article 1250 du même Code dispose : Cette subrogation est conventionnelle : /1° Lorsque le créancier recevant son paiement d'une tierce personne la subroge dans ses droits, actions, privilèges ou hypothèques contre le débiteur : cette subrogation doit être expresse et faite en même temps que le paiement (...)* ; que l'article 1251 du même Code dispose : La subrogation a lieu de plein droit : /(...) 3° Au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt à l'acquitter ; (...)" ; qu'aux termes du premier alinéa de l'article 1857 du même Code : A l'égard des tiers, les associés répondent indéfiniment des dettes sociales à proportion de leur part dans le capital social à la date de l'exigibilité ou au jour de la cessation des paiements ; qu'aux termes de l'article 1858 du même Code : Les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale ».

¹³² Arrêts se fondant directement sur le principe de l'article 1251 du Code civil : CAA Paris, 18 avril 1989, n° 89PA00399 : « *Lorsque le responsable d'un dommage, condamné par l'autorité judiciaire à en indemniser la victime, saisit la juridiction administrative d'un recours en vue de faire supporter la charge de la réparation par la collectivité publique co-auteur de ce dommage, sa demande n'a pas le caractère d'une action récursoire par laquelle il ferait valoir des droits propres à l'encontre de cette collectivité, mais d'une action subrogatoire fondée, conformément au principe posé par l'article 1251 du Code civil, sur les droits de la victime à l'égard de ladite collectivité ; qu'ainsi subrogé, il ne saurait avoir, vis-à-vis de la personne publique, plus de droits que la victime* » ; CAA Douai, 2 juillet 2002, n° 99DA20378 ; CAA Marseille, 16 novembre 2000, n° 97MA05489 : « *Conformément au principe posé par l'article 1251 du Code civil sur les droits de la victime à l'égard de ladite collectivité* ».

¹³³ CE, 1^{er} octobre 1986, n° 37618 : « *Si aux termes de l'article 1251 du Code civil, la subrogation a lieu de plein droit (...) [le requérant] (...) s'est acquitté de sa propre dette, distincte de la dette que le Trésor pouvait avoir à l'égard de celle-ci (...) ne peut être regardé comme ayant été tenu au paiement de la dette avec ou pour le Trésor et n'est pas fondé à soutenir qu'il se trouverait subrogé (...), dans les droits de Mme Y à l'égard de l'État* ».

droits contre le Trésor et souhaitait agir en remboursement du montant des bons¹³⁴. Il n'a cependant pas indemnisé la victime pour le compte du Trésor, et ne pouvait donc pas bénéficier d'un tel recours.

Force est également de constater que même si le juge administratif n'évoque pas directement le Code civil dans son attendu de principe, l'arrêt peut être rendu sur son fondement. Ainsi, la Compagnie nationale Air France condamnée à verser à la commune de Villeneuve-le-Roi une indemnisation en raison du bruit causé par les avions aux abords de l'aérodrome d'Orly « doit être regardée comme subrogée dans les droits de la commune vis-à-vis de l'aéroport », dont la responsabilité est entièrement engagée¹³⁵. Le juge administratif peut également énumérer une règle juridique identique¹³⁶ : la subrogation étant fondée et limitée par le paiement et conduisant à la transmission de la créance et de ses accessoires au subrogé¹³⁷.

Loin d'avoir uniquement servi de base à l'élaboration d'une théorie publiciste de la subrogation, la référence faite aux règles de droit privé perdure¹³⁸. Dès lors, il ne fait aucun doute que le mécanisme subrogatoire utilisé en droit public reste empreint de droit civil dans

¹³⁴ Dans le même sens : CAA Nantes, 10 mai 2019, n° 18NT03984 : « L'établissement de santé condamné par la juridiction judiciaire à indemniser la victime d'une contamination transfusionnelle peut exercer contre l'Établissement français du sang, en tant que co-auteur du dommage, l'action subrogatoire dont il est détenteur en vertu des dispositions de l'article 1251 du Code civil ». Le juge administratif reconnaît, tout comme le juge judiciaire, la possibilité pour l'assureur qui ne pourrait pas bénéficier des dispositions de l'article L 121-12 du Code des assurances, de se prévaloir d'une action subrogatoire fondée sur l'ancien article 1251 alinéa 3 du Code civil : CAA Lyon, 9 mars 2017, n° 15LY02795.

¹³⁵ Le juge administratif n'évoque pas directement le Code civil, mais l'arrêt est rendu sur son fondement : CE, 6 février 1987, *Cie nationale Air France*, n° 36586.

¹³⁶ Les règles applicables sont les mêmes que celles énumérées par le Code civil : CE, 31 décembre 2008, *Société Foncière Ariane*, n° 294078 : « Il ne saurait avoir plus de droits que cette dernière et peut donc se voir opposer l'ensemble des moyens de défense qui auraient pu l'être à la victime ».

¹³⁷ CE, 26 juin 1968, n° 72597 : « Les caisses de sécurité sociale ne peuvent obtenir, par subrogation aux droits de cette dernière, le remboursement des dépenses que l'accident leur a occasionnées, qu'à concurrence de l'indemnité mise à la charge du tiers auteur » ; CE, 5 octobre 2015, n° 381364 : « Considérant qu'il incombe à l'assureur qui entend bénéficier de la subrogation prévue par ces dispositions d'apporter, par tout moyen et au plus tard à la date de clôture de l'instruction, la preuve du versement de l'indemnité d'assurance à son assuré » ; CE, 12 mai 2006, n° 249442 : transmission des actions au subrogé. Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971, p. 328 : l'auteur précise que le « droit administratif ne se préoccupe pas des conditions nécessaires à la validité de l'acte de subrogation : il s'agit de questions de droit privé qui ne saurait apparaître dans le contentieux administratif ». Une telle analyse traduit l'utilisation des mêmes conditions d'application de la subrogation en droit public : il s'agit donc d'un mécanisme empreint de droit privé.

¹³⁸ CE, 9 novembre 2018, n° 413206 ; CAA Paris, 6 février 2020, n° 19PA00114 ; CAA Marseille, 11 juillet 2019, n° 18MA02037.

la mesure où son fondement textuel est commun¹³⁹ et son fonctionnement sensiblement identique¹⁴⁰. Il a néanmoins été progressivement incorporé au droit administratif.

B. L'incorporation de la subrogation personnelle en droit public

Bien que l'application de la subrogation par le juge administratif ne fasse aucun doute, se pose la question de son intégration au sein du droit public (1). C'est alors son mode de réception qui détermine l'ampleur de sa transversalité (2).

1. La subrogation personnelle intégrée au sein du droit public

La subrogation personnelle, bien qu'empreinte de droit privé, s'en émancipe par l'absence de référence systématique au Code civil par le juge administratif. Dès lors, elle occupe une place considérable qui atteste d'une véritable intégration au sein du droit public.

Un emploi de la subrogation par le juge administratif dépassant la simple référence au Code civil. La première marque de l'intégration du mécanisme subrogatoire au sein du droit public réside dans l'absence de référence directe au Code civil pour justifier son application. À titre d'exemple, dans l'arrêt de 1987¹⁴¹, le juge retient la subrogation de la Compagnie nationale Air France dans les droits d'une commune voisine à l'encontre de l'Aéroport de Paris, à la suite de l'indemnité versée en raison du bruit causé par ses avions. Le Conseil d'État, bien que ne faisant aucune référence au Code civil semble pourtant intégrer la subrogation au sein de son corpus juridique. En effet, R. Noguellou considère que si « *l'article 1251-3 n'est pas visé par l'arrêt, il n'est pas douteux que c'est sur son fondement que l'action a été qualifiée de "subrogatoire" par le juge* »¹⁴².

Une telle affirmation ne peut cependant pas être transposée lorsque le juge administratif a recours à la subrogation au stade de l'obligation à la dette¹⁴³. Il conditionne le versement de l'indemnisation par la personne publique à la subrogation de celle-ci, dans les droits de la

¹³⁹ C. civ, anc. art. 1251-3° ; CAA Paris, 18 avril 1989, n° 89PA00399 ; CAA Douai, 2 juillet 2002, n° 99DA20378 ; CAA Marseille, 16 novembre 2000, n° 97MA05489.

¹⁴⁰ CE, 26 juin 1968, n° 72597 ; CE, 5 octobre 2015, n° 381364 ; CE, 12 mai 2006, n° 249442.

¹⁴¹ CE, 6 février 1987, *Cie nationale Air France*, n° 36586.

¹⁴² R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 247.

¹⁴³ CE, 26 juillet 1918, *Epoux Lemonnier*, n° 49595 55240.

victime¹⁴⁴. Dès lors, en cas de refus de concours de la force publique dans le cadre d'une occupation sans titre, le juge propose au propriétaire une indemnisation de son préjudice par l'administration, à la condition qu'une subrogation lui soit accordée¹⁴⁵. Une telle application, inconnue du droit privé, témoigne de l'appropriation par le juge administratif du mécanisme subrogatoire.

Le rayonnement de la subrogation s'est ainsi largement étendu, et ses origines privatistes ne permettent pas d'en faire un mécanisme uniquement lié aux règles issues du Code civil. Et pour cause, de nombreux textes législatifs en la matière ont vu le jour, tels que l'article premier de l'ordonnance du 7 janvier 1959¹⁴⁶ prévoyant la subrogation de la personne publique dans les droits de son agent victime contre le responsable du dommage¹⁴⁷. En outre, l'élaboration d'un régime spécifique pour le recours des tiers payeurs repose sur la subrogation et a vocation à s'appliquer, quel que soit le domaine juridique¹⁴⁸. Dès lors, issu du droit civil, le mécanisme subrogatoire s'intègre parfaitement au sein du droit public.

La place de la subrogation au sein du droit public. L'emploi du mécanisme subrogatoire par le juge administratif découle directement de la reconnaissance de la

¹⁴⁴ Cf. *infra*. La subrogation juridictionnelle un procédé spécifique au droit public, p. 461.

¹⁴⁵ CE, 13 avril 1983, n° 38615.

¹⁴⁶ Ordonnance, n° 59-76, 7 janvier 1959, *relative aux actions en réparation civile de l'État et de certaines autres personnes publiques*, art. 1. À titre d'exemple, un arrêt qui se réfère à cette disposition : CE, 17 avril 1992, *Société Eget et autres c/M. Kirchen*, n° 49203.

¹⁴⁷ On retrouve un fonctionnement similaire en matière de subrogation des organes européens dans les droits de leurs agents, tel que l'article 72 du règlement du 29 février 1968 : Règlement, n° 259/68, 29 février 1968, *fixant le statut des fonctionnaires des Communautés européennes ainsi que le régime applicable aux autres agents de ces Communautés, en instituant des mesures particulières temporairement applicables aux fonctionnaires de la Commission*, art. 72. Voir également : CAA Paris, 30 décembre 1996, *Mme Stihle et Commission c/Assistance publique Hôpitaux de Paris*, n° 95PA00676 : « L'article 72 du règlement n° 259/68 du 29 février 1968 fixant le statut des fonctionnaires des Communautés européennes assure aux agents des Communautés la couverture des "frais médicaux, de prothèse, de radiologie, de massage, d'orthopédie, de clinique et de transport, ainsi que tous les frais similaires nécessités par l'accident ou la maladie professionnelle" ; que l'article 85bis dudit statut issu du règlement (CEE, Euratom, CECA) n 2799/85 du conseil du 27 septembre 1985 dispose : "1. Lorsque la cause du décès, d'un accident ou d'une maladie dont est victime une personne visée au présent statut est imputable à un tiers, les communautés sont, dans la limite des obligations statutaires leur incombant consécutivement à l'événement dommageable, subrogées de plein droit à la victime ou à ses ayants droit et actions contre le tiers responsable ; 2. Entrent notamment dans le domaine couvert par la subrogation visée au paragraphe 1 :... Les prestations servies au titre des articles 72 et 73 et des réglementations prises pour leur application, concernant la couverture des risques de maladie et d'accident... 3. Toutefois, la subrogation des communautés ne s'étend pas aux droits à indemnisation portant sur des chefs de préjudice de caractère purement personnel, tels que, notamment, le préjudice moral, le pretium doloris, ainsi que la part des préjudices esthétiques et d'agrément dépassant le montant de l'indemnité qui aurait été allouée de ces chefs par application de l'article 73" ; qu'il résulte des termes mêmes du 2^{ème} alinéa de l'article 189 du traité instituant la Communauté économique européenne signé à Rome le 25 mars 1957, que ces dispositions sont obligatoires dans leurs éléments et directement applicables dans tout État membre ».

¹⁴⁸ Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*.

responsabilité de la puissance publique¹⁴⁹. Celle-ci, loin d'être limitée à une responsabilité pour faute, a également conduit l'État à intervenir en tant que garant de l'indemnisation¹⁵⁰. Ainsi, lorsqu'une faute n'est pas dépourvue de tout lien avec le service, l'administration peut être condamnée à indemniser intégralement la victime alors même que le dommage serait en tout ou partie imputable à une faute personnelle¹⁵¹.

La subrogation permet à l'administration d'agir contre son agent pour obtenir le remboursement des sommes engagées. Un tel recours est également octroyé en présence de personnes publiques coauteurs d'un dommage dès lors qu'une obligation pour le tout est reconnue par le juge¹⁵². En outre, la loi du 1^{er} juillet 1964 institue une responsabilité de plein droit de l'État en raison des dommages liés à la vaccination obligatoire¹⁵³. Le Code minier quant à lui prévoit en son article 75-1, la subrogation de l'État en tant que garant de la réparation des dommages consécutifs à une exploitation minière. Elle s'étend également aux fonds spécialement constitués pour garantir l'indemnisation des victimes de certains dommages¹⁵⁴. Elle a donc vocation à s'appliquer largement en droit public et fait même son apparition au sein des codes juridiques tels que le Code des transports¹⁵⁵, le Code du domaine de l'État¹⁵⁶, celui de la propriété des personnes publiques¹⁵⁷, de la sécurité sociale¹⁵⁸, le Code général des collectivités territoriales¹⁵⁹ ainsi qu'au sein du Code la santé publique¹⁶⁰.

Par conséquent, bien que la subrogation ait des origines privatistes, il ne fait plus aucun doute qu'en plus d'être appliquée en droit public, elle fait aujourd'hui partie intégrante de son corpus juridique.

¹⁴⁹ TC, 8 février 1873, *Blanco*, Rec. p. 61.

¹⁵⁰ Cf. *infra*. Le contexte de développement de la subrogation personnelle, p. 280.

¹⁵¹ CE, 18 novembre 1949, *Dlle Mimeur*, n° 91864.

¹⁵² CE, 17 avril 1992, n° 49203 : recours de l'État contre une commune.

¹⁵³ Loi, n° 64-643, 1 juillet 1964, *Relative à la vaccination antipoliomyélitique obligatoire et à la répression des infractions à certaines dispositions du Code de la santé publique*.

¹⁵⁴ Loi, n° 91-1406, 31 décembre 1991, *portant diverses dispositions d'ordre social*.

¹⁵⁵ C. transp, art. R 5114-28, L 4122-9 et R 5112-10.

¹⁵⁶ C. dom. État, art. R 134.

¹⁵⁷ C. prop. pers. publ, art. L 2124-34, R 2124-51, L 2341-1 et R 3113-5.

¹⁵⁸ C. sec. soc, art. L 376-1 et L 165-1-2.

¹⁵⁹ C. collect. territoriales, art. R 3333-3, L 6325-10 et L 6224-10.

¹⁶⁰ C. santé. publ, art. L 3112-4.

2. Le mode de réception de la subrogation personnelle par le droit public

L'incorporation de la subrogation personnelle au sein du droit public peut donner lieu à une simple transposition ou à une véritable autonomisation du mécanisme. Le mode de réception a alors un impact direct sur l'appréhension de celui-ci, en ce que la transversalité et l'unicité d'une telle notion ne peuvent être démontrées qu'à travers une transposition en l'état.

Transposition ou autonomisation de la subrogation personnelle ? Plusieurs notions ont vocation à s'appliquer dans les deux corpus juridiques alors même que leur régime diffère. Dès lors, même si la responsabilité administrative est similaire à la responsabilité privée sous certains aspects¹⁶¹, elles n'en sont pas pour autant assimilables¹⁶². La responsabilité administrative est alors considérée comme autonome en ce qu'elle répond à des règles juridiques distinctes¹⁶³. Le simple constat de l'application de la subrogation personnelle par le juge administratif ne permet donc pas de déterminer son mode de réception. Il peut s'agir d'une simple transposition ou d'une autonomisation du mécanisme en droit public.

Dans la première hypothèse, les règles applicables restent inchangées, quel que soit le domaine juridique. La transposition permet une parfaite transversalité et renforce le caractère unitaire de la subrogation personnelle. Des adaptations peuvent être faites dans la mesure où elles ne dénaturent pas le mécanisme, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas en contradiction avec ses éléments essentiels¹⁶⁴.

Dans la seconde hypothèse, l'intégration suppose la création d'un mécanisme autonome en droit public, c'est-à-dire soumis à ses propres règles¹⁶⁵ et distinct de celui employé en droit privé. Dès lors, le juge n'est pas contraint « *d'appliquer une règle étrangère à l'ordre juridique administratif, mais [peut] seulement s'en inspirer* » ; il est donc « *libre de modifier*

¹⁶¹ R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, Thèse, LGDJ, Paris, 1957, n° 474 ; A. Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019 ; N. Albert-Moretti, F. Leduc, O. Sabard (dir.), *Droit privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, LexisNexis, 2017.

¹⁶² À titre d'exemple, la responsabilité sans faute pour rupture d'égalité devant les charges publiques est une responsabilité propre au droit public : C. Deffigier, *La responsabilité sans faute de l'État pour rupture d'égalité devant les charges publiques du fait de la loi du 10 juillet 1976*, AJDA. 2004, p. 1941. H. Belrhali, *Responsabilité administrative*, LGDJ, 2017 ; C. Broyelle, *Synthèse : responsabilité*, n° 320, Jurisclasseur administratif, 2015 ; J-P. Dubois, *La responsabilité administrative*, La Découverte, Paris, 1996 ; J-P. Dubois, *Faute des agents et responsabilités administratives*, Rép. resp. puiss. Publ. 2014.

¹⁶³ TC, 8 février 1873, *Blanco*, Rec. p. 61.

¹⁶⁴ Cf. *intra*. Les effets de la présence d'une personne publique, p. 252.

¹⁶⁵ ATILF, CNRS et Université de Lorraine, *Trésor de la langue Française informatisé*, v° « Autonome » : « *Qui se gouverne totalement ou partiellement par ses propres lois* ».

à sa guise la règle civiliste empruntée »¹⁶⁶. Partant, il peut uniquement s'inspirer des règles issues du Code civil pour créer une application particulière de la subrogation personnelle, étant entendu que si « l'utilisation du droit civil en droit administratif ne remet nullement en cause [son] autonomie [...], c'est parce que le juge administratif est maître des emprunts »¹⁶⁷. L'autonomisation suppose alors la création d'une notion distincte reposant sur des spécificités indépassables. Dès lors, elle doit modifier en profondeur les conditions du mécanisme et ne peut se limiter à une simple adaptation.

Une simple transposition du mécanisme subrogatoire. Plusieurs indicateurs permettent de déterminer la nature de la réception du mécanisme subrogatoire. La définition de la subrogation personnelle a tout d'abord fait émerger ses éléments essentiels¹⁶⁸. Elle résulte d'un paiement subrogatoire, c'est-à-dire libérant le débiteur définitif de tout ou partie de la charge de la dette. Elle se traduit par la transmission de la créance dans le but de conserver le droit menacé d'extinction. Elle coïncide alors avec l'application faite en droit public. Ainsi, en indemnisant intégralement la victime alors même que son agent a commis une faute personnelle, l'administration a bien effectué un paiement libérant le débiteur définitif¹⁶⁹. Subrogé dans les droits de la victime, il exerce l'action qu'elle détenait envers le responsable du dommage. Par conséquent, c'est bien à la suite d'une modification de la situation juridique en raison d'un paiement subrogatoire que la créance est transmise au *solvens*. Une première harmonisation s'observe donc au regard de la définition de la subrogation.

En outre, la concordance est d'autant plus marquée que le juge administratif applique, encore aujourd'hui, les mêmes règles que le juge judiciaire. La subrogation est alors fondée et limitée par le paiement, et conduit à la transmission de la créance et de ses accessoires¹⁷⁰. De

¹⁶⁶ B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Éditions Panthéon Assas, Paris, 2003, p. 802.

¹⁶⁷ B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Éditions Panthéon Assas, Paris, 2003, p. 784.

¹⁶⁸ Cf. *supra*. La clarification des définitions générales de la subrogation, p. 42.

¹⁶⁹ CE, 18 novembre 1949, n° 91864.

¹⁷⁰ CE, 26 juin 1968, n° 72597 : « Les caisses de sécurité sociale ne peuvent obtenir, par subrogation aux droits de cette dernière, le remboursement des dépenses que l'accident leur a occasionnées, qu'à concurrence de l'indemnité mise à la charge du tiers auteur » ; CE, 5 octobre 2015, n° 381364 : « Considérant qu'il incombe à l'assureur qui entend bénéficier de la subrogation prévue par ces dispositions d'apporter, par tout moyen et au plus tard à la date de clôture de l'instruction, la preuve du versement de l'indemnité d'assurance à son assuré » ; CE, 12 mai 2006, n° 249442 : transmission des actions au subrogé. Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971, p. 328 : l'auteur précise que le « droit administratif ne se préoccupe pas des conditions nécessaires à la validité de l'acte de subrogation : il s'agit de questions de droit privé qui ne sauraient apparaître dans le contentieux administratif ».

la même façon, les règles applicables en matière de subrogation conventionnelle sont identiques, puisqu'elle doit être concomitante au paiement, et expresse¹⁷¹.

La subrogation s'impose donc comme un mécanisme transversal¹⁷². Elle trouve également application dans des hypothèses similaires, c'est-à-dire en présence de coauteurs d'un même dommage¹⁷³ ou de garants de l'indemnisation¹⁷⁴. Ainsi, le juge administratif octroie un recours subrogatoire en présence d'une obligation solidaire¹⁷⁵ de la même façon que le juge judiciaire en présence d'obligation *in solidum*¹⁷⁶.

En définitive, l'incorporation de la subrogation personnelle n'a pas conduit à la création d'une notion autonome distincte du droit privé, mais à la transposition de celle-ci au sein du droit public qui traduit bel et bien la présence d'une notion unique et transversale.

¹⁷¹ CE, 16 octobre 2013, n° 362139. CE, 26 mai 1989, *Ville de Carcassonne*, n° 63479 : « *Considérant que la ville de Carcassonne ne peut se prévaloir, en l'espèce, d'aucune subrogation, laquelle ne saurait se présumer, aux droits de M. X... et de Mme Z* ».

¹⁷² O. Sabard, *La cause étrangère en droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2008, n° 262, p. 210 : l'auteure parle de transposition des principes posés par l'article 1251-3° du Code civil par le juge administratif.

¹⁷³ CE, 31 décembre 2008, *Société Foncière Ariane*, n° 346018.

¹⁷⁴ Loi, n° 59-76, 7 janvier 1959, *Relative aux actions en réparation civile de l'État et de certaines autres personnes publiques*.

¹⁷⁵ Le juge judiciaire qualifie l'obligation au tout des coresponsables d'« obligation *in solidum* », alors que le juge administratif la nomme « obligation solidaire » : A. Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019, n° 292 et suivants, pp. 268 et suivantes : Ass. Plén, 28 mars 2003, n° 01-12.228 ; CE, 3 juillet 2013, n° 360893 ; CE, 22 juin 1988, n° 66865 ; CE, 27 juin 2018, n° 409608.

¹⁷⁶ Com, 30 mai 2018, n° 17-13.848.

Section 2 :

La conservation d'un droit, objectif unique de la subrogation

Faire émerger une notion autonome « revient à démontrer que ce concept constitue une construction juridique à part entière, disposant d'un régime déterminé et poursuivant des finalités propres »¹. Une notion générale de subrogation doit alors répondre à un objectif unique. Au sein de la subrogation réelle, chaque application semble poursuivre un but distinct. Ainsi, l'emploi ou le remplacement de bien propre permet de conserver l'intégrité d'une masse de biens, alors que le report d'une sûreté sur l'indemnité d'assurance vise à maintenir au profit du créancier privilégié son droit de préférence. L'émergence d'un objectif unique semble alors compromise au regard de la variété des cas d'application de la subrogation réelle. Un tel obstacle n'est cependant pas insurmontable², et un travail de synthèse a conduit les auteurs à tendre vers la détermination d'objectifs principaux de la subrogation réelle (paragraphe 1). Ces tentatives apportent les prémices de la réflexion et, bien qu'insusceptibles d'établir la finalité du mécanisme, aboutissent à la mise en lumière de la notion de conservation. Celle-ci traduit l'objectif de la subrogation réelle, et représente également le but à atteindre lors de la mise en œuvre de la subrogation personnelle. Les deux applications s'articulent autour de ce dénominateur commun, qui renforce l'unité de la notion de subrogation. Celle-ci s'impose alors comme un instrument de conservation d'un droit (paragraphe 2).

¹ L. Clouzot, *Recherche sur la substitution en droit administratif français*, Thèse, Université Montpellier I, 2010, p. 50

² Une telle analyse est également faite par L. Clouzot en ce qui concerne la notion de substitution. Elle se présente comme un mécanisme hétérogène en ce sens qu'elle regroupe une pluralité d'hypothèses répondant à des buts divers. Néanmoins, il est possible de faire émerger un objectif commun : celui d'assurer l'effectivité et l'efficacité de la règle ou de la prestation de droit administratif. L. Clouzot met alors en avant une convergence sur le plan fonctionnel de la notion : *Recherche sur la substitution en droit administratif français*, Thèse, Université Montpellier I, 2010, p. 714.

Paragraphe 1 : Les tentatives de détermination de l'objectif de la subrogation réelle

Les études ne contiennent pas nécessairement de développement sur l'objectif de la subrogation réelle³, et force est de constater que peu d'entre elles ont permis une véritable synthèse⁴. La multitude d'applications laisse supposer que chacune est guidée par un but particulier⁵. La subrogation réelle répondrait à un besoin de conciliation entre la stabilité des droits et l'équité⁶. Une telle approche ne permet pas de consacrer la finalité du mécanisme, dans la mesure où l'équité est une notion difficile à définir, et que l'idée de stabilité des droits n'a jamais été développée davantage. Diverses propositions doctrinales ont toutefois été faites autour des notions d'affectation et de restitution (A), et visent à unifier les buts de la subrogation réelle (B).

³ P. De Renusson, *Traité des propres réels, réputés réels et conventionnels, où sont traitées les notables questions du droit français*, Guillaume David, 4^{ème} éd. Paris, 1733 ; J. Flach, *De la subrogation réelle*, Auguste Durant et Pedone Lauriel, Paris, 1870.

⁴ Peu d'auteurs ont synthétisé la notion de subrogation. Demogue a tenté d'établir une théorie générale de la subrogation, mais uniquement à travers des articles insuffisants pour fournir une véritable analyse complète de la notion : R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, pp. 237 et suivantes, 295 et suivantes et 246 et suivantes. M. Lauriol est allé plus loin en consacrant deux tomes à l'analyse de la subrogation réelle : M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1 et t. 2. Pour finir, V. Ranouil a également consacré une thèse à la subrogation réelle en droit français : V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985.

⁵ La subrogation trouve application dans des domaines divers tels que les régimes matrimoniaux, l'absence, les successions et les sûretés. Chaque application semble alors guidée par un but propre, tel que la protection des intérêts de l'absent ou encore la conservation d'un équilibre patrimonial au sein des régimes matrimoniaux.

⁶ Demogue a tenté de généraliser la notion de subrogation sans parvenir à établir un objectif commun. Il se rattache à la valeur d'affectation, et la subrogation répondrait, selon lui, à la stabilité des droits et à l'équité : *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, pp. 237 et suivantes, 295 et suivantes et 246 et suivantes..

A. Les propositions doctrinales d'objectifs de la subrogation réelle

Les tentatives d'élaboration des buts de la subrogation réelle voient le jour à la fin du XIX^{ème} siècle⁷. Elles représentent un tournant important, en ce sens que pour la première fois elles apportent un éclairage sur l'objectif même du mécanisme, très peu étudié par les auteurs, et se prêtant difficilement à la synthèse. Deux critères sont alors mis en avant. Le premier découle de la recherche des buts économiques et sociaux, qui a conduit à fonder la subrogation réelle sur la conservation d'une affectation (1). Le second renvoie à l'idée de restitution de biens, qui trouve notamment application en ce qui concerne les hypothèses de revendication (2).

1. La subrogation réelle et l'affectation des biens

La conservation d'une affectation mise en évidence par la doctrine. Instaurée par Saleilles en 1894⁸ et reprise ensuite par plusieurs auteurs, dont Planiol⁹, Henry¹⁰ et Demogue¹¹, la conservation d'une affectation devient l'objectif de la subrogation réelle. Par affectation, on entend la soumission d'un bien à un usage déterminé¹², qui peut résulter de la volonté du législateur ou des particuliers. Sa raison d'être repose sur l'action « *de soumettre les biens nouveaux à la même destination et affectation que les biens qu'ils remplacent* »¹³. Ainsi, c'est lorsqu'un bien affecté d'un but spécial disparaît, que la subrogation trouve application. « *C'est cette affectation [...] qui exige pour subsister la permanence d'un patrimoine qui lui soit consacré et le rattachement aux buts qu'elle poursuit de tous les biens qui ne sont acquis qu'en vue de cette destination spéciale* »¹⁴.

⁷ R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, pp. 237 et suivantes. A. Henry, *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, Thèse, A. Rousseau, Paris, 1913 ; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, Paris, 1950, t. 3, n° 922 ; Dalloz. 1902, 1. p. 33.

⁸ Note sous Civ, 30 juin 1893, *Recueil général des lois et des arrêts*, Sirey, 1894, p. 185.

⁹ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Cotillon, Paris, 1903, t. 3, n° 922, p. 291.

¹⁰ A. Henry, *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, Thèse, A. Rousseau, Paris, 1913, notamment p. 204 : « *Le nouveau bien est, comme l'ancien, affecté aux besoins personnels de l'époux, par suite, comme lui, il prend la qualité de propre ; comme lui, il reste la propriété exclusive du conjoint acquéreur* ». « *Mais les effets de cette subrogation s'arrêtent là ; le nouveau bien conserve sa nature juridique propre : mobilière ou immobilière ; il conserve également sa situation économique, ni les hypothèques conventionnelles, ni les autres droits réels qui grevaient l'immeuble aliéné ne se transmettent à lui* ».

¹¹ R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, p. 249.

¹² S. Guinchard et T. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 21^{ème} éd. 2014, p. 41 : l'affectation est définie en droit civil comme un « *procédé technique original d'utilisation des biens qui consiste à soumettre ceux-ci à un usage précis, en prenant en considération, soit la protection des intérêts d'une ou plusieurs*

Émerge alors un consensus autour d'un objectif commun, et la subrogation réelle a donc lieu « *chaque fois qu'une valeur est affectée à un but ; peu importe que le droit par lequel elle s'exerce porte sur un ensemble de biens ou sur un bien isolé* »¹⁵. Une telle analyse permet de justifier que la subrogation réelle a vocation à s'appliquer largement. Il ressort alors de la réflexion menée par Demogue qu'elle se produit « *toutes les fois que l'on est en présence de valeurs d'affectation* »¹⁶. Il va d'ailleurs plus loin en considérant que les qualités transmises d'un bien sur un autre dépendent celles-ci. En conséquence, « *il y a subrogation pour les qualités qui ont été attribuées en vue de donner à la valeur que représente le bien aujourd'hui aliéné telle ou telle affectation* »¹⁷.

Il est également possible de voir dans l'affectation, non pas l'usage du bien, mais sa capacité à régler une dette. Le patrimoine du débiteur est affecté à l'acquittement de ses obligations¹⁸. Les biens composeraient alors le crédit de la personne qui aurait vocation à payer les créanciers le cas échéant. Ainsi, lorsqu'un bien disparaît, le bien de remplacement est également affecté au paiement du passif, de la même façon que le bien originaire. Par conséquent, lorsqu'une sûreté porte sur un bien, elle destine celui-ci au paiement en priorité d'une catégorie de créanciers. La subrogation réelle a donc vocation à permettre le respect du même ordre de préférence.

Illustration de l'objectif de perpétuation d'une affectation. La subrogation réelle s'applique dans des hypothèses variées, et nombre d'entre elles permettent de mettre en évidence la notion d'affectation. Ainsi, elle est perçue comme la clé de voûte des sûretés¹⁹,

personnes (affectation personnelle), soit l'exploitation des biens indépendamment des intérêts d'une personne déterminée (affectation réelle) ; l'affectation d'un bien en détermine le régime juridique ». En droit administratif, l'affectation en droit des biens est souvent synonyme du terme classement qui se définit comme étant « *dans les hypothèses où l'exigence en est requise, [l'] acte réalisant l'incorporation juridique d'un bien dans le domaine public d'une collectivité, dans la mesure où il sera ensuite suivi d'effet concret* » : p. 168. Le classement est une notion ambiguë, utilisée pour désigner des opérations différentes des unes des autres. On l'utilise en présence d'un bien entré dans le domaine public : le classement est alors l'acte par lequel l'administration va déclarer que le bien appartient à telle ou telle catégorie du domaine. Concernant un bien hors du domaine public, il peut également s'agir de l'acte par lequel l'administration affecte un bien à l'usage du public ou à l'usage du service public. L'affectation est l'acte ou le fait qui donne au bien sa destination particulière, c'est-à-dire l'usage de tous. L'affectation entraîne l'incorporation dans le domaine public.

¹³ A. Cerban, *Nature et domaine d'application de la subrogation réelle*, RTD civ. 1939, p. 60.

¹⁴ Note sous Civ, 30 juin 1893, *Recueil général des lois et des arrêts*, Sirey, 1894, p. 187.

¹⁵ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 28.

¹⁶ R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, p. 249.

¹⁷ R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, p. 256.

¹⁸ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, t. 9, 5^{ème} éd. Paris, 1897, p. 371 : l'actif est affecté au paiement du passif.

¹⁹ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 35 : les biens ne sont considérés qu'au regard de la garantie de paiement qu'ils offrent et par conséquent à la valeur que le bien représente.

dans la mesure où le bien est considéré au regard de la garantie de paiement qu'il offre. Dès lors, l'objectif de maintien d'une affectation peut être illustré au regard du report du droit de préférence sur les indemnités d'assurance dues en raison de la disparition du bien grevé²⁰. Il ressort ainsi de l'article L 121-13 du Code des assurances que « *les indemnités dues par suite d'assurance contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité du bétail, ou les autres risques, sont attribuées sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang* ».

Il est également possible de voir dans la subrogation de biens propres, la volonté de maintenir l'affectation du bien et plus précisément la valeur qu'il représente au sein d'une masse de biens déterminée. En effet, la masse de biens propres n'est pas fixe²¹ et lorsqu'un bien est aliéné et le prix remployé²², le nouveau bien est à son tour grevé de la même affectation que le bien qu'il remplace²³. Elle se traduit alors à travers la nécessité d'une double déclaration, la première permettant d'établir l'origine des fonds employés et la seconde d'affecter le bien nouvellement acquis à la masse de biens propres²⁴. En l'espèce, ce n'est donc pas l'usage du bien qui est pris en compte, mais son affectation à une masse déterminée. Elle n'a pas vocation à payer la même part du passif que celle incombant à la masse de biens communs. Le bien nouvellement acquis est alors affecté au règlement d'un passif déterminé, de la même façon que l'était le bien qu'il remplace. Bien que la

²⁰ S. Piédelièvre, *Hypothèque - effets de l'hypothèque à l'égard du constituant*, Rep. pr. civ. 2019, n° 406 : « *En cas de destruction de l'immeuble, les droits du créancier seront reportés sur l'indemnité d'assurance, en application de l'article L 121-13 du Code des assurances* ». Civ, 2^{ème}, 2 octobre 2008, n° 07-17.412 : « *Aux termes de l'article L. 121-13 du Code des assurances les indemnités dues par suite d'assurance contre l'incendie sont attribuées, sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang.* » ; Civ, 1^{ère}, 28 octobre 1997, n° 95-20.318.

²¹ Dans le régime de communauté d'acquêt, en l'absence de remploi, l'article 1402 du Code civil s'applique et le bien nouvellement acquis intègre la masse de biens communs.

²² C. civ, art. 1434 et 1435.

²³ G. Yildirim, *Communauté légale : actif des patrimoines*, Rép. civ. 2010, n° 133 : « *Le remploi ou l'emploi est une application de la subrogation réelle. Son effet principal est de transmettre la qualité de propre du bien aliéné au bien acquis à titre onéreux. Il instaure une dérogation au principe énoncé par l'article 1402, qui voudrait que les biens acquis à titre onéreux au cours du mariage forment des acquêts de communauté* ». Civ, 1^{ère}, 24 février 2016, n° 14-25.557 : « *Le remplacement des propres par subrogation réelle joue soit de plein droit pour les créances et indemnités remplaçant les propres ainsi qu'en cas d'échange d'un propre soit de manière conditionnelle par emploi ou remploi* » ; Civ, 1^{ère}, 1^{er} avril 2015, n° 13-27.084 : « *Forment des propres, par l'effet de la subrogation réelle, les biens acquis en remploi* » ; Civ, 1^{ère}, 27 mai 2010, n° 09-11.894 : « *Si l'article 1406 du Code civil ne vise que les créances et indemnités, la subrogation réelle permet, d'une manière plus générale, lorsqu'un bien propre se trouve remplacé par un autre bien, d'attribuer à ce dernier le caractère de propre et qu'il est donc indifférent qu'au moment de l'opération, il n'ait pas été fait la déclaration prévue à l'article 1434 du Code civil ; que, dès lors, la cour d'appel a décidé, à bon droit, que les actions acquises par le mari en contrepartie de l'apport à la société Alain X... créations du fonds de commerce lui appartenant en propre constituaient des biens propres* ».

²⁴ C. civ, art. 1434.

conservation de l'affectation d'un bien s'observe à travers de nombreuses applications de la subrogation réelle, elle ne s'est cependant pas imposée comme son unique objectif²⁵.

2. La subrogation réelle et la restitution de biens

La subrogation réelle permet également d'assurer la restitution de certains biens.

Le second objectif de la subrogation réelle : la restitution de biens. Le droit de propriété offre la faculté de réclamer un bien appartenant à son patrimoine. Toutefois, la restitution en nature peut être empêchée et c'est à ce moment-là que la subrogation réelle intervient : elle permet alors la perpétuation d'une restitution.

Plusieurs auteurs se sont penchés sur cet objectif et notamment Saleilles au XIX^{ème} siècle²⁶. Un siècle plus tard, Capitant s'interroge sur trois applications de la subrogation réelle en tentant de les généraliser. Parmi ces applications se trouve cet objectif de restitution d'un bien à une masse particulière²⁷. Cerban, quant à lui, considère que la subrogation réelle peut être répartie en deux groupes « *selon qu'il s'agit soit de sauvegarder les droits des tiers, soit de maintenir la structure juridique des masses de bien qui composent le patrimoine d'une personne* »²⁸. Ainsi, la subrogation réelle a vocation à intervenir en matière de restitution au sein d'une masse de biens déterminée²⁹.

La subrogation réelle s'applique également en présence de patrimoines distincts, par exemple lorsque la restitution d'un bien est empêchée en raison de la bonne foi du nouvel acquéreur ; c'est alors le prix de vente qui sera restitué en échange³⁰. Dès lors, la possibilité de revendiquer un bien acquis en remplacement du bien aliéné ou détruit permet d'éviter un enrichissement sans cause et de maintenir l'intégrité du patrimoine³¹.

²⁵ E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 23.

²⁶ Note sous Civ, 30 juin 1893, *Recueil général des lois et des arrêts*, Sirey, 1894, p. 185 : « *La thèse soutenue par les héritiers, demandeurs en restitution, n'était autre, on le voit, que la subrogation réelle* ».

²⁷ H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, p. 388 : en matière de régime matrimonial, il considère qu'« *elle est l'instrument destiné à maintenir l'équilibre entre les trois groupes de biens* ».

²⁸ A. Cerban, *Nature et domaine d'application de la subrogation réelle*, RTD civ. 1939, p. 58.

²⁹ A. Cerban, *Nature et domaine d'application de la subrogation réelle*, RTD civ. 1939, p. 59.

³⁰ C. civ, art. 1352-2.

³¹ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 37 : la notion d'équilibre se retrouve en ce qui concerne la présence de plusieurs masses de biens entre les mains d'une même personne et en matière de revendication d'un patrimoine, telle que celui de l'absent (article 130 du Code civil). Dans les deux hypothèses, la subrogation empêche des passages inclus de valeurs d'un groupe dans un autre. La possibilité de revendiquer un bien permet ainsi de maintenir l'intégrité des patrimoines.

Force est toutefois de constater qu'un tel objectif se recoupe avec le maintien de l'affectation d'un bien en matière de régimes matrimoniaux³². En l'espèce, la subrogation réelle permettrait de préserver l'intégrité de la masse de biens propres par la restitution du bien nouvellement acquis, momentanément tombé dans la masse commune en raison de la présomption de communauté³³. Un tel recouplement nuit à la clarté de l'attribution de l'objectif de la subrogation réelle.

Illustration de la perpétuation d'une restitution : les biens de l'absent.

L'article 130 du Code civil prévoit que l'absent, à son retour, recouvre ses biens ainsi que le prix de ceux qui auraient été aliénés, ou les biens acquis en emploi des capitaux ou des revenus échus à son profit. Dès lors, il s'agit d'une hypothèse de subrogation réelle dont l'objectif est de permettre la restitution des biens appartenant à l'absent et de recomposer le patrimoine de celui-ci. Elle a vocation à préserver l'intégrité de son patrimoine alors même que les biens d'origine ont été aliénés.

Bien que la revendication ne puisse avoir lieu en nature sur le bien d'origine, elle s'effectue sur un bien de remplacement. Dans cette hypothèse, le bien n'est pas affecté à un usage particulier, et ne peut être considéré comme incorporé au patrimoine de l'absent dans la mesure où en réalité, il n'en est jamais sorti. Il faudrait alors considérer que le maintien de l'intégrité du patrimoine de l'absent permet la perpétuation de son affectation au paiement du passif. Ce n'est toutefois pas le choix effectué par la doctrine : la subrogation en l'espèce a vocation à assurer la restitution de biens appartenant à une masse³⁴.

B. Les tentatives d'unification des buts de la subrogation réelle

Les deux critères précédemment exposés pour définir les buts de la subrogation réelle sont apparus comme complémentaires (1). Toutefois, cette complémentarité est insatisfaisante, ce qui a conduit à une tentative de synthèse autour de la notion d'affectation (2).

³² E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 25.

³³ C. civ, art. 1402.

³⁴ E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 24.

1. Une apparente complémentarité des notions d'affectation et de restitution

Les notions d'affectation et de restitution sont apparues comme complémentaires. Indépendamment, elles regroupent des hypothèses variées allant de l'affectation en valeur ou en nature, à la restitution de biens isolés ou appartenant à une masse de biens. Conjuguées, elles sont alors à même de couvrir l'ensemble des hypothèses de subrogation réelle.

Les différents modes d'affectation : en valeur ou en nature. L'affectation d'un bien peut tout d'abord se faire en valeur. Dans cette première hypothèse, le bien n'est considéré qu'au regard de la valeur qu'il représente au sein du patrimoine. Il peut alors être affecté à un but précis, tel que le paiement des créanciers privilégiés. Dès lors, en cas de disparition du bien originaire, le bien de remplacement constitue sa contre-valeur et reçoit la même affectation³⁵. La subrogation réelle s'observe donc en matière de sûretés réelles où le bien n'est pris en compte qu'en raison de la garantie de paiement qu'il offre.

À titre d'exemple, la Cour de cassation a eu l'occasion d'appliquer le report du droit de préférence sur l'indemnité d'assurance en ce qui concerne un créancier hypothécaire³⁶. En l'espèce, un incendie avait conduit à la disparition d'un immeuble grevé d'une hypothèque dont le bénéficiaire était la Banque BCI. Le report de la garantie sur les créances indemnitaires lui a donc permis de se faire payer par préférence³⁷. De la même façon, un tel

³⁵ E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 19.

³⁶ C. ass, art. L 121-13.

³⁷ Civ, 2^{ème}, 22 novembre 2018, n° 17-20.926 : en l'espèce, la Banque BCI était créancière hypothécaire sur l'immeuble sinistré et pouvait par conséquent bénéficier de l'article L 121-13 du Code des assurances prévoyant que les indemnités dues par suite d'assurance contre incendie sont attribuées aux créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant leur rang. L'indemnité d'assurance sert alors de garantie de paiement au créancier hypothécaire en ce sens qu'elle lui est attribuée par préférence. Il peut donc se faire payer sur celle-ci malgré la disparition du bien garantissant le paiement. Néanmoins, les paiements faits de bonne foi avant opposition sont valables et de ce fait, le créancier hypothécaire a tout intérêt à faire opposition au paiement pour conserver le bénéfice du paiement privilégié. Ainsi, « *si le créancier, bénéficiant d'une créance certaine, liquide et exigible, au moins à la date du règlement, n'a pas manifesté à l'assureur, par une opposition, sa volonté de recevoir le paiement de l'indemnité due à l'assuré, le paiement fait par cet assureur est en principe valable, sauf contestation de sa bonne foi par la preuve par le créancier bénéficiant d'un droit propre sur l'indemnité, de la connaissance par l'assureur de son existence au moment du paiement* ». Il convient de relever également que « *lorsque le créancier, informé du sinistre et de l'existence d'une instance, ne fait pas état auprès de l'assureur de sa qualité de créancier hypothécaire, il ne peut être considéré que l'assureur serait de mauvaise foi pour ne pas voir recherché et vérifié lui-même cette qualité* ». L'article L 121-13 du Code des assurances protège par conséquent le créancier hypothécaire qui peut se faire payer par préférence sur la créance indemnitaire, ce qui apparaît comme un report de la garantie sur la chose nouvelle qu'est l'indemnité ; toutefois, pour bénéficier d'un tel avantage, il est essentiel qu'il se manifeste auprès de l'assureur.

report est possible sur l'indemnité remplaçant un bien indivis³⁸. La valeur que représentait le bien est remplacée par l'indemnité d'assurance, toutes deux affectées à la même utilité : apporter une garantie de paiement.

L'affectation d'un bien peut également se faire en nature. En principe, le bien considéré dans son individualité ne peut être remplacé par un autre sauf si l'affectation d'un bien repose sur son utilité matérielle. Dans ce cas, le bien nouveau doit être susceptible de rendre le même service que l'ancien³⁹. C'est donc la fonction matérielle du bien qui est prise en compte. Par exemple, l'article L 123-15 du Code rural prévoit que le locataire d'une parcelle atteinte par une opération d'aménagement foncier peut, soit reporter le bail sur les parcelles acquises en échange par le bailleur, soit demander la résiliation de celui-ci. Lorsqu'il opte pour le report, le bien de remplacement présente une utilité identique au bien d'origine. Les deux seront alors affectés à la même utilité, non plus au regard de la valeur pécuniaire qu'ils représentent, mais du service qu'ils rendent à l'intéressé⁴⁰. Ainsi, la notion d'affectation permet de justifier que la subrogation réelle puisse jouer lorsque le bien est considéré en raison de sa valeur ou de son utilité matérielle.

La restitution de biens au sein d'une masse particulière ou à propos d'un bien isolé. L'objectif de restitution a également vocation à justifier largement le recours à la subrogation réelle⁴¹. Premièrement, il aboutit à la préservation de l'intégrité d'une masse particulière. C'est ainsi que Capitant considère que « *dans tous les cas où une masse de biens appartenant à autrui se trouve entre les mains d'un tiers détenteur [...], il y aura lieu d'appliquer la subrogation réelle aux aliénations valablement faites par le possesseur* »⁴². Dès lors, elle trouve application en matière de restitution des biens de l'absent et empêche la confusion entre les biens propres et les biens communs⁴³.

³⁸ Ainsi, l'article 815-10, alinéa 1^{er} du Code civil prévoit que sont « *sont de plein droit indivis, par l'effet d'une subrogation réelle, les créances et indemnités qui remplacent des biens indivis, ainsi que les biens acquis, avec le consentement de l'ensemble des indivisaires, en emploi ou remploi des biens indivis* ».

³⁹ E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 19.

⁴⁰ Civ, 3^{ème}, 27 juin 2001, n° 99-19.819 : « *Le preneur ne peut se voir imposer par le propriétaire l'emplacement du report* » ; Civ, 3^{ème}, 19 mars 2008, n° 07-11.359 ; Civ, 3^{ème}, 2 octobre 2013, n° 12-20.892.

⁴¹ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 38 : l'auteur s'intéresse à la notion d'équilibre et considère que « *cette fonction n'est pas liée à l'existence de masses de biens ; elle se trouve aussi fidèlement remplie lorsque la subrogation intervient dans un droit portant sur un bien isolé* ». La subrogation a alors vocation à s'appliquer en matière de biens isolés où elle permet d'assurer la restitution de biens.

⁴² H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, p. 389.

⁴³ C. civ, art. 1434 ; H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, p. 390. C. civ, art. 1402, al 1 : « *Tout bien, meuble ou immeuble, est réputé acquêt de communauté si l'on ne prouve qu'il est propre à l'un des époux par application d'une disposition de la loi* ». La subrogation réelle peut avoir lieu de plein droit, par exemple en ce qui concerne les indemnités qui remplacent dans le patrimoine d'un époux un bien propre qui en

Deuxièmement, la restitution peut également porter sur un bien isolé. Ainsi, l'article 1380 du Code civil relatif à la répétition de l'indu prévoit que « *si celui qui a reçu de bonne foi a vendu la chose, il ne doit restituer que le prix de la vente* ». Une telle application apparaît également au regard de l'article L 624-18 du Code de commerce qui prévoit la possibilité pour le vendeur de marchandises non payées de revendiquer la créance de prix de vente⁴⁴. Il s'agit d'une application de la subrogation permettant la revendication des biens sous réserve de propriété.

L'émergence d'un double objectif de la subrogation réelle qui se traduit par l'affectation ou la restitution de biens peut donc s'analyser à travers une complémentarité à même de regrouper l'ensemble de ses cas d'application.

2. Une tentative de regroupement autour de la notion d'affectation

Face aux imperfections de l'emploi de deux notions distinctes pour établir l'objectif de la subrogation réelle⁴⁵, une tentative de synthèse autour de la notion d'affectation a vu le jour.

Les imperfections dans la complémentarité des notions d'affectation et de restitution. D'apparence pourtant claire dans son principe, la frontière entre les deux objectifs de la subrogation est en réalité poreuse : un cas d'application peut alors être perçu comme permettant à la fois la perpétuation d'une affectation et le maintien d'une restitution. Ainsi, en matière de succession, le but poursuivi d'éviter la confusion de deux patrimoines peut « *indifféremment faire partie de l'une ou de l'autre des deux catégories, ce qui fait, en définitive, que la ligne de démarcation entre elles est indéfinie* »⁴⁶. De la même façon, une telle difficulté s'observe à propos de la subrogation de biens propres, qui est présentée comme « *l'affectation de ces biens aux besoins personnels des époux ou à l'intérêt de la famille* »,

serait sorti : Civ, 1^{ère}, 27 mai 2010, n° 09-11.894. C. civ, art. 1406 ; ou elle peut être soumises à des formalités particulières : C. civ, art. 1434 et 1435.

⁴⁴ Com, 5 juin 2007, n° 05-21.349 : « *Attendu que lorsque l'acquéreur d'un bien vendu avec réserve de propriété le revend sans avoir payé l'intégralité du prix, la revente opère, par l'effet de la subrogation réelle, transport dans le patrimoine du vendeur initial du prix ou de la partie du prix impayé par le sous-acquéreur au jour de l'ouverture de la procédure collective du débiteur, sans que le sous-acquéreur puisse opposer au vendeur initial les exceptions qu'il pourrait faire valoir contre son propre vendeur* ».

⁴⁵ G. Wicker, *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LGDJ, Paris, 1996, n° 351, p. 329 qui met en avant le recul de l'idée d'affectation. Les auteurs « *reconnaissent l'existence d'un lien entre cette technique et l'idée d'affectation* », mais ils « *nient en revanche que cette dernière puisse servir de guide dans la détermination des cas dans lesquels la subrogation peut être admise* ».

⁴⁶ A. Cerban, *Nature et domaine d'application de la subrogation réelle*, RTD civ. 1939, p. 61. La subrogation en matière de partage permet de perpétuer une obligation de restitution, elle met également en lumière une affectation des biens à une masse particulière, telle que la masse de biens indivis.

alors même qu'il paraît « *difficile de ne pas voir dans ces reprises des cas de restitution* »⁴⁷. Il est alors possible de se questionner sur l'opportunité d'une telle dualité d'objectif.

D'un aspect purement descriptif, les deux catégories manquent également d'homogénéité. L'objectif de perpétuation d'une affectation s'étend à des situations diverses, alors que la restitution d'un bien se cantonne aux hypothèses de revendication d'un bien isolé ou d'un groupe de biens. Une simple disproportion ne suffit pas à remettre en question cette catégorisation, encore faut-il qu'elle soit fondée. La porosité des notions dirige cependant vers une fragilisation de l'analyse complémentaire. Dès lors, c'est à travers la notion d'affectation qu'une tentative de synthèse autour d'un objectif unique a vu le jour.

Une tentative de synthèse autour de la notion d'affectation. L'émergence d'un double objectif de subrogation réelle se justifie par l'impossibilité de fonder l'ensemble des hypothèses d'application autour d'une seule notion⁴⁸. Pourtant la notion d'affectation a été employée en matière de succession⁴⁹ et de régimes matrimoniaux⁵⁰. De plus, V. Ranouil considère que « *c'est parce que son patrimoine est affecté à l'absent que la subrogation réelle joue pour en assurer la restitution* »⁵¹. Dès lors, l'objectif d'affectation semble pouvoir être étendu à toutes les hypothèses de restitution.

Pour autant, l'appropriation ne peut désigner une mission particulière, dès lors il est exclu de considérer « *que dans le patrimoine général, l'ensemble de tous les biens est "affecté" à son titulaire* »⁵². En considérant que l'affectation est la soumission d'un bien à un usage déterminé, cela suppose également que ce dernier le soit de façon suffisamment précise. Il

⁴⁷ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 16.

⁴⁸ E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 6. Les auteurs ayant analysé la subrogation réelle se sont d'ailleurs refusés à étendre de la sorte une telle notion et certains d'entre eux dont E. Savaux, Saleilles ou encore Cerban ont fait émerger la notion de restitution en tant que notion complémentaire : Note, R. Saleilles, Civ, 30 juin 1893, *Recueil général des lois et des arrêts*, Sirey, 1894, p. 185 ; R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901 ; H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919 ; A. Cerban, *Nature et domaine d'application de la subrogation réelle*, RTD civ. 1939, p. 61 ; A. Henry, *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, Thèse, A. Rousseau, Paris, 1913 ; M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1 et t. 2 ; E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014 ; G. Wicker, *Les fictions juridiques contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LGDJ, Paris, 1996, n° 351, p. 330 : « *Ou la notion d'affectation est définie avec précision et, trop étroite, elle ne peut recouvrir toutes les hypothèses de subrogation ; ou sa définition est élargie et la notion est alors imprécise* ».

⁴⁹ Loi, n° 2006-728, 23 juin 2006, *Portant réforme des successions et des libéralités* ; C. civ, art. 860 ; F. Chapuisat, *Vers une utilisation extensive de la subrogation réelle, à propos des lois du 13 juillet 1965 et 3 juillet 1971*, RTD civ. 1973, p. 644 ; G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LGDJ, Paris, 1996, p. 331 : il met en avant une fonction liquidative de la subrogation réelle.

⁵⁰ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 16 ; F. Chapuisat, *Vers une utilisation extensive de la subrogation réelle, à propos des lois du 13 juillet 1965 et 3 juillet 1971*, RTD civ. 1973, p. 644 ; Cf. *supra*. La subrogation réelle et l'affectation des biens, p. 65.

⁵¹ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 66.

⁵² M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 32.

pourrait être considéré que le bénéfice d'inventaire⁵³ crée une séparation entre les biens successoraux et ceux de l'héritier. Il soumettrait alors les biens successoraux à un usage déterminé que « *la subrogation réelle perpétue éventuellement sur des biens nouveaux* ». Or, « *on discerne difficilement quelle "affectation" des biens héréditaires [le bénéfice d'inventaire] entraîne alors que son rôle est finalement négatif puisqu'il consiste à mettre les biens personnels de l'héritier à l'abri des poursuites intentées par les créanciers héréditaires* »⁵⁴. En outre, les situations traditionnellement attribuées à un objectif de perpétuation d'une restitution reposent sur une notion d'équilibre qui peut difficilement se traduire par le report d'une affection d'un bien sur un autre⁵⁵.

La notion d'affectation ne peut donc englober l'ensemble des hypothèses de subrogation réelle que dans la mesure où elle se rapporte à la capacité qu'a le patrimoine ou la masse de biens considérée à régler une dette. La subrogation aurait alors pour objectif général de maintenir l'affectation du bien ou d'une masse de biens au règlement du passif⁵⁶. Or, si le bien de remplacement conserve la même affectation que celui qu'il remplace, il est nécessaire que les droits que les créanciers possèdent sur ce bien, ou encore ceux du propriétaire, restent inchangés. La subrogation peut alors être analysée, non pas en tant que mécanisme d'affectation des biens, mais en tant qu'instrument de conservation d'un droit.

⁵³ Le bénéfice d'inventaire est aujourd'hui remplacé par l'acceptation à concurrence de l'actif net.

⁵⁴ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 26 : « *Le but propre du bénéfice d'inventaire est, en réalité, de supprimer l'affectation des biens personnels de l'héritier au paiement des créanciers héréditaires, affectation qui résulterait normalement du droit commun. Il serait donc inexact de rattacher au bénéfice d'inventaire une affectation quelconque des biens successoraux* ». Le remplacement d'un bien par un autre en matière de pétition d'hérédité et de bénéfice d'inventaire est fondé sur la subrogation réelle. L'héritier peut agir contre celui qui prétend l'être afin de se voir reconnaître sa qualité et recouvrer le patrimoine successoral qui lui revient. Si des actes de disposition ont été accomplis et que les tiers invoquent l'apparence, la subrogation réelle permet à l'héritier de récupérer les biens acquis en remplacement ou le prix de ceux vendus : C. Vernières, *Droit patrimonial de la famille, Chapitre 249 – Preuve de la qualité d'héritier*, Dalloz action, 2021, n° 249.80.

⁵⁵ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 27 : « *Il ne paraît pas très correct de dire qu'un bien successoral, pas plus qu'un bien de l'héritier, est "affecté" à assurer l'équilibre entre les deux masses de biens réunies dans les mains de l'héritier* ». La notion d'équilibre doit transparaître, quelle que soit l'application de la subrogation : Cf. *infra*. La subrogation et la préservation de l'équilibre antérieur, p. 104.

⁵⁶ C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, t. 9, 5^{ème} éd. Paris, 1897, p. 371.

Paragraphe 2 : La subrogation en tant qu'instrument de conservation d'un droit

Les objectifs traditionnels attribués à la subrogation réelle ne sont pas exempts de critiques et ne permettent pas de déterminer la finalité du mécanisme. Derrière l'idée de perpétuation se cache toutefois une référence au maintien. Il s'agit du maintien du droit portant sur le bien initial. Dès lors, un rapprochement vers un objectif principal de la subrogation réelle peut être fait autour de la notion de conservation d'un droit (A). La subrogation personnelle poursuit le même objectif, puisqu'elle permet le maintien du droit de créance au profit du *solvens*. L'objectif de conservation d'un droit est donc également inhérent à la notion de subrogation personnelle (B).

A. Le rapprochement de la subrogation réelle vers l'objectif de conservation d'un droit

L'objectif de la subrogation réelle n'est pas aisé à déterminer dans la mesure où malgré l'émergence des notions de restitution et d'affectation, leur complémentarité pose des difficultés. Or, l'attribution d'un objectif unique est envisageable uniquement si celui-ci est capable de traduire sa finalité (1). La subrogation réelle apparaît alors comme un mécanisme de maintien, car elle permet la conservation d'un droit menacé d'extinction (2).

1. La détermination de la finalité de la subrogation réelle

L'exclusion des notions de restitution et d'affectation pour décrire l'objectif global de la subrogation réelle ne peut se déduire uniquement des imperfections de leur complémentarité. Ainsi, c'est leur capacité à décrire la finalité du mécanisme qu'il convient de remettre en cause. Il s'avère que la technique de la subrogation repose sur son caractère dérogatoire qui doit nécessairement apparaître à travers son objectif principal.

Les analyses antérieures inaptes à mettre en avant la véritable finalité de la subrogation réelle. La notion d'affectation conduit à la recherche des raisons économiques et sociales qui rendent la subrogation désirable⁵⁷ : c'est parce que le bien est affecté à un usage

⁵⁷ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 32.

déterminé ou au paiement du passif que son remplacement s'avère opportun. À l'inverse, la restitution d'un bien ou d'une masse de biens suppose l'exercice d'une action en revendication. Or, bien que la subrogation ait pour conséquence de rendre possible une telle action lorsqu'elle ne peut plus porter sur le bien initial, elle n'a pas pour objectif sa mise en œuvre. En effet, l'action en revendication découle directement du droit de propriété et la restitution représente son effet principal. Dès lors, elle s'apparente davantage à un moyen technique qu'à un but de la subrogation réelle⁵⁸. Elle peine également à justifier le maintien de l'intégrité d'une masse de biens en présence de mouvements de valeur. Le caractère indivis des indemnités perçues s'apparente difficilement à la restitution du bien à une masse déterminée. Utiliser les notions d'affectation et de restitution pour définir la subrogation réelle revient alors à associer des buts à des moyens techniques qui en conditionnent la réalisation⁵⁹.

La notion d'affectation, définie largement, semble pouvoir englober l'ensemble des hypothèses de subrogation réelle⁶⁰ : elle viserait alors à attribuer au bien nouveau la même affectation que l'ancien, qu'il s'agisse d'un usage déterminé ou d'une affectation au règlement du passif. Elle serait alors un simple remplacement, dans la mesure où la substitution de biens suffit au maintien de l'affectation. Au contraire, lorsque la subrogation est analysée en tant que moyen de transmission de droit, elle doit nécessairement passer par la conservation de celui-ci. Dès lors, la notion d'affectation manque de précision⁶¹. Il ne s'agit en aucun cas de contredire le fait qu'elle est inhérente à la notion de subrogation, elle n'en décrit cependant qu'imparfaitement l'objectif.

Les deux buts avancés par la doctrine ne permettent donc pas d'expliquer l'essence même de ce mécanisme⁶². Par cette catégorisation, les auteurs ont principalement tenté de

⁵⁸ La restitution est une technique juridique : M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 31.

⁵⁹ La comparaison porte sur des éléments qui ne sont pas comparables : M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 31 considère que les auteurs modernes sont « *critiquables en ce qu'ils opposent sur un même plan (celui des buts) affectation et restitution, prétendant ainsi suppléer par la seconde aux insuffisances de la première.* » ; p. 36 : « *Les notions de buts et de technique sont en elles-mêmes antinomiques, la technique étant par définition un ensemble de moyens* ».

⁶⁰ L'affectation à un usage déterminé peine à justifier les hypothèses de restitution et force est de constater qu'il est nécessaire d'étendre la notion à l'affectation d'un bien à un patrimoine ou une masse de biens ou encore l'affectation du bien au règlement du passif. Cf. *supra*. Une tentative de regroupement autour de la notion d'affectation, p. 72.

⁶¹ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 33 : « *Dire que les propres sont "affectés aux époux" revient à affirmer que n'importe quel patrimoine est affecté à son titulaire. Autant reconnaître que l'idée d'affectation peut intervenir en toute occasion, ce qui revient à la dépouiller de toute signification. La notion d'affectation se révèle ainsi insuffisante pour rendre compte de tous les buts perpétués par la subrogation réelle [...] puisque précise, elle est trop étroite, et puisque élargie, elle ne signifie plus rien, mieux vaut l'abandonner* ».

⁶² Dans ce sens : A. Cerban, *Nature et domaine d'application de la subrogation réelle*, RTD civ. 1939, p. 61.

rechercher son fondement⁶³. Ces notions traduisent alors davantage une raison ou un résultat attendu : il s'agit de chercher en quoi la subrogation est souhaitable dans une situation particulière. En revanche, son objectif repose sur son caractère dérogoire et sur la question de savoir quel effet néfaste elle tente d'éviter.

La finalité de la subrogation réelle liée à son caractère dérogoire. Une dérogoire, c'est l'« *action de déroger à une loi ou une convention* »⁶⁴. Il ne s'agit pas d'analyser la subrogation comme étant une dérogoire au droit commun, mais de la considérer comme dotée d'un caractère dérogoire dans la mesure où elle vise à empêcher qu'un effet considéré comme néfaste ne se produise⁶⁵. Dès lors, elle s'oppose aux conséquences directes qu'aurait l'exercice d'un droit ou encore la réalisation d'un évènement factuel⁶⁶.

Prenons l'exemple du remploi du prix de vente d'un bien propre⁶⁷ : la subrogation permet d'éviter que la vente d'un bien ne conduise à l'appauvrissement de la masse dont il est issu. De la même façon, le report du droit de préférence sur l'indemnité d'assurance permet aux créanciers privilégiés de conserver leur rang⁶⁸. Par conséquent, la subrogation réelle est dérogoire en ce qu'elle assure le maintien de leur droit pourtant voué à disparaître. La référence à la perpétuation d'une affectation ou d'une restitution témoigne d'ailleurs de son rôle conservateur. Dans chaque application, elle vise à conserver quelque chose, que ce soit l'appartenance à une masse de biens particulière ou le maintien d'une sûreté malgré la disparition de l'objet sur lequel elle porte.

Pour compléter une telle analyse, la question reste donc de savoir ce qu'il faut conserver.

⁶³ E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014 : « Surtout, Saleilles et Demogue finissent par dégager l'idée que ce qui fonde la subrogation réelle, c'est l'affectation d'un bien, ou plus précisément, l'affectation d'une valeur à une destination spéciale », n° 5 ; R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, p. 237 ; A. Cerban, *Nature et domaine d'application de la subrogation réelle*, RTD civ. 1939, p. 61 : « Les auteurs dont nous critiquons l'opinion assignent à chacune des deux catégories de subrogation réelle un fondement différent : pour la première catégorie "la subrogation se rattache à l'idée d'affectation", en ce sens que le bien nouveau qui remplace le bien aliéné dans le patrimoine d'une personne est affecté à la même destination que lui ; au contraire, lorsqu'il s'agit de la demande en restitution d'une universalité de biens, la subrogation "se rattache, non pas à une idée d'affectation, mais à une idée d'origine" ».

⁶⁴ ATILF, CNRS et Université de Lorraine, *Trésor de la langue Française informatisé*, v° « Dérogoire »

⁶⁵ Cf. *infra*. La fonction régulatrice de la subrogation, p. 105. Dans ce sens, M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1, p. 214 : « L'extinction du droit, corrélative à la disparition de son objet, soulève un problème essentiel pour l'analyse du concept de la subrogation réelle. La subrogation réelle, en effet, est précisément la négation de cette extinction du droit ».

⁶⁶ ATILF, CNRS et Université de Lorraine, *Trésor de la langue Française informatisé*, v° « Déroger » : « S'écarter de quelque chose », « ne pas se conformer à quelque chose ».

⁶⁷ C. civ, art. 1434.

⁶⁸ C. ass, art. L 121-13 ; S. Piédelièvre, *Hypothèque - effets de l'hypothèque à l'égard du constituant*, Rép. pr. civ. 2019, n° 406.

2. Une unité autour de l'objectif de conservation d'un droit

La subrogation s'impose comme une opération de maintien, dont l'objectif est de conserver un droit menacé d'extinction.

La mise en évidence d'un objectif de conservation d'un droit. Face aux difficultés rencontrées avec la notion d'affectation, c'est celle de destination d'un bien qui a pu être mis en avant⁶⁹. Elle permet de marquer l'existence d'un but distinct attribué à chaque droit subjectif portant sur un bien. Il ne s'agit pas d'une nouvelle notion érigée en objectif de la subrogation réelle, celle-ci se rapprochant considérablement de la notion d'affectation⁷⁰ et pouvant se voir opposer les mêmes imperfections⁷¹. L'examen des moyens de parvenir à une telle destination permet toutefois de définir ce que la subrogation vise à conserver.

La subrogation réelle décrite comme un procédé qui consiste à maintenir à une destination quelconque une valeur individualisée⁷². La destination d'un bien s'exprime alors à travers un droit subjectif déterminé⁷³ : le droit prend le bien pour objet⁷⁴ et la destination représente un but que le droit permet d'atteindre. En d'autres termes, c'est en étudiant le droit portant sur le bien que l'on peut déterminer qu'elle est la destination de celui-ci. À titre d'exemple, le bien peut être destiné au paiement préférentiel du créancier hypothécaire, et lorsque le bien est vendu, le droit de préférence se reporte sur le prix de vente, permettant ainsi le maintien de cet

⁶⁹ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 34.

⁷⁰ Cerban les utilise d'ailleurs toutes deux lorsqu'il considère que l'idée d'affectation conduit à affecter le bien à la même destination que l'ancien : *Nature et domaine d'application de la subrogation réelle*, RTD civ. 1939, p. 50. La destination désigne alors le rôle que doit remplir le bien, l'usage déterminé qui doit être conservé. Étant étendu qu'une telle notion conduit uniquement à s'interroger de plus près sur ce qui est conservé et ne permet pas de faire émerger un objectif unique.

⁷¹ Cf. *supra*. La subrogation réelle et l'affectation des biens, p. 65. La destination en valeur du bien ne parvient donc pas, à elle seule, à décrire l'intérêt de mettre en œuvre le mécanisme dérogatoire.

⁷² M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p.42 : la subrogation se rapporte à l'idée de maintien. Il est donc nécessaire de déterminer ce qui doit être conservé. L'auteur considère alors que ce n'est plus l'affectation, mais la destination qui doit être maintenue.

⁷³ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p.74 : la perpétuation de la destination se « moule toujours dans un droit subjectif ». La subrogation n'est que « la conservation d'un droit par lequel se traduit sur le plan juridique la destination en valeur » ; p. 21 : « La destination impartie à un bien se traduit toujours par la création, sur ce bien, d'un droit subjectif déterminé, organisé et mis à la disposition des intéressés par la technique juridique ». Cerban avait également eu l'occasion d'employer cette notion de destination en considérant que lorsqu'« un ensemble de choses, ayant chacune une existence physique propre et distincte, mais assujetties à une destination commune par l'unité de but économique qu'elles sont appelées à réaliser, il s'établit entre ces choses une connexité qui les fait considérer comme parties d'un tout ». Néanmoins, il ne fait aucune analyse de cette notion : A. Cerban, *Nature et domaine d'application de la subrogation réelle*, RTD civ. 1939, p. 50.

⁷⁴ C'est par le biais de ce bien que le droit s'exprime.

avantage⁷⁵. L'unique moyen de réaliser la destination du bien est donc de conserver le droit subjectif qui permet à celle-ci de s'exprimer. Une telle perpétuation n'est en principe pas réalisable : la disparition de l'objet conduisant à la disparition du droit⁷⁶. Seul un mécanisme dérogatoire peut donc parvenir à un tel résultat⁷⁷. Lorsqu'un créancier hypothécaire perd l'objet de sa sûreté, il risque d'entrer en concurrence avec les créanciers chirographaires. La subrogation réelle permet alors la conservation du droit de préférence par le report de celui-ci sur l'indemnité d'assurance⁷⁸.

La conservation d'un droit comme objectif unique de la subrogation réelle. Prêter à la subrogation un objectif de conservation de droits permet de l'appliquer dans des hypothèses les plus diverses. Ainsi, qu'il s'agisse du droit de propriété ou encore du droit de préférence, la subrogation assure la même fonction : elle maintient ce droit malgré la perte de l'objet sur lequel il porte. Une telle analyse rejoint l'opinion d'E. Savaux qui considère que pour que la subrogation réelle ait lieu, il faut un droit menacé d'extinction par la disparition d'un bien sur lequel il s'exerce⁷⁹. La subrogation permet alors d'« assurer la pérennité d'un droit »⁸⁰.

Contrairement aux analyses précédentes, la notion de conservation d'un droit peut aisément regrouper l'ensemble des hypothèses de subrogation réelle. Elle ne s'apparente pas à un moyen technique et constitue une étape intermédiaire à l'affectation du bien : c'est parce que le droit est conservé que le bien nouveau est affecté à la même utilité que l'ancien. Ainsi,

⁷⁵ De la même façon, en matière d'usufruit où « la subrogation réelle permet d'assurer la survie du droit d'usufruit à l'anéantissement de son objet » : F. Zénati, *Usufruit des droits sociaux - Extinction de l'usufruit des droits sociaux*, Rép. soc. 2003, n° 526.

⁷⁶ Par exemple : en matière de communauté d'acquêt, l'absence de subrogation conduit à l'application de l'article 1402 du Code civil : le bien nouvellement acquis tombe dans la masse commune. De la même façon, en l'absence de subrogation, le droit de préférence accordé au créancier hypothécaire serait perdu dès lors que l'immeuble est détruit.

⁷⁷ La subrogation est un mécanisme dérogatoire qui va à l'encontre d'autres règles juridiques ou déjoue les effets de la disparition du bien qui entraîneraient des conséquences perçues comme « néfastes » ou « non souhaitées ». Cf. *infra*. La perturbation de l'équilibre patrimonial, p. 99.

⁷⁸ Dans le même sens, l'exemple de l'usufruit met en évidence la volonté de conserver ce droit qui se reporte sur le boni de liquidation et le cas échéant sur les apports restitués au nu-proprétaire lorsque la société est dissolue : F. Zénati, *Usufruit des droits sociaux - Extinction de l'usufruit des droits sociaux*, Rép. soc. 2003, n° 529.

⁷⁹ E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 42. Il convient de noter que les auteurs reconnaissant un objectif commun aux applications de la subrogation sont rares. M. Lauriol considère d'ailleurs que la subrogation « n'est pas à elle seule un ensemble de règles positives originales formant une technique homogène subordonnée à un but général rigoureusement constant » : *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 191. Dans le même sens : G. Rives, *Subrogation réelle à titre particulier et propriété immobilière*, RTD civ. 1968, p. 620.

⁸⁰ E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 42. A. Henry avançait également que « ce qui caractérise essentiellement [la subrogation réelle], c'est qu'elle opère sans qu'il y ait création d'une obligation nouvelle ou d'un droit nouveau par substitution d'une chose à une autre dans le rapport juridique primitif » : *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*, Thèse, A. Rousseau, Paris, 1913, p. 387.

la conservation du droit de préférence permet d'affecter le bien nouveau au paiement des créanciers privilégiés. Le caractère dérogoire de la subrogation ne résulte pas du postulat que deux biens seraient identiques et donc capables d'indifféremment prendre la place de l'autre au sein d'un patrimoine, mais de la possibilité de conserver un droit alors même que l'objet sur lequel il porte a disparu. Par conséquent, la nature du droit considéré importe peu. La subrogation peut alors porter sur un droit réel, tel que le droit de propriété ou un droit personnel, tel que le droit de créance lorsque la prestation ne peut être fournie qu'au moyen d'un bien, objet indirect du droit⁸¹. Partant, la subrogation « *tend à ce que les droits reportés d'un bien ancien sur un bien nouveau demeurent identiques, malgré le changement de leur objet* »⁸². Son objectif principal est donc la conservation d'un droit déterminé⁸³.

B. L'objectif de conservation d'un droit inhérent à la notion de subrogation personnelle

L'idée de conservation d'un droit se manifeste à travers les deux applications à l'origine de la subrogation personnelle, que sont la cession d'action et la *successio in locum* (1). La subrogation personnelle s'impose donc comme un mécanisme de conservation, car elle permet au droit de créance de subsister malgré le paiement libératoire effectué au profit du créancier (2).

1. Un objectif présent dès l'origine de la subrogation personnelle

La subrogation est un mécanisme issu du droit romain résultant du regroupement de la cession d'actions et de la *successio in locum*. Il convient alors de faire apparaître à travers ses deux applications les vestiges d'un objectif de conservation d'un droit au profit du *solvens*.

La conservation d'un droit en matière de cession d'action. Les Romains voyaient dans le rapport entre le créancier et le débiteur l'existence même de la créance, de telle sorte que sa circulation était compromise⁸⁴. Toutefois, une telle rigueur a été atténuée par le mécanisme de

⁸¹ Cela se traduit notamment en ce qui concerne la chose louée dans le bail : C. rur, art. L 123-15.

⁸² V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 21.

⁸³ Dans le même sens, F. Chapuisat, *Vers une utilisation extensive de la subrogation réelle, à propos des lois du 13 juillet 1965 et 3 juillet 1971*, RTD civ. 1973, p. 645 : « *Toute subrogation réelle est caractérisée par la conservation d'un droit malgré une fluctuation matérielle* ».

⁸⁴ P-V. Beauregard, *Paiement avec subrogation : ses origines en droit romain, sa nature et ses effets dans le droit français*, Thèse, A. Parent, Paris, 1876, p. 5 : « *Supprimer un des termes de ce rapport, c'est l'anéantir lui-même* ».

la cession d'action, qui permet à celui qui a payé une dette pour laquelle il était obligé avec d'autres ou pour d'autres « *d'être mis en lieu et place du créancier, afin de pouvoir exercer les droits de ce dernier contre les autres obligés* »⁸⁵. Le bénéfice de la cession d'action est alors similaire à l'application aujourd'hui faite de la subrogation personnelle : « *Le but est identique, le moyen employé est analogue* »⁸⁶. Elle traduit la volonté de conserver un droit au profit de *solvens* afin de maximiser ses chances d'obtenir le remboursement des sommes engagées. Elle présente un caractère dérogoire dans la mesure où le paiement a pour effet la disparition du droit de créance.

La pérennité du droit ne peut être assurée que par le biais de l'octroi d'une action particulière. Au départ strictement limité aux hypothèses où le créancier cédait ses actions, l'assouplissement a été de plus en plus important jusqu'à ce que la cession d'action soit considérée comme tacite sans que l'accord de ce dernier ne soit nécessaire⁸⁷. Dans la mesure où le créancier a été désintéressé, le droit de créance ne présente pour lui plus aucune utilité⁸⁸, il est toutefois maintenu au profit du *solvens*⁸⁹. Cette cession était alors accordée au profit du fidéjusseur, c'est-à-dire celui qui s'engage à garantir une dette contractée par quelqu'un d'autre. Une fois le créancier désintéressé, il obtient la cession de ses actions contre le débiteur principal ou contre les cofidéjusseurs ainsi que les garanties attachées à la créance.

⁸⁵J. Flach, *De la subrogation réelle*, Auguste Durant et Pedone Lauriel, Paris, 1870, p. 2.

⁸⁶ P-V. Beauregard, *Paiement avec subrogation : ses origines en droit romain, sa nature et ses effets dans le droit français*, Thèse, A. Parent, Paris, 1876, p. 8.

⁸⁷J. Flach, *De la subrogation réelle*, Auguste Durant et Pedone Lauriel, Paris, 1870, p. 3 : la nécessité d'accorder un tel recours au *solvens* s'est de plus en plus imposée. Dans un premier temps, la liberté d'accorder ou de refuser une cession d'action revenait au créancier. Par la suite, le débiteur a pu exiger la cession avant d'effectuer le paiement. Dans le même sens, J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 22 : les jurisconsultes vont dans un premier temps, tenter d'apporter des améliorations, qui resteront cependant très limitées : l'*actio mandati contraria* (qui permet au mandataire de se faire indemniser par le mandant des avances et frais effectués) sera ouverte dès lors que l'intervention du fidéjusseur a été sollicitée par le débiteur, et une *actio negotiorum gestorum* (qui résulte de la gestion d'affaires et permet d'obtenir le remboursement des sommes dépensées.) sera possible, lorsque la situation permettra de faire admettre une gestion d'affaires. Ils vont par la suite qualifier de dol le refus de cession de l'action de la part du créancier, et écarter l'effet extinctif du paiement, en considérant que la caution en l'effectuant achète la créance. Il s'agit de contourner la rigueur juridique empêchant un tel mécanisme, de manière à faire primer une solution équitable. La cession d'actions va ainsi permettre au *solvens* d'obtenir du créancier la cession de ses actions et de ses droits contre le débiteur. Cf. *supra*. Introduction : Les origines de la subrogation personnelle.

⁸⁸ P-V. Beauregard, *Paiement avec subrogation : ses origines en droit romain, sa nature et ses effets dans le droit français*, Thèse, A. Parent, Paris, 1876, p. : « *Qu'importe en effet au créancier ce que devient son droit, puisqu'il est payé ?* ».

⁸⁹ Le *solvens* ne bénéficiait pas d'un recours contre celui qu'il a désintéressé, sauf si un rapport antérieur tel que le mandat préexistait.

L'objectif de conservation d'un droit était alors visible dès l'époque romaine : à travers le transfert des actions du créancier au *solvens*⁹⁰, c'est le droit de créance qui est maintenu.

La conservation d'un droit en matière de *successio in locum*. La même analyse peut être faite en matière de *successio in locum* qui consiste en « *l'acquisition au profit du nouveau créancier de tout ou partie des droits d'un premier créancier qui cesse de l'être* »⁹¹. Il peut s'agir par exemple d'un créancier de rang inférieur qui succède à l'hypothèque du créancier de rang supérieur qu'il a désintéressé. Loin d'aboutir à la disparition du droit à l'hypothèque, la *successio in locum* permettait le maintien de ce droit à son profit : il pouvait alors vendre la chose à un moment opportun⁹². L'auteur du paiement n'obtient pas tous les droits et actions de ce dernier, mais uniquement le droit de préférence. La finalité est toutefois la même que la cession d'action : garantir le maintien d'une action ou d'un avantage au profit du *solvens* afin de faciliter son remboursement. La *successio in locum* avait également vocation à s'appliquer lorsque l'acquéreur d'un immeuble employait le prix de son acquisition pour désintéresser les créanciers hypothécaires. En développant cette faculté, le droit romain fait alors émerger un mécanisme de maintien : la subrogation était donc dès l'origine un instrument de conservation.

2. La subrogation personnelle, mécanisme de conservation du droit de créance

La subrogation personnelle est dès l'origine perçue comme un mécanisme de conservation dans la mesure où elle permet le maintien d'un droit de créance une fois le créancier dédommagé. L'objectif de conservation est étroitement lié à son caractère dérogatoire et permet de traduire parfaitement la finalité d'un tel mécanisme.

L'objectif de conservation d'un droit lié au caractère dérogatoire de la subrogation personnelle. De la même façon que la subrogation réelle, la subrogation personnelle présente un caractère dérogatoire, car elle vise à empêcher la disparition du droit de créance une fois le

⁹⁰ En droit romain, la subrogation ne correspond pas à la circulation d'une obligation, mais à la circulation d'actions, dans la mesure où pour obtenir l'exécution d'un contrat ou d'une obligation, il fallait disposer d'une action. Les prêteurs ont contribué à l'extension des actions grâce à leurs édits et formules, ce qui a conduit notamment à donner efficacité aux pactes : M. Levy-Bruhl, *Cours de droit romain*, A.C.E.D. Paris, 1955-1956.

⁹¹ P-V. Beauregard, *Paiement avec subrogation : ses origines en droit romain, sa nature et ses effets dans le droit français*, Thèse, A. Parent, Paris, 1876, p. 76 : la *successio in locum* est accordée afin d'assurer à celui qui avance des sommes dans le but de désintéresser un créancier d'être remboursé. Il peut s'agir d'un tiers qui désintéresse un créancier hypothécaire ou privilégié, ou du paiement des créanciers hypothécaires lors de l'achat d'un bien. Elle fait acquérir au *solvens* le rang des hypothèques et des privilèges du créancier désintéressé.

⁹² J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 24.

paiement effectué. En effet, la dérogation suppose de « *ne pas se conformer à quelque chose* »⁹³. Or, la subrogation s'oppose aux conséquences « normales » du paiement, car elle constitue une exception à son effet extinctif : il « *libère le débiteur à l'égard du créancier et éteint la dette, sauf lorsque la loi ou le contrat prévoit une subrogation dans les droits [de ce dernier]* »⁹⁴. Ainsi, lorsqu'un créancier hypothécaire paye un autre créancier qui lui est préférable en rang, les droits que ce dernier possédait sur le débiteur ne sont pas éteints, mais attribués à l'auteur du paiement⁹⁵. Il peut alors bénéficier du rang privilégié attaché à la créance qu'il a payée⁹⁶.

La subrogation exclut donc les conséquences néfastes qu'aurait l'application de l'effet extinctif du paiement. Elle est apparue comme équitable⁹⁷ dans la mesure où le *solvens* ne doit pas supporter la charge définitive de la dette. En revanche, la situation du débiteur ne peut en aucun cas être aggravée. Pour parvenir à un tel résultat, il est nécessaire de maintenir le droit de créance lui-même. Le caractère dérogoire de la subrogation personnelle a permis de l'appréhender comme un mécanisme de maintien, mais elle ne peut aujourd'hui se limiter à une simple exception⁹⁸. Elle a d'ailleurs pu être analysée comme un paiement translatif⁹⁹ : une double fonction est alors attribuée au paiement. L'extension de son application ne remet cependant pas en cause son objectif principal : la conservation du droit de créance¹⁰⁰.

⁹³ ATILF, CNRS et Université de Lorraine, *Trésor de la langue Française informatisé*, v° « Déroger ».

⁹⁴ C. civ, art. 1342. Cet article traduit alors le caractère dérogoire de la subrogation par l'emploi du terme « sauf ». Le paiement, par principe, entraîne l'extinction de l'obligation, seule la subrogation peut éviter une telle conséquence.

⁹⁵ Par exemple, la subrogation personnelle permet au créancier de payer un autre créancier préférable à raison de ses privilèges et hypothèques. Elle évite donc qu'il n'entre en concurrence avec les créanciers de rang inférieur. Civ, 3^{ème}, 6 mars 2002, n° 00-17.175.

⁹⁶ C. civ, art. 1342-1 : « *Le paiement peut être fait même par une personne qui n'y est pas tenue, sauf refus légitime du créancier* ».

⁹⁷ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 36 ; P-V Beauregard, *Paiement avec subrogation : ses origines en droit romain, sa nature et ses effets dans le droit français*, Thèse, A. Parent, Paris, 1876, p. 1 ; M Gauthier, *Traité de la subrogation de personnes ou du paiement avec subrogation*, Librairie du Conseil d'État, Cotillon, Paris, 1853, p. 6 ; P. De Renusson, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, J. Bodin, Paris, 1685, Chap I, XV, p. 13 ; A. Lelong, *Droit romain : de la subrogation en générale, Droit français : de la subrogation légale*, Jean Delamare, Saint-Lô, 1880, p. 2.

⁹⁸ Cf. *infra*. La consécration d'un principe général de subrogation légale, p. 344.

⁹⁹ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 696.

¹⁰⁰ C. Lachieze, *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil*, Thèse, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 1996, p. 481 : l'auteur considère que la subrogation et la cession de créance sont des opérations neutres, dans le sens où elles ne modifient pas la créance sur laquelle elle porte. Elles conduisent alors à sa conservation par le biais de son transfert d'une personne à une autre. C. Larroumet, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Thèse, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Bordeaux, 1968, n° 28, p.52 : l'auteur met en avant que le droit de créance reste inchangé, ce qui confirme la thèse de la conservation du droit.

L'intégration de la subrogation en tant que mécanisme de conservation de droit. La subrogation personnelle était à l'origine perçue comme la substitution d'une personne à une autre. Toutefois, « *le payeur est en réalité subrogé dans les droits du créancier et non dans sa personne* »¹⁰¹. Par conséquent, « *la subrogation, ce n'est pas n'importe quelle substitution de personnes dans un rapport juridique, c'est uniquement la substitution d'une personne dans les droits attachés à la créance dont une autre était titulaire, à la suite d'un paiement effectué par la première entre les mains de la seconde* »¹⁰². La finalité d'un tel mécanisme est donc la conservation d'un droit. Le droit de créance doit être maintenu, car bien qu'un paiement ait été effectué auprès du créancier, le débiteur définitif de la dette n'a pas rempli son obligation. La subrogation ne constitue donc pas un mécanisme de substitution, mais prend une place particulière dans notre système en tant qu'instrument de maintien.

L'objectif de conservation d'un droit se traduit par exemple au regard de la subrogation dans les créances salariales. La Cour de cassation en 1993¹⁰³ estime ainsi que l'ASSEDIC, ayant payé les créances salariales, est subrogée dans les droits des créanciers super privilégiés et lui accorde par conséquent la priorité de paiement. L'intérêt pour l'ASSEDIC est le maintien à son profit des avantages dont auraient bénéficié les salariés. La subrogation n'a alors pour finalité que de permettre la conservation du droit de créance et ainsi des avantages attachés à celle-ci. En l'absence d'un tel mécanisme, l'ouverture de la procédure collective aurait fortement fragilisé les chances d'indemnisation de l'ASSEDIC et elle serait entrée en concurrence avec les autres créanciers¹⁰⁴.

Une telle analyse se retrouve également en matière de subrogation de l'État dans les droits de ses agents¹⁰⁵. Il peut par exemple se retourner contre une commune responsable¹⁰⁶, étant désormais titulaire des droits de son agent à son encontre. C'est bien le droit de créance lui-même qui est conservé dans la mesure où le subrogé bénéficie des avantages dont disposait le subrogeant et peut également se voir opposer les mêmes exceptions¹⁰⁷. Chaque application de

¹⁰¹ B. Magerand, *La surprenante subrogation de l'État dans les droits du bailleur en cas de refus d'expulsion des locataires*, Petites affiches. n° 68, 4 avril 2002, p. 4.

¹⁰² J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 7.

¹⁰³ Com, 6 juillet 1993, n° 91-14.268.

¹⁰⁴ La subrogation permet également de bénéficier d'une clause de réserve de propriété et c'est l'octroi d'un tel avantage qui est recherché. Par conséquent, le seul moyen de parvenir au maintien de cet avantage est de maintenir le droit de créance auquel il est attaché. Voir par exemple : Civ, 1^{ère}, 22 septembre 2016, n° 15-14.824.

¹⁰⁵ Ordonnance, n° 59-76, 7 janvier 1959, *relative aux actions en réparation civile de l'État et de certaines autres personnes publiques*, art. 1.

¹⁰⁶ CE, 17 avril 1992, n° 49203.

¹⁰⁷ C. civ, art. 1346-4.

la subrogation personnelle suppose donc le maintien du droit de créance dont disposait le créancier originaire à l'encontre du débiteur.

L'objectif principal de la subrogation s'unifie autour de la conservation d'un droit menacé d'extinction. En tant que notion générale, elle possède donc un objectif unique.

Conclusion du chapitre 1

La notion de subrogation a toujours été divisée en deux applications distinctes, reliées uniquement à travers l'idée de substitution. L'analyse globale a toutefois permis d'identifier une notion juridique à part entière, c'est-à-dire pourvue d'une définition unique et d'un objectif principal.

La reconnaissance d'un mécanisme unique de subrogation ne pouvait prendre forme qu'à partir de l'étude préalable de ses critères de définition. Or, pour définir l'existence d'une notion générale de subrogation, il a dans un premier temps fallu préciser ses deux formes d'application. Pour ce faire, l'étude s'est inspirée des définitions élaborées et peaufinées par la doctrine. Des points de convergence entre la subrogation réelle et la subrogation personnelle ont pu être décelés, ce qui a permis d'étudier le mécanisme de façon globale. La subrogation peut donc, à ce stade du raisonnement, se concevoir comme un mécanisme visant à la survie d'un droit malgré une modification de la situation juridique. La conservation du droit s'effectue par son report sur un autre bien ou au profit d'une personne autre que le titulaire initial. La subrogation se propose de supprimer un effet considéré comme néfaste, apparu à la suite d'une perturbation de la situation juridique. L'approche comparative a donc permis de conférer à la notion une signification juridique globale qui lui a toujours fait défaut.

La notion ne se limite pas à un domaine juridique particulier, mais irradie à la fois le droit privé et le droit public. L'étude devait alors permettre de déterminer si le mécanisme employé par le juge administratif pouvait être assimilé à celui mis en œuvre par le juge judiciaire. Une autonomisation de la notion en droit public aurait conduit à rejeter toute idée d'unité, dans la mesure où elle aurait été soumise à des règles propres, c'est-à-dire distinctes de celles employées en droit privé. Il ne s'agit pas de remettre en cause l'autonomie du droit administratif, mais de constater l'absence d'autonomisation de la notion en droit public. La subrogation personnelle a en effet été incorporée à son corpus juridique, sans aboutir à la création d'un mécanisme distinct. Sa transposition permet alors au mécanisme de s'adapter aux besoins du droit public, tout en conservant son unité. La notion de subrogation regroupe donc une réalité unique, renforcée par son caractère transversal.

La subrogation est une technique juridique mise en œuvre pour répondre à une finalité particulière. Elle a d'ailleurs un aspect dérogatoire, et ne peut être le fruit du hasard. L'émergence d'un objectif unique ne s'est cependant pas imposée d'elle-même. Et pour cause, la subrogation réelle regroupe une variété d'applications répondant à des buts distincts. Une telle hétérogénéité n'a jusqu'alors pas permis de les regrouper autour d'une même finalité. Une approche duale a été faite autour de deux notions complémentaires, que sont l'affectation et la restitution de biens. L'une peut certes décrire un but, mais l'autre s'apparente davantage à un moyen technique. En outre, la notion d'affectation ne regroupe l'ensemble des applications de la subrogation qu'au moyen d'une approche extensive. L'idée de perpétuation qui transcende ces deux termes permet toutefois de faire émerger l'objectif de la subrogation réelle. Elle répond à un besoin de maintien de la situation juridique, malgré la modification d'un de ses éléments essentiels. C'est alors le droit portant sur le bien qui est maintenu, et la subrogation s'impose donc comme un instrument de conservation d'un droit. Une telle analyse peut également être faite à propos de la subrogation personnelle. Elle s'articule, dès l'origine, autour de ce besoin de conservation des avantages au profit du *solvens*. La nature du droit conservé importe donc peu, dans la mesure où chaque application répond à cette même finalité : permettre sa survie.

Se dessine alors une notion unique de subrogation, répondant à un objectif principal. L'analyse globale doit alors se poursuivre concernant son élément déclencheur et le résultat attendu de sa mise en œuvre.

Chapitre 2 :

L'équilibre, le résultat attendu de la conservation d'un droit

La détermination du résultat attendu de la subrogation suppose d'étudier en amont les raisons de sa mise en œuvre. Il sera nécessairement lié à son objectif de conservation d'un droit.

Les raisons de la conservation d'un droit. Le résultat attendu de la subrogation dépend de son élément déclencheur. Puisque la subrogation vise à conserver un droit, elle suppose en amont que son existence soit menacée. Elle permet alors de surmonter les conséquences qui en découleraient, par le maintien de celui-ci sur un bien nouveau ou au profit d'une autre personne. Dès lors, elle assure une certaine constance de la situation juridique antérieure. La subrogation personnelle permet au *solvens* d'agir contre le débiteur définitif de la charge de la dette. La subrogation réelle, quant à elle, suppose que le droit continue de s'exercer sur le bien venu en remplacement, et conserve donc toute son utilité auprès du détenteur. Le droit représente alors une valeur patrimoniale. Il permet soit le remboursement des sommes engagées, soit le maintien d'une prérogative sur un bien déterminé. À titre d'exemple, le maintien du droit de propriété sur le bien de remplacement conserve l'équilibre patrimonial, et le report du droit de préférence conserve l'avantage détenu par le créancier lui permettant d'optimiser ses chances de paiement. Loin de bouleverser un certain ordre juridique établi, la subrogation permet de le maintenir intact. Elle vise alors à perpétuer un certain équilibre, qui serait rompu si le droit venait à disparaître. Les raisons de sa mise en œuvre résident donc dans un événement perturbateur de l'équilibre patrimonial, et elle se présente comme un procédé de lutte contre la disparition d'un droit.

Les conséquences directes de la conservation d'un droit. Le résultat attendu de la subrogation se cache derrière les conséquences directes de la conservation d'un droit. L'objectif tend à définir le but qu'une opération vise à atteindre, alors le résultat permet de décrire les conséquences de sa mise en œuvre. Une cohérence entre les deux notions est alors

essentielle. Pour saisir l'importance de la subrogation, il faut déterminer le résultat recherché par la conservation du droit lui-même. Dans la mesure où la subrogation est une opération de maintien, son résultat doit également avoir une dimension de perpétuation d'une situation. Elle est alors guidée par un but précis : maintenir une situation antérieure intacte, alors même que le droit est menacé d'extinction. Ainsi envisagée, l'occasion de la subrogation réside dans la perturbation d'une situation juridique qui risque de créer un déséquilibre patrimonial. Par la conservation du droit, elle permet de maintenir l'équilibre antérieur. Un lien indiscutable s'établit donc entre conservation et équilibre : le maintien de l'équilibre n'est autre que le résultat direct de la conservation du droit. Cette nouvelle approche de la subrogation consiste à lui prêter une fonction conservatrice et une fonction régulatrice, toutes deux interdépendantes.

Une démonstration en deux temps doit alors être faite : tout d'abord, c'est lorsqu'un droit est menacé d'extinction que la subrogation trouve application. La conservation de celui-ci se fait donc en réaction à un risque de déséquilibre patrimonial (Section 1). Ensuite, c'est parce que la subrogation répond à un objectif de conservation qu'elle est un instrument d'équilibre. Elle constitue donc le point de convergence entre la conservation d'un droit et le maintien de l'équilibre antérieur (Section 2).

Section 1 :

La subrogation, une réaction à un risque de déséquilibre patrimonial

La question est de savoir pour quelle raison on a recours à la subrogation. La réponse réside alors dans l'objectif même de ce mécanisme : instrument de conservation, il permet de surmonter le risque de disparition d'un droit. Pour qu'il y ait subrogation, il faut donc une modification de la situation juridique initiale. La subrogation personnelle est une réaction au paiement effectué par un autre que le débiteur définitif¹. La subrogation réelle, quant à elle, suppose la disparition d'un bien, par exemple en raison d'une aliénation volontaire² ou d'une destruction accidentelle³. Dès lors, les événements qui engendrent une possible mise en œuvre de la subrogation paraissent désordonnés. Divers et variés, ils ne semblent pouvoir être généralisés. À la base de chacune des applications de la subrogation se trouve pourtant un événement susceptible d'occasionner la disparition d'un droit. À la lumière du terme employé par M. Lauriol, ces événements seront alors nommés « fluctuations juridiques »⁴.

Il est nécessaire de déterminer ce que recoupe la notion de « fluctuation juridique ». De la disparition du droit résulte une variation économique affectant directement le patrimoine du détenteur⁵. La fluctuation juridique occasionne donc un mouvement de valeur au sein du patrimoine, alors que la subrogation assure la stabilité du droit. Si le droit venait à s'éteindre, une perte de valeur patrimoniale en résulterait. Ainsi, lorsque le bien est détruit, sa valeur sort du patrimoine du propriétaire et ne peut plus servir de droit de gage aux créanciers privilégiés.

¹ C. civ, art. 1346.

² Par exemple l'aliénation d'un bien propre : C. civ, art. 1434.

³ C. ass, art. L 121-13.

⁴ Il emploie ce terme pour désigner les événements générateurs de subrogation réelle. La fluctuation constitue alors l'occasion de la subrogation réelle : M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1, pp. 83 et suivantes.

⁵ ATILF, CNRS et Université de Lorraine, *Dictionnaire du Moyen Français*, 2015, v° « fluctuation ».

À l'inverse, la subrogation permet de maintenir l'équilibre patrimonial par le report du droit de préférence sur l'indemnité d'assurance⁶.

Ces deux notions sont donc antinomiques : la fluctuation constitue un évènement perturbateur et la subrogation un instrument de maintien. Tout déséquilibre patrimonial n'entraîne cependant pas le recours au mécanisme subrogatoire. À titre d'exemple, le droit peut s'éteindre par prescription sans que la subrogation ne soit d'aucun secours⁷. Il faut alors définir quel équilibre la subrogation vise à maintenir. Une distinction doit être faite entre les évènements organisés par les parties ou juridiquement définis, et ceux qui s'opposent à certaines institutions, telles que les règles issues de la responsabilité.

La subrogation est alors un mécanisme intervenant en réaction à un risque de déséquilibre patrimonial (paragraphe 1), et elle permet la préservation de l'équilibre antérieur (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'occasion de la subrogation : la fluctuation

Déterminer l'occasion de la subrogation revient à s'interroger sur les évènements susceptibles d'en commander la mise en œuvre. Dans la mesure où elle a pour objectif la conservation d'un droit, un évènement antérieur doit en menacer l'existence. Ces évènements, que l'on nomme « fluctuations juridiques » doivent comporter certaines spécificités pour déclencher le mécanisme subrogatoire. Ils interviennent en amont de toute subrogation et modifient la situation juridique, de telle sorte que l'exercice du droit dans ces conditions d'origine se trouve empêché. Il convient donc dans un premier temps d'exposer les évènements générateurs de fluctuations (1). Un critère apparaît alors commun à toutes ses applications : la perturbation de l'équilibre patrimonial antérieur (2).

A. Les évènements générateurs de fluctuations

Les fluctuations juridiques ont des conséquences distinctes en présence d'une subrogation réelle ou d'une subrogation personnelle. En matière de subrogation réelle, elles rendent

⁶ A titre d'illustration : Civ, 2^{ème}, 22 novembre 2018, n° 17-20.926.

⁷ C. civ, art. 2219 et suivants.

impossible l'exercice du droit sur le bien initial (1). En ce qui concerne la subrogation personnelle, elles agissent sur la répartition de la charge de la dette (2).

1. La fluctuation et l'impossibilité d'exercer le droit sur le bien initial

La subrogation réelle permet la conservation d'un droit par le report de celui-ci sur un bien nouveau. Par conséquent, l'évènement qui offre l'occasion de sa mise en œuvre affecte l'objet du droit⁸. Il ne faut cependant pas en conclure que la substance de la chose est nécessairement atteinte. La subrogation peut certes intervenir à la suite d'évènements factuels comme la perte, la destruction ou encore la modification de l'objet, mais elle peut également résulter d'un acte juridique tel que l'aliénation volontaire du bien.

Il ne s'agit donc pas de dresser une liste exhaustive de tous les évènements qui constituent une occasion de la subrogation réelle, mais de mettre en lumière leur diversité. Ils doivent alors, en tout état de cause, rendre impossible l'exercice du droit sur le bien initial.

La diversité des causes de fluctuations. En premier lieu, la fluctuation peut atteindre la substance de la chose et le bien ainsi détruit n'est plus apte à porter le droit dont il faisait l'objet. Un bien meuble et un bien immeuble sont par principe destructibles. Ainsi, une habitation peut être détruite à la suite d'un incendie, et le propriétaire se voit alors dépossédé de tout ou partie de son bien. La fluctuation réside dans cette destruction qui donne l'occasion à la subrogation réelle de s'appliquer : c'est parce que le bien est détruit que le droit menacé d'extinction peut être conservé. Ainsi, le report du droit de préférence des créanciers hypothécaires se fait sur l'indemnité d'assurance qui représente la part du bien détruit⁹. La sûreté prend alors en compte la valeur de celui-ci. Même si le bâtiment n'est que partiellement

⁸ La fluctuation peut porter sur des biens corporels ou incorporels : M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1, p. 163 : « C'est parce que les biens incorporels se comportent, en tant qu'objets de droits, comme des biens corporels stricto sensu, au regard de leur remplacement possible, comme au regard de la technique qui les appréhende qu'il convient de les comprendre, par assimilation fonctionnelle, dans l'expression "biens matériels" entendue largement ».

⁹ C. civ, art. 815-10, al 1 : « Sont de plein droit indivis, par l'effet d'une subrogation réelle, les créances et indemnités qui remplacent des biens indivis, ainsi que les biens acquis, avec le consentement de l'ensemble des indivisaires, en emploi ou remploi des biens indivis » ; C. ass, art. L 121-13, al 1 : « Les indemnités dues par suite d'assurance contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité du bétail, ou les autres risques, sont attribuées sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang » ; C. civ, art. 1406 : « Forment des propres, sauf récompense s'il y a lieu, les biens acquis à titre d'accessoire d'un bien propre ainsi que les valeurs nouvelles et autres accroissements se rattachant à des valeurs mobilières propres. Forment aussi des propres, par l'effet de la subrogation réelle, les créances et indemnités qui remplacent des propres, ainsi que les biens acquis en emploi ou remploi, conformément aux articles 1434 et 1435 ».

atteint, et quelle que soit la cause de la destruction, le droit est affecté en ce sens qu'il porte sur une valeur initiale qui s'en trouve modifiée¹⁰.

En second lieu, la fluctuation peut résulter d'un acte juridique tel qu'une décision administrative venant affecter l'usage de la chose. Il peut s'agir de l'interdiction pour le bail d'habitation de continuer à porter sur le bien initial¹¹ : la substance de la chose n'est certes pas atteinte, néanmoins, la fluctuation affecte le rapport entre le bien et le droit et rend opportun le recours à la subrogation¹².

Une application courante de ce mécanisme résulte également de l'aliénation d'un bien. Capitant considère d'ailleurs que « *le prix se trouve toujours subrogé à la chose aliénée, au profit de celui qui avait sur cette chose un droit de propriété qui s'est éteint par le fait de l'aliénation* »¹³. Ainsi, dès qu'une action en revendication est faite, le droit est considéré comme n'étant jamais sorti du patrimoine du propriétaire originaire¹⁴ et les causes de dissolution « *visent principalement le fait même qui engendre l'occasion de la subrogation : l'effet translatif de l'aliénation* »¹⁵. De ce fait, en matière de retour de l'absent, le patrimoine doit être rétabli : le droit de propriété doit se reporter sur le prix de vente ou sur les biens acquis en emploi des capitaux ou des revenus échus à son profit¹⁶.

Pour finir, la fluctuation peut provenir d'un cumul entre un évènement matériel, par exemple lorsqu'une rivière change de lit et recouvre un fonds de terre voisin, et un évènement juridique : la parcelle recouverte appartient alors au domaine public. Ainsi, dans un arrêt de 1972, la Cour de cassation considère que « *le propriétaire qui a été privé de ses droits par la*

¹⁰ Com, 20 juin 1995, n° 93-10.331 : l'hypothèque consentie sur un immeuble indivis par un indivisaire est reportée, en cas de vente du bien grevé, sur la fraction du prix attribué au constituant.

¹¹ À titre d'exemple : Civ, 3^{ème}, 9 février 2017, n° 16-13.260 : en l'espèce, un arrêté préfectoral du 26 décembre 2007 avait déclaré l'immeuble insalubre, interdit de façon immédiate et définitive son habitation et ordonné sa libération.

¹² Dans le même sens, une expropriation pour cause d'utilité publique engendre le report du droit de propriété sur le prix de l'indemnité au profit des créanciers hypothécaires ou privilégiés.

¹³ H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, p. 390.

¹⁴ En raison de l'anéantissement rétroactif de l'acte. À titre d'exemple, l'annulation d'une vente conduit par principe à la restitution du bien. Il convient de relever que toute reconstruction révèle une part d'artifice, en ce sens que l'on tente de replacer la personne dans la situation initiale qui était la sienne. Dès lors, des aménagements sont mis en place lorsque la restitution en nature est impossible : C. civ, art. 1352 : « *La restitution d'une chose autre que d'une somme d'argent a lieu en nature ou, lorsque cela est impossible, en valeur, estimée au jour de la restitution* ».

¹⁵ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1, p. 99.

¹⁶ C. civ, art. 130. Dans le même sens : lorsqu'au sein d'une indivision, un indivisaire vend seul la totalité du bien indivis alors même que les actes de disposition supposent l'unanimité des indivisaires, une nullité de l'acte de vente peut être demandée. Lorsque le bien ne peut être restitué en nature, le droit de propriété se reporte sur le prix de vente. Voir également l'emploi et le remploi de biens propres sous le régime de la communauté d'acquêt : C. civ, art. 1434.

perte de son immeuble sous le seul effet des forces de la nature, se trouve réintégré dans sa propriété lorsque, de la même manière, l'obstacle qui l'en avait privé a disparu »¹⁷. La subrogation réelle trouve ici application, puisque le droit de propriété portant initialement sur le fonds de terre recouvert est directement atteint¹⁸.

L'exercice du droit rendu impossible en raison de la fluctuation. La subrogation réelle, en ce qu'elle permet la conservation d'un droit, suppose que celui-ci soit menacé d'extinction¹⁹. La fluctuation ne peut donc être caractérisée que si l'évènement factuel ou juridique rend impossible l'exercice du droit portant sur le bien initial. Tel est le cas de la destruction de l'immeuble qui fait directement obstacle à la mise en œuvre du droit de préférence des créanciers hypothécaires, ou encore de la vente d'un bien de l'absent qui rend impossible l'exercice de son droit de propriété sur le bien initial.

Il convient de noter que « *la disparition de l'objet d'un droit réel ou personnel ne provient pas nécessairement de la destruction totale de la chose, mais tient à l'impossibilité pour cette dernière d'assumer sa fonction* »²⁰. Toute aliénation ne conduit donc pas nécessairement à une fluctuation juridique. À titre d'exemple, la présence d'un droit de suite permet au créancier de faire saisir le bien grevé d'une sûreté et d'exercer son droit en quelque main qu'il se trouve. À l'inverse, si le bien est détruit, l'exercice du droit de préférence est rendu impossible et l'évènement peut être qualifié de fluctuation juridique. Par conséquent, la fluctuation doit nécessairement faire obstacle, partiellement ou totalement, à l'exercice du

¹⁷ Ass. Plén, 23 juin 1972, n° 70-12.960 : en l'espèce, la nouvelle société civile et agricole du They de Roustan a acquis en 1824 un plan d'eau de quinze hectares. En 1872, une tempête a détruit le cordon littoral et l'étang est alors réuni à la mer : il intègre donc le domaine public. En 1942, le cordon littoral se reconstitue : l'étang cesse alors d'appartenir au domaine public.

¹⁸ C. civ, art. 563 : « *Si un cours d'eau domanial forme un nouveau cours en abandonnant son ancien lit, les propriétaires riverains peuvent acquérir la propriété de cet ancien lit, chacun en droit soi, jusqu'à une ligne qu'on suppose tracée au milieu du cours d'eau. Le prix de l'ancien lit est fixé par des experts nommés par le président du tribunal de la situation des lieux, à la requête de l'autorité compétente. A défaut par les propriétaires riverains de déclarer, dans les trois mois de la notification qui leur sera faite par l'autorité compétente, l'intention de faire l'acquisition aux prix fixés par les experts, il est procédé à l'aliénation de l'ancien lit selon les règles qui président aux aliénations du domaine des personnes publiques. Le prix provenant de la vente est distribué aux propriétaires des fonds occupés par le nouveau cours à titre d'indemnité, dans la proportion de la valeur du terrain enlevé à chacun d'eux* ».

¹⁹ R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, p. 236 : « *Sans la disparition du bien ancien, par vente, échange, renonciation, destruction ou autrement, le bien nouveau ne serait pas là. L'extinction du droit de propriété qui existait sur le bien ancien a fait acquérir un droit de propriété ou naître un droit de créance nouveau* ».

²⁰ G. Rives, *Subrogation réelle à titre particulier et propriété immobilière*, RTD civ. 1968, p. 632. Par exemple, la destruction matérielle peut entraîner la perte d'une partie seulement de l'immeuble. Le droit de propriété est alors affecté et ne peut porter que sur la partie restante et le droit de gage des créanciers hypothécaires est de la même façon diminué. Le report du droit de préférence sur l'indemnité d'assurance remplaçant la partie du bien détruite permet de maintenir intacte la valeur de la sûreté.

droit sur le bien d'origine. La subrogation réelle permet alors la conservation de ce droit par son report sur un bien nouveau.

2. La fluctuation et la répartition du poids définitif de la charge de la dette

De la même façon que la subrogation réelle, la subrogation personnelle suppose, en amont, la réalisation d'une fluctuation juridique. Celle-ci se matérialise par un paiement qui modifie la répartition de la charge de la dette. Il peut résulter de l'intégration d'une tierce personne dans le rapport juridique ou encore d'une facilité de paiement accordée au débiteur. Peu importe qu'il soit effectué volontairement²¹ ou qu'il résulte d'une obligation légale ou jurisprudentielle²². Cette modification doit toutefois conduire à libérer le débiteur définitif de tout ou partie de la charge de la dette.

Le critère d'appréciation de la fluctuation : la répartition de la charge de la dette.

La subrogation personnelle aboutit au transfert du droit de créance au profit du *solvens* et lui permet d'exercer une action contre le débiteur originaire²³. À première vue, le but économique de tout paiement est identique : la satisfaction du créancier²⁴. Cependant, cette satisfaction peut se faire par une voie indirecte : bien que le créancier soit désintéressé, le débiteur ne s'est pas acquitté de son obligation et le *solvens* paie une dette dont il ne doit pas supporter la charge définitive²⁵. Un tel paiement contribue donc à modifier l'exécution « normale » de l'obligation²⁶.

²¹ Le paiement de la dette d'autrui peut être effectué en dehors de toute obligation légale ou jurisprudentielle : par exemple par le biais d'un cautionnement. La subrogation personnelle était d'ailleurs, à l'origine, perçue comme un office d'ami : J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p 21.

²² Civ, 1^{ère}, 18 septembre 2002, n° 99-20.297.

²³ C. civ, art. 1346 : « *La subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette* ».

²⁴ S. Benlisi, *Paiement*, Rép. civ. 2019, n° 1. C. civ, art. 1342.

²⁵ Par exemple, les fonds de garantie n'ont pas vocation à supporter la charge définitive de la dette, mais apparaissent comme une garantie de paiement pour la victime. J. Knetsch, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation : Analyse en droits français et allemand*, Thèse, Université Panthéon-Assas Paris II, 2011, pp. 412 et suivantes. C. Bruand, *Les recours « des tiers payeurs » (loi du 5 juillet 1985)*, Thèse, Paris I, 1993. H. Belrhali, *Les coauteurs en droit administratif*, LGDJ, 2003. P. Jourdain, *Application de la responsabilité in solidum de coresponsables dont certains sont tenus d'une perte de chance et d'autres de l'entier dommage*, RTD civ. 2011, p. 356. Civ, 2^{ème}, 28 juin 2007, n° 06-15.744.

²⁶ S. Benlisi, *Paiement*, Rép. civ. 2019, n° 1 : « *Le nouvel article 1342 dispose ainsi que le paiement est l'exécution volontaire de la prestation due. Il est même le mode "normal" d'extinction des obligations. C'est pour cela qu'il demeure le premier mode d'extinction des obligations visé dans le Code civil* ». J. Knetsch, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation : Analyse en droits français et allemand*, Thèse, Université Panthéon-Assas Paris II, 2011, p. 10, considère que le « *droit de la responsabilité qui constitue la voie d'indemnisation traditionnelle* ».

La subrogation personnelle permet alors la transmission du droit de créance au profit du *solvens* afin de rétablir les règles de répartition. Les étapes successives de la responsabilité constituent par conséquent l'évènement générateur de fluctuation et le moyen d'y faire obstacle : au stade de l'obligation à la dette, une fluctuation juridique a lieu, alors qu'au stade de la contribution, un recours subrogatoire peut être exercé. La fluctuation juridique peut donc être définie comme un paiement subrogatoire, c'est-à-dire effectué par un autre que le débiteur définitif et aboutissant à la modification de la répartition de la charge de la dette.

Plusieurs évènements peuvent être générateurs de fluctuation : l'article 1342-1 du Code civil précise que le paiement peut être fait par une personne qui n'y est pas tenue, sauf refus légitime du créancier. Dès lors, un tiers peut être intégré dans le rapport obligationnel et la fluctuation est alors facilement palpable : le rapport devient tripartite²⁷. L'État, en tant que garant de l'indemnisation, peut être contraint d'indemniser la victime en présence de fautes non dépourvues de tout lien avec le service²⁸. De la même façon, le commettant engage sa responsabilité lorsque le préposé a commis une faute qui excède les limites de sa mission, mais qui ne constitue pas un abus de fonction²⁹. En outre, la fluctuation peut également avoir lieu entre codébiteurs de l'obligation, dans la mesure où ils ne doivent supporter qu'une partie de la charge de la dette³⁰. L'État, contraint d'indemniser entièrement la victime en présence d'un cumul de faute³¹ ou de responsabilité³², peut donc agir contre son agent pour obtenir le remboursement d'une partie des sommes engagées.

Les obstacles à l'admission d'une fluctuation. Certains évènements font obstacle à la qualification de fluctuation. Tout d'abord, le paiement peut avoir pour effet non pas de libérer le débiteur définitif, mais de modifier volontairement la répartition de la charge de la

²⁷ À titre d'exemple, le paiement effectué par l'assureur conduit celui-ci à intégrer le rapport juridique entre une victime d'accident de la circulation et le propriétaire du véhicule responsable. C. Larroumet décrit l'opération juridique à trois personnes comme étant l' « opération résultant d'une convention unique, exclusive de toute représentation de l'une des trois personnes intéressées par l'une des deux autres, et cela aussi bien au moment de sa conclusion que dans ses effets, et qui suppose une multiplication ou un enchevêtrement de relations juridiques entre les trois personnes, tels sont les éléments caractéristiques de l'opération juridique à trois personnes » : C. Larroumet, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Thèse, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Bordeaux, 1968, n° 11, p. 22.

²⁸ CE, 18 novembre 1949, *Demoiselle Mimeur*, Rec. p. 492.

²⁹ F. Bénac-Schmidt et C. Larroumet, *Responsabilité du commettant*, Rép. trav. 1999, n° 99 et suivants.

³⁰ H. Belrhali, *Les coauteurs en droit administratif*, LGDJ, 2003. P. Jourdain, *Application de la responsabilité in solidum de coresponsables dont certains sont tenus d'une perte de chance et d'autres de l'entier dommage*, RTD civ. 2011, p. 356. A. Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019. Civ, 2^{ème}, 28 juin 2007, n° 06-15.744.

³¹ CE, 3 février 1911, *Anguet*, n° 34922, Rec. p. 146.

³² CE, 26 juillet 1918, *Époux Lemonnier*, n° 49595 et n° 55240, Rec. p. 761, concl. Blum.

dette. Ainsi, le paiement effectué dans une intention libérale écarte l'application de la subrogation³³. Le *solvens*, en effectuant son paiement, se désigne volontairement comme débiteur. Les conditions de la fluctuation ne sont donc pas remplies : il ne libère pas le débiteur définitif de sa dette, mais modifie la personne désignée comme telle³⁴.

En outre, dès lors que le paiement de la dette d'autrui est voulu et organisé par les parties dans le cadre d'un mandat, la subrogation ne peut trouver application : il est certes effectué par le mandataire, mais pour le compte du mandant. De la même façon, la gestion d'affaires suppose que le gérant agisse pour le compte du maître de l'affaire à son insu et sans opposition³⁵. Il peut dès lors obtenir le remboursement des dépenses utiles et nécessaires qu'il a engagées. Celles-ci ont pu, dans une certaine mesure, contribuer à libérer le maître de l'affaire de sa dette envers un créancier. Néanmoins, c'est une action en remboursement qui lui est octroyée³⁶.

Dans d'autres hypothèses, le paiement ne pas être qualifié de fluctuation juridique alors même qu'il libère le débiteur définitif de la charge de la dette. Ainsi, lorsque le *solvens* acquitte la dette d'autrui par erreur³⁷ ou sous la contrainte, il dispose d'une action en répétition de l'indu contre le créancier désintéressé³⁸. Par conséquent, pour être qualifiée de fluctuation, la modification de la charge de la dette doit revêtir la nature d'un paiement subrogatoire, c'est-à-dire libérant le débiteur définitif, exception faite du paiement effectué par erreur ou sous la contrainte.

³³ E. Savaux, *Subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 161. Civ, 1^{ère}, 12 mai 1982, n° 81-11.446 : « *L'intention libérale étant exclusive de l'exercice, par M. Y..., des droits qu'il tenait de la quittance subrogative* ».

³⁴ Il n'est plus possible de considérer que le *solvens* libère le débiteur définitif étant lui-même devenu débiteur.

³⁵ Le gérant de l'affaire est soumis aux mêmes obligations que le mandataire : C. civ, art. 1301. Il n'agit cependant pas sur le fondement d'un contrat. Il peut conclure des actes juridiques, mais également des actes matériels. En outre, les obligations de maître de l'affaire sont également analogues à celles d'un mandant : C. civ, art. 1301-2. C. François, *Présentation des articles 1301 à 1301-5 du nouveau chapitre I « la gestion d'affaires »*, Université Paris I : Panthéon Sorbonne, juillet 2016.

³⁶ La gestion d'affaires a d'ailleurs pu être considérée comme le fondement de l'octroi d'un recours personnel au côté du recours subrogatoire : Cf. *infra*. Les tentatives infructueuses pour fonder le recours personnel en droit privé, p. 466.

³⁷ Civ, 1^{ère}, 31 janvier 1989, n° 86-16.246 : erreur sur la qualité du créancier. Com, 22 novembre 1977, n° 76-13.435 : paiement d'une lettre de change par la banque du tiré sans vérification de l'acceptation de ce dernier. Com, 30 oct. 2000, n° 98-10.688 : erreur dans l'ordre des privilèges.

³⁸ C. civ, art. 1302-2.

B. La perturbation de l'équilibre patrimonial

L'équilibre patrimonial est directement perturbé lorsque le droit ne peut plus porter sur le bien initial, ou lorsque la répartition du poids définitif de la charge de la dette est modifiée. Dès lors, un évènement ne peut être considéré comme générateur de fluctuations juridiques que dans la mesure où il créait un risque de déséquilibre patrimonial rendant le recours à la subrogation opportun³⁹ (1). Bien que la subrogation vise à corriger les effets de ces mouvements de valeurs, ils sont incontournables et peuvent même être souhaitables juridiquement et économiquement (2).

1. La fluctuation, élément générateur d'un risque de déséquilibre patrimonial

La fluctuation juridique constitue l'occasion de la mise en œuvre de la subrogation en ce qu'elle créait un risque de déséquilibre patrimonial qui est empêché ou corrigé par la conservation du droit menacé d'extinction.

La fluctuation juridique et le déséquilibre patrimonial. Toute fluctuation juridique entretient un lien étroit avec la notion de déséquilibre patrimonial. En matière de subrogation réelle, l'évènement générateur de fluctuation peut atteindre la substance même de l'objet. La disparition de tout ou partie du bien entraîne une perte de valeur au sein du patrimoine du propriétaire, et influence également celui des créanciers hypothécaires⁴⁰. La disparition de leur droit de préférence peut compromettre le paiement de leur créance. Le déséquilibre ne se traduit certes pas directement par un enrichissement ou un appauvrissement, mais résulte de leur mise en concurrence avec les créanciers chirographaires⁴¹.

En effet, dans l'exercice normal du droit de préférence, dès lors que le débiteur est insolvable, le créancier hypothécaire peut se faire payer sur la vente de l'immeuble, alors que

³⁹ M. Lauriol considère que « *la fluctuation de l'objet matériel des droits subjectifs réalise un évènement anormal dans le comportement de ces droits. Quand un droit se voit assigner un objet matériel déterminé, c'est pour le garder et non pour en changer* » : *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 193.

⁴⁰ S. Guinchart et T. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 21^e édition, 2014, p 898, v° « Sûreté » : la sûreté désigne la garantie que détient un créancier pour le recouvrement de sa créance. Il peut s'agir d'une sûreté personnelle, c'est-à-dire résultant de l'engagement d'une autre personne au côté du débiteur tels le cautionnement ou la garantie autonome, ou d'une sûreté réelle qui repose sur un bien. Ainsi, en cas de défaillance du débiteur, le produit de la vente du bien est remis au créancier détenteur de la sûreté par préférence aux créanciers chirographaires. Elle résulte par exemple d'un gage ou d'une hypothèque. C. civ, art. 2284 et suivants.

⁴¹ C. civ, art. 2285 : « *Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence* ». C civ, art. 2323 : « *Les causes légitimes de préférence sont les privilèges et hypothèques* ».

les créanciers chirographaires ne peuvent espérer obtenir que le reliquat⁴². En revanche, en l'absence de subrogation, si le bien est détruit, les créanciers chirographaires pourront obtenir un paiement plus conséquent. À l'inverse, le créancier hypothécaire obtiendra un paiement bien moindre : tous ont les mêmes droits sur le patrimoine du débiteur, et le paiement est effectué par contribution⁴³. Il existe donc, au stade de la fluctuation, un risque de déséquilibre patrimonial.

De la même façon, lorsqu'un époux aliène un bien propre en vue de l'acquisition d'un nouveau, la présomption de communauté fait entrer le bien nouvellement acquis dans la masse commune qui s'enrichit alors au détriment de la masse de biens propres⁴⁴. La fluctuation juridique représente donc une variation patrimoniale que la subrogation vise à corriger⁴⁵.

En matière de subrogation personnelle, le constat est identique. Lorsque le paiement émane d'un autre que le débiteur définitif de la dette, celui-ci est enrichi alors que le *solvens* est appauvri. À titre d'exemple, lorsque la victime actionne l'État en réparation de son entier préjudice, il peut être contraint de verser une somme supérieure à celle correspondant à la faute de service et libère son agent de l'indemnisation due en raison de sa faute personnelle⁴⁶.

L'occasion de la subrogation réelle ou personnelle réside donc dans la création d'un déséquilibre patrimonial au regard de la situation préalablement établie. L'impossibilité pour le droit de continuer à porter sur le bien initial implique un risque de variation économique affectant soit le patrimoine où le bien est rattaché, soit le patrimoine d'un tiers. De la même façon, le paiement subrogatoire crée un déséquilibre au regard de la répartition de la charge de la dette. Ainsi, en l'absence de mise en œuvre d'un mécanisme correctif, un déséquilibre patrimonial en résulterait.

⁴² R. Martin, *Distribution des deniers : meubles, aéronefs, bateaux, navires*, Rép. pr. civ. 2019, n° 54. C. civ, art. 2458 et suivants. S. Piédelièvre, *Hypothèque*, Rép. pr. civ. 2019, n° 437.

⁴³ C. civ, art. 2285. R. Martin, *Distribution des deniers : meubles, aéronefs, bateaux, navires*, Rép. pr. civ. 2019, n° 54 : « *Le surplus est réparti entre les créanciers chirographaires. Si la somme à distribuer est insuffisante à couvrir toutes les créances dans leur intégralité, chaque créancier reçoit un dividende proportionnel à sa créance, ce qu'on appelle traditionnellement le Marc le Franc. Ainsi, l'existence de privilèges conditionne le surplus laissé aux créanciers chirographaires* ».

⁴⁴ C. civ, art. 1402

⁴⁵ Ainsi, la subrogation permet le maintien de l'intégrité de la masse de biens indivis : C. civ, art. 815-10 ; ou encore la restitution du prix de vente lorsque celle du bien en nature ne peut être exigée : C. civ, art. 1352-2.

⁴⁶ Hypothèse du cumul de faute, du cumul de responsabilité ou de la faute non détachable du service : CE, 3 février 1911, *Anguet*, n° 34922, Rec. p. 146, CE, 26 juillet 1918, *Époux Lemonnier*, n° 49595 et n° 55240, Rec. p. 761, concl. Blum ; CE, 18 novembre 1949, *Demoiselle Mimeur*, Rec. p. 492.

La naissance ou le risque d'un déséquilibre patrimonial ? Le déséquilibre patrimonial s'observe au stade de la fluctuation, exception faite de l'application de la subrogation réelle ou personnelle. Il convient donc de nuancer sa concrétisation : si tel est parfois le cas, celle-ci peut être évitée par la conservation du droit menacé d'extinction. Dès lors, la fluctuation peut uniquement faire courir un risque de déséquilibre patrimonial⁴⁷. Ainsi, alors que l'acquisition d'un bien à partir de deniers propres est en principe soumise à la règle de la présomption de communauté⁴⁸, le remploi permet d'éviter les variations de valeur en maintenant celui-ci au sein de la masse de biens propres. Il en va de même lorsque le droit de préférence se reporte sur l'indemnité d'assurance : la fluctuation juridique se contente de faire courir un risque de déséquilibre patrimonial qui n'est alors jamais concrétisé.

En revanche, lorsque le paiement émane d'un autre que le débiteur définitif de la dette⁴⁹, le déséquilibre se réalise. La fluctuation offre alors une occasion de mise en œuvre du recours subrogatoire, mais son efficacité n'est qu'imparfaite⁵⁰. Intervenant dans un second temps, elle ne permet pas de l'éviter, mais uniquement de corriger, dans la mesure du possible, ses effets. Chaque fluctuation juridique est donc, au minimum, génératrice d'un risque de déséquilibre patrimonial.

2. La présence incontournable de mouvements de valeurs

La présence de mouvements de valeurs susceptibles de créer un déséquilibre patrimonial provient soit de l'application des règles et mécanismes juridiques, soit d'événements factuels. Les fluctuations juridiques sont donc souhaitables ou accidentelles.

Les fluctuations juridiques souhaitables. Les échanges économiques sont inévitables et représentent l'expression de la libre circulation des biens⁵¹. Le développement du commerce a d'ailleurs conduit à l'extension de son domaine, et la « *transmissibilité tient autant aux caractéristiques propres des biens qu'aux libertés fondamentales reconnues à la*

⁴⁷ Cf. *infra*. La fonction régulatrice de la subrogation, p. , et Le maintien d'un équilibre juridique antérieur à la subrogation, p. 112.

⁴⁸ C. civ, art. 1402.

⁴⁹ Civ, 1^{ère}, 12 janvier 2012, n° 10-24.512 : le paiement de la dette d'autrui sans subrogation implique de démontrer que la cause dont procédait ce paiement impliquait, pour le débiteur, l'obligation de lui rembourser la somme versée.

⁵⁰ À titre d'exemple, lorsque le débiteur ne dispose pas de suffisamment de fonds pour rembourser le subrogé.

⁵¹ A. Sérieux, *Patrimoine (civ.)*, Rép. civ. 2016, n° 21 : « *Les biens patrimoniaux sont, par essence, destinés à circuler entre les personnes* ». Dans le même sens, R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, p. 247.

personne »⁵². Parmi les fluctuations juridiques souhaitables se trouvent donc les aliénations dans la mesure où tout propriétaire d'un bien peut jouir et disposer de la chose de la manière la plus absolue⁵³. Ces mouvements de valeurs ne sont restreints que dans des hypothèses limitées dans la mesure où les clauses d'inaliénabilité portent atteinte au droit de propriété⁵⁴. Ainsi, il n'est pas envisageable de considérer que la masse de biens propres de l'époux puisse être figée, ou encore qu'une sûreté réelle portant sur un bien conduise à paralyser celui-ci⁵⁵. De la même façon, maintenir intact le patrimoine de l'absent risquerait de faire obstacle à la vente opportune d'un bien⁵⁶. En droit administratif, l'utilisation moindre de la subrogation réelle est une conséquence du principe d'inaliénabilité des biens du domaine public⁵⁷. Néanmoins, elle ne lui est pas étrangère en ce sens que le domaine privé quant à lui n'est pas soumis au même régime⁵⁸.

Bien que la subrogation réelle s'impose comme un mécanisme de conservation en présence d'un risque de déséquilibre patrimonial, elle n'a pas vocation à faire obstacle aux fluctuations juridiques, et intervient uniquement sur leurs effets néfastes. Ainsi, le bien dont la restitution en nature est impossible est remplacé par le prix de vente afin de satisfaire le propriétaire, sans restreindre les mouvements de valeur intervenus en amont⁵⁹.

⁵² R. Libchaber, *Biens - Présentations générales des biens*, Rép. civ. 2016, n° 92.

⁵³ C. civ, art. 544. Valeur constitutionnelle du droit de propriété : C. const, 16 janvier et 11 février 1982, n° 81-132 DC et 82-139 DC. la Cour de cassation s'est fondée sur la valeur constitutionnelle du droit de propriété pour casser un arrêt qui avait porté atteinte au principe de libre disposition en imposant à l'un des époux, lors du divorce, qu'il consente à son ex-époux un bail rural sur un bien lui appartenant en propre : Civ, 1^{ère}, 4 janvier 1995, n° 92-20.013.

⁵⁴ C. civ, art. 900-1 : les clauses sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitimes, exception faite des « libéralités consenties à des personnes morales ou mêmes à des personnes physiques à charge de constituer des personnes morales. ». CEDH, article 1, protocole n° 1 de la convention européenne des droits de l'homme.

⁵⁵ Civ, 3^{ème}, 18 juin 2008, n° 07-15.129 : « L'existence d'un privilège ou d'une hypothèque sur un immeuble ne fait obstacle ni à sa vente ni à l'inscription d'une nouvelle sûreté réelle sur ce bien ».

⁵⁶ Notamment la vente d'une entreprise qui ne peut plus être exploitée : R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, p. 296.

⁵⁷ Le Conseil constitutionnel a jugé que le principe de l'inaliénabilité du domaine public n'avait pas valeur constitutionnelle et que le législateur pouvait valablement y déroger. Il n'interdit pas l'aliénation des biens, mais impose que la vente, l'échange ou le don soit précédé par la désaffectation du bien dans les règles correspondant au bien en question : C. constit, 18 septembre 1986, n° 86-217 DC, *Loi autorisant la conclusion de baux emphytéotiques sur les biens domaniaux des collectivités locales*, Rec. p. 141 ; AJDA. 1987, p. 102, note Waschmann. Il existe des exceptions et notamment l'article L 2141-3 du Code général de la propriété des personnes publiques prévoyant les conditions d'échange d'un bien du domaine public.

⁵⁸ L. Demeester, *Jean-Marie Auby et les classifications en droit administratif des biens*, RFDA. 2020, p. 580. De plus, la règle d'inaliénabilité impose seulement « que le bien faisant partie du domaine public soit désaffecté avant d'être aliéné, on peut considérer que ce principe pose simplement l'obligation de respecter une procédure. » : D. Georges Lavroff, *Domaine des collectivités locales : régime du domaine public, Chap 3, n° 5040*, Encyclopédie des collectivités locales. 2008. CGPPP, art. L 2141-1.

⁵⁹ C. civ, art. 1352-2.

La même constatation peut être faite en présence d'un rapport obligationnel, où les fluctuations juridiques résultent de la volonté du législateur de permettre le paiement de la dette d'autrui⁶⁰. De nombreux mécanismes tels que le cautionnement, les fonds d'indemnisation ou encore les assurances offrent une occasion de mise en œuvre de la subrogation personnelle. De la même façon, le développement de la responsabilité *in solidum* conduit à un déséquilibre patrimonial⁶¹. Les fluctuations juridiques découlent donc directement de la volonté du législateur de garantir l'indemnisation de la victime.

Il ne faut cependant pas confondre les événements générateurs de fluctuations qui peuvent être souhaitables, et les conséquences néfastes qui en découlent à travers un déséquilibre patrimonial que la subrogation vise à corriger. En outre, au côté de ces mécanismes, droits ou prérogatives issus du corpus juridique, il existe des fluctuations qui sont accidentelles.

Les fluctuations juridiques accidentelles. Les règles juridiques ont vocation à intervenir en réaction à des événements factuels. Ils ne résultent pas de la volonté du législateur ou des particuliers, mais de faits juridiques qui s'avèrent parfois être inévitables⁶². À titre d'exemple, un bien grevé d'une sûreté peut être l'objet d'une destruction accidentelle causée à la suite d'un incendie ou d'une inondation. Bien que des mesures préventives soient mises en œuvre pour lutter contre ces risques, il n'est pas possible de faire disparaître totalement ce phénomène. Le report du droit de préférence des créanciers hypothécaires sur l'indemnité d'assurance évite alors qu'un déséquilibre patrimonial n'en résulte⁶³.

Les fluctuations juridiques peuvent également être issues de la combinaison d'événements factuels et de réactions juridiques. Ainsi, l'administration des biens de l'absent est organisée légalement et autorise les mouvements de valeur au sein de son patrimoine⁶⁴. Sa disparition et sa réapparition s'avèrent en revanche être des événements factuels perturbateurs. Les fluctuations juridiques affectant son patrimoine naissent alors de l'articulation entre ces différents événements, et la subrogation réelle permet de restituer à l'absent les biens acquis en emploi des capitaux ou revenus échus à son profit⁶⁵. Partant, toutes les fluctuations

⁶⁰ C. civ, art. 1342-2.

⁶¹ P. Canin, *Les actions récursoires entre coresponsables*, Thèse, Litec, Paris, 1996, p. 1. H. Belrhali, *Les coauteurs en droit administratif*, LGDJ, 2003. A. Hacène, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019. CE, 24 avril 2012, *M. et M^{me} Abdeslam et E. Massioui*, n° 342104. Civ, 2^{ème}, 28 juin 2007, n° 06-15.744.

⁶² C. civ, art. 1100-2.

⁶³ C. ass, art. L 121-13.

⁶⁴ C. civ, art. 113 et suivants.

⁶⁵ C. civ, art. 130.

juridiques n'ont pas pour origine la mise en œuvre de prérogatives ou de mécanismes légaux, certaines sont simplement issues d'évènements factuels. La subrogation intervient alors en tant qu'instrument de préservation de l'équilibre patrimonial antérieur.

Paragraphe 2 : La subrogation et la préservation de l'équilibre antérieur

La reconnaissance d'une fluctuation juridique précédant toute subrogatoire conduit à attribuer à ces notions un résultat opposé. Alors que la fluctuation menace l'existence même d'un droit, la subrogation permet sa conservation. Il s'ensuit que la fluctuation conduit à un risque de déséquilibre patrimonial, et la subrogation, à l'inverse, assure le maintien de l'équilibre antérieur.

Le mécanisme subrogatoire assure donc une certaine constance et entretient un lien indiscutable avec la notion d'équilibre. Guidée par un objectif de conservation, il a une également fonction régulatrice⁶⁶. Dans la mesure où le déséquilibre s'analyse au moment de la fluctuation, l'équilibre doit nécessairement être antérieur. Par conséquent, il doit être établi en amont de toute subrogation et dépend de considérations externes à ce procédé technique.

Après avoir exposé la fonction régulatrice de la subrogation (A), il convient donc de déterminer quel équilibre juridique elle se propose de maintenir (B).

⁶⁶ ATILF, CNRS et Université de Lorraine, Trésor de la langue Française informatisé, v° « régulatrice » : « *Rend régulier le fonctionnement de quelque chose* », « *assure la constance* ».

A. La fonction régulatrice de la subrogation

La fonction régulatrice de la subrogation se manifeste à travers le résultat recherché par la perpétuation de l'existence d'un droit⁶⁷. Omniprésente au sein de la subrogation (1), la notion d'équilibre entretient donc un lien direct avec son objectif principal (2).

1. L'omniprésence de l'idée d'équilibre au sein de la subrogation

La subrogation en tant que mécanisme de conservation d'un droit intervient en réaction à un risque de déséquilibre patrimonial. Les auteurs ont eu l'occasion de faire référence à la notion d'équilibre en matière de subrogation réelle. Plus discrète à propos de la subrogation personnelle, elle n'en est pas moins indiscutablement liée.

Les références doctrinales à la notion d'équilibre. Dès le XX^{ème} siècle, les auteurs commencent à élaborer les prémices d'un rapprochement entre la subrogation réelle et la notion d'équilibre. C'est tout d'abord Capitant qui fait directement référence à cette notion en matière de régimes matrimoniaux. La subrogation réelle représenterait alors « *l'instrument destiné à maintenir l'équilibre entre les trois groupes de biens* »⁶⁸. Il la relie aux hypothèses où des biens sont soumis à un régime juridique différent de celui des autres biens composant le même patrimoine⁶⁹. Elle permet uniquement de caractériser le rôle technique de la subrogation en opposition à son caractère équitable en présence d'une subrogation du prix à la chose dans les droits réels⁷⁰.

⁶⁷ La subrogation intervient en tant que mécanisme correctif et « *se présente toujours comme un instrument d'équilibre* » : M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 39.

⁶⁸ H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, p. 389.

⁶⁹ H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, p. 389. Dans le même sens, G. Wicker reconnaît le rôle de la notion d'équilibre en matière de subrogation réelle : *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LDGJ, Paris, 1996, n° 350, p. 329.

⁷⁰ Capitant analyse la subrogation à travers trois applications : la première concerne la restitution des biens de l'absent, la seconde les biens propres de communauté et la dernière les privilèges mobiliers. « *Dans ces deux premières applications, la subrogation réelle nous apparaît comme une institution relevant de la technique juridique, une institution unique en son genre et dont aucun système juridique ne pourrait se passer. Dans la troisième application [...] c'est une raison d'équité et de justice qui en explique l'intervention* » : *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, p. 389 et 390. Demogue, quant à lui, ne fait pas directement référence à la notion d'équilibre, mais réunit la subrogation personnelle et la subrogation réelle autour de l'idée de perpétuation du passé dans le présent, c'est-à-dire de maintien d'une situation juridique. Il rapproche la subrogation réelle et la subrogation personnelle en qualifiant les situations d'« analogues », tout en ébauchant l'idée de maintien. En effet, il constate que dans les deux cas, « *rien ne se trouve changé à l'égard des tiers, sauf la personne du titulaire de la créance. De même ici, il n'y aura rien de changé dans l'ordre juridique, sinon les biens qui seront affectés de telle ou telle qualité ou sur lesquels s'exerceront tels ou tels droits* ». La subrogation est alors un phénomène qui semble « *perpétuer le passé dans le présent* ». Il met donc déjà en avant l'idée de mécanisme de maintien d'une situation antérieure : *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, p. 238.

M. Lauriol, quant à lui, a une approche plus globale et rejette cette conception purement technique. Il affirme en effet que « *cet équilibre n'est [...] pas un procédé technique, mais un but, qui appelle lui-même, pour être réalisé, certains procédés, parmi lesquels la subrogation réelle, relevant, eux, de la technique juridique* »⁷¹. Il va plus loin en considérant que « *cette fonction n'est pas liée à l'existence de masses de biens ; elle se trouve aussi fidèlement remplie lorsque la subrogation intervient dans un droit portant sur un bien isolé* »⁷². Toutes les applications de la subrogation réelle résulteraient donc d'une fluctuation menaçant un certain équilibre que la subrogation vise à conserver.

A contrario, les travaux en matière de subrogation personnelle ne font pas référence à la notion d'équilibre⁷³ et c'est uniquement son rôle conservateur qui est consacré⁷⁴. Toutefois, toutes les applications pratiques de la subrogation traduisent, à travers la conservation du droit, la volonté de maintenir intact un certain équilibre malgré la fluctuation juridique.

L'idée d'équilibre perceptible dans chaque application de la subrogation.
L'analyse des applications de la subrogation permet de consacrer le lien qu'elle entretient avec la notion d'équilibre. Lorsque la subrogation réelle permet le maintien du droit de préférence sur l'indemnité d'assurance, c'est l'équilibre entre les différents créanciers qui est sauvegardé malgré la disparition du bien initial. Ainsi, l'ordre de priorité reste identique et les créanciers hypothécaires obtiendront un paiement préférentiel selon leur rang⁷⁵. De la même façon, un bien acquis en emploi ou remploi de deniers propres permet de maintenir intact l'équilibre autrefois établi entre les différentes masses de biens⁷⁶. La subrogation joue le même rôle régulateur quand elle intervient sur les biens de l'absent : elle permet le maintien de l'équilibre entre patrimoines en évitant un passage indu de valeurs du patrimoine de l'absent à celui administrant ses biens⁷⁷. Par ailleurs, en dehors de toute masse de biens, une revendication ordinaire permet d'éviter qu'un patrimoine ne s'accroisse au détriment d'un autre.

⁷¹ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 36.

⁷² M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 38.

⁷³ Les analyses d'E. Savaux et de J. Mestre ne mettent pas la notion d'équilibre en évidence : E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017 ; J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979.

⁷⁴ E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017.

⁷⁵ La même constatation peut être faite au sujet d'autres sûretés telles que le gage : l'article 2073 du Code civil permet au droit de préférence du gagiste de se reporter sur le prix de vente par justice du meuble.

⁷⁶ C. civ, art. 1434. H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, p. 396 : « *Si on n'appliquait pas à ces biens le principe de la subrogation réelle, toute aliénation, expropriation, destructions ou détérioration par l'effet d'un sinistre viendrait en diminuer le nombre, car les valeurs nouvelles substituées aux anciennes tomberaient en communauté* ».

⁷⁷ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 38.

Lorsque la subrogation est personnelle, l'équilibre s'analyse cette fois au regard de la répartition de la charge de la dette⁷⁸ de telle sorte qu'aucun enrichissement du débiteur et appauvrissement du *solvens* n'en résulte⁷⁹. Elle assure donc le maintien de l'équilibre juridiquement établi au regard des obligations pesant sur chaque intervenant⁸⁰. Le lien entre la subrogation et la notion d'équilibre n'est pas surprenant en ce que la subrogation a vocation à s'appliquer en réaction à une fluctuation juridique. La fluctuation a une fonction perturbatrice de l'équilibre juridique, alors que la subrogation assure une fonction régulatrice par la conservation du droit menacé d'extinction.

2. Le lien direct entre l'équilibre et la conservation du droit

La fonction régulatrice de la subrogation étant ainsi admise, ses rapports avec sa fonction conservatrice apparaissent clairement : le maintien de l'équilibre s'avère alors être le résultat direct et attendu de la conservation du droit.

Les notions d'équilibre et de conservation intimement liées. C'est à travers l'objectif principal de la subrogation que son lien indiscutable avec la notion d'équilibre peut être établi. La subrogation permet la continuité d'une relation juridique malgré la modification d'un de ses éléments essentiels. En matière de subrogation réelle, il s'agit de la conservation d'un droit en dépit de la disparition de son objet. En matière de subrogation personnelle, c'est le maintien de la créance au profit du *solvens* malgré la satisfaction du créancier originaire. La continuité est donc assurée par la conservation du droit menacé d'extinction.

C'est parce que la subrogation est un instrument de maintien qu'elle permet de lutter contre un risque de déséquilibre patrimonial et perpétue l'avantage qu'apporte le droit à une personne déterminée. Ainsi, le maintien du bien acquis en emploi ou remploi au sein de la masse de biens propres assure l'équilibre patrimonial entre les masses de biens en présence de

⁷⁸ Suivant leur part respective : à titre d'exemple : Civ, 3^{ème}, 21 décembre 2017, n° 16-22.222.

⁷⁹ CE, 26 juillet 1918, *Epoux Lemonnier*, n° 49595 55240 : « Il appartient seulement au juge administratif, s'il estime qu'il y a une faute de service de nature à engager la responsabilité de la personne publique, de prendre, en déterminant la quotité et la forme de l'indemnité par lui allouée, les mesures nécessaires, en vue d'empêcher que sa décision n'ait pour effet de procurer à la victime, par suite des indemnités qu'elle a pu ou qu'elle peut obtenir devant d'autres juridictions à raison du même accident, une réparation supérieure à la valeur totale du préjudice subi ».

⁸⁰ Une telle répartition se fait en deux temps : la première étape permet le paiement du créancier et la seconde l'acquittement de sa dette par le débiteur définitif. Au stade de l'obligation à la dette, « la réparation du préjudice de la victime prime sur la répartition définitive de la charge entre les différentes personnes concernées » : F. Roussel, *Imputation du préjudice*, Rép. resp. puiss. Publ. Dalloz, 2019, n° 45. À l'inverse, la contribution à la dette permet le règlement final une fois le créancier satisfait. Ainsi, elle représente le compte définitif faisant peser le poids de la dette sur celui qui doit l'assumer : S. Guinchard et T. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 21^{ème} éd. 2014, p 254, v° « Contribution à la dette ».

mouvements de valeurs. Par la conservation d'un droit, la subrogation aboutit donc à la préservation d'une situation juridique antérieure et dès lors celui de l'équilibre préalablement établi. M. Lauriol considère d'ailleurs que « *si le but immédiat et nécessaire de [la subrogation réelle] est de conserver un bien à sa destination, son but médiate, mais non moins nécessaire, est d'assurer un équilibre dans une occasion où il est précisément menacé d'être rompu* »⁸¹.

Ainsi, la subrogation en tant qu'instrument de conservation, assure une fonction régulatrice qui fait d'elle un instrument d'équilibre. Cette fonction doit toutefois être distinguée de sa fonction conservatrice en ce qu'elle ne représente pas l'objectif principal de la subrogation, mais le résultat attendu.

L'équilibre comme simple résultat de la conservation d'un droit. Reconnaître le lien entre la conservation d'un droit et le maintien d'un certain équilibre ne suffit pas, encore faut-il définir sa nature. La subrogation n'a pas pour objectif de créer un équilibre : c'est uniquement dans la mesure où elle conserve un droit menacé d'extinction que l'équilibre initial peut être maintenu⁸². Ainsi, lorsque le droit de créance est transmis au *solvens* coauteur d'un dommage, il lui offre la possibilité d'obtenir le remboursement des sommes engagées dont il ne doit pas supporter la charge définitive.

L'équilibre s'impose alors comme la conséquence directe de la perpétuation d'un droit⁸³. Il ne s'agit pas de l'objectif même de la subrogation, dans la mesure où le maintien de l'équilibre antérieur peut résulter de la naissance d'un droit nouveau⁸⁴. Ainsi envisagé, le droit personnel accordé au *solvens* pour recouvrer les sommes engagées peut également aboutir au maintien de l'équilibre préexistant. Celui-ci résulte cependant d'un droit qui lui est propre alors que la subrogation personnelle a pour objectif de transmettre au *solvens* le droit de créance que détenait la victime. C'est la conservation du droit lui-même qui aboutit donc au maintien de l'équilibre entre les trois intervenants : le débiteur, le créancier et le subrogé.

⁸¹ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 39.

⁸² M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 40.

⁸³ La subrogation ne réanime pas un droit éteint, mais se contente de le faire perdurer : l'équilibre n'est donc jamais rompu. Par conséquent, l'extinction subjective du droit lui-même rend la subrogation impossible. Par exemple, la subrogation est impossible si le droit est atteint dans sa source même : en cas d'annulation ou encore de prescription extinctive du droit. Il peut également s'agir d'une compensation qui éteint à la fois les droits du créancier et les droits réels de garantie. Ainsi, dès lors que le titulaire est privé de son droit pour une raison autre que la disparition à son égard de l'objet porteur, la subrogation ne peut avoir pour conséquence de réanimer le droit : M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1, p. 224.

⁸⁴ Par exemple : une novation. Cf. *infra*. La création d'un droit nouveau : La novation et la délégation, p. 122.

Il en va de même lorsqu'à la suite de la vente d'un bien, la revendication se reporte sur le prix de vente. Le droit de revendication est conservé de telle sorte que le patrimoine du propriétaire ne s'en trouve pas appauvri. La subrogation suppose donc nécessairement la conservation d'un droit dont le résultat attendu est le maintien d'un certain équilibre patrimonial. Elle est qualifiée d'instrument d'équilibre précisément parce qu'elle est un instrument de conservation⁸⁵. Il faut alors déterminer quel équilibre elle se propose de maintenir.

B. La détermination de l'équilibre juridique à maintenir

L'équilibre juridique peut se rapporter à la répartition du patrimoine entre différentes masses de biens, aux rapports entre les créanciers, à la restitution d'un bien d'un patrimoine à une autre, ou encore à la répartition de la charge de la dette. Par conséquent, il est indispensable d'établir le critère de détermination de l'équilibre juridique conservé. Une opposition a pu être faite entre la notion d'équilibre, qui assurerait le rôle technique de la subrogation en présence de masses de biens distinctes, et la notion d'équité, qui permettrait de justifier les autres applications de la subrogation réelle⁸⁶. Néanmoins, ces notions doivent être associées dans la mesure où le maintien de l'équilibre fait implicitement référence à la notion d'équité (1). Une telle notion n'est cependant pas suffisante pour déterminer l'équilibre juridique conservé. Ce dernier est alors guidé par des considérations économiques et sociales préétablies par le législateur ou les parties. En toute logique, la détermination de l'équilibre juridique est donc antérieure à la subrogation (2).

1. La référence implicite à la notion d'équité

Les notions d'équilibre et d'équité ne sont pas étrangères dans la mesure où bien que la subrogation ait longtemps été justifiée par la notion d'équité, cet impératif se trouve en réalité assuré par le maintien de l'équilibre qui précède toute fluctuation juridique.

La justification traditionnelle de la subrogation : l'équité. Dès les premières études, la subrogation personnelle est présentée comme l'hypothèse où un tiers rend service au débiteur

⁸⁵ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 40.

⁸⁶ H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, p. 390.

en payant sa dette à sa place⁸⁷. C'est alors l'équité et la raison qui imposent que le *solvens* puisse exercer un recours contre le débiteur en vue d'obtenir le remboursement des sommes engagées⁸⁸. Ainsi, bien que le paiement ait un effet extinctif, la caution bénéficie d'une action spécifique lui permettant d'acquérir les droits du créancier désintéressé contre le débiteur principal⁸⁹. La subrogation serait alors le triomphe de l'équité sur la rigueur juridique⁹⁰. Elle naît du sentiment d'injustice de laisser peser la charge de la dette sur la caution, qui apporte uniquement une garantie de paiement. Elle est d'autant plus équitable, qu'elle satisfait à la fois des intérêts privés sans pour autant nuire aux tiers⁹¹. Ainsi, le créancier obtenant le paiement de sa créance est satisfait, le *solvens* se voit accorder une chance d'obtenir le remboursement des sommes engagées et le maintien du droit de créance initial ne porte préjudice ni au débiteur ni aux tiers.

La notion d'équité est également considérée comme irradiant toutes les applications de la subrogation réelle⁹². Ainsi, « *c'est une raison d'équité et de justice* »⁹³ qui explique l'intervention de la subrogation en matière de droit de préférence. Il serait injuste que le créancier hypothécaire perde son paiement préférentiel à la suite de la destruction du bien et soit mis en concurrence avec les créanciers chirographaires qui n'ont prévu aucune sûreté spécifique pour garantir le paiement de leur créance. De la même façon, priver l'absent d'une partie de ses biens, car ces derniers ont été employés à l'acquisition de biens nouveaux, ne semble pas équitable.

⁸⁷ E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 2 ; J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 2 ; B. Magerand, *La surprenante subrogation de l'État dans les droits du bailleur en cas de refus d'expulsion des locataires*, Petites affiches. n° 68, 4 avril 2002, p. 4.

⁸⁸ P. De Renusson, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, J. Bodin, Paris, 1685, Chap I, X, p. 10. Voir également, C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en générale*, Auguste Durand : Hachette et Cie, t. 3, Paris, 1870, Chap IV, n° 304, p. 240 : « *en vertu de ce principe général d'équité, qui ne permet à personne de s'enrichir aux dépens d'autrui* » ; J-P. Karila, *Recours entre coauteurs d'un trouble anormal de voisinage après indemnisation du voisin*, Recueil Dalloz. 2006, p. 2504. E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 2.

⁸⁹ Cf. *supra*. Un objectif présent dès l'origine de la subrogation personnelle, p. 80.

⁹⁰ Dans ce sens : P. De Renusson, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, J. Bodin, Paris, 1685, Chap I, X, p. 10 ; J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 23 ; E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 2. P. Jourdain et P. Wéry. (dir.), *La transmission des obligations en droit français et en droit belge*, Bibliothèque de la faculté de droit et de criminologie de l'université catholique de Louvain, Larcier, 2019, p. 367.

⁹¹ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 36.

⁹² M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 36 : « *En réalité, l'équité est un but général de la subrogation réelle* ». Voir également, F. Pérochon, *Revendication en cas de revente des marchandises avant le jugement d'ouverture*, Recueil Dalloz. 1993, p. 293.

⁹³ H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, p. 390.

Malgré la faveur témoignée à une telle notion, elle ne suffit pas à caractériser le but de la subrogation « *car elle est aussi, en principe, celui de tout le droit* »⁹⁴. Pris isolément, elle s'apparente à une inspiration du droit menant à un idéal juridique⁹⁵, sans qu'un contenu déterminé ne puisse lui être attribué. Elle est donc capable de fonder le recours subrogatoire⁹⁶ et le recours personnel⁹⁷, pourtant tous deux distincts dans la mesure où seule la subrogation permet la conservation du droit de créance⁹⁸. Elle ne peut donc à elle seule justifier la subrogation, mais se dessine toutefois à travers le maintien de l'équilibre, résultat direct de la conservation d'un droit.

La présence de l'équité à travers la notion d'équilibre. L'équité change avec le temps, ce qui rend difficile « *d'assigner une juste place à la subrogation légale* »⁹⁹. Elle assouplit la rigidité du droit¹⁰⁰, ce qui laisse entendre que la subrogation, en tant que mécanisme dérogoratoire, ne peut être justifiée autrement. Pour autant, la subrogation répond à un objectif de conservation et aboutit au maintien de l'équilibre patrimonial. Dès lors, elle peut parfaitement se justifier en dehors de toute référence à l'équité. Celle-ci ne constitue d'ailleurs pas un fondement juridique assez spécifique pour justifier à elle seule la subrogation. Elle reste cependant intimement liée à la notion d'équilibre juridique dans la mesure où « *l'équité naturelle [veut] que personne ne s'enrichisse aux dépens d'autrui, et l'étranger devient ipso facto par le payement, créancier personnel du débiteur pour lequel il a payé* »¹⁰¹. De la même façon, « *la subrogation réelle évite qu'une valeur appartenant à une masse de biens*

⁹⁴ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 37. Voir également : V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, pp. 66 et suivantes.

⁹⁵ Elle est associée à la notion de morale : G. Braibant, *Nouvelles réflexions sur les rapports du droit et de l'équité*, Revue française d'administration publique, 1992, p. 688. M. Sousse, *La notion de réparation de dommage en droit administratif français*, Thèse, LGDJ, 1994, p. 23. M. Fouletier, *Recherches sur l'équité en droit public français*, Thèse, LGDJ, 2003, p. 1 : l'équité « *constitue un référent constant lorsque l'on évoque tant la construction législative que l'application du droit par le juge* » et pp. 37 et suivantes.

⁹⁶ M. Ranouil, *Les recours entre coobligés*, Thèse, IRJS éditions, Paris, 2014, n° 234, p. 187. P. Canin, *Les actions récursoires entre coresponsables*, Thèse, Litec, Paris, 1996, n° 115, p. 140.

⁹⁷ F. Chabas, *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation*, préf. H. Mazeaud, Thèse, LGDJ, 1967, n° 28, p. 33. Voir également : F. Chabas, *Remarques sur l'obligation in solidum*, RTD civ. 1967, pp. 310 et suivantes. A. Hacène, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019, n° 585, p. 493.

⁹⁸ Cf. *infra*. Les régimes juridiques distincts des recours en contribution, p. 455.

⁹⁹ R. Libhaber, *Les incertitudes maintenues de la subrogation légale*, Revue des contrats, n° 04, 07 décembre 2017, p. 28.

¹⁰⁰ A. Hacène, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019, n° 715, p. 590.

¹⁰¹ P. De Renusson, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, J. Bodin, Paris, 1685, Chap III, XLVII, p. 69.

n'accroisse indûment une autre masse. Il est clair que ce résultat exprime à la fois l'équilibre et l'équité »¹⁰².

Par conséquent, le maintien de l'équilibre par la conservation d'un droit apparaît conforme à l'impératif d'équité mis en avant par la doctrine qui consiste à éviter tout appauvrissement ou enrichissement considéré comme injuste¹⁰³. L'équilibre peut donc être considéré comme le résultat de la fonction conservatrice de la subrogation, et répondre également à une certaine fonction morale. C'est à travers des considérations économiques et sociales qu'il est prédéfini.

2. Le maintien d'un équilibre juridique antérieur à la subrogation

La subrogation, par la conservation d'un droit, conduit au maintien d'un équilibre juridique préétabli. En effet, dès lors que la situation juridique reste inchangée, l'équilibre qui perdure est nécessairement antérieur à la subrogation. Il trouve alors sa source dans l'ordre juridique et il est directement guidé par des considérations économiques et sociales.

Le maintien d'un équilibre juridique préétabli. L'équilibre juridique est le résultat obtenu par le maintien d'un droit menacé d'extinction. Il est identifiable à travers le droit conservé de telle sorte que le maintien du droit de préférence permet de garantir l'équilibre établi entre les créanciers privilégiés et chirographaires. Il est nécessairement antérieur à la fluctuation, et c'est donc l'ordre juridique qui fixe d'ores et déjà l'organisation économique et sociale que la subrogation vise à perpétuer. Ainsi, c'est parce qu'il est prévu que certains biens appartiennent à l'époux personnellement et que d'autres sont dévolus à la communauté des biens¹⁰⁴ que la subrogation réelle trouve application en matière de régimes matrimoniaux.

Le maintien du droit de propriété appartenant à l'époux seul sur le bien acquis en emploi ou remploi de deniers propres permet de conserver une telle répartition des richesses entre les masses de biens en présence de fluctuations juridiques. L'équilibre n'est donc pas défini au moment de la mise en œuvre de la subrogation, mais préexiste et s'avère uniquement perpétuer dès lors qu'une déclaration d'emploi ou de remploi est faite par l'époux. Ainsi envisagée, la subrogation réelle n'est pas « *le soutien habituel d'une institution, mais*

¹⁰² M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 36.

¹⁰³ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1, p. 41 : les notions d'équité et d'équilibre se complètent. M. Fouletier, *Recherches sur l'équité en droit public français*, Thèse, LGDJ, 2003, p. 267 : « *L'équité représente un outil conceptuel entre les mains tant du législateur que du juge. Comme tout instrument, elle est subordonnée, dans sa mise en œuvre, au but poursuivi par celui qui en fait usage* ».

¹⁰⁴ C. civ, art. 1401 et suivants. De la même façon : C. civ, art. 731 et suivants : répartition des biens entre les héritiers en présence de donations et d'aliénations : C. civ, art. 912 et suivants.

seulement le moyen de son sauvetage, en cas de disparition matérielle ou juridique de l'objet du droit à préserver »¹⁰⁵.

De la même façon, la subrogation personnelle se propose de rétablir un équilibre antérieur qui découle directement du droit de créance. Puisque le responsable doit remplir une obligation vis-à-vis du créancier et supporter les conséquences de ces actions¹⁰⁶, il reste tenu vis-à-vis du *solvens* en tant que débiteur définitif de la charge de la dette. La subrogation permet donc l'application des règles de la responsabilité civile ou administrative¹⁰⁷. L'équilibre peut également être défini directement par les parties, lorsque la répartition de la charge de la dette résulte par exemple d'une convention d'affacturage ou d'un prêt bancaire¹⁰⁸.

La subrogation est donc uniquement un moyen technique de conservation d'un droit dont le résultat attendu est le maintien d'un équilibre juridique préétabli. Cet équilibre répond à des considérations économiques et sociales.

Les considérations économiques et sociales du maintien de la situation juridique par le biais de la subrogation. L'ordre juridique instaure une certaine stabilité des institutions qui ne doit pas être remise en cause par les fluctuations juridiques. C'est dans ce contexte que la subrogation s'est développée. L'hypothèque permet donc au créancier de se prémunir contre les risques d'insolvabilité, ce qui répond à un besoin sociétal de garantie des échanges¹⁰⁹. La destruction du bien ne doit pas conduire à fragiliser la situation de ces créanciers malgré leur prévoyance. En outre, les garanties de paiement accordées aux entreprises dans le cadre d'un contrat d'affacturage résultent directement d'un besoin économique de trésorerie¹¹⁰. De la même façon, le risque peut être couvert par des moyens étatiques¹¹¹ visant à garantir à la victime une réparation de son dommage corporel.

¹⁰⁵ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 36.

¹⁰⁶ H. Belrhali, *Les coauteurs en droit administratif*, LGDJ, 2003 ; TC, 8 février 1873, *Blanco*, Rec. p. 61 ; C. civ, art. 1240.

¹⁰⁷ Les mécanismes de garanties ne doivent pas conduire à remettre en cause d'autres institutions, telles que la responsabilité : J. Knetsch, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: Analyse en droits français et allemand*, Thèse, Université Panthéon-Assas Paris II, 2011, p. 2.

¹⁰⁸ C. civ, art. 1346-1 et 1346-2.

¹⁰⁹ C. Radé, *La solidarité au secours de la responsabilité*, Resp. civ. et ass. n° 2, février 2003, chron. 5 ; J. Knetsch, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation : Analyse en droits français et allemand*, Thèse, Université Panthéon-Assas Paris II, 2011, pp. 65 et suivantes ; J-M. Belorgey, *Logique de l'assurance, logique de la solidarité*, Droit social. 1995, p. 731.

¹¹⁰ C. civ, art. 1346-2 ; A. Ghazi, *L'affacturage et la réforme du droit des obligations*, Revue de droit bancaire et financier. n° 2, mars-avril 2019, p. 15.

¹¹¹ La création d'institutions, telles que les fonds de garantie, vise principalement à pallier les conséquences préjudiciables de la vie en société. Dès lors, le législateur répond aux besoins accrus de protection juridique et

Des considérations économiques incitent cependant au maintien, dans la mesure du possible, des règles de répartition de la charge de la dette : les institutions mises en place ne pouvant systématiquement supporter seules une telle charge. Les considérations morales supposent, quant à elles, de maintenir la responsabilité de l'auteur du dommage¹¹². L'équilibre des institutions est donc établi en fonction de considérations économiques et sociales que la subrogation vise à conserver. Elle apparaît alors comme un remède aux fluctuations juridiques¹¹³ et un moyen technique d'assurer l'efficacité des différentes institutions. C'est en ce sens que la subrogation réelle peut être rapprochée du mécanisme des récompenses qui a pour but de répartir, à la dissolution du mariage, les éléments dévolus à chaque masse de biens¹¹⁴.

Dès lors, l'équilibre est conforme à l'esprit de l'institution, mais n'est pas issu de la mise en œuvre de la subrogation. Elle est donc soumise à l'ordonnement juridique prévu par le législateur et s'impose comme un moyen technique de maintien de l'équilibre antérieur¹¹⁵.

notamment en présence de dommage corporel, tout en maintenant l'objectif de la mise en œuvre de la responsabilité.

¹¹² Par exemple, le responsable ne doit pas se trouver libéré dans les hypothèses où un fonds est spécialement créé ou encore une assurance, alors même qu'un autre devrait supporter la charge de la dette en l'absence de telles institutions.

¹¹³ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 35 : « *Le plus souvent, elle intervient comme remède, pour permettre que, malgré un incident, puisse jouer cette institution. En effet, elle tend généralement à pallier les conséquences injustes de la règle de droit commun et non à permettre l'application de celle-ci* ».

¹¹⁴ C. civ, art. 1468 et suivants : les récompenses interviennent lorsqu'il y a un enrichissement d'une masse au détriment de l'autre. Elles permettent de rétablir l'équilibre entre les masses de biens propres et de biens communs qui auraient pu être affectées pendant le mariage. B. Vareille, *Communauté légale : liquidation et partage - Rôle du système des récompenses dans le régime communautaire*, Rép. civ. 2011, n° 106 : « *Il convient de dresser des comptes dans l'esprit d'éviter que des transferts de valeur inconsidérés ne viennent bouleverser les subtils équilibres recherchés par le régime communautaire. Tel est le rôle des récompenses* », « *l'objectif clairement recherché par le système des récompenses est de prévenir tout enrichissement injustifié de la masse commune au détriment d'une masse propre, aussi bien que l'inverse* ». L'auteur décrit un tel mécanisme comme « *une des clés de voûte des régimes communautaires, véritable instrument fondamental de sauvegarde de leur économie* » : n° 111. Ainsi, la logique des régimes communautaires repose « *sur l'équilibre qui s'y trouve soigneusement entretenu entre trois masses de biens : les propres de la femme, ceux du mari et la communauté. Le fonctionnement du régime matrimonial risquerait de perturber cet ordonnancement caractéristique, si différentes techniques particulières n'étaient instituées par la loi pour y porter remède* » : n° 112. V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 49 : le Code civil protège l'époux mais pas seulement, « *au-delà de lui, c'est sa famille qui est protégée* ». En effet, « *si la subrogation réelle est consentie à l'époux commun en biens afin que soient conservés ses droits sur ses propres, c'est, en dernière analyse, pour qu'à son décès ceux-ci retournent à la ligne paternelle ou maternelle à laquelle ils étaient sortis* ».

¹¹⁵ Dans le même sens : V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 52 : « *La subrogation réelle tend à conserver intacte la masse indivise dont certains biens pourraient se confondre avec les biens personnels des indivisaires. Cette confusion nuirait évidemment aux créanciers de l'indivision. Elle aurait aussi pour conséquence une rupture de l'égalité des héritiers devant le partage* ». Ou encore, « *il est conforme à l'esprit de l'ensemble des dispositions sur l'absence d'admettre très largement la*

Section 2 :

La subrogation, point de convergence entre conservation d'un droit et équilibre

La notion a pu être définie, ainsi que son objectif principal, ses éléments déclencheurs et le résultat attendu de sa mise en œuvre. Il convient donc de s'interroger sur la place qu'occupe un tel mécanisme au sein de notre système juridique. En effet, une utilité particulière doit lui être assignée, se traduisant à travers ses deux fonctions : conservatrice et régulatrice. Prises isolément, elles sont insuffisantes pour distinguer la subrogation d'autres mécanismes juridiques. La subrogation ne constitue pas l'unique technique capable de lutter contre les déséquilibres patrimoniaux. En effet, les récompenses, qui représentent les indemnités dues lors de la liquidation de la communauté, permettent de lutter contre l'enrichissement d'une masse au détriment de l'autre. Elles assurent donc l'équilibre patrimonial entre ses masses¹¹⁶. De la même façon, le recours personnel vise à rétablir l'équilibre rompu à la suite du paiement effectué par le *solvens*, en l'indemnisant à hauteur du préjudice qu'il a subi. La subrogation ne constitue pas non plus le seul mécanisme capable de transmettre un droit d'une personne à une autre. La cession de créance, souvent analysée aux côtés de la subrogation personnelle, est également une opération translatrice de droits. Le droit est par conséquent, au moins en partie, conservé.

Analyser la subrogation comme le point de convergence entre la conservation d'un droit et le maintien de l'équilibre antérieur permet toutefois de déterminer sa spécificité. Bien que le droit français connaisse des mécanismes présentant des points de similitudes, seule la subrogation assure un lien indissociable entre ces deux fonctions complémentaires. La

subrogation réelle puisque le but poursuivi a toujours été, et est encore au moins pour ce qui est du patrimoine de l'intéressé, l'effacement des effets de l'absence » : p. 106.

¹¹⁶ Il n'intervient cependant pas au même stade que la subrogation réelle, celle-ci ayant vocation à s'appliquer au cours du régime matrimonial alors que les récompenses se calculent à la dissolution du mariage.

conservation du droit constitue donc un élément indispensable au maintien de l'équilibre antérieur (Paragraphe 1). La fonction régulatrice de la subrogation se révèle être directement tributaire de sa fonction conservatrice. Il faut alors analyser quel est l'impact du lien affirmé entre la conservation d'un droit et le maintien de l'équilibre antérieur (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La conservation du droit, élément indispensable au maintien de l'équilibre antérieur

La subrogation est un instrument d'équilibre, car elle a vocation à conserver le droit menacé d'extinction. Elle présente alors une utilité particulière qui la distingue des mécanismes translatifs ou créateurs de droits¹¹⁷. En premier lieu, la confrontation entre la subrogation et les opérations translatives est nécessaire. Ces procédés présentent un effet juridique analogue, et assurent un rôle conservateur. Dans la mesure où le droit est transmis, il est en tout ou partie conservé. La subrogation personnelle est d'ailleurs employée en matière d'affacturage, de la même façon que la cession de créance. Toutefois, la notion d'équilibre n'est pas déterminante dans les opérations translatives, et seule la subrogation remplit une fonction régulatrice.

La confrontation de la subrogation aux opérations créatrices de droits vise au contraire à écarter toute fonction conservatrice de ces autres procédés, alors qu'elle constitue un élément indispensable au maintien de l'équilibre antérieur. Ainsi, même si l'équilibre peut être maintenu, ce n'est pas le but recherché par leur mise en œuvre.

Il convient donc de mettre en relation le maintien de l'équilibre antérieur avec les opérations translatives de droit (A), et les opérations créatrices de droits (B).

¹¹⁷ La subrogation a pu être comparée à des mécanismes agissant sur le rapport obligationnel en permettant la conservation du droit de créance ou encore le rétablissement de l'équilibre préexistant : J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, L.D.G.J, Paris, 1979, pp. 370 et suivantes. Voir également : E. Savaux, *Subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 8 et suivants.

A. Les opérations translatives de droits et le maintien de l'équilibre antérieur

La subrogation personnelle suppose la conservation d'un droit par son transfert au *solvens*. Dès lors, il est possible de s'interroger sur son rapprochement avec les autres opérations translatives que sont la cession de créance et la cession de dette. Seront donc étudiées successivement : les limites du rapprochement entre la subrogation personnelle et la cession de créance d'abord (1), et les limites de son rapprochement avec la cession de dette ensuite (2).

1. Les limites du rapprochement entre la cession de créance et la subrogation personnelle

La cession de créance et la subrogation personnelle ont un effet juridique similaire : le droit de créance est transmis à un autre que le créancier originaire. Néanmoins, elle trouve, dans la plupart des cas, l'occasion de leur mise en œuvre dans des événements distincts et seule la subrogation assure une fonction régulatrice qui fait d'elle un instrument d'équilibre.

L'occasion de mise en œuvre de la cession de créance. La cession de créance est « *un contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre le débiteur cédé à un tiers appelé le cessionnaire* »¹¹⁸. Elle résulte d'un accord de volonté entre les parties, et s'apparente à une vente de la créance, étant le plus souvent réalisée à titre onéreux. Même lorsqu'elle est effectuée à titre gratuit, elle ne dépend pas d'une fluctuation juridique intervenue en amont. Ainsi, à la différence de la subrogation personnelle qui intervient en réaction à un risque de déséquilibre patrimonial, la cession de créance crée volontairement ce déséquilibre. C'est pour cela que le cédant doit garantir l'existence de la créance alors que le subrogeant n'est pas soumis à une telle obligation¹¹⁹. Il ne s'agit donc pas d'un mécanisme correctif, mais d'un paiement de la dette d'autrui organisé par les parties et mis en œuvre en tenant compte de considérations financières¹²⁰. Ainsi, alors que la cession de créance est qualifiée d'instrument spéculatif, la subrogation s'apparente davantage à un remède contre une fluctuation juridique.

¹¹⁸ C. civ, art. 1321.

¹¹⁹ C. civ, art. 1326.

¹²⁰ C. Ophèle, *Cession de créance*, Rép. civ. 2018, n° 16 ; E. Savaux, *Subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 8 ; J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, L.D.G.J, Paris, 1979, pp. 370 et suivantes.

Cette analyse comporte une limite dès lors que la fluctuation juridique à l'origine de la subrogation résulte d'un accord de volonté. Le déséquilibre est alors, de la même façon que la cession de créance, organisé par les parties. À titre d'exemple en matière d'affacturage, l'établissement de crédit appelé le *factor* règle les créances commerciales de son adhérent en vertu du contrat d'affacturage et devient dès lors titulaire de la créance qu'il détenait envers le débiteur¹²¹. L'avance des fonds effectuée par le *factor* est faite en échange d'une rémunération. L'adhérent n'a pas à garantir l'existence de la créance ni la solvabilité du débiteur, le risque étant supporté par l'établissement de crédit.

La subrogation conventionnelle dans cette hypothèse se rapproche donc considérablement de la cession de créance. Son utilisation en tant que mécanisme financier est d'ailleurs due à son régime autrefois plus souple en matière d'opposabilité¹²². En l'espèce, le créancier originaire cherche avant tout à obtenir rapidement des liquidités. Une distinction perdure toutefois entre les deux mécanismes : la subrogation est directement liée au paiement et dépend de l'ampleur de celui-ci¹²³. Elle s'avère donc être un instrument d'équilibre, alors même que la cession de créance ne peut appartenir à une telle catégorie. Ainsi, la cession permet une réorganisation de la répartition de la charge de la dette sans tenir compte des valeurs autrefois établies. La subrogation, quant à elle, aboutit toujours au maintien de l'équilibre patrimonial antérieur dans la mesure où le paiement conditionne sa mise en œuvre et l'ampleur de la transmission. Elle peut être qualifiée de mécanisme régulateur, car le droit conservé a vocation à maintenir l'équilibre antérieur qui ne peut être redéfini contractuellement.

Ainsi, même lorsque le paiement est prévu contractuellement, il n'en résulte pas moins un déséquilibre patrimonial que la subrogation vise à écarter. Un second critère permet donc de distinguer la subrogation et la cession de créance : la présence ou l'absence de fonction régulatrice.

L'absence de fonction régulatrice de la cession de créance. Les deux mécanismes sont occasionnés par un évènement similaire lorsque le déséquilibre patrimonial résulte d'un accord de volonté. Ils partagent également un effet translatif de droit : la créance est transmise

¹²¹ R. Routier, M. Mignot, J. Lasserre Capdeville, M. Storck, N. Eréséo et J-P. Kovar, *Droit bancaire*, Précis Dalloz, 2017, p. 875.

¹²² C. civ, art. 1690. C. Ophèle, *Cession de créance*, Rép. civ. 2018, n° 129. Le régime de la cession de créance et de la subrogation en matière d'opposabilité a toutefois été harmonisé : C. civ, art. 1323.

¹²³ E. Savaux, *Subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 16 et suivants.

à un nouveau créancier avec ses garanties et ses vices. C'est au vu de ces similitudes que la subrogation a pu être définie à travers le terme « cession »¹²⁴.

Néanmoins, seule la subrogation assure une fonction régulatrice, et la cession de créance répond quant à elle à une finalité économique. Elle n'est pas guidée par la volonté de faire peser le dommage sur le débiteur définitif de la dette, et le prix de la cession est donc laissé à la discrétion des parties de telle sorte que le créancier originaire obtiendra bien souvent un paiement moindre¹²⁵. Il s'agit d'un véritable instrument financier qui peut d'ailleurs se matérialiser à travers une cession simplifiée par voie de bordereau¹²⁶.

A contrario, la subrogation personnelle a pour objectif la conservation du droit dont le résultat attendu est le maintien de l'équilibre patrimonial antérieur. Elle est soumise à des règles strictes encadrant le transfert de la créance¹²⁷ : le *factor* ne peut obtenir la créance que dans la mesure du paiement qu'il effectue¹²⁸ et ne récupère auprès du créancier que les sommes engagées. Tout bénéfice ne peut alors être prévu qu'en dehors de la subrogation. Certes, rien ne fait obstacle à ce que la cession de créance soit également faite à hauteur du paiement, toutefois, ce résultat n'est pas garanti : la répartition de la charge de la dette peut donc être contractuellement modifiée. Ainsi, seule la subrogation personnelle permet de faire converger un objectif de conservation et une fonction régulatrice.

2. Les limites du rapprochement de la subrogation personnelle à l'initiative du débiteur avec la cession de dette

La cession de dette, parce qu'elle peut constituer une opération translatrice, doit être distinguée de la subrogation personnelle¹²⁹ : bien qu'elles trouvent leur occasion dans un

¹²⁴ P. De Renusson, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, J. Bodin, Paris, 1685, Chap II, n° 24 : « Plusieurs docteurs ont souvent confondu la simple cession d'actions, que nous appelons subrogation, avec la cession et transport qui est une véritable vente, ce qui n'a pas peu contribué à troubler la matière de la subrogation » ; R-J. Pothier, *Coutumes des duché, bailliage et prévôté d'Orléans, et ressort d'iceux*, Debure l'ainé, Orléans, Veuve Rouzeau-Montaut, Paris, 1780, Tit. XX, Chap I, Section V De la subrogation, n° 66, p. 757 : emploi de terme « céder » ; A. Lelong, *Droit romain : de la subrogation en général, Droit français : de la subrogation légale*, Thèse, Jean Delamare, Saint-lô, 1880, p. 42 : l'auteur s'oppose à la doctrine qui assimile la subrogation à une cession-transport et privilégie le lien avec le paiement.

¹²⁵ C. Ophèle, *Cession de créance*, Rép. civ. 2018, n° 89 : la cession peut avoir lieu à titre onéreux à titre de paiement d'une dette ou contre le paiement d'un prix.

¹²⁶ C. mon. fin, art. L 313-23, Loi, n° 81-1, 2 janvier 1981, *Facilitant le crédit aux entreprises* et Ordonnance, n° 2017-1432, 4 octobre 2017, *portant modernisation du cadre juridique de la gestion d'actifs et du financement par la dette*. CE, 11 décembre 2020, n° 436388.

¹²⁷ C. civ, art. 1346-4.

¹²⁸ CE, 20 mai 1987, *Commune de Montreux-Château*, n° 45-135 ; Civ, 3^{ème}, 5 novembre 2020, n° 19-18.284.

¹²⁹ Elle a été mise en place par l'ordonnance de 2016 : Ordonnance, n° 2016-131, 10 février 2016, *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

événement similaire, il s'agit de deux mécanismes totalement distincts quant à leur effet principal et leur fonction.

L'occasion de la cession de dette : le paiement par un autre que le débiteur originaire. La cession de dette présente une similitude avec la subrogation personnelle à l'initiative du débiteur étant donné que toutes deux sont initiées par celui-ci, et que le créancier est désintéressé par un tiers au rapport juridique initial. La subrogation personnelle permet alors au débiteur de subroger le prêteur dans les droits de son créancier, en échange du paiement qu'il effectue auprès de celui-ci. Ainsi, à la suite de l'octroi d'un prêt à moindre taux, le débiteur subroge le nouveau prêteur dans les droits du prêteur initial en contrepartie d'un remboursement anticipé de prêt auprès de ce dernier.

La cession de dette, pour sa part, permet au débiteur de céder sa dette avec toutes les exceptions qui lui sont attachées¹³⁰. Elle est scindée en deux applications : la cession dite parfaite a un véritable effet translatif en ce qu'elle libère le débiteur originaire, alors que celle dite imparfaite permet uniquement la juxtaposition d'un second débiteur sans que le premier ne soit libéré de son obligation¹³¹. Le créancier originaire, parce qu'il obtient le paiement de sa dette auprès d'un autre débiteur n'offrant pas les mêmes garanties de paiement, doit donner son accord à la cession¹³². Elle peut être mise en œuvre lorsque le débiteur est également en possession d'une créance d'un montant plus ou moins égal à sa dette envers un tiers. Ce tiers, au lieu de payer sa dette auprès du débiteur, paye le créancier de son créancier. Ainsi, il paye sa propre dette tout en libérant le cédant envers le créancier cédé.

Bien que ces deux mécanismes soient occasionnés par un paiement émanant d'un autre que le débiteur originaire, ils n'en sont pas pour autant comparables.

L'impossible rapprochement entre ces deux mécanismes. Non seulement la cession de dette n'aboutit pas au même effet translatif que la subrogation personnelle, mais de plus, elle n'est pas guidée par une fonction régulatrice. En premier lieu, la subrogation à l'initiative

¹³⁰ C. civ, art. 1327 : « Un débiteur peut, avec l'accord du créancier, céder sa dette. La cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité » ; C. civ, art. 1328 : « Le débiteur substitué, et le débiteur originaire s'il reste tenu, peuvent opposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes. Chacun peut aussi opposer les exceptions qui lui sont personnelles ».

¹³¹ C. civ, art. 1327-1 : « Le créancier y consent expressément, le débiteur originaire est libéré pour l'avenir. À défaut, et sauf clause contraire, il est tenu solidairement au paiement de la dette ». F. Rouvière, *Cession de dette*, Rép. civ. 2018, n° 4.

¹³² C. civ, art. 1327. Y. Picod, *Cession de dette et droit des sûretés*, AJ Contrat. 2017, p. 268. La loi reprend la jurisprudence antérieure qui a considéré que la cession ne peut « avoir effet à l'égard du créancier qui n'y avait pas consenti » : Civ, 1^{ère}, 30 avril 2003, n° 08-11.093. Dans le même sens, Civ, 1^{ère}, 30 avril 2009, n° 08-11.093.

du débiteur s'écarte de la cession de dette imparfaite : l'une a un effet translatif, alors que l'autre aboutit uniquement à l'octroi d'un second débiteur¹³³.

À plus forte raison, toutes les hypothèses de subrogation personnelle n'ont pas pour objectif de transmettre une dette, mais une créance. Dès lors, deux créanciers se succèdent et le débiteur originaire reste tenu envers le nouveau prêteur¹³⁴. En revanche, la cession de dette parfaite transmet la dette du débiteur originaire qui est libéré de son obligation¹³⁵ et le risque d'insolvabilité pèse alors sur le créancier. La modification du rapport obligationnel porte donc sur la qualité du créancier dans le premier mécanisme, et sur la qualité du débiteur dans la seconde.

En dernier lieu, la cession de dette, avec ou sans libération du débiteur, ne répond pas à une fonction de maintien de l'équilibre. Ainsi, bien qu'elle puisse aboutir à un équilibre entre les différents intervenants lorsque le débiteur substitué est également tenu envers le débiteur originaire, les dettes peuvent être d'un montant différent et la cession peut se faire en dehors de tout déséquilibre patrimonial. Elle n'est donc pas conditionnée par une fluctuation juridique et ne vise pas au maintien de l'équilibre préétabli. Autrement dit, les deux mécanismes sont distincts et n'ont pas vocation à s'appliquer dans des situations similaires.

B. Les opérations créatrices de droits et le maintien de l'équilibre antérieur

Pour que l'équilibre antérieur soit garanti, encore faut-il que le droit soit conservé. La subrogation doit donc être distinguée de la novation et de la délégation, qui sont des mécanismes créateurs de droits (1). Pareillement, bien que ces actions permettent de rétablir un équilibre rompu, l'action *in rem verso* et l'action personnelle ne présentent pas les mêmes

¹³³ C. civ, art. 1328-1 : « Lorsque le débiteur originaire n'est pas déchargé par le créancier, les sûretés subsistent. Dans le cas contraire, les sûretés consenties par le débiteur originaire ou par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord. Si le cédant est déchargé, ses codébiteurs solidaires restent tenus déduction faite de sa part dans la dette ». Y. Picod, *Cession de dette et droit des sûretés*, AJ Contrat. 2017, p. 268 ; F. Rouvière, *Cession de dette*, Rép. civ. 2018, n° 13.

¹³⁴ L'accord du créancier originaire n'est donc pas nécessairement requis : C. civ, art. 1346-2 : « La subrogation a lieu également lorsque le débiteur, empruntant une somme à l'effet de payer sa dette, subroge le prêteur dans les droits du créancier avec le concours de celui-ci. En ce cas, la subrogation doit être expresse et la quittance donnée par le créancier doit indiquer l'origine des fonds. La subrogation peut être consentie sans le concours du créancier, mais à la condition que la dette soit échue ou que le terme soit en faveur du débiteur. Il faut alors que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaire, que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le paiement, et que dans la quittance il soit déclaré que le paiement a été fait des sommes versées à cet effet par le nouveau créancier ».

¹³⁵ C. civ, art. 1327-2. F. Rouvière, *Cession de dette*, Rép. civ. 2018, n° 13.

caractéristiques que la subrogation, car elles supposent la naissance d'une obligation nouvelle (2).

1. La création d'un droit nouveau : La novation et la délégation

La subrogation se distingue de la novation et de la délégation, qui peuvent faire naître une obligation nouvelle de même nature que l'ancienne, mais qui ne garantissent pas le maintien de l'équilibre antérieur. Ainsi, loin de constituer un point de convergence entre la conservation et l'équilibre, elles ne répondent en réalité à aucune de ces fonctions.

L'opposition entre la subrogation et la novation. La novation est « *un contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée. Elle peut avoir lieu par substitution d'obligation entre les mêmes parties, par changement de débiteur ou par changement de créancier* »¹³⁶. La définition initiale de la subrogation en tant que substitution d'une chose ou d'une personne à une autre ne permet pas de faire la distinction entre ces deux mécanismes¹³⁷. Un parallèle peut alors être fait entre la novation par changement de créancier et la subrogation personnelle, et entre la novation par changement d'objet et la subrogation réelle¹³⁸. Ainsi, le débiteur peut, en vertu de la nouvelle obligation, être tenu de payer un autre que le créancier original, ou encore un contrat de vente de vin peut être modifié en substituant au vin initialement prévu un autre de meilleure qualité¹³⁹.

Dans la première hypothèse, la novation peut traduire un certain équilibre de la répartition de la charge de la dette. À titre d'exemple, lorsque le nouveau créancier est déjà créancier du premier, il peut obtenir le paiement de sa créance envers le débiteur de son débiteur : encore faut-il que les dettes soient d'une valeur identique pour que l'équilibre antérieur soit conservé. Néanmoins, la substitution de créancier provient ici de la création d'une obligation nouvelle, alors que la subrogation suppose la conservation du droit de créance initiale. Par conséquent,

¹³⁶ C. civ, art. 1329.

¹³⁷ H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, p. 387 ; P. De Renusson, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, J. Bodin, Paris, 1685, Discours, p. 1 ; P. De Renusson, *Traité des propres réels, réputés réels et conventionnels, où sont traitées les notables questions du droit français*, Guillaume David, 4^{ème} éd. Paris, 1733, Chap I, X, p. 50 ; M. Gauthier, *Traité de la subrogation de personnes ou du paiement avec subrogation*, Librairie du Conseil d'État, Cotillon, Paris, 1853, p. 2.

¹³⁸ La novation par changement de débiteur se distingue nettement de la subrogation en ce qu'elle permet la libération du débiteur original envers le créancier : C. Hérard, *De la subrogation conventionnelle*, Thèse, Université de Caen, 1872, p. 77.

¹³⁹ Com, 26 mai 1971, n° 69-10.363.

le nouveau créancier ne pourra se voir opposer les mêmes exceptions que celles qui étaient opposables au créancier originaire, sauf si un tel effet est prévu dans le contrat de novation¹⁴⁰.

Dans la seconde hypothèse, la novation consiste en une modification contractuelle de l'obligation¹⁴¹, intervenant en dehors de toute fluctuation juridique. Elle n'a pas d'objectif de conservation : le droit n'a pas besoin d'être menacé d'extinction pour que la novation puisse s'opérer¹⁴². Ainsi, elle est également dénuée de toute fonction régulatrice. Toutefois, V. Ranouil considère que la subrogation réelle implique une relative novation lorsque « *le droit réel peut dégénérer, à l'issue de son report, en droit personnel* »¹⁴³. Un tel rapprochement semble toutefois impossible dans la mesure où cette modification ne résulte pas d'un contrat, mais de la fluctuation juridique faisant naître le besoin de maintien de l'équilibre antérieur. La subrogation reste donc guidée par un objectif de conservation qui se heurte à l'effet novatoire.

L'opposition entre la subrogation et la délégation. La délégation est l'« *opération par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle s'oblige envers une troisième, la délégataire, qui l'accepte comme débiteur* »¹⁴⁴. Elle est dite parfaite lorsqu'en contrepartie de l'engagement, le délégant est libéré de ses obligations : la délégation opère alors novation¹⁴⁵. À l'inverse, elle sera imparfaite lorsque le délégant reste tenu à la dette : le créancier peut alors poursuivre au choix l'un des débiteurs¹⁴⁶.

De la même façon que la novation, la délégation parfaite n'emporte aucun transfert de créance et « *le délégué ne peut, sauf stipulation contraire, opposer au délégataire aucune exception tirée de ses rapports avec le délégant ou des rapports entre ce dernier et le délégataire* »¹⁴⁷. A fortiori, la délégation imparfaite permet la juxtaposition d'un second

¹⁴⁰ C. civ, art. 1334 : « *L'extinction de l'obligation ancienne s'étend à tous ses accessoires* ».

¹⁴¹ C. civ, art. 1330.

¹⁴² Le maintien du droit préexistant conduit à l'exclusion de la qualification de novation. Prenons l'exemple de l'article 1934 du Code civil qui prévoit que « *le dépositaire auquel la chose a été enlevée par une force majeure et qui a reçu un prix ou quelque chose à la place doit restituer ce qu'il a reçu en échange* ». Ce texte permet de perpétuer sur l'objet de remplacement l'action en restitution que le déposant tient du dépôt, qui est la source originaire unique de son droit. Ici, il n'y a pas de création d'un nouveau droit, mais uniquement un lien de droit créé par le dépôt entre le déposant et le dépositaire. Il ne s'agit en aucun cas d'une novation, où la créance nouvelle n'est en principe pas assortie de sûretés réelles ou personnelles.

¹⁴³ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 157 : « *Ainsi en est-il quand à l'immeuble propre est substituée la créance de son prix de vente qui devient propre : le droit de propriété de l'époux se transforme en droit personnel* ».

¹⁴⁴ C. civ, art. 1336.

¹⁴⁵ C. civ, art. 1337.

¹⁴⁶ C. civ, art. 1338.

¹⁴⁷ C. civ, art. 1336.

débiteur et aucun transfert ne peut avoir lieu dès lors que le débiteur initial reste tenu¹⁴⁸. La délégation n'est donc pas un mécanisme de conservation d'un droit, ne répond à aucune fluctuation juridique et ne garantit pas le maintien de l'équilibre antérieur.

2. La création d'une nouvelle action : le recours personnel et l'action *in rem verso*

L'action personnelle et l'action *in rem verso* sont toutes deux mises en œuvre dans le but de rétablir un certain équilibre. Néanmoins, celui-ci ne passe par la conservation d'un droit, mais aboutit à la création d'une obligation nouvelle.

Le maintien d'un équilibre patrimonial. L'action personnelle et l'action *in rem verso*, sont toutes deux susceptibles de rétablir un équilibre rompu. L'action *in rem verso* provient de la théorie de l'enrichissement sans cause¹⁴⁹ qui postule que nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui¹⁵⁰ : elle répond donc à un déséquilibre patrimonial. Il s'agit d'une action subsidiaire¹⁵¹ accordée afin « *de compenser le transfert de valeur d'un patrimoine à l'autre par l'octroi d'une indemnité à l'appauvri, à la charge de l'enrichi* »¹⁵². Elle suppose donc une variation de l'équilibre patrimonial ne pouvant se justifier par aucune source d'obligation¹⁵³.

À titre d'exemple, l'action fondée sur l'enrichissement sans cause a pu être acceptée à titre subsidiaire lorsque l'action fondée sur l'existence d'un contrat de société avait été rejetée. Ainsi, dans une affaire de 2017, deux agents d'assurances avaient noué le projet de partager des locaux et de créer une société commerciale. Ils mirent fin à leurs relations professionnelles sans l'avoir constituée, mais l'un d'entre eux soutint avoir fait l'avance de l'ensemble des frais de fonctionnement de l'agence et demanda donc à l'autre le remboursement des sommes correspondant aux charges lui incombant. L'existence d'une société de fait entre les parties ne fut pas démontrée, mais une action *in rem verso* put toutefois être engagée à titre subsidiaire¹⁵⁴. Elle a donc pour objectif de rétablir l'équilibre patrimonial rompu et assure une fonction régulatrice.

¹⁴⁸ C. civ, art. 1338.

¹⁴⁹ S. Ben Hadj Yahia, *Concubinage - rupture du concubinage*, Rép. civ. 2016, n° 340. Codifié dans le chapitre consacré aux enrichissements injustifiés : C. civ, art. 1303.

¹⁵⁰ Civ, 1^{ère}, 25 février 2003, n° 00-18.572.

¹⁵¹ C. civ, art. 1303-3.

¹⁵² A-M. Romani, *Enrichissement injustifié*, Rép. civ. février 2018, n° 1.

¹⁵³ C. civ, art 1303-1.

¹⁵⁴ Civ, 1^{ère}, 4 mai 2017, n° 16-15.563. Voir également : CE, 20 octobre. 2000, *Sté Citecable Est*, n° 196553.

L'action personnelle, quant à elle, est « *une action en justice par laquelle on demande la reconnaissance ou la sanction d'un droit personnel, quelle qu'en soit la source* »¹⁵⁵. Elle peut par exemple résulter d'un délit ou encore constituer une action en garantie favorisée par les mécanismes de responsabilité et de réparation¹⁵⁶. Lorsqu'elle répare un préjudice, elle permet de rétablir l'équilibre rompu par le dommage à travers une indemnisation. Ainsi, la victime doit obtenir la réparation intégrale de son préjudice. De la même façon, elle permet le rétablissement de l'équilibre antérieur lorsque la dette est payée par un autre que le débiteur définitif. La caution dispose alors d'une action personnelle contre le débiteur originaire pour récupérer les sommes engagées¹⁵⁷. Toutes ces actions supposent que le déséquilibre soit caractérisé.

La création d'une obligation nouvelle. Ces actions supposent la naissance d'une obligation nouvelle : elles permettent le maintien d'une valeur patrimoniale, mais ne garantissent pas la survie d'un droit. Ainsi, la caution, lorsqu'elle exerce une action personnelle contre le débiteur définitif, le fait en vertu d'un droit qui lui est propre. Elle ne peut dès lors disposer des accessoires ou des exceptions issus du rapport entre le créancier originaire et le débiteur. Si le créancier détient des sûretés supplémentaires garantissant le paiement de sa dette, la caution ne peut être en revanche que créancière chirographaire.

La même constatation peut être faite en présence d'un fait illicite, où le paiement est parfois effectué par un coauteur du dommage¹⁵⁸. S'il agit contre les autres coauteurs sur le fondement d'une action personnelle et non subrogatoire, il n'exerce pas l'action que détenait la victime, mais celle fondée sur son propre préjudice¹⁵⁹. L'absence de conservation du droit de créance détenu par la victime rend impossible la garantie du maintien de l'équilibre antérieur : l'action engagée peut être faite sur un fondement différent de celui de la responsabilité initiale¹⁶⁰, et la réparation se mesure au regard du préjudice subi et n'est donc

¹⁵⁵ S. Guinchard et T. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 21^{ème} éd. 2014, p 32, v° « Action personnelle ».

¹⁵⁶ C. Moniolle, *Action en garantie : action récursoires et actions subrogatoires*, Rép. resp. puiss. Publ. janvier 2014, n° 2.

¹⁵⁷ C. civ, art. 2305.

¹⁵⁸ Par exemple, l'action d'une personne publique contre une autre personne publique : CAA Lyon, 28 novembre 1991, *Min. Culture, communication des grands travaux et bicentenaire*, n° 90LY00089. Ou encore en matière de travaux publics : CE, 30 juin 1999, *Commune de Voreppe*, n° 163435.

¹⁵⁹ Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971, p. 325.

¹⁶⁰ CE sect, 7 novembre 1952, *Cie L'Urbaine et la Seine*, Rec. p. 498 : « *Considérant qu'ainsi qu'il a été indiqué, la condamnation susmentionnée de la société Saint-Jeantaise de transports est fondée sur la responsabilité contractuelle encourue par ladite société comme transporteur du Sieur G. ; qu'ainsi l'action exercée par la requérante contre l'État trouve son fondement dans un droit propre de la société Saint-Jeantaise de transports à la réparation du préjudice qu'elle a directement subi du fait de l'accident ; que dès lors, le*

pas limitée par le paiement effectué par le *solvens*. Dès lors, ce n'est pas l'équilibre antérieur qui est maintenu, mais le déséquilibre résultant du préjudice subi par le *solvens* qui est corrigé.

De la même façon, l'action *in rem verso* se distingue de la subrogation en ce qu'elle permet de « sanctionner un droit nouveau destiné à compenser la perte du droit ancien ». *A contrario*, la subrogation « prévient cette perte en conservant le droit ancien, ce qui enlève toute raison d'être à l'action *in rem verso*. »¹⁶¹. Dès lors, l'une conduit à remédier à l'enrichissement et l'autre à le prévenir. En outre, l'indemnité ne représente pas toujours une valeur égale à l'enrichissement ou à l'appauvrissement : celle-ci représente la moindre de ces deux valeurs¹⁶² et dépend d'une possible faute de l'appauvri¹⁶³ ou de la mauvaise foi de l'enrichi¹⁶⁴.

Ces actions tendent vers le maintien d'un équilibre juridique, toutefois il n'est pas nécessairement identique à l'équilibre antérieur. Dès lors, seule la subrogation est à la fois un instrument de conservation de droit et un instrument de maintien de l'équilibre antérieur.

Paragraphe 2 : L'impact du lien affirmé entre conservation d'un droit et maintien de l'équilibre antérieur

La subrogation suppose un lien étroit entre la conservation du droit et le maintien de l'équilibre patrimonial antérieur. C'est en cela qu'elle s'impose comme une réponse adaptée à la fluctuation juridique. Bien qu'une fonction régulatrice soit attribuée à d'autres mécanismes¹⁶⁵, lorsque la subrogation réelle intervient, elle se révèle être l'unique moyen de perpétuer l'équilibre antérieur (A). C'est donc cette dualité de fonction qui traduit l'essence même de la subrogation, et permet de lui attribuer la place qui lui revient au sein de notre

ministre n'a pu opposer valablement à la compagnie "L'Urbaine et la Seine", qui a supporté la charge du complément d'indemnité d'un million de francs, la limitation forfaitaire de la responsabilité de l'État au regard de la victime résultant de la législation sur les pensions militaires ».

¹⁶¹ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 175.

¹⁶² C. civ, art. 1303.

¹⁶³ C. civ, art. 1303-2.

¹⁶⁴ C. civ, art. 1303-4.

¹⁶⁵ Par exemple les récompenses : C. civ, art. 1468 et suivants.

système juridique. Il faut alors s'intéresser aux répercussions de cette dualité de fonction sur l'appréhension même du mécanisme (B).

A. La subrogation réelle, l'unique moyen de perpétuation de l'équilibre antérieur

La subrogation réelle est fréquemment justifiée par la fongibilité des biens ou décrite comme trouvant application en présence de dettes de valeur. Pour confirmer ou infirmer un tel rapprochement, il faut rechercher le rôle joué par la subrogation au sein de ces mécanismes. Or, elle ne présente d'utilité que dans la mesure où un droit est menacé d'extinction. Le lien entre sa fonction régulatrice et le risque de disparition du droit est donc insécable (1).

Dès lors que le droit peut perdurer par un autre moyen, le recours à la subrogation réelle est vain. Elle s'impose donc uniquement lorsqu'elle est le seul moyen de parvenir à la conservation du droit, et représente une réaction subsidiaire au déséquilibre patrimonial (2).

1. Une fonction régulatrice tributaire de la disparition du droit

La subrogation réelle se démarque d'autres mécanismes intervenant sur la valeur patrimoniale dans la mesure où sa fonction régulatrice dépend directement de son rôle conservateur : soumise à une fluctuation juridique, elle assure la conservation du droit par son transfert d'un bien à un autre. Sa mise en œuvre est donc pertinente uniquement en présence d'un droit menacé d'extinction. À titre d'exemple, alors même que l'accession suppose que le bien accessoire suive le même régime que le bien d'origine, celle-ci s'opère en l'absence de toute disparition de l'objet préalable, et résulte d'une union entre le bien nouveau et le bien initial¹⁶⁶. Dès lors, les deux notions doivent être distinguées¹⁶⁷ : la subrogation ne pouvant s'appliquer qu'en présence d'une fluctuation juridique.

Par conséquent, le droit doit être menacé d'extinction pour que le recours à la subrogation réelle soit pertinent. Il est donc « *inutile de recourir à la subrogation réelle pour expliquer le remplacement des biens au sein du patrimoine, car celui-ci découle naturellement de la*

¹⁶⁶C. civ, art. 546 : « *La propriété d'une chose soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement soit naturellement, soit artificiellement. Ce droit s'appelle "droit d'accession" ».*

¹⁶⁷ La notion d'accession est dénuée de fonction régulatrice : elle n'intervient pas en présence d'un risque de déséquilibre patrimonial et n'a aucune fonction conservatrice. Elle ne peut donc entrer en concurrence avec la subrogation. De plus, la subrogation nécessite un bien individualisé alors que l'accession repose sur cette perte d'individualité du bien qui s'unit à un autre.

fongibilité de ses éléments »¹⁶⁸, et la dette de valeur est uniquement un mode de calcul visant à rétablir un équilibre patrimonial.

L'indépendance des notions de fongibilité et de subrogation réelle. Certains auteurs affirment que la subrogation réelle se produit automatiquement au sein des universalités¹⁶⁹ : toute valeur entrant dans le patrimoine est substituée de plein droit à celle qu'elle remplace. À l'inverse, elle relève d'une disposition légale ou conventionnelle en présence d'un bien individualisé, et présente un caractère exceptionnel¹⁷⁰. Une telle interprétation conduit à scinder le mécanisme en deux applications distinctes : seule la première peut alors être fondée sur la fongibilité, qui suppose qu'une masse de biens soit suffisamment autonome. Elle fait abstraction des qualités individuelles du bien afin de créer une indifférence entre les choses.

En réalité, loin de fonder le mécanisme subrogatoire, la notion de fongibilité le rend inutile pour justifier le remplacement de biens au sein des universalités¹⁷¹. Ainsi, tout bien entrant dans le patrimoine constitue le droit de gage des créanciers, quel que soit son mode d'acquisition : il peut être acquis en remplacement d'un bien ou encore à titre gratuit ou par l'effet de l'occupation. Les deux notions peuvent certes être rapprochées dans la mesure où la fongibilité traduit la possibilité de substituer deux choses en ce que l'une peut remplir la fonction libératoire de l'autre¹⁷². Pourtant, elles sont totalement distinctes¹⁷³ : la fongibilité ne dépend pas d'une fluctuation juridique et n'aboutit pas à la conservation d'un droit. Dès lors,

¹⁶⁸ E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 26.

¹⁶⁹ Adage : *In judiciis universalibus, pretium succedit loco rei et res loco pretii et in judiciis singularibus, pretium non succedit loco rei* : dans les actions universelles, le prix tient lieu de la chose et la chose du prix, dans les matières réelles, il n'y a pas subrogation du prix à la chose, ni de la chose au prix. J. Flach, *De la subrogation réelle*, Auguste Durant et Pedone Lauriel, Paris, 1870, p. 21 : « *Pretium succedit in locum rei, res in locum pretii serait vraie dans tous les cas où une universitas juris est revendiquée par une actio in rem universalis* ». Dans le même sens, G. Rives, *Subrogation réelle à titre particulier et propriété immobilière*, RTD civ. 1968, p. 616.

¹⁷⁰ A. Cerban, *Nature et domaine d'application de la subrogation réelle*, RTD civ. 1939, p. 51.

¹⁷¹ G. Pignarre, *Prêt - Prêt de consommation*, Rép. civ. 2016, n° 124 : « *N'étant déterminées que par leur nombre, leur poids ou leur mesure, peuvent être employées indifféremment l'une pour l'autre dans un paiement* ». ATILF, CNRS et Université de Lorraine, *Trésor de la langue Française informatisé*, v° « Fongible » : « *Chose, bien qui peut être consommé(e) par l'usage et remplacé(e) par un(e) autre de même nature, de même qualité et en même quantité, par opposition à une chose, à un bien non fongible que l'usage laisse entier(e) et qui se restitue en nature* ». C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, t. 9, 5^{ème} éd. Paris, 1897, p. 340 : « *Les éléments qui composent le patrimoine, se ramenant tous, en qualité de biens, à l'idée commune d'une valeur pécuniaire, revêtent, par cela même, les uns à l'égard des autres, le caractère de choses fongibles* ». C'est par ce caractère que s'explique et se justifie la subrogation réelle.

¹⁷² A. Laure, *La fongibilité : diversité des critères et unité des effets*, RTD com. 1995, n° 2, p.307.

¹⁷³ H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, p. 391 ; A. Cerban, *Nature et domaine d'application de la subrogation réelle*, RTD civ. 1939, p. 47 ; M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t.1, p. 20. G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LDGJ, Paris, 1996, n° 354, p. 331: la subrogation réelle à une fonction purement descriptive lorsqu'elle se justifie par la fongibilité générale des biens du patrimoine. Dès lors, elle n'a aucune fonction technique et n'est donc pas nécessaire en la matière.

seule la subrogation réelle s'avère être un mécanisme assurant la régulation du patrimoine par le maintien de l'équilibre antérieur.

La dette de valeur : une réaction à une fluctuation monétaire. La dette de valeur protège un certain équilibre au sein du patrimoine en présence de fluctuations monétaires. Au moment du paiement, elle permet le calcul de la valeur de ce qui est dû en référence à son état passé. Elle intervient par exemple en matière de régimes matrimoniaux en organisant l'acquisition, la conservation ou l'amélioration d'un bien, ou en présence de donations entre époux¹⁷⁴. La restitution du bien doit alors prendre en compte la valeur du bien au jour du paiement et tenir compte de son état au jour de la naissance de la dette. Dès lors, « *les plus-values étrangères à l'activité du débiteur, et notamment celles qui sont dues aux fluctuations monétaires, profiteront au créancier. Mais celles qui proviennent de l'activité du débiteur (qui a amélioré le bien, grâce à son travail ou à ses deniers) seront conservées par celui-ci* »¹⁷⁵.

La dette de valeur permet de retarder la date d'estimation de la créance de restitution du jour de l'acquisition du bien à celui du partage, de l'ouverture de la succession ou de la dissolution du régime matrimonial¹⁷⁶. Elle ne permet pas la mise en œuvre du droit de restitution, mais constitue uniquement son mode de calcul. Ainsi, en matière de régime matrimonial, le bien acquis en remploi intègre la masse de biens propres même si une partie des deniers est issue de la masse commune¹⁷⁷. Les récompenses permettent alors la répartition des valeurs entre la masse de biens propres et la masse de biens communs à la dissolution du mariage et le profit subsistant est calculé sur les biens subrogés¹⁷⁸. La dette de valeur n'a donc pas vocation à intervenir lorsqu'un droit est menacé d'extinction, mais lorsqu'une valeur fluctue entre le jour de la naissance de la dette et le jour du paiement. Elle assure un certain équilibre en fonction de règles de calculs prédéfinies, mais n'est pas un mécanisme de

¹⁷⁴ C. civ, art. 1469 et 1099-1. M. Grimaldi et N. Peterka, *Achats pour autrui entre époux*, Dalloz action : droit patrimonial de la famille. Chap 355, 2018-2019.

¹⁷⁵ S. Benlisi, *Paiement - règles particulières aux paiements de sommes d'argent*, Rép. civ. 2019, n° 132.

¹⁷⁶ C. civ, art. 1469 al 3, 1571 al 1, 1099-1 al 2, 860 al 2, 869 et 922 al 2.

¹⁷⁷ C. civ, art. 1436 : « *Quand le prix et les frais de l'acquisition excèdent la somme dont il a été fait emploi ou remploi, la communauté a droit à récompense pour l'excédent. Si, toutefois, la contribution de la communauté est supérieure à celle de l'époux acquéreur, le bien acquis tombe en communauté, sauf la récompense due à l'époux* ».

¹⁷⁸ R. Le Guidec et M. Grimaldi, *Chapitre 144 - liquidation de la communauté : identification des récompenses*, Dalloz action : droit patrimonial de la famille. 2018-2019, n° 144.101 : « *L'évaluation du profit subsistant sera toujours faite sur le bien subrogé aux précédents, selon sa valeur à la liquidation, mais en tenant compte à chaque fois de la manière dont la subrogation a été faite, autrement dit comment chaque acquisition nouvelle a été financée, par quel patrimoine* ».

conservation d'un droit. La dette de valeur doit par conséquent être distinguée de la subrogation réelle qui n'a vocation à intervenir qu'en présence de droits menacés d'extinction.

2. Une réaction subsidiaire au déséquilibre patrimonial

La « *subrogation réelle est subsidiaire en cet unique sens qu'elle ne doit pas être admise si elle ne présente pas d'utilité particulière* »¹⁷⁹. Sa mise en œuvre suppose donc qu'elle soit l'unique mécanisme à même de conserver le droit menacé d'extinction.

Les mécanismes incompatibles avec la subrogation réelle. La subrogation réelle est exclue lorsque la préservation d'un droit est assurée par une autre voie¹⁸⁰. Ainsi, il n'est nullement utile de reporter le droit de revendication sur le prix de vente lorsque le droit de suite permet de saisir le bien initial entre les mains de l'acquéreur. Il s'applique à l'hypothèque qui subsiste en dépit de l'aliénation de l'immeuble grevé¹⁸¹, sans que le nouvel acquéreur ne puisse se retrancher derrière sa bonne foi dès lors qu'elle a été correctement inscrite et publiée. Le tiers détenteur peut en revanche payer la dette garantie par l'hypothèque afin d'éviter la vente forcée du bien et sera alors subrogé dans les droits du créancier hypothécaire. Le droit de suite ne trouve application qu'en présence d'une véritable aliénation. La mutation de l'immeuble ne doit pas procéder d'une restitution consécutive à l'anéantissement rétroactif de l'acte préalable¹⁸² et elle n'est d'aucune utilité en matière de disparition du bien. Ainsi, si le bien périt, seule la subrogation réelle permet le report de l'hypothèque sur la créance indemnitaire¹⁸³.

La subrogation est alors incompatible avec le droit de suite qui fait obstacle à toute fluctuation juridique. Le droit n'est pas menacé d'extinction et peut continuer à s'exercer sur le bien en quelque main qu'il se trouve et la subrogation est alors dépourvue d'objet. Au contraire, lorsque le bien disparaît, le droit de suite ne peut plus s'appliquer et la subrogation réelle retrouve toute son utilité.

¹⁷⁹ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 72.

¹⁸⁰ E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 38.

¹⁸¹ C. civ, art. 2393 ; Civ, 3^{ème}, 27 janvier 1999, n° 96-16.022.

¹⁸² C. Juillet, *Hypothèque - un droit réel*, Rép. immo. mai 2019, n° 79.

¹⁸³ C. ass, art. L 121-13. S. Piédelièvre, *Hypothèque*, Rép. pr. civ. 2019, n° 704 : « *En principe, la perte de la chose entraîne l'extinction de l'hypothèque, le droit de suite peut survivre par suite de la subrogation réelle, dans tous les cas où une indemnité est substituée à la chose perdue. En effet, l'hypothèque subsiste en principe, mais, comme elle ne peut s'exercer que sur une somme d'argent, elle ne peut comporter aucun droit de suite. On peut assimiler à la perte de la chose, au point de vue du droit de suite, l'aliénation d'un élément du fonds qui conférerait à celui-ci un caractère mobilier incompatible avec l'exercice d'un droit de suite, le tiers acquéreur de bonne foi pouvant se prévaloir de sa possession. C'est le cas des aliénations de meubles par anticipation ou d'immeubles par destination* ».

De la même façon, le droit de rétention rend inutile le recours à la subrogation réelle. Le créancier toujours en possession de la chose peut s'opposer à la revendication qui pourrait être faite par un acquéreur avant le paiement complet de sa créance¹⁸⁴. Protégé contre les risques d'aliénation du bien, son droit de propriété n'est donc pas menacé d'extinction¹⁸⁵. La subrogation peut toutefois trouver application au côté du droit de rétention. Ainsi, l'article L 642-20-1 du Code de commerce prévoit qu'« *en cas de vente par le liquidateur, le droit de rétention est de plein droit reporté sur le prix* ».

La subrogation réelle : le dernier remède au déséquilibre patrimonial. Le caractère subsidiaire de la subrogation réelle, loin d'affaiblir son rôle régulateur, affirme d'autant plus son utilité : elle se révèle être le dernier mécanisme capable de conserver le droit menacé d'extinction. Ainsi, lorsque le bien est détruit, le droit de suite et le droit de rétention ne sont d'aucune utilité. En revanche, le droit portant sur le bien peut être conservé par le recours à la subrogation réelle : le droit de préférence se reporte alors sur l'indemnité d'assurance¹⁸⁶.

L'existence de procédés distincts capables de maintenir l'exercice du droit fait logiquement obstacle à la subrogation réelle qui dépend d'une fluctuation juridique¹⁸⁷. En l'absence de déséquilibre patrimonial, la subrogation ne trouve donc aucune utilité. À titre d'exemple, la présomption de communauté fait obstacle à la subrogation réelle dès lors que le bien provient de deniers communs¹⁸⁸. Elle doit nécessairement répondre à un risque de déséquilibre patrimonial en assurant un rôle régulateur subsidiaire. Elle peut donc avoir lieu lorsque « *celui qui l'ayant reçue de bonne foi a vendu la chose ne doit restituer que le prix de la vente* »¹⁸⁹ ou encore, lorsque « *le droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ou sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien.* »¹⁹⁰.

Dans ces hypothèses, la logique fonctionnelle sous-jacente suppose que le recours à la subrogation réelle est indispensable, dans la mesure où il s'effectue chaque fois que le droit ne peut être conservé par un autre moyen : la subrogation réelle s'impose donc comme le dernier

¹⁸⁴ G. Piette, *Rétention*, Rép. civ. janvier 2020, n° 1.

¹⁸⁵ Par exemple, lorsqu'un bien fait l'objet d'un gage avec dépossession, si la chose est vendue par le débiteur, le créancier dispose d'un droit de rétention lui permettant de conserver le bien et de s'opposer ainsi à la revendication de l'acquéreur.

¹⁸⁶ C. ass, art. L 121-13.

¹⁸⁷ G. Rives, *Subrogation réelle à titre particulier et propriété immobilière*, RTD civ. 1968, p. 643.

¹⁸⁸ C. civ, art. 1402.

¹⁸⁹ C. civ, art. 1352-2.

¹⁹⁰ C. civ, art. 2372.

mécanisme régulateur. Sa mise en œuvre peut d'ailleurs être garantie par une consignation des deniers de remplacement qui seront alors nécessairement employés pour désintéresser les créanciers privilégiés, sans risquer une prolongation de la subrogation réelle sur le bien nouvellement acquis en cas de emploi de la somme¹⁹¹. L'objectif est alors d'assurer le maintien de l'équilibre juridique antérieur en limitant les successions de biens.

B. La dualité de fonction de la subrogation et l'appréhension du mécanisme

Une nouvelle conception de la subrogation émerge à travers la consécration d'une dualité de fonctions permettant de justifier l'ensemble de ses hypothèses d'application (1). La subrogation représente alors le point de convergence entre la conservation d'un droit et le maintien de l'équilibre patrimonial antérieur. Ainsi analysée, elle peut être rapprochée de la notion de justice commutative, qui vise à régler l'équité des échanges¹⁹², et traduit une certaine équivalence. La définition mathématique de « commutatif » permet d'ailleurs d'apercevoir le rôle d'un tel mécanisme dans la mesure où elle suppose que « *le résultat reste invariable si l'on intervertit les facteurs ou les termes* »¹⁹³. Ainsi, puisqu'elle permet le maintien d'un droit malgré la modification d'un de ses éléments essentiels, la subrogation s'intègre parfaitement dans la logique du droit commutatif (2).

1. L'introduction d'une nouvelle conception de la subrogation

La subrogation présente une spécificité qui réside dans l'articulation entre deux fonctions : une conservatrice de droit et une régulatrice de l'équilibre patrimonial. Elles correspondent respectivement à l'objectif du mécanisme et au résultat attendu : c'est la conservation du droit qui permet d'aboutir au maintien de l'équilibre patrimonial antérieur. Dès lors, en plus de permettre la distinction de la subrogation avec d'autres mécanismes ne remplissant que

¹⁹¹ C. expr. publ, art. R 13-65 ; V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 87.

¹⁹² ATILF, CNRS et Université de Lorraine, *Trésor de la langue Française informatisé*, v° « commutatif ». F. Chénéde, *Les commutations en droit privé : Contribution à la théorie générale des obligations*, Thèse, Economica, 2008, p. 109 : « *le droit des commutations peut être défini comme l'ensemble des règles qui assurent le respect du "juste" dans les commutations* ». Par conséquent, « *l'objectif de ce droit des commutations est de veiller à ce que tout transfert de valeurs intervenant entre deux patrimoines soit justifié* ». La justice commutative serait alors le « *juste dans les commutations* » c'est-à-dire dans « *tous les transferts de valeurs intervenant entre deux personnes* » : p. 511.

¹⁹³ ATILF, CNRS et Université de Lorraine, *Trésor de la langue Française informatisé*, v° « commutatif ».

partiellement ces fonctions, cette articulation constitue également toute sa richesse. Le dévoilement de cette dualité de fonctions permet alors de traduire l'essence même de la subrogation.

La dualité de fonction de la subrogation. La place de la subrogation au sein de notre système juridique n'a pas toujours été claire, ce qui a conduit à la qualifier de mécanisme complexe et dérogoire. Son rôle se dessine cependant à travers l'articulation entre ses deux fonctions complémentaires : la fonction conservatrice qui induit une fonction régulatrice. Elle occupe donc une place particulière aux côtés d'autres mécanismes conservateurs ou régulateurs, mais qui ne peuvent lui être assimilés dans la mesure où ils ne constituent pas un point de convergence entre la conservation du droit et le maintien d'un équilibre juridique antérieur. C'est ce qui apparaît à travers l'étude de la cession de créance, où la conservation du droit de créance est contractuellement définie et ne vise pas la garantie du maintien d'un équilibre patrimonial. De la même façon, la naissance d'un droit nouveau fait échec à la fonction régulatrice, le maintien de l'équilibre antérieur étant certes réalisable, mais non exigé.

La subrogation n'entre donc pas en concurrence avec ces procédés. Elle s'impose comme une réaction adaptée à la fluctuation juridique, pouvant d'ailleurs remédier aux résultats non souhaités de l'application d'une règle de droit¹⁹⁴. L'importance de la subrogation réelle se traduit par son caractère subsidiaire : elle est le seul mécanisme capable de parvenir au résultat escompté. À l'inverse, la subrogation personnelle peut être appliquée aux côtés d'autres techniques telles que la mise en œuvre d'une action personnelle. Son rôle conservateur fait toutefois d'elle le seul mécanisme capable de garantir le maintien de l'équilibre antérieur. Elle a donc un caractère particulier : elle traduit un lien insécable entre la conservation d'un droit et le maintien de l'équilibre préétabli.

La fonction régulatrice reste majoritairement tributaire du maintien du droit qui se matérialise par la transmission de celui-ci d'une personne à une autre ou d'une chose à une autre. Ainsi, son efficacité n'est pas totale dans la mesure où le résultat attendu ne sera parfois qu'imparfaitement rempli. Toutefois, toutes ces applications doivent tendre à la perpétuation d'un certain équilibre.

Une nouvelle approche de la subrogation réelle. La subrogation personnelle est plus aisément associée à la notion de conservation du droit de créance. À l'inverse, cette fonction n'apparaît que très rarement à propos de la subrogation réelle. Une telle conception permet

¹⁹⁴ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 57.

cependant de justifier son application dans des domaines forts variés. La complexité de la subrogation réelle au regard du « remplacement du bien »¹⁹⁵ conduit à voir dans ce procédé, un mécanisme dérogatoire et restreint. Toutefois, loin de supposer l'identité entre deux biens successifs, la subrogation exige uniquement que le droit puisse avoir le bien nouveau pour objet. Ainsi, alors même que les qualités du bien seraient nombreuses¹⁹⁶, seules celles nécessaires au report du droit sont considérées comme essentielles. Le droit de préférence peut donc aisément se reporter d'un bien immeuble à une somme d'argent, alors même que le bien nouveau n'est pas de même nature que le bien initial.

La subrogation réelle n'est donc pas un mécanisme de remplacement de bien, mais trouve sa place au sein des instruments de conservation d'un droit. Les deux conditions qui lui sont assignées, c'est-à-dire la présence d'un droit menacé d'extinction par la disparition du bien sur lequel il s'exerce et la possibilité de reporter celui-ci sur un autre objet¹⁹⁷, traduisent la dualité de fonction. La richesse d'un tel mécanisme transparaît alors de ces fonctions qui lui permettent de protéger une diversité de droits, tels que le droit de préférence, le droit de revendication ou encore le droit de propriété et notamment celui appartenant à l'époux seul¹⁹⁸.

Dans toutes ses hypothèses, la conservation tend à maintenir l'équilibre souhaité et préétabli par le législateur et les parties. Le remploi de bien propre peut certes conduire à un déséquilibre vis-à-vis de la masse commune qui a pour partie participé à l'acquisition du bien, toutefois, celui-ci reste strictement encadré par la loi qui privilégie le maintien du droit de propriété au profit de l'époux avec toutes les prérogatives qui lui sont associées. Il se veut donc conservateur de la masse de biens propres au détriment de la masse commune¹⁹⁹ alors

¹⁹⁵ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p.149.

¹⁹⁶ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 61 : diversités des qualités du bien : meuble, immeuble, corporel, incorporel, consommable, non consommable. Au contraire, en matière de subrogation personnelle, le rapport d'obligations est plus simple en ce sens qu'il tient principalement compte de la solvabilité des personnes.

¹⁹⁷ E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 42.

¹⁹⁸ Une différence juridique entre le bien remplacé et le bien de remplacement ne fait pas obstacle à la subrogation. Par exemple, le report peut se faire sur une créance indemnitaire. De plus, le report de la qualité de propre sur le bien nouvelle acquis conduit à la conservation d'un droit en ce sens qu'à la dissolution du mariage, c'est le droit de propriété de l'époux qui sera maintenu sur ce bien. V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 54 : « *Les bénéficiaires de la subrogation réelle sont aussi divers que possible : titulaires de droits réels accessoires, principaux, de droits personnels ; successoraux ; créanciers de certaines restitutions ; absent, disparu ou héritier véritable revendiquant son patrimoine ; époux propriétaire de biens propres, femme dotale, indivisaires ; bénéficiaires de fondations* ».

¹⁹⁹ C. civ, art. 1436 : « *Quand le prix et les frais de l'acquisition excèdent la somme dont il a été fait emploi ou remploi, la communauté a droit à récompense pour l'excédent. Si, toutefois, la contribution de la communauté est supérieure à celle de l'époux acquéreur, le bien acquis tombe en communauté, sauf la récompense due à l'époux* ». L'équilibre est cependant rétabli par les récompenses : C. civ, art. 1437 : « *Toutes les fois qu'il est pris sur la communauté une somme, soit pour acquitter les dettes ou charges personnelles à l'un des époux, telles* ».

qu'à l'inverse, celle-ci est souvent avantagée par la règle de la présomption de communauté. La démonstration de la dualité de fonction de la subrogation introduit donc une nouvelle conception de ce mécanisme qui s'inscrit au sein du système de droit commutatif : il a vocation à réguler les changements afin de garantir un certain équilibre patrimonial.

2. La subrogation intégrée au sein du système de droit commutatif

La subrogation est un mécanisme qui accompagne un changement juridique tout en maintenant l'équilibre patrimonial antérieur. Il se matérialise à travers une fluctuation juridique qui n'est pas remise en cause. Toutefois, le changement patrimonial qui peut en résulter se voit empêché par la conservation du droit menacé d'extinction. La subrogation s'inscrit alors au sein de la justice commutative en tant que mécanisme de maintenance.

La subrogation, mécanisme régulateur de changements juridiques. La subrogation trouve l'occasion de sa mise en œuvre dans un changement juridique appelé fluctuation. Elle n'est pas une cause de changement, car elle ne conduit pas à la création d'une obligation²⁰⁰. Elle se distingue de l'action *in rem verso* qui intervient pour pallier un changement juridique infondé en droit, ou encore de l'action personnelle qui permet de remédier à un changement illicite ayant causé un dommage. La subrogation agit sur le résultat du changement, mais n'a pas vocation à remettre les choses en l'état : elle vise simplement à empêcher la disparition d'un droit malgré la fluctuation juridique. Elle ne peut donc être réduite à une cause ou à un remède au changement : elle intervient autant en présence de changements indésirables, que de changements souhaitables économiquement ou socialement.

Ainsi, loin de limiter les causes de changements résultant d'actes ou de faits juridiques, la subrogation se contente de maintenir l'équilibre patrimonial antérieur sans les remettre en cause. Elle n'est donc pas un frein à la circulation des biens et des créances, mais corrige les effets indésirables qui peuvent en découler. Elle est par conséquent un mécanisme qui accompagne le changement tout en maîtrisant ses conséquences : un changement a bel et bien eu lieu en amont, mais l'équilibre est maintenu par la conservation du droit. Ainsi, lorsque le droit de créance est transmis au *solvens*, la subrogation tente de faire obstacle à l'appauvrissement : elle permet le remplacement de la valeur patrimoniale des sommes

que le prix ou partie du prix d'un bien à lui propre ou le rachat des services fonciers, soit pour le recouvrement, la conservation ou l'amélioration de ses biens personnels, et généralement toutes les fois que l'un des deux époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense ».

²⁰⁰ L'obligation est une cause de changement ou une réaction à un changement. C'est ainsi que l'acte juridique tel qu'une vente est permise par la création d'une obligation. À l'inverse, un fait illicite conduit à la mise en œuvre d'une obligation de réparation visant à rétablir la situation antérieure au changement.

versées par la créance indemnitaire autrefois détenue par la victime. Si le *solvens* n'effectue pas le recours subrogatoire, c'est qu'il entend supporter la charge définitive de la dette. Même si les sommes versées par le *solvens* sont supérieures à celles qu'il peut récupérer auprès du responsable, ce déséquilibre résulte d'une volonté législative de faire peser le risque d'insolvabilité ou une partie de l'indemnisation sur une tierce personne. Il peut par exemple s'agir d'un fonds spécialement conçu pour indemniser les victimes. La subrogation est donc guidée par la volonté que chacun supporte la charge patrimoniale qui lui revient.

La subrogation s'inscrivant dans une justice commutative. La justice commutative règle les échanges et permet de rendre à chacun ce qui doit lui appartenir²⁰¹. Elle consiste « à rétablir l'équilibre entre deux patrimoines » et à protéger « la partie lésée »²⁰². Elle a donc vocation à organiser les changements²⁰³ : ils peuvent être permis lorsqu'ils résultent d'un acte juridique valable, ou à l'inverse non admis par le droit lorsqu'ils interviennent à la suite d'un fait illicite : l'obligation de réparation est alors le procédé qui permet de rétablir l'équilibre rompu²⁰⁴.

Ainsi, le changement peut avoir diverses causes et peut parfaitement aboutir à la création d'un déséquilibre juridique. La subrogation est alors une réaction à un changement juridique

²⁰¹ ATILF, CNRS et Université de Lorraine, *Trésor de la langue Française informatisé*, v° « Justice commutative » : « Justice qui règle l'équité des échanges ». P. Le Tourneau, *Responsabilité : généralités*, Rép. civ. mai 2009 : « La peine privée ne correspond ni à la lettre ni à l'esprit des art. 1382 et 1383, dans lesquels la "réparation" relève de la justice commutative [suum cuique tribuere, donner à chacun ce qui lui revient, c'est-à-dire que l'échange entre les personnes doit s'exercer dans l'exact respect de leurs droits], se traduisant ici par le rétablissement du patrimoine dans son état antérieur, alors que la peine privée ressortit à la justice distributive, et présente de ce fait un caractère "satisfactoire" ». E. Decaux, *Réciprocité*, Rép. international. 1998 : « La réciprocité incarne la justice commutative fondée sur le *do ut des*, l'équilibre dans l'échange, la réversibilité et la proportionnalité ». P. Le Tourneau, *Chap 213 : contrat de vente de matériel : les obligations du vendeur envers l'acheteur*, Dalloz référence : Contrats du numérique. 2021, n° 213.242 : « Mais qu'est-ce qu'une réduction du prix, sinon une modification du contrat, cela afin de rétablir l'équilibre des prestations réciproques (mesure de pure justice commutative) ». F. Chénéde, *Les commutations en droit privé : Contribution à la théorie générale des obligations*, Thèse, Economica, 2008, p. 3 : l'auteure décrit la commutation comme un transfert de valeurs.

²⁰² J-P Chazal. *Théorie de la cause et justice contractuelle : à propos de l'arrêt Chronopost*, La semaine juridique. Édition générale, n° 29, 15 juillet 1998, doct. 152.

²⁰³ Les commutations recouvreraient alors « l'ensemble des opérations par lesquelles une valeur (un bien ou un service) passe d'un patrimoine à un autre » : F. Chénéde, *Les commutations en droit privé : Contribution à la théorie générale des obligations*, Thèse, Economica, 2008, p. 17.

²⁰⁴ J. Knetsch, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation : Analyse en droits français et allemand*, Thèse, Université Panthéon-Assas Paris II, 2011, p. 22 : « La justice commutative voudrait, en effet, que chacun supporte le dommage qui l'atteint dans son patrimoine ou sa personnalité (*casum sentit dominus*), sauf à démontrer qu'il est imputable à autrui ». F. Chénéde, *Les commutations en droit privé : Contribution à la théorie générale des obligations*, Thèse, Economica, 2008, p. 18 : l'auteure considère que « le droit des commutations ne commande pas la prise en compte de la lésion, mais le contrôle de l'existence d'une cause pour chaque obligation ». Ainsi, les quasi-contrats « réalisent une commutation en corrigeant la perte patrimoniale subie par le gérant, le solvens, et l'appauvri. Tous ces quasi-contrats-échanges remplissent le même objectif : rétablir l'équilibre patrimonial rompu, non pas en effaçant l'enrichissement obtenu par le débiteur, mais en compensant l'appauvrissement consenti par le créancier ».

qui créait un déséquilibre que la loi ou les parties ne souhaitent pas maintenir. Elle s'inscrit parfaitement au sein des techniques juridiques visant à rétablir une situation antérieure telle que la restitution ou la réparation, mais permet également d'accompagner les techniques qui à l'inverse permettent le changement tel que l'aliénation d'un bien.

En tant que technique de maintenance, la subrogation a vocation à éviter un appauvrissement en conservant la situation juridique antérieure. V. Ranouil considère d'ailleurs que « *la subrogation réelle s'inspire d'une idée de justice commutative : elle tend à préserver des droits mis en péril par des circonstances exceptionnelles* »²⁰⁵. Ainsi, « *le passé se perpétue dans le présent* » et la subrogation vise à « *maintenir en l'état des équilibres juridiques élaborés par le législateur, qui sont compromis par des événements exceptionnels* »²⁰⁶. La subrogation personnelle, quant à elle, permet de faire subsister l'équilibre résultant des règles relatives à la répartition de la charge de la dette. Ainsi, quelle que soit son application, la subrogation a vocation à maintenir un équilibre patrimonial, car elle fait échec au déséquilibre patrimonial qui résulterait de la disparition du droit.

²⁰⁵ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 63.

²⁰⁶ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 75.

Conclusion du chapitre 2

Au terme de ce chapitre, il ressort que la subrogation est indubitablement liée à la notion d'équilibre. Cette dernière représente le résultat attendu de la conservation d'un droit. En outre, un déséquilibre patrimonial intervient en amont de toute subrogation. Ses évènements générateurs se regroupent alors sous la notion de fluctuation juridique.

La subrogation s'impose tout d'abord comme une réaction à un risque de déséquilibre patrimonial. Ces risques proviennent d'évènements qui affectent nécessairement l'existence du droit. En matière de subrogation réelle, ils rendent impossible l'exercice du droit sur le bien initial. En matière de subrogation personnelle, ils portent sur le droit de créance, et ont un impact direct sur la répartition de la charge de la dette. Il résulte de ces fluctuations juridiques un simple risque de déséquilibre, puisque la subrogation conserve le droit menacé d'extinction. Le déséquilibre peut toutefois avoir lieu lorsque la subrogation est dénuée d'efficacité, par exemple lorsque le débiteur définitif de la dette est insolvable. Dans ce cas, le *solvens* est appauvri.

La subrogation n'a pas pour objectif de combattre ces fluctuations, mais au contraire d'accompagner ces mouvements de valeurs. Elle corrige donc uniquement les effets indésirables qui peuvent en résulter. Elle vise au maintien d'un équilibre antérieur défini légalement ou contractuellement. Il prend alors en compte des considérations économiques et sociales et traduit une certaine « équité » dans les échanges.

La subrogation constitue donc le point de convergence entre la conservation du droit et le maintien de l'équilibre antérieur. Régulièrement perçue comme complexe, elle est trop souvent réduite à une simple dérogation. Elle s'impose en réalité comme un mécanisme de conservation et de régulation, s'intégrant parfaitement au sein du système commutatif. Sa dualité de fonction permet de la distinguer des mécanismes juridiques proches. Bien que l'équilibre soit parfois atteint ou qu'une conservation partielle du droit soit effectuée, les opérations translatives et créatrices de droits ne permettent pas de faire le lien entre la conservation du droit et le maintien de l'équilibre juridique antérieur. À plus forte raison, le caractère subsidiaire de la subrogation réelle fait d'elle le dernier recours pour garantir un tel équilibre.

La subrogation est donc un mécanisme régulateur des changements patrimoniaux, et un instrument d'équilibre. Lorsque fluctuation juridique entraîne un risque de déséquilibre patrimonial, seule la conservation du droit permet de maintenir l'équilibre antérieur prédéfini.

Conclusion du titre 1

Au terme de cette première phase d'identification de la notion de subrogation, il apparaît qu'elle peut être appréhendée comme une notion unique regroupant diverses applications. Un tel constat ne s'imposait cependant pas. Il a donc fallu faire émerger les critères servant de bases à son identification, et vérifier leur concordance.

La réflexion s'est dans un premier temps axée sur la définition de la subrogation. Pour préciser ses contours, il était nécessaire de dépasser les définitions classiques attribuées à chaque application de la subrogation. En adoptant une démarche comparative, les éléments essentiels à l'élaboration d'une notion unique ont alors pu être consacrés. Ils tournent autour de son objectif principal qui permet de mettre à jour les événements déclenchant son application et le résultat attendu.

La subrogation regroupe alors une réalité unique sans qu'une distinction ne puisse être faite entre son emploi en droit privé et en droit public. En effet, le juge administratif réceptionne le mécanisme subrogatoire, mais ne l'autonomise pas au sein de son système juridique. Dès lors, loin d'être guidée par des règles spécifiques, elle est uniquement incorporée au droit public. Cette transversalité renforce alors son unité. La subrogation s'impose comme un mécanisme regroupant une cohérence d'ensemble, et trouve sa juste place au sein du système juridique.

L'objectif de la subrogation est l'élément central de sa définition. À travers les avancées doctrinales et le renvoi constant à l'idée de perpétuation et de maintien, il ressort que la subrogation est un mécanisme de conservation. Elle assure la stabilité d'une situation juridique par la conservation du droit menacé d'extinction. Dès lors, elle ne se conçoit et ne peut être mise en œuvre qu'à la suite d'une fluctuation juridique. Il s'agit d'un événement menaçant l'existence même d'un droit : soit le droit ne peut plus s'exercer sur le bien initial, soit le paiement risque de faire disparaître le droit de créance et conduire à la modification de la répartition de la charge de la dette.

De cette fluctuation survient un risque de déséquilibre patrimonial que la subrogation vise à éviter. La combinaison d'un élément stable et d'un mouvement juridique permet de définir le résultat attendu par sa mise en œuvre. La conservation du droit garantit alors le

maintien de l'équilibre juridique antérieur, prédéfini par les parties ou le législateur. Partant, son effet régulateur est directement dépendant de sa fonction conservatrice.

Une description de la subrogation peut alors être apportée. Il s'agit d'un mécanisme unique regroupant deux applications distinctes : la subrogation réelle et la subrogation personnelle. Alors que la première a vocation à s'appliquer en droit des biens, la seconde porte sur un droit de créance. La subrogation trouve donc application dans des hypothèses variées, telles qu'en matière de responsabilité, régimes matrimoniaux, successions, restitution ou encore à travers des opérations financières. Mécanisme de conservation d'un droit, elle trouve l'occasion de sa mise en œuvre dans une fluctuation juridique menaçant l'équilibre patrimonial préétabli. Le droit est alors conservé même s'il ne peut plus porter sur le bien d'origine, et la survie du droit de créance permet de faire peser la charge de la dette sur le débiteur définitif. La subrogation aboutit au maintien de l'équilibre antérieur par le report du droit d'un bien à un autre ou d'une personne à une autre. Elle se présente donc comme un mécanisme conservateur de droit et régulateur de l'équilibre patrimonial.

Puisque l'objectif de la subrogation permet de faire émerger les raisons de sa mise en œuvre, il est normal que ce soit également le cas de son effet principal : la conservation ne peut donc avoir lieu que par la transmission du droit d'une personne à une autre ou d'une chose à une autre. Ainsi, c'est à la subrogation en tant que mécanisme de transmission de droits qu'il convient maintenant de s'intéresser.

Titre 2 :

La subrogation, un mécanisme de transmission de droits

La mise à jour des éléments essentiels de la subrogation permet désormais d'identifier son effet principal : le transfert du droit menacé d'extinction. Il doit répondre à l'objectif de conservation d'un droit et aboutir au maintien de l'équilibre antérieur. L'étendue du transfert est alors strictement déterminée.

La particularité du transfert du droit en matière de subrogation. Le transfert peut se définir comme l'« *acte par lequel on transmet un droit d'une personne à une autre* »¹. Il s'observe principalement en matière de circulation des obligations. Par conséquent, la transmission « *suppose la circulation d'une seule et même obligation, avec toutes ses particularités et tous ses accessoires* »². Il s'agit d'un transport de droit qui peut également avoir pour support deux biens successifs. En toute logique, le bien de remplacement doit pouvoir être porteur du droit conservé.

R. Noguellou considère que « *le mécanisme de transmission de l'obligation n'est pas, en tant que tel, la finalité de l'opération, mais un accessoire complétant utilement la garantie instituée au profit de la victime* »³. Néanmoins, l'effet translatif s'avère en réalité être le seul moyen de garantir la survie du droit. À partir du moment où la subrogation répond à un objectif de conservation, celui-ci ne peut être atteint que par le transfert du droit lui-même. Puisqu'il ne peut plus porter sur le bien d'origine ou être accordé au créancier originaire, il est transmis sur un bien de remplacement ou au profit du *solvens*. Il peut ainsi continuer à

¹ ATILF, CNRS et Université de Lorraine, *Trésor de la langue Française informatisé*, v° « transfert ».

² R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p.43.

³ R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p.50.

produire ses effets juridiques. L'effet translatif n'a pourtant été consacré qu'en matière de subrogation personnelle, et semble totalement étranger à la subrogation réelle. Il faut donc dans un premier temps démontrer la présence d'un effet translatif dans chaque application de la subrogation, avant de pouvoir s'interroger sur les éléments transmis.

Pour permettre à la fois la conservation du droit et le maintien de l'équilibre antérieur, le transfert du droit s'effectue à hauteur du paiement subrogatoire. Le lien entre le paiement et la subrogation est alors irréfutable : il s'avère être la source du transfert et l'élément déterminant son étendue qui ne peut excéder le montant des sommes versées.

La détermination de l'ampleur de l'effet translatif pose plus de difficulté en présence d'une subrogation réelle. Elle a longtemps été limitée au simple transfert des qualités d'un bien sur un autre. Il faut toutefois rétablir la cohérence entre son effet principal et son objectif de conservation. Puisqu'elle a vocation à s'appliquer dans des hypothèses où le bien de remplacement ne revêt pas la même nature que le bien d'origine, il faut mesurer l'impact d'une telle modification sur le contenu du droit. Les critères de délimitation de l'ampleur du transfert doivent donc être établis en lien avec l'objectif de conservation. Ce n'est qu'au terme de cette analyse qu'il sera possible d'affirmer que la conservation d'un droit s'effectue indubitablement par son transfert (Chapitre 1).

Les atteintes à l'effet translatif de la subrogation. Le principe même de l'effet translatif et son étendue peuvent faire l'objet d'un encadrement particulier, voire de limitations. L'impact sur le mécanisme subrogatoire n'est alors pas le même. Les atteintes à l'effet translatif fragilisent sa pleine reconnaissance, alors que l'encadrement s'effectue en accord avec les éléments essentiels de la subrogation. Ainsi, lorsque l'accomplissement de formalité particulière est requis pour rendre la subrogation opposable, l'effet translatif risque uniquement d'être inopposable aux tiers. En revanche, restreindre ou augmenter l'ampleur du transfert entre en contradiction avec l'objectif de conservation, et risquerait de dénaturer le mécanisme subrogatoire.

Dans un premier temps, il faut donc établir si une atteinte est portée à l'effet translatif. Elle doit ensuite être analysée pour déterminer s'il s'agit d'un simple aménagement de l'étendue du transfert, ou si la contradiction est trop forte. En effet, l'aménagement, c'est uniquement la « *modification ou l'assouplissement apportés dans les modalités d'application d'une loi* »⁴, alors que la contradiction c'est l'« *opposition résultant de l'union*

⁴ ATILF, CNRS et Université de Lorraine, *Trésor de la langue Française informatisé*, v° « Aménagement ».

de choses incompatibles »⁵. La frontière entre les deux n'est pas toujours aisée à définir. Les limites à l'effet translatif doivent alors être justifiées pour ne pas remettre en cause l'effet principal de la subrogation. La justification n'a pas nécessairement besoin d'être en lien avec la mise en œuvre du mécanisme. Elle peut provenir de considérations extérieures, comme la volonté d'accorder une protection particulière à une personne déterminée. Le second chapitre permettra donc d'établir les conditions d'encadrement de l'effet translatif de la subrogation et les limites qui peuvent lui être apportées, et de mesurer leur impact sur le mécanisme (Chapitre 2).

⁵ ATILF, CNRS et Université de Lorraine, *Trésor de la langue Française informatisé*, v° « Opposition ».

Chapitre 1 :

La conservation d'un droit par son transfert

À ce stade du raisonnement, il convient de confirmer l'effet translatif de la subrogation. Sa reconnaissance ne s'est pas faite sans difficulté, et son ampleur doit être précisée.

Le lien entre conservation et transfert de droits. L'objectif de la subrogation est l'élément clé permettant de déterminer l'effet principal du mécanisme et son ampleur. Dès lors, la survie du droit ne peut avoir lieu qu'à travers son transfert d'un bien sur un autre ou d'une personne à une autre. En effet, dans la mesure où la fluctuation juridique fait obstacle au maintien du droit sur le bien d'origine, seul son transfert sur un bien nouveau peut assurer sa survie. Le bien doit alors être susceptible d'assurer le même rôle que l'ancien, c'est-à-dire en capacité d'être porteur du droit conservé. De la même façon, une fois le créancier désintéressé, il ne peut pas conserver la part de la créance qui lui a été payée. Le droit de créance ne peut donc continuer à produire des effets qu'au profit d'un nouveau titulaire. La subrogation semble alors pouvoir s'analyser comme un mécanisme de transmission de droits.

La reconnaissance de l'effet translatif de la subrogation n'est pas homogène, et une scission s'observe entre les deux applications. La subrogation personnelle est perçue par bon nombre d'auteurs comme un mode de transfert de créances¹, et tient sa spécificité du lien qu'elle entretient avec le paiement². Son rattachement à la notion de fiction juridique a fait d'elle une dérogation à l'effet extinctif du paiement, mais ne s'est pas opposé à la reconnaissance de son effet translatif. Celui-ci a cependant pu être limité au simple report du

¹ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, pp. 357 et suivantes ; E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 128 et suivants ; P. Jourdain et P. Wéry (dir.), *La transmission des obligations en droit français et en droit belges*, Bibliothèque de la faculté de droit et de criminologie de l'université catholique de Louvain, Larcier, 2019, pp. 367 et suivantes.

² P. Jourdain et P. Wéry (dir.), *La transmission des obligations en droit français et en droit belges*, Bibliothèque de la faculté de droit et de criminologie de l'université catholique de Louvain, Larcier, 2019, p. 371 : dualité de natures de la subrogation : entre paiement et cession.

droit de créance entre le subrogé et le débiteur, conservant l'effet extinctif du paiement vis-à-vis du subrogeant³. Aujourd'hui, la transmission du droit de créance suffit à expliquer les effets de la subrogation vis-à-vis de chaque intervenant.

L'analyse est plus délicate en matière de subrogation réelle où l'effet translatif n'a jamais été pleinement consacré. Également qualifiée de fiction juridique, elle a toujours été abordée comme le remplacement d'un bien par un autre, supposant que le bien nouveau devienne porteur des qualités dont disposait l'ancien. La reconnaissance de l'objectif de conservation d'un droit par certains auteurs⁴ n'a pas abouti à la consécration d'un véritable transfert du droit sur le bien nouveau.

La délimitation de l'effet translatif. La consécration de l'effet translatif ne suffit pas à exposer les effets de la subrogation. Il faut encore déterminer dans quelle mesure le droit est transmis. La subrogation permet avant tout de lutter contre le risque de déséquilibre patrimonial, et le transfert doit permettre de conserver uniquement le droit sujet à fluctuation⁵. Ainsi, la subrogation personnelle se distingue des mécanismes où l'ampleur du transfert peut être contractuellement définie⁶. C'est l'étude de la fluctuation juridique qui permet de déterminer dans quelle mesure le droit est atteint. Or, le déséquilibre patrimonial est à la hauteur du paiement subrogation. Il faudra donc prendre en compte le montant du paiement effectué, ainsi que les règles de répartition de la charge de la dette.

De la même façon, en matière de subrogation réelle, la fluctuation juridique peut empêcher totalement ou partiellement le droit de porter sur le bien d'origine. Dès lors, l'étendue du transfert dépend de l'ampleur de l'atteinte. La modification de l'objet du droit suppose également de prendre en considération l'aptitude du bien nouveau à être porteur du droit transmis et d'envisager les modifications qui peuvent en résulter. Il faut alors préciser le contenu du droit au regard de ses prérogatives essentielles.

L'étude envisagera donc les difficultés rencontrées dans la consécration et la mise en œuvre de l'effet translatif. Il s'agit d'abandonner la conception classique qui consiste à voir

³ C. Verdure, *Statut de la fonction publique de l'Union européenne*, Bruylant, 2017, pp. 403 et suivantes ; C. Hérard, *De la subrogation conventionnelle*, Thèse, Université de Caen, 1872, p. 70 ; P. Jourdain et P. Wéry. (dir.), *La transmission des obligations en droit français et en droit belge*, Bibliothèque de la faculté de droit et de criminologie de l'université catholique de Louvain, Larcier, 2019, p. 374.

⁴ E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 42 ; V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 21.

⁵ Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971, p. 340 : « L'assiette de la créance du subrogé est dominée par deux principes fondamentaux qui peuvent être formulés de la manière suivante : le montant des sommes réclamées par le subrogé ne peut être supérieur à l'indemnité mise à la charge du tiers responsable ; dans cette limite, la créance du subrogé possède un caractère absolu ».

⁶ La cession de créance.

dans la subrogation une fiction juridique et qui la maintient comme mode de remplacement de biens ou de substitution de personnes. Au contraire, elle doit être envisagée comme un mécanisme translatif permettant « *le déplacement d'un droit* »⁷.

La première section s'articule donc autour du principe de l'effet translatif de la subrogation (Section 1), et la seconde section se rapporte à la détermination de l'ampleur du transfert (Section 2).

⁷ S. Guinchard et T. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 21^{ème} éd. 2014, p. 930, v° « Translatif ».

Section 1 :

Le principe de l'effet translatif de la subrogation

La consécration de l'effet translatif de la subrogation ne s'est pas imposée d'elle-même. Bien au contraire, la subrogation, difficile à appréhender¹, a été associée à la notion de fiction juridique. Elle est perçue comme difficilement conciliable avec d'autres concepts, et son application semble devoir être restrictive. Une telle analyse présente de nombreuses failles et n'est pas en accord avec l'emploi aujourd'hui fait du mécanisme. Elle a donc été rejetée par une partie de la doctrine. L'effet translatif semble alors à même de justifier l'effet principal de la subrogation et de gommer la part d'artifice qui lui était autrefois attribuée.

L'effet translatif de la subrogation personnelle lui a attribué avant même que la qualification de fiction ne soit remise en cause. Elle est donc souvent analysée aux côtés de la cession de créance, et décrite comme un véritable mécanisme de transmission des obligations². En revanche, en matière de subrogation réelle, cet effet juridique n'a jamais été consacré. Les études menées traduisent un certain désaccord, et les analyses textuelles et jurisprudentielles n'apportent pas de solutions explicites. Néanmoins, il convient de se demander si un effet translatif ne peut pas s'observer à travers chaque application de la subrogation réelle, de telle sorte que loin de supposer que deux biens successifs sont identiques, elle aboutit uniquement à la transmission d'un droit d'un bien sur un autre. Il serait donc possible de reconnaître l'effet translatif de la subrogation dans chacune de ses applications (Paragraphe 1).

¹ P. Jourdain et P. Wéry. (dir.), *La transmission des obligations en droit français et en droit belge*, Bibliothèque de la faculté de droit et de criminologie de l'université catholique de Louvain, Larcier, 2019, p. 370.

² J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979 ; E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 3 ; Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971, p. 325 ; R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 44 ; P. Jourdain et P. Wéry. (dir.), *La transmission des obligations en droit français et en droit belge*, Bibliothèque de la faculté de droit et de criminologie de l'université catholique de Louvain, Larcier, 2019, p. 380.

L'originalité de la subrogation personnelle réside dans l'élément déclenchant le transfert de la créance. La subrogation ne peut produire d'effet que si un paiement a été effectué. La mise en œuvre de l'effet translatif de la subrogation réelle est plus complexe. Il semble s'opposer à l'effet translatif des aliénations : la conservation du droit ne peut avoir lieu que dans la mesure où le droit n'est pas attribué à un autre titulaire. Ce raisonnement doit toutefois être approfondi en ce qu'il résulte d'une confusion entre les droits transmis. Dès lors, il convient de s'intéresser à la mise en œuvre de l'effet translatif qui permet de déterminer la source du transfert, ou encore lever les apparentes barrières à sa pleine consécration (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La reconnaissance de l'effet translatif de la subrogation

La justification technique de la subrogation s'est faite autour de la notion de fiction juridique. Elle appartiendrait à une catégorie de mécanismes dérogatoires dont la concordance avec la réalité n'a pas à être recherchée. Loin d'aboutir à une clarification de la notion, cette qualification se révèle être un obstacle à la reconnaissance de son effet translatif (A).

Bien que cet effet soit parfois reconnu à la subrogation personnelle, il ne l'est qu'à titre exceptionnel : il n'est que le résultat d'une fiction juridique permettant le maintien d'une créance devant normalement s'éteindre. En outre, il est totalement exclu dès lors que la subrogation est définie à travers l'idée de remplacement. Or, son application extensive et l'étude des dispositions légales et jurisprudentielles optent pour la consécration d'un véritable effet translatif. Le dépassement de cette appréhension restrictive du mécanisme subrogatoire permet alors de lui attribuer la place qui lui revient en tant que mode de transmission de droits (B).

A. La qualification de fiction, un obstacle à la reconnaissance de l'effet translatif de la subrogation

La notion de fiction permet de fonder des mécanismes juridiques perçus comme entrant en contradiction avec d'autres concepts, ou s'opposant à une réalité. En raison de sa difficile appréhension et de son caractère dérogatoire, la subrogation a alors été qualifiée de fiction

juridique (1). Loin d'être anodine, une telle qualification fournit des informations sur la logique du mécanisme et a, par conséquent, une influence directe sur son appréhension (2).

1. La subrogation qualifiée de fiction juridique

La subrogation, qu'elle soit réelle ou personnelle, a longtemps été perçue comme une fiction juridique³ : il convient donc d'identifier la notion de fiction et de préciser le lien qu'elle entretient avec le mécanisme subrogatoire.

La notion de fiction. La notion de fiction est ancienne, mais reste difficile à définir⁴. Elle est généralement analysée en référence à la réalité⁵. Il s'agirait d'« *une technique juridique permettant de considérer comme existante une situation manifestement contraire à la réalité* ». Elle permettrait alors « *de déduire des conséquences juridiques différentes de celles qui résulteraient de la simple constatation des faits* »⁶. Cette référence à la réalité a toutefois été qualifiée de « trompeuse », car « *elle fausse la compréhension de la notion* » qui « *ne se définit pas en opposition avec la réalité, mais exprime, à l'inverse, une absence de coïncidence entre deux termes* »⁷. Par ailleurs, la fiction a pu être perçue comme « *le premier mode d'apparition d'une vérité* »⁸ ayant vocation à être fondée par la suite. Elle s'imposerait donc comme une nécessaire transition dans le renouvellement des concepts.

Il convient de faire la distinction entre la réalité juridique, interne au système juridique⁹ et la réalité naturelle¹⁰, externe à celui-ci¹¹. Le droit construit ses propres qualifications qui ne

³ P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Lextenso, 4^{ème} éd. 2009 ; P. De Renusson, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, J. Bodin, Paris, 1685, Chap I, X, p. 10 ; G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, 10^{ème} éd. PUF, 2014 ; P-V. Beauregard, *Païement avec subrogation : ses origines en droit romain, sa nature et ses effets dans le droit français*, Thèse, A. Parent, Paris, 1876, p. 11. La qualification de fiction est également attribuée à la notion de substitution qui a longtemps permis de décrire le mécanisme subrogatoire : L. Clouzot, *Recherche sur la substitution en droit administratif français*, Thèse, Université Montpellier I, 2010, p. 655.

⁴ F. Rouvière, *Critique des fonctions et de la nature des fictions*, LGDJ-Lextenso, 2015, p. 83-101 précise d'ailleurs que la fiction est utilisée sans pour autant qu'une définition rigoureuse ne soit apportée.

⁵ La fiction est une dénégation ou une dénaturation de la réalité : D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, 1^{ère} éd. PUF, Paris, 2003, p. 717, v° « Fiction ». Dans le même sens : D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, Thèse, LGDJ, 2000, préface de E. Picard, p. 5 et p. 63.

⁶ S. Guinchard et T. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 21^{ème} éd. 2014, p. 431, v° « Fiction ».

⁷ G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LGDJ, Paris, 1996, n° 1, p. 9.

⁸ R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, p. 249.

⁹ D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, Thèse, LGDJ, 2000, p. 64 : dans la sphère juridique, la réalité peut être appréhendée de deux manières : soit de façon externe au système juridique, soit interne lorsqu'elle désigne la réalité juridique. Ainsi, la personne morale relève de la réalité juridique, mais contredit la réalité naturelle.

sont pas forcément en lien avec la réalité naturelle. La fiction consiste alors en une déformation volontaire des concepts juridiques¹² : la règle de droit peut s'appliquer là où elle n'avait pas vocation à l'être¹³ et des règles incompatibles entre elles¹⁴ sont consacrées en méconnaissance de leurs conditions ou effets juridiques¹⁵. La règle peut également être écartée alors même qu'elle avait vocation à s'appliquer¹⁶.

Par conséquent, la fiction juridique apparaît comme une exception permettant d'échapper au jeu normal des règles de droit et remplit deux fonctions : la première est technique et consiste à préserver la cohérence logique du droit¹⁷, la seconde est une fonction de politique juridique qui permet « *d'atteindre une finalité souhaitable en faisant abstraction de certaines réalités qui s'y opposent* »¹⁸. Elle présente un caractère contradictoire et « *viole les règles juridiques de preuve et les conditions logiques de l'application d'un concept tout en prétendant les respecter* »¹⁹. Ainsi, quelle que soit la définition qui lui est apportée, elle est

¹⁰ D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, Thèse, LGDJ, 2000, p. 25 parle de la réalité juridique et de la réalité a-juridique, c'est-à-dire la réalité « tout court ». De plus, elle précise que la fiction juridique est relative puisqu'elle exprime une relation entre deux termes, et elle « *ne peut être ainsi qualifiée qu'à la condition de préciser la réalité à laquelle elle contrevient* ».

¹¹ La réalité juridique se rapporte à l'ensemble des règles de droit composant le système juridique qui peuvent être niées par le recours à la fiction juridique ; alors que la réalité naturelle n'est plus limitée au domaine juridique mais s'applique de façon générale quel que soit le domaine d'application.

¹² F. Rouvière, *Peut-on penser l'indemnisation par barème ?* Revue de droit du travail. 2021, p. 634. La fiction s'apparente à une dénégation ou une dénaturer de la réalité : D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, 1^{ère} éd. PUF, Paris, 2003, p. 717, v° « Fiction ». Dans le même sens, D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, Thèse, LGDJ, 2000, préface de E. Picard, p. 5 et p. 63. L. Clouzot, *Recherche sur la substitution en droit administratif français*, Thèse, Université Montpellier I, 2010, p. 667 : la fiction « *n'est pas une erreur ou un mensonge, elle ne traduit aucune intention de tromper. Elle est toujours utilisée consciemment, ses utilisateurs comme ses destinataires étant conscients de cette fausseté* ».

¹³ G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LGDJ, Paris, 1996, n° 2.2, p. 11 : il peut s'agir d'appliquer un concept à une situation qui ne réunit pas l'ensemble des éléments compris dans sa définition. A titre d'illustration, les immeubles par destination dérogent au critère matériel de distinction des meubles et des immeubles corporels fondé sur la mobilité.

¹⁴ D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, 1^{ère} éd. PUF, Paris, 2003, p. 717, v° « Fiction ».

¹⁵ G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LGDJ, Paris, 1996, n° 2.2, p. 12 : les effets produits diffèrent de ceux qui sont logiquement attachés au concept mis en œuvre. À titre d'exemple, « *la rétroactivité de la condition qui confère à l'obligation une efficacité pour une période antérieure à celle de sa perfection* ». Une société jouit normalement de la personnalité morale à partir de son immatriculation. Toutefois, elle peut reprendre les engagements souscrits avant son immatriculation et ils sont réputés avoir été dès l'origine contractés par elle. C. com, art. L 210-6. C. civ, art. 1843.

¹⁶ D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, Thèse, LGDJ, 2000, préface de E. Picard, p. 7.

¹⁷ F. Girard, A-B. Caire (dir.), *Les fictions en droit. Les artifices du droit : les fictions*, RTD civ. 2016, p. 966 ; F. Rouvière, *Critique des fonctions et de la nature des fictions*, LGDJ-Lextenso, 2015, p. 83-101 ; L. Clouzot, *Recherche sur la substitution en droit administratif français*, Thèse, Université Montpellier I, 2010, p. 667 : la fiction « *poursuit un objectif lié à la recherche de la cohérence en droit, en permettant d'assurer sa fluidité, sa continuité en dépit des blocages* ».

¹⁸ F. Rouvière. *Critique des fonctions et de la nature des fictions*, LGDJ-Lextenso, 2014.

¹⁹ F. Rouvière. *Critique des fonctions et de la nature des fictions*, LGDJ-Lextenso, 2014.

toujours décrite comme une notion utile en ce qu'elle contribue directement au droit²⁰ : elle permet d'atteindre une finalité qui est perçue comme souhaitable alors même qu'elle va à l'encontre de certaines règles s'opposant à sa réalisation²¹. Ainsi, même si la fiction ne semble pas pouvoir être érigée en référence nette²², elle n'en est pas moins utile au sein de notre système juridique²³.

La subrogation, une fiction juridique ? De nombreux auteurs ont, au fil des années, qualifié la subrogation de fiction²⁴. Ainsi, les présentations traditionnelles de la subrogation personnelle l'opposent au paiement, qui en tant que « *mode d'extinction des obligations* »²⁵ suppose qu'une dette soit éteinte. La survie de la créance au profit du *solvens* ne peut donc être qu'un artifice juridique mis en œuvre pour répondre à une certaine finalité²⁶. Les deux notions sont par conséquent incompatibles entre elles au regard de leurs effets juridiques. Face à cette apparente incompatibilité, certains auteurs ont eu l'occasion de limiter les effets

²⁰ G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LGDJ, Paris, 1996, n° 1, p. 9.

²¹ G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LGDJ, Paris, 1996, n° 2.2, p. 12 : « *La fiction juridique peut donc se définir comme l'altération d'un ou plusieurs concepts juridiques par la méconnaissance soit des conditions logiques, soit des effets logiques de leur application* ». L. Clouzot, *Recherche sur la substitution en droit administratif français*, Thèse, Université Montpellier I, 2010, p. 655 : « *Elle correspond à un procédé de logique juridique qui constitue une modification artificielle d'une règle en méconnaissant l'évidence de son application. La fiction est donc un procédé qui permet de surmonter certaines incohérences du système juridique pour faciliter l'application de la règle de droit* ».

²² D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, Thèse, LGDJ, 2000, p. 64 et 114.

²³ D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, Thèse, LGDJ, 2000, préface de E. Picard, p. 6 : les fictions sont nécessaires au droit « *pour qu'il soit lui-même un processus continu d'ajustement de ses catégories et de ses règles aux données qu'il entend régir* ». De plus, « *les fictions, si elles comportent bien quelque aspect contradictoire, apparaissent comme l'un des instruments que le droit se donne pour résoudre certaines contradictions encore plus fondamentales* ».

²⁴P. De Renusson définit la subrogation personnelle comme étant « *une fiction par laquelle celui qui a prêté nouvellement ses deniers est réputé entrer en lieu et place du créancier pour exercer ses mêmes droits* » : *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, J. Bodin, Paris, 1685, Chap I, X, p. 10. La subrogation réelle est alors définie comme « *la subrogation de chose est quand une chose est subrogée à une autre, qu'elle prend sa place qu'elle est réputée avoir une même qualité que l'autre* » : P. De Renusson, *Traité des propres réels, réputez réels et conventionnels, où sont traitées les notables questions du droit français*, Guillaume David, 4^{ème} éd. Paris, 1733, p. 50. Ou encore, H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, p. 387 : « *Une fiction de droit par laquelle une chose que j'ai acquise à la place d'une autre que j'ai aliénée prend la qualité de la chose aliénée à la place de laquelle elle est subrogée* ». Dans le même sens : G Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, 10^{ème} éd. PUF, 2014 ; J. Flach, *De la subrogation réelle*, Auguste Durand et Pedone Lauriel, Paris, 1870, p. 3 ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français : d'après la méthode de Zachariae*, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, t. 9, 5^{ème} éd. Paris, § 575, p 340 : « *La subrogation réelle est, dans le sens le plus général, une fiction par suite de laquelle un objet vient à remplacer un autre, pour devenir la propriété de la personne à laquelle appartenait ce dernier, et pour revêtir sa nature juridique* » ; J-M. Fernandez, *La subrogation : nature et régime d'une fiction juridique*, Petites affiches. 16 juillet 1997, n° 85, p. 4 ; Note, R. Saleilles, Civ, 30 juin 1893, *Recueil général des lois et des arrêts*, Sirey, 1894, p. 185 : la subrogation réelle apparaît comme une fiction lorsque les conventions privées sont inaptes à produire ses effets.

²⁵ S. Benilsi, *Paiement*, Rép. Civ. 2019, n° 1.

²⁶ M. Bugnet, *Œuvre de Pothier*, Videcoq, père et fils : Cosse et N. Delamotte, Paris, 1846, p. 300.

de la subrogation au simple transfert des accessoires de la créance²⁷. Elle n'en reste pas moins une fiction, dans la mesure où l'extinction du principal emporte obligatoirement celle des accessoires²⁸ et seule une dénaturation du paiement semble pouvoir aboutir à l'application de la subrogation personnelle.

De la même façon, la subrogation réelle est qualifiée de fiction juridique en ce qu'elle fait abstraction de la réalité matérielle de l'objet²⁹. En effet, elle permet d'attribuer à un bien nouveau, la nature ou le caractère d'un autre, alors même que la similitude des biens est illusoire. La subrogation part donc du postulat que « *mieux vaut feindre [...] que la situation est demeurée la même, plutôt que d'accepter qu'elle ne soit plus* »³⁰. *A fortiori*, la disparition du bien emporte, par principe, celle du droit qui lui était attaché³¹ : la subrogation vient donc également à l'encontre de l'analyse consistant à considérer que la substance du droit est liée à son objet³². Ainsi présenter, la notion de subrogation semble clairement incompatible avec la réalité matérielle de l'objet et les conséquences directes de la perte de celui-ci.

2. L'appréhension de la subrogation en tant que fiction juridique

La notion de fiction entretient un lien étroit avec la notion d'exception. Par conséquent, qualifier la subrogation de fiction conduit à voir dans ce mécanisme une simple exception devant rester d'interprétation stricte. Le lien entre subrogation et exception semble néanmoins fragile, et la subrogation se définit davantage en tant que mécanisme dérogatoire.

L'existence d'un lien entre fiction et exception. La notion de fiction entretient « *des rapports complexes avec la notion d'exception dans la mesure où toute fiction juridique constitue une exception en ce qu'elle déroge à la logique de l'application d'un ou plusieurs*

²⁷ E.-M. Feitu, *De la subrogation au profit de ceux qui sont tenus avec d'autres ou pour d'autres*, Thèse, Typographie de L. Prud'homme, Saint-Brieug, 1863, n° 86, p. 58 ; C. Hérard, *De la subrogation conventionnelle*, Thèse, Université de Caen, 1872, p. 111. En droit romain et durant l'Ancien droit, il s'agissait d'un simple report des garanties de la créance d'origine : E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 3.

²⁸ J.-M. Fernandez, *La subrogation : nature et régime d'une fiction juridique*, Petites affiches. n° 85, 16 juillet 1997, p. 4.

²⁹ P. De Renusson, *Traité des propres réels, réputés réels et conventionnels, où sont traitées les notables questions du droit français*, Guillaume David, 4^{ème} éd. Paris, 1733, p. 51 : « *Toute subrogation est une fiction qui vient de la Loi ou de la convention* ». Voir également, G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, 10^{ème} éd. PUF, 2014 qui la définit comme étant une « *fiction de droit par laquelle (dans une universalité) un bien en remplace un autre en lui empruntant ses qualités* ».

³⁰ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 63.

³¹ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 202 : il classe la subrogation non pas en tant que fiction, mais comme procédé exceptionnel.

³² F. Girard, A.-B. Caire (dir.), *Les fictions en droit. Les artifices du droit : les fictions*, RTD civ. 2016, p. 966.

concepts »³³. Elle est d'ailleurs d'interprétation stricte : « *la loi seule peut [lui] donner naissance* »³⁴ et son application est par principe restrictive³⁵. Qualifier la subrogation de fiction conduit alors à la faire figurer parmi les exceptions au droit commun et tout principe général de subrogation réelle ou personnelle semble exclu³⁶.

La subrogation personnelle a dès l'origine occupé une telle place : la cession d'action et la *successio in locum* répondaient à un besoin d'équité et se limitaient à des hypothèses strictement définies. En contradiction avec l'effet extinctif du paiement, elles ne pouvaient être accordées qu'à titre exceptionnel. Sa consécration en 1804 au sein du Code civil étend certes son application, mais celle-ci reste cantonnée à des hypothèses limitativement énumérées³⁷.

La subrogation réelle, quant à elle, revêt un caractère exceptionnel en ce qu'elle attribue à un bien nouveau les qualités de l'ancien³⁸. Elle a donc uniquement pour effet de substituer le prix à la chose aliénée ou de faire entrer un bien dans l'îlot dont l'ancien faisait partie³⁹. Cette vision restrictive du mécanisme subrogatoire a également conduit à renforcer son lien avec la notion de fiction. Ainsi, une fiction ne peut qu'être exceptionnelle, et la subrogation est une fiction en ce qu'elle est exceptionnelle⁴⁰ : ces notions apparaissent alors comme interdépendantes.

³³ G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LGDJ, Paris, 1996, n° 3.3, p. 13.

³⁴ J. Flach, *De la subrogation réelle*, Auguste Durand et Pedone Lauriel, Paris, 1870, p. 3 : tiré de l'adage *Legis est aut consuetudinis introducere fisiones, non etiam homonis*. M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1, p. 15 : les auteurs classiques sont unanimes sur la qualification de fiction, la subrogation doit donc s'interpréter strictement.

³⁵ Com, 1 octobre 1985, n° 84-12.015 : « *La subrogation réelle est une fiction de la loi qui ne peut être que de droit étroit* ».

³⁶ C. Hérard, *De la subrogation conventionnelle*, Thèse, Université de Caen, 1872, p. 19 : le principe fondamental de la subrogation a été l'objet de vives critiques.

³⁷ Au lendemain de la promulgation du Code civil, le débat n'a été que plus important, car celui-ci ne formule pas expressément l'effet de la subrogation personnelle. J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979 ; R. Libchaber, *Les incertitudes maintenues de la subrogation légale*, *Revue des contrats*, n° 04, 2017, p. 28. J-M Fernandez, *La subrogation : nature et régime d'une fiction juridique*, *Petites affiches*, n° 85, 1997, p. 4.

³⁸ P. De Renusson, *Traité des propres réels, réputés réels et conventionnels, où sont traitées les notables questions du droit français*, Guillaume David, 4^{ème} éd. Paris, 1733, p. 51 ; G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LGDJ, Paris, 1996, p. 352 : « *La substance [du droit de propriété] étant intimement liée à son objet, il n'est pas concevable que, sans perdre son identité, il soit reporté sur un nouvel objet. La subrogation réelle constitue donc une pure fiction lorsqu'elle assure sa conservation par le remplacement de son objet* ».

³⁹ H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919.

⁴⁰ Le seul fait que la subrogation soit une exception ne suffit pas à la qualifier de fiction juridique : D. Costa, *Les fictions juridiques en droit administratif*, Thèse, LGDJ, 2000, p. 164.

L'impact du lien subrogation-exception sur l'appréhension du mécanisme. La qualification de fiction a conduit à principalement axer l'étude de la subrogation autour d'un mécanisme restrictif en ce qu'il entre en contradiction avec l'effet extinctif du paiement, ou suppose que deux biens soient identiques alors même qu'une telle identité se révèle être illusoire. Appréhendée de la sorte, elle peine à s'imposer comme un mécanisme de transmission de droits.

Il ressort que c'est le besoin d'équité⁴¹ qui justifie l'application de la subrogation personnelle malgré son apparente contradiction avec l'effet extinctif du paiement⁴². Parfois analysée comme le simple transfert des accessoires de la créance⁴³, elle est principalement perçue comme un véritablement paiement⁴⁴. Ainsi envisagée, la subrogation est une opération à double face⁴⁵ : entre le subrogé et le débiteur, la créance est transmise, alors que vis-à-vis du subrogeant, le paiement est extinctif⁴⁶. Une telle analyse présente nécessairement une part d'artifice, dans la mesure où la nature de la subrogation aurait vocation à varier selon la qualité de la personne à qui elle est opposée⁴⁷.

⁴¹ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 23 ; P-V Beauregard, *Paiement avec subrogation : ses origines en droit romain, sa nature et ses effets dans le droit français*, Thèse, A. Parent, Paris, 1876, p. 1 ; M Gauthier, *Traité de la subrogation de personnes ou du paiement avec subrogation*, Librairie du Conseil d'État, Cotillon, Paris, 1853, p. 6 ; P. De Renusson, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, J. Bodin, Paris, 1685, Chap I, XV, p. 13 ; A. Lelong, *Droit romain : de la subrogation en générale, Droit français : de la subrogation légale*, Jean Delamare, Saint-Lô, 1880, p. 2.

⁴² Elle permet d'éviter qu'un effet néfaste ne se produise par l'accomplissement des règles juridiques : par exemple, la subrogation personnelle permet au créancier de payer un autre créancier préférable à raison de ses privilèges et hypothèques et de prendre sa place afin de conserver le rang privilégié. Elle évite qu'il entre en concurrence avec les créanciers de rangs inférieurs. Civ, 3^{ème}, 6 mars 2002, n° 00-17.175.

⁴³ Plusieurs auteurs abordent cette théorie, notamment E-M. Feitu, *De la subrogation au profit de ceux qui sont tenus avec d'autres ou pour d'autres*, Thèse, Typographie de L. Prud'homme, Saint-Brieug, 1863, n° 86, p. 58. Voir également, C. Hérard, *De la subrogation conventionnelle*, Thèse, Université de Caen, 1872, p. 111 ; E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 3 : l'auteur met en avant qu'en droit romain et durant l'ancien droit, il s'agissait d'un simple report des garanties de la créance d'origine sur celle née du paiement par le tiers.

⁴⁴ R-J. Pothier, *Coutumes des duché, bailliage et prévôté d'Orléans, et ressort d'iceux*, Debure l'ainé, Orléans, Veuve Rouzeau-Montaut, Paris, 1780, Tit. XX, Chap I, Section V De la subrogation, n° 66, p. 757. C. Hérard, *De la subrogation conventionnelle*, Thèse, Université de Caen, 1872, p. 19 : le principe fondamental de la subrogation a été l'objet de vives critiques.

⁴⁵ C. Verdure, *Statut de la fonction publique de l'Union européenne*, Bruylant, 2017, pp. 403 et suivantes : la subrogation entraîne des effets simultanés que sont l'effet extinctif et l'effet translatif. Elle est extinctive car le créancier désormais satisfait ne peut plus réclamer le paiement et translatif car le *solvens* devient détenteur de cette créance.

⁴⁶ C. Hérard, *De la subrogation conventionnelle*, Thèse, Université de Caen, 1872, p. 70 ; P. Jourdain et P. Wéry. (dir.), *La transmission des obligations en droit français et en droit belge*, Bibliothèque de la faculté de droit et de criminologie de l'université catholique de Louvain, Larcier, 2019, p. 374 : une telle analyse a pour avantage de réduire la fiction de la subrogation au rapport entre le subrogé et les tiers. Le subrogeant, quant à lui, reçoit un paiement ayant un effet extinctif.

⁴⁷ Pour Thézard, aucune des deux thèses n'est admissible : il est inenvisageable qu'une obligation soit à la fois éteinte et existante. De la même façon, il est impossible qu'elle périsse sans entraîner avec elle ses accessoires et ses garanties, qui n'ont été créés que pour elle et ne vivent que par elle. Dès lors, les accessoires ne sauraient se

De la même façon, maintenir la subrogation réelle dans la catégorie des fictions juridique exclut la possibilité de la percevoir comme un mécanisme translatif. Elle est définie à travers l'idée de remplacement de biens ou encore de fongibilité des éléments du patrimoine : c'est parce que le bien est supposé identique qu'il peut remplacer l'autre. L'analyse qui consiste à voir dans la subrogation une notion unitaire susceptible de s'appliquer dans des hypothèses variées et répondant à un effet translatif généralisé semble alors compromise.

Force est également de constater que la subrogation possède un caractère dérogatoire⁴⁸ : or, la dérogatoire c'est l'« *exclusion du droit commun dans un cas particulier* »⁴⁹ ce qui semble confirmer son rattachement à la notion de fiction juridique⁵⁰. Si le lien entre les notions peut être fait, il n'est cependant pas exclusif : toute dérogation ne dénature pas un concept juridique⁵¹. En effet, il peut uniquement s'agir d'écarter l'application d'une règle de droit qui n'est pas impérative⁵². En outre, même si une règle dérogatoire est généralement appliquée à titre exceptionnel⁵³, rien ne s'oppose à ce que son domaine d'application soit étendu. Ainsi, alors que la notion d'exception empêche l'extension de l'application de la subrogation, le caractère dérogatoire, à l'inverse, n'entre pas en contradiction avec la consécration d'un principe général⁵⁴. Pour finir, le caractère dérogatoire de la subrogation porte sur le résultat obtenu en ce qu'il ne se conforme pas avec celui attendu de la fluctuation juridique. La subrogation vise donc spécifiquement à écarter⁵⁵ l'effet « normal » de l'exercice

reporter sur une autre obligation, non plus que les qualités d'une substance sur une autre : *De la nature et des effets de la subrogation*, Revue critique de législation et de jurisprudence, Paris, 1879, p. 103.

⁴⁸ Cf. *supra*. La détermination de la finalité de la subrogation réelle, p. 75, et La subrogation personnelle, mécanisme de conservation du droit de créance, p. 82.

⁴⁹ S. Guinchard et T. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 21^{ème} éd. 2014, p. 32, v° « Dérogation ». La définition se rapproche fortement de celle d'exception, signifiant « mettre en dehors de ». Il ne sera donc pas fait la distinction dans cette étude entre les deux notions.

⁵⁰ T-H. Nguyen, *La notion d'exception en droit constitutionnel français*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne, Paris I, 2013, p. 48 : « Utilisée dans le langage du droit, l'exception désigne la dérogation ou plus précisément les cas soumis à un régime particulier par l'effet d'une disposition spéciale dérogeant à la règle générale ».

⁵¹ A. Rouyère, *Recherche sur la dérogation en droit public*, Thèse, Université Bordeaux I, 1993, p. 71 : l'exception est une composante de la norme initiale et non une concurrente de celle-ci. Le propre de l'exception semble donc d'être prévu par la norme elle-même.

⁵² ATILF, CNRS et Université de Lorraine, *Trésor de la langue Française informatisé*, v° « Dérogation » : « Action qui déroge à une loi ou une convention ». Elle ne constitue pas nécessaire des cas isolés.

⁵³ ATILF, CNRS et Université de Lorraine, *Trésor de la langue Française informatisé*, v° « Exception » : « Déroger à la règle générale ». Il s'agit dès lors d'une dérogation, mais qui est exceptionnelle et n'a donc vocation à s'appliquer que pour des cas isolés.

⁵⁴ Cf. *infra*. La consécration d'un principe général de subrogation légale, p. 344.

⁵⁵ ATILF, CNRS et Université de Lorraine, *Trésor de la langue Française informatisé*, v° « Déroger » : « S'écarter de quelque chose », « ne pas se conformer à quelque chose ».

d'un droit⁵⁶ ou d'une obligation⁵⁷, ainsi que de la réalisation d'un évènement factuel⁵⁸ : la subrogation n'est donc pas une dérogation, mais comporte un caractère dérogatoire. Détacher la notion de subrogation de la qualification de fiction ne remettrait donc pas en cause ce caractère dérogatoire et permet de consacrer plus aisément son effet translatif.

B. Le dépassement de l'appréhension restrictive de la subrogation

La qualification de fiction doit être reconsidérée. Premièrement, elle n'est plus adaptée à l'utilisation extensive qui est aujourd'hui faite du mécanisme⁵⁹. Deuxièmement, bien que la subrogation présente un caractère dérogatoire, elle ne peut être qualifiée de simple exception, et ne heurte aucun concept juridique préexistant. Une évolution doctrinale a alors permis de détacher la notion de subrogation de celle de fiction, et certains auteurs ont même reconnu son effet translatif (1). Ainsi, même s'il doit parfois se déduire des termes employés par la jurisprudence ou les dispositions légales, l'effet translatif de la subrogation peut être pleinement consacré (2).

1. L'évolution de la pensée doctrinale

L'évolution de la conception de la subrogation a conduit au rejet de la qualification de fiction juridique, qui est en réalité l'aveu de la difficulté rencontrée pour expliquer et fonder un tel mécanisme. Dès lors, une partie de la doctrine s'est peu à peu détachée de l'idée de fiction, allant même jusqu'à reconnaître le caractère translatif de la subrogation.

Le rejet de la qualification de fiction. Au regard de la diversité des hypothèses d'application de la subrogation réelle et de la difficulté rencontrée pour expliquer la substitution de biens, les auteurs se sont retranchés derrière l'idée de fiction. Une telle qualification a tout d'abord été rejetée en ce qu'elle suppose « *le désaccord entre une décision*

⁵⁶ La subrogation permet la revendication d'un bien malgré l'aliénation de celui-ci. La revendication se reporte alors sur le prix de vente : C. civ, art. 1352-2.

⁵⁷ La subrogation permet d'éviter une modification de la répartition de la charge de la dette malgré l'obligation au tout des coresponsables, ou l'obligation pour le fonds d'indemniser la victime.

⁵⁸ La subrogation permet le maintien du droit de préférence malgré la destruction d'un bien : C. ass, art. L 121-13.

⁵⁹ Cf. *infra*. La consécration d'un principe général de subrogation légale, p. 344, et L'étendue du champ d'application de la subrogation réelle, p. 354.

de la loi et la nature des choses »⁶⁰, alors que la subrogation n'a pas pour effet d'attribuer au bien nouveau des qualités ou caractéristiques qu'il ne peut naturellement supporter⁶¹.

En outre, la qualification fiction perd de son intérêt lorsque l'utilité de la subrogation réelle est remise en cause. G. Wicker fait alors une distinction entre les véritables hypothèses de subrogation réelle pouvant être associée à la notion de fictions, de celles qui traduisent uniquement une fonction descriptive ou liquidative⁶². Ainsi, l'intégration du bien dans une universalité de droit se justifie au regard de la fongibilité et la subrogation est dépourvue de toute utilité technique⁶³. De la même façon, elle remplit uniquement une fonction liquidative en matière d'indivision : elle rend compte des règles de gestion d'une masse⁶⁴ et permet de conduire à la création⁶⁵ ou la conservation⁶⁶ d'une dette de valeur.

Le recours aux notions d'affectation et de restitution⁶⁷ comme fondement de la subrogation réelle permet également de justifier la substitution de biens sans feindre une

⁶⁰ R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, p.248.

⁶¹ R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, p.303 et p. 369.

⁶² G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LGDJ, Paris, 1996, p. 331.

⁶³ Il n'est pas le seul à voir dans la fongibilité des éléments une subrogation réelle : Aubry et Rau, *Cours de droit civil français : d'après la méthode de Zachariae*, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, t. 9, 5^{ème} éd. Paris, § 575, p. 340. Toutefois, E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 4 : « La fongibilité des éléments du patrimoine suffit à expliquer le remplacement des biens » et « le droit de gage général est la conséquence de la conception même du patrimoine ». Voir également, A. Cerban, *Nature et domaine d'application de la subrogation réelle*, RTD civ. 1939, p. 47.

⁶⁴ G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LGDJ, Paris, 1996, p. 334. Voir également, E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 24 : le rôle de la subrogation réelle se traduit par la préservation de l'intégrité d'une masse de biens et permet ainsi « d'éviter la confusion entre deux patrimoines momentanément réunis sur une même tête, ou entre un groupe de biens et le reste du patrimoine ». La fonction descriptive mise en avant traduit en réalité dans la première hypothèse l'exclusion de l'application la subrogation et dans la seconde un véritable rôle technique empêchant la confusion entre plusieurs masses de bien.

⁶⁵ G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LGDJ, Paris, 1996, p. 349 se réfère notamment à l'article 1571 du Code civil qui prévoit en matière de régime de participation aux acquêts que « si de nouveaux biens ont été subrogés aux biens aliénés, on prend en considération la valeur de ces nouveaux biens. ». Toutefois, il s'agit uniquement d'un mode de calcul et non d'une application de la subrogation réelle. En effet, les biens ont déjà été subrogés en amont de l'application de l'article 1571. Cf. *supra*. Le lien direct entre l'équilibre et la conservation du droit, p. 107, et Une fonction régulatrice tributaire de la disparition du droit, p. 127.

⁶⁶ G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LGDJ, Paris, 1996, p. 350.

⁶⁷ Note, R. Saleilles, Civ, 29 avril 1901, Sirey, 1903, p. 321. R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, p. 249. Dans le même sens, G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LGDJ, Paris, 1996, p. 356 exclut une telle qualification en fondant la subrogation sur l'affectation de l'objet au but poursuivi. Cf. *supra*. Les tentatives d'unification des buts de la subrogation réelle, p. 69.

identité illusoire. Dès lors, la subrogation ne serait rien d'autre qu'un procédé technique⁶⁸. À cela s'ajoute la mise en œuvre du mécanisme en dehors de toute disposition légale en contradiction avec l'interprétation stricte qui doit être faite des fictions juridiques. Ainsi, l'emploi ou le remploi de biens indivis a été consacré dans un arrêt de 1907 et n'a été que postérieurement inclus dans le Code civil⁶⁹.

La subrogation personnelle a, de façon similaire, été dissociée de la notion de fiction juridique. Il est apparu inconcevable qu'elle soit un paiement vis-à-vis du créancier originaire et un transport de créance⁷⁰ dans le rapport entre le *solvens* et le débiteur, alors même que l'effet translatif suffit à expliquer que la créance soit éteinte vis-à-vis du subrogeant⁷¹. Il a d'ailleurs pu être considéré que la subrogation n'est autre qu'« *un transport pur et simple et non plus un paiement avec subrogation, c'est-à-dire une opération extinctive de créance* »⁷².

A fortiori, l'utilisation aujourd'hui faite de la subrogation ne coïncide plus avec sa conception d'origine. En effet, elle a connu « *un formidable développement qui interdit de la traiter comme une exception au principe de l'effet extinctif du paiement fondée sur une fiction* »⁷³. L'extension de son champ d'application s'est alors avérée incompatible avec l'interprétation restrictive induite par une telle qualification⁷⁴. Le nouvel article 1346 du Code civil opte d'ailleurs pour une formulation générale ne permettant plus d'enfermer la

⁶⁸ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1, p. 13 ; A. Henry, *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*, Thèse, A. Rousseau, Paris, 1913, p. 377 : « *la subrogation n'est pas une fiction : c'est un procédé technique par lequel le législateur met en œuvre les idées de valeur et de propriété d'affectation* ».

⁶⁹ La jurisprudence a admis la subrogation en matière d'indivision : Ch. Réun., 5 décembre 1907, *Chollet-Dumoulin*, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 1, n° 117, DP. 1908, p. 113, note A. Colin. La créance du prix de licitation d'un immeuble indivis remplace celui-ci dans la masse successorale et peut être soumise à l'effet déclaratif du partage. Une telle décision a par la suite été étendue pour déterminer la composition de la masse indivise. Cette subrogation réelle est dorénavant consacrée à l'article 815-10 du Code civil. Voir également, Civ., 1^{ère}, 4 avril 1991, n° 89-20.351 où la solution a été transposée à l'hypothèse où la chose n'est pas licitée, mais simplement vendue. Les juges considèrent que le prix de la vente du bien est alors substitué à la chose dans l'indivision.

⁷⁰ C. Hérard, *De la subrogation conventionnelle*, Thèse, Université de Caen, 1872, p. 70.

⁷¹ En matière de cession de créance, l'effet translatif suffit à considérer que la créance est éteinte vis-à-vis du cédant. Dès lors, il ne peut en être autrement en matière de subrogation personnelle.

⁷² C. Hérard, *De la subrogation conventionnelle*, Thèse, Université de Caen, 1872, p. 71.

⁷³ E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 5. Dans le même sens, J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, pp. 148 et suivantes ; L. Thezard, *De la nature et des effets de la subrogation*, Revue critique de législation et de jurisprudence. Paris, 1879, p. 118 ; P. Chaumette, *La subrogation personnelle sans paiement ?* RTD civ. 1986, p. 33.

⁷⁴ P. De Renusson, *Traité des propres réels, réputés réels et conventionnels, où sont traitées les notables questions du droit français*, Guillaume David, 4^{ème} éd. Paris, 1733, p. 51 : « *La subrogation de chose, est quand une chose est subrogée à une autre, qu'elle prend la place, et qu'elle est réputée avoir une même qualité que l'autre ; toute subrogation est une fiction qui vient de la Loi ou de la convention ; or toute fiction est de droit étroit, qui ne s'étend point hors le cas exprimé par la Loi ou la convention* ».

subrogation personnelle dans des hypothèses d'application limitativement énumérées⁷⁵. Bien que la référence à la notion de fiction soit de plus en plus rare, le maintien de la subrogation au sein de la catégorie relative au paiement peut sembler être un frein à la consécration de son effet translatif⁷⁶.

La reconnaissance de l'effet translatif de la subrogation. Le rejet de la qualification de fiction n'a pas permis de consacrer automatiquement l'effet translatif de la subrogation. En effet, il n'est reconnu par la doctrine qu'en matière de subrogation personnelle⁷⁷. La substitution est alors une conséquence naturelle de la subrogation, mais c'est la transmission de l'obligation qui constitue son objet réel⁷⁸ : c'est parce qu'elle « réalise la transmission au solvens de la créance même dont le créancier désintéressé était titulaire contre le débiteur, accompagnée des sûretés qui en garantissent le paiement »⁷⁹, que « de substitutive, la subrogation est devenue translative »⁸⁰. Le paiement conserve donc son caractère extinctif lorsqu'il « libère le débiteur à l'égard du créancier et éteint la dette ». Toutefois, « lorsque la loi ou le contrat prévoit une subrogation dans les droits du créancier »⁸¹, il a un effet

⁷⁵ C. civ, art. 1346.

⁷⁶ Puisque la subrogation personnelle figure dans le Code civil au sein du chapitre dédié à l'extinction des obligations, alors même qu'elle a pour effet la transmission de la créance, il peut être considéré qu'elle reste analysée comme une exception à l'effet extinctif du paiement. Néanmoins, ce maintien se justifie au regard du lien indissociable qu'entretient son effet translatif avec le paiement subrogatoire : Cf. *infra*. La source du transfert de créances : le paiement, p. 168, et Le transfert de la créance et la mesure du paiement, p. 182.

⁷⁷ L. Thezard, *De la nature et des effets de la subrogation*, Revue critique de législation et de jurisprudence. Paris, 1879, p. 119 : « D'après Bigot de Préameneu, si le tiers agissant en son nom propre, se fait subroger aux droits du créancier, ce n'est plus un paiement, c'est un transport de l'obligation. Cette idée viendrait à l'appui de notre théorie générale, savoir, que dans la réalité des choses, le paiement avec subrogation n'est qu'un transport véritable : il ne saurait y avoir de paiement proprement dit que là où il y a extinction totale de l'obligation et par suite lorsque le versement des fonds, s'il est fait par un tiers, a lieu en l'acquit du débiteur, c'est-à-dire soit avec l'intention de lui faire une libéralité, soit enfin avec l'intention d'exercer un recours, mais sans succéder au bénéfice de l'obligation primitive, totalement et définitivement éteinte. ». Dans le même sens, M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, LGDJ, 9^{ème} éd. Paris, 1923, p. 171 ; R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 215 : « La subrogation a été conçue comme un mode de paiement emportant, accessoirement, transfert de la créance. Cette conception de la subrogation personnelle ne correspond plus à l'utilisation qui en est faite : elle est maintenant, avant tout, un mécanisme de transmission d'obligation ». Une telle consécration ne pouvait avoir lieu qu'en se détachant d'une vision ancienne bien trop restrictive qui consistait à enfermer la subrogation personnelle au sein des exceptions à l'effet extinctif du paiement, et à imposer une application résiduelle. C. Lachieze, *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil*, Thèse, Université Montesquieu IV, 1996, pp. 480 et suivantes.

⁷⁸ L. Clouzot, *Recherche sur la substitution en droit administratif français*, Thèse, Université Montpellier I, 2010, p. 295 ; Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971, p. 325 : « Il y a transfert de créance et substitution d'une personne à une autre pour le paiement d'une dette ».

⁷⁹ E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 3.

⁸⁰ E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 3. Dans le même sens, C. Hérard précise que le cessionnaire doit subir les exceptions que le débiteur aurait pu opposer au cédant lui-même : *De la subrogation conventionnelle*, Thèse, Université de Caen, 1872, p. 30. Voir également, M. Sousse, *La notion de réparation de dommage en droit administratif français*, Thèse, LGDJ, 1994, p. 164.

⁸¹ C. civ, art. 1342.

translatif⁸². Loin d'entrer en contradiction avec le concept même du paiement, la subrogation s'impose comme un véritable mode de transmission des obligations⁸³. Son originalité tient au fait que son effet translatif s'effectue sur le fondement d'un paiement⁸⁴. Une telle reconnaissance n'a cependant pas totalement exclu le recours à la notion de fiction qui reste encore attribuée à la subrogation par certains auteurs⁸⁵.

En ce qui concerne la subrogation réelle, bien que l'effet translatif ne soit pas mis en avant par la doctrine, il lui est toutefois sous-jacent. Il s'agit d'« *une technique permettant la conservation d'un droit donc l'existence est menacée par la disparition du bien sur lequel il porte (directement ou indirectement) au moyen du report de ce droit sur un nouveau bien* »⁸⁶. L'emploi du terme « report » s'apparente alors à la transmission du droit⁸⁷, qui s'avère être le seul moyen de parvenir à sa conservation.

2. La consécration de l'effet translatif

Loin de se limiter à une analyse doctrinale, la consécration de l'effet translatif s'est faite au sein de la jurisprudence et des textes législatifs.

⁸² C. civ, art. 1346-4.

⁸³ R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 44 et 46 compare, au regard de leurs effets, la cession de créance et la subrogation en ce qu'elles permettent toutes deux la transmission de la face active de l'obligation

⁸⁴ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 353 considère que l'originalité de la subrogation « *ne se limite pas au niveau du principe de l'effet translatif. Le transfert de droits réalisé par la subrogation personnelle s'effectue, en effet, de manière exceptionnelle sur le fondement d'un paiement. Cette circonstance très particulière, ainsi que la situation des personnes en présence, solvens et accipiens, accentuent la spécificité de l'institution et achèvent de lui donner sa véritable nature* ».

⁸⁵ P. Jourdain et P. Wéry. (dir.), *La transmission des obligations en droit français et en droit belge*, Bibliothèque de la faculté de droit et de criminologie de l'université catholique de Louvain, Larcier, 2019, p. 374. La reconnaissance de l'effet translatif est en réalité ancienne dans la mesure où les auteurs ayant traité de la subrogation personnelle avaient, malgré la qualification de fiction, reconnu son effet translatif de droits. Ainsi, Renusson considérait que « *par le moyen de la subrogation une créance sera payée, et que la dette ne sera pas éteinte et acquittée ; qu'elle subsistera toujours* » : *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, J. Bodin, Paris, 1685, Chap I, n° 12. Pothier admettait le système de la transmission de la créance : « *La subrogation est une fiction de droit par laquelle le créancier est censé céder ses droits, actions, hypothèques et privilèges à celui de qui il reçoit son dû* » : *Coutumes des duché, bailliage et prévôté d'Orléans, et ressort d'iceux*, Paris, Debure l'ainé, Orléans, Veuve Rouzeau-Montaut, Paris, 1780, Tit. XX, Chap I, Section V De la subrogation, n° 66, p. 757. Dans le même sens, P. Jourdain et P. Wéry. (dir.), *La transmission des obligations en droit français et en droit belge*, Bibliothèque de la faculté de droit et de criminologie de l'université catholique de Louvain, Larcier, 2019, p. 380. D'autres auteurs renoncent toutefois à définir la nature de la subrogation à travers la notion de fiction : J. C. Ricci et F. Lombard, *Droit administratif des obligations : contrats, quasi-contrats, responsabilité*, Sirey, Paris, 2018, n° 1005 et suivants, p. 516.

⁸⁶ E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 1.

⁸⁷ F. Zénati parle de report du droit du bénéficiaire de l'attribution préférentielle sur le prix de vente du bien attribué ou de report du droit de propriété réservé du vendeur sur l'indemnité d'assurance. Il y a donc bien ici un transfert de droit : c'est le même droit qui se trouve reporté sur un bien de remplacement : *Subrogation réelle*, RTD civ. 1995, p. 651. Dans le même sens, V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 228.

Une consécration jurisprudentielle. La spécificité du recours subrogatoire tient justement au fait que le *solvens* est subrogé dans les droits de la victime et n'agit pas sur le fondement d'un droit propre⁸⁸. Ainsi, c'est bien la créance initiale qui est conservée, avec les exceptions et accessoires qui lui sont associés⁸⁹. La jurisprudence judiciaire a alors entériné l'effet translatif de la subrogation personnelle⁹⁰ en considérant qu'elle « *emporte transfert au profit du subrogataire du droit dont disposait le subrogeant à l'encontre d'un tiers* »⁹¹. Par conséquent, le *solvens* dispose « *de toutes les actions qui appartenaient au créancier et qui se rattachaient à cette créance immédiatement avant le paiement* »⁹². La substitution de créanciers se matérialise donc à travers cette transmission de créance. De la même façon, le Conseil d'État considère que « *la subrogation investit la caisse de tous les droits et actions du subrogeant* », qui peut alors se « *voir opposer par le tiers responsable du dommage tous les moyens d'exception ou de défense dont il dispose à l'égard de la victime ainsi que les actes qu'il lui a valablement opposés* »⁹³. C'est la créance même que détenait l'accipiens contre le débiteur qui est alors transmise au subrogé.

En matière de subrogation réelle, bien que la jurisprudence ne consacre pas son effet translatif, elle emploie souvent le terme de « transport ». Ainsi, la Cour de cassation considère que « *lorsque l'acquéreur d'un bien vendu avec réserve de propriété le revend sans avoir payé l'intégralité du prix, la revente opère, par l'effet de la subrogation réelle, transport dans le patrimoine du vendeur initial du prix ou de la partie du prix impayé par le sous-acquéreur* »⁹⁴. Dès lors, le droit de propriété se reporte sur le prix de vente. L'effet translatif apparaît également lorsque « *sont de plein droit indivises, par l'effet d'une subrogation réelle, les créances et indemnités qui remplacent des biens indivis ou sont destinées à les réparer* »⁹⁵.

⁸⁸ CE, 9 mars 1990, n° 80796 et 81005 ; Civ, 1^{ère}, 8 janvier 2002, n° 98-15.082. Cf. *infra*. Les régimes juridiques distincts des recours en contribution, p. 455.

⁸⁹ Civ, 2^{ème}, 7 juillet 2011, n° 09-16.616 : le subrogé est placé dans l'exacte position du subrogeant : en l'occurrence, puisque l'action de la victime à l'encontre du responsable était recevable, celle du subrogé devait donc l'être. J.-D. Pellier considère que « *cette décision est intéressante en ce qu'elle constitue une illustration de l'idée selon laquelle la subrogation personnelle est aujourd'hui perçue comme un mode de transmission de l'obligation plutôt que de paiement* » : *Une certaine idée de la subrogation personnelle*, Petites affiches, n° 46, 5 mars 2012, p. 9. Dans le même sens, CE, 31 juillet 1996, n° 129158.

⁹⁰ E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 7.

⁹¹ Civ, 2^{ème}, 8 juin 2017, n° 15-24.827. Dans le même sens, Civ, 1^{ère}, 12 novembre 2015, n° 14-20.772.

⁹² Civ, 1^{ère}, 7 décembre 1983, n° 82-16.838 ; rappelé également par Com, 17 mai 2017, n° 15-29.203 ; CAA Bordeaux, 15 novembre 2017, n° 15BX01320. Dans le même sens, Civ, 3^{ème}, 16 juin 2016, n° 15-17.403 ; Civ, 1^{ère}, 11 juin 2008, n° 06-20.104 ; Civ, 1^{ère}, 25 janvier 2005, n° 01-21.145 ; Com, 2 novembre 1993, n° 91-21.946 ; Civ, 1^{ère}, 13 janvier 1981, n° 79-10.592 ; Civ, 1^{ère}, 11 juin 2008, n° 06-20.104.

⁹³ CE, 26 septembre 2008, n° 272690.

⁹⁴ Com, 5 juin 2007, n° 05-21.349.

⁹⁵ Civ, 1^{ère}, 7 février 2018, n° 17-13.859.

Le droit de propriété de chacun des indivisaires perdure et un tel report ne peut se faire que par le transfert du droit lui-même. Dès lors, c'est « *en termes de transfert de droits que les effets de la subrogation réelle se définissent* »⁹⁶ : les droits qui portaient sur le bien remplacé se reportent ainsi sur le bien de remplacement⁹⁷.

Une consécration légale. De la même façon que la consécration jurisprudentielle, la consécration légale de l'effet translatif s'observe en matière de subrogation personnelle et se déduit en matière de subrogation réelle. L'effet translatif ne s'est pas imposé immédiatement dans la mesure où l'ancien article 1252 du Code civil ne contenait aucune précision sur l'effet de la subrogation personnelle⁹⁸. La seule précision légale se rapportait à son application conventionnelle : il était prévu que le créancier puisse subroger le *solvens* dans ses « *droits, actions, privilèges ou hypothèques* ». La consécration légale résulte donc de la réforme de 2016⁹⁹ à travers le nouvel article 1346-4 du Code civil qui prévoit que « *la subrogation transmet à son bénéficiaire, dans la limite de ce qu'il a payé, la créance et ses accessoires* »¹⁰⁰. L'emplacement de ce mécanisme a d'ailleurs fait l'objet de débat et le projet Catala¹⁰¹ proposait de le faire figurer aux côtés de la cession de créance en tant que mécanisme translatif. Il a toutefois été maintenu au sein de la partie relative au paiement, ce qui loin de remettre en cause son effet translatif, témoigne uniquement de leur lien indissociable¹⁰². Un tel choix est néanmoins critiquable en ce qu'il fait figurer la subrogation parmi les modes d'extinction de l'obligation, alors même que celle-ci, au regard de ses effets juridiques, conduit en réalité à la transmission de la créance.

⁹⁶ E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 53.

⁹⁷ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 228.

⁹⁸ C. civ, art. 1252 : « *La subrogation établie par les articles précédents a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs : elle ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie ; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel.* »

⁹⁹ Ordonnance, n° 2016-131, 10 février 2016, *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. La consécration légale d'un tel effet se révèle être tardive.

¹⁰⁰ C. civ, art. 1346-4.

¹⁰¹ P. Clément, *Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription*, 22 septembre 2005, (Articles 2234 à 2281 du Code civil) : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf

¹⁰² C. Hérard, *De la subrogation conventionnelle*, Thèse, Université de Caen, 1872, p. 71. N. Litaize considère que la subrogation éteint l'obligation vis-à-vis du créancier et n'en fait apparaître aucune autre. Elle est donc parfaitement à sa place en tant que mode d'extinction des obligations : *Réforme du droit des obligations - Plaidoyer pour le maintien de la subrogation ex parte creditoris*, Revue de Droit bancaire et financier. n° 6, novembre 2015, étude 26. En revanche, M. Latina considère que la subrogation légale est toujours envisagée comme une modalité du paiement et non comme une opération sur créances. « *L'effet translatif de la subrogation n'est donc pas considéré comme l'objet de la subrogation, mais comme l'une de ses conséquences* » : M. Latina, *Le transfert de la réserve de propriété par la subrogation de l'article 1346-2, aliéna 1^{er}, du Code civil*, Dalloz. 2017, p. 877.

En matière de subrogation réelle, les dispositions législatives ne font pas directement référence à un effet translatif, mais utilisent parfois le terme de « report » de droit. Prenons l'exemple de l'article 2372 du Code civil¹⁰³ : il prévoit que le droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur. Ainsi, il est possible de déduire que c'est le droit lui-même qui s'applique sur le bien nouveau et seule sa transmission permet une telle conservation. La même constatation peut être faite au regard de l'article 855 du Code civil¹⁰⁴ ou encore en ce qui concerne le transfert du droit de préférence sur une indemnité d'assurance¹⁰⁵. Dès lors, il est possible de déduire l'existence d'un véritable effet translatif. Il doit alors être étendu à toutes les applications de la subrogation réelle dans la mesure où il est le seul moyen de parvenir à la conservation du droit.

Paragraphe 2 : La mise en œuvre de l'effet translatif

La mise en œuvre de l'effet translatif ne semble pas poser de difficultés particulières en matière de subrogation personnelle. C'est en raison du paiement effectué entre les mains du subrogeant, que le subrogé devient détenteur de sa créance vis-à-vis du débiteur définitif de la dette. Le paiement est alors une condition *sine qua non* de la subrogation¹⁰⁶, et le transfert de droits s'effectue sur son seul fondement. Il traduit l'esprit même de la subrogation qui transmet la créance à celui qui s'est acquitté d'une dette dont il ne devait pas en supporter la charge définitive. Bien que des aménagements puissent être mis en place permettant de lutter contre des difficultés pratiques ou procédurales, ils ne remettent pas en cause le bien-fondé de cette condition. Dès lors, la source du transfert de créance ne peut être que le paiement subrogatoire (A).

A contrario, la mise en œuvre de l'effet translatif de la subrogation réelle apparaît plus complexe. Elle semble entrer en contradiction avec l'effet translatif de l'aliénation d'un bien.

¹⁰³ « Le droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ou sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien ».

¹⁰⁴ Ou encore l'article L 322-6 du Code de l'urbanisme et la loi, n° 48-1360, 1 septembre 1948, *Portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs locataires ou occupants d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement*, art. 70

¹⁰⁵ C. ass, art. L 121-13.

¹⁰⁶ A. Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019, n° 513, p. 442.

En effet, à partir du moment où le droit de propriété est transmis à un tiers, il ne peut plus perdurer au profit du propriétaire initial. Un possible maintien de la subrogation en tant que fiction juridique semble alors devoir s'imposer pour éviter une remise en cause de son effet translatif. Cette contradiction s'analyse uniquement en présence de différentes masses de bien, et ne prend pas en compte le véritable référentiel dans lequel la subrogation réelle doit être étudiée. Il est alors possible de surmonter les apparentes barrières à la mise en œuvre de l'effet translatif de la subrogation réelle (B).

A. La source du transfert de créances : le paiement

Qu'il s'agisse de la subrogation personnelle légale, conventionnelle ou encore de celles issues de régimes spéciaux, son effet translatif est toujours conditionné à la réalisation d'un paiement (1). Les modalités de celui-ci ont néanmoins connu des aménagements légaux et jurisprudentiels répondant à des besoins pratiques (2).

1. L'effet translatif, un effet conditionné au paiement

La subrogation personnelle est dotée d'un effet translatif qui s'opère sur le seul fondement du paiement. Dès lors, celui-ci est la source du transfert de droits.

Le paiement comme condition du transfert du droit de créance. Le paiement, c'est-à-dire « *l'exécution volontaire de la prestation due* »¹⁰⁷, est une condition indispensable de la subrogation personnelle. Dès l'origine, l'article 1251 du Code civil prévoyait, pour chaque cas d'application, la nécessité d'effectuer un paiement¹⁰⁸ : la subrogation a lieu au profit de celui qui « *paie un autre* », « *emploie le prix de son acquisition au paiement* », « *acquitte* » la dette, ou « *a payé de ses deniers* ». Il s'agit de l'essence même de la subrogation personnelle¹⁰⁹ qui est accordée au *solvens* lorsqu'il réalise un paiement dit subrogatoire, c'est-à-dire libérant le débiteur définitif de la charge de la dette. Ce paiement spécifique n'emporte pas l'extinction de la créance, mais son transfert au profit du *solvens*¹¹⁰. La subrogation revêt un véritable effet

¹⁰⁷ C. civ, art. 1342.

¹⁰⁸ L'article 1249 du Code civil prévoit également que « *la subrogation dans les droits du créancier au profit d'une tierce personne qui le paie est ou conventionnelle ou légale* ».

¹⁰⁹ P. Jourdain et P. Wéry. (dir.), *La transmission des obligations en droit français et en droit belge*, Bibliothèque de la faculté de droit et de criminologie de l'université catholique de Louvain, Larcier, 2019, p. 371 : dualité de nature entre paiement et cession.

¹¹⁰ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 374.

translatif qui s'effectue sur le fondement d'un paiement et le nouvel article 1346 du Code civil maintient donc cette exigence¹¹¹.

Il convient de relever que la forme du paiement est relativement libre : il peut résulter de la remise d'une somme d'argent en espèce ou par chèque¹¹², d'une compensation¹¹³ ou encore d'inscriptions au débit d'un compte courant dès lors qu'il s'agit non pas d'une avance, mais d'un véritable paiement¹¹⁴. Une telle liberté se comprend aisément en ce qu'elle « rejoint le sens de la subrogation personnelle, liée au fait de la libération du débiteur »¹¹⁵. Le transfert de droit ne se produit que dans la mesure où le débiteur définitif de la dette est, au moins en partie, libéré de son obligation. Il est par conséquent conditionné au paiement subrogatoire. Ainsi, le paiement doit être concomitant à la subrogation¹¹⁶ et le transfert de droit ne peut avoir lieu qu'au moment de celui-ci¹¹⁷. En tant qu'élément indispensable au déclenchement de la subrogation, et par voie de conséquence, à la mise en œuvre de son effet translatif, le paiement est une condition inéluctable. Il s'analyse donc au sein de toutes les applications de la subrogation personnelle, qu'elles soient issues du droit commun ou de droits spéciaux.

Cette condition est parfois consacrée explicitement, telle qu'à l'article L 121-12 du Code des assurances qui prévoit que c'est lorsque l'assureur a payé l'indemnité d'assurance qu'il est subrogé dans les droits et actions de l'assuré. La Cour de cassation applique strictement ce principe et déclare irrecevable l'action subrogatoire au profit de l'assureur qui n'avait pas

¹¹¹ Même constatation pour la subrogation conventionnelle aux articles 1346-1 et 1346-2 du Code civil.

¹¹² Civ, 3^{ème}, 12 avril 2018, n° 17-17542 : « *La remise d'un chèque vaut paiement, sous réserve de son encaissement* ».

¹¹³ Alors même que la compensation n'est pas un paiement, mais un mode d'extinction des obligations : Civ, 2^{ème}, 21 mai 2015, n° 14-14.812.

¹¹⁴ Com, 13 septembre 2016, n° 15-12.936 : « *L'inscription par une banque au débit du compte courant de son client de sa créance de remboursement d'un prêt qu'elle lui a consenti vaut paiement et emporte novation de la créance qui devient un simple article du compte ; que la créance ainsi éteinte ne peut en conséquence être recouvrée individuellement ou déclarée en tant que telle au passif de la procédure collective du débiteur, seul pouvant être réclamé le solde créditeur ou débiteur du compte courant* » ; Com, 6 novembre 1990, n° 88-20.449.

¹¹⁵ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 389.

¹¹⁶ Civ, 2^{ème}, 21 mai 2015, n° 14-14.812 : il s'agissait d'un accident lors d'un rallye automobile. La société Axa France IARD est condamnée par les juges du fonds, « à relever et garantir la société Generali IARD pour le remboursement des prestations à caractère indemnitaire prévue au contrat, qu'elle serait amenée à verser à M.Y. », victime de l'accident. Cependant, la Cour de cassation rejette ce moyen en rappelant que « l'assureur, qui n'a pas encore versé d'indemnités d'assurance, ne peut se prévaloir d'une subrogation dans les droits de son assuré ». CAA Lyon, 18 septembre 1997, *Min. de l'équipement des transports et du logement c/MACIF*, AJDA. 1997, p. 919 et p. 846.

¹¹⁷ Civ, 1^{ère}, 11 juin 2008, n° 06-20.104 : « *La subrogation transmet la créance au subrogé à la date du paiement qu'elle implique* » ; Com, 19 mai 2015, n° 13-25.312 : la charge de la preuve de la concomitance entre le paiement et la subrogation pèse sur celui qui se prétend subrogé. C. civ, art. 1346-1 : la concomitance de la subrogation et du paiement se prouve par tous moyens. C. Cerveau-Colliard, *Pas de subrogation sans paiement préalable*, Gazette du Palais. 1 septembre 2015, n° 244, p. 13 : « *L'assureur ne peut pas être subrogé dans les droits de l'assuré tant qu'il ne lui a pas payé l'indemnité d'assurance* ».

encore indemnisé l'assuré¹¹⁸. Il ne peut donc y avoir de transfert de droits antérieurement au paiement. Dans d'autres hypothèses, cette condition est implicitement consacrée, ainsi « *les recours subrogatoires des caisses contre les tiers s'exercent poste par poste sur les seules indemnités qui réparent des préjudices qu'elles ont pris en charge* »¹¹⁹. Le Conseil d'État précise que la subrogation dans les droits de la victime ne peut avoir lieu qu'à compter du paiement des sommes mises à sa charge¹²⁰ : c'est donc au moment du paiement que le transfert de droits se réalise¹²¹.

Une subrogation sans paiement ? La question du caractère essentiel du paiement peut se poser lorsque le terme « subrogé » est employé en l'absence de tout paiement. Ainsi, l'article 6 de la loi du 11 juillet 1975¹²² prévoit que « *pour les sommes qu'il est chargé de recouvrer, le service compétent de l'État est subrogé dans les actions et garanties dont dispose le créancier pour le recouvrement de sa pension alimentaire* », alors même qu'aucune avance de fonds n'a eu lieu. De plus, l'article L 412-5 du Code rural accorde au preneur à bail rural la possibilité de subroger dans l'exercice de son droit de préemption son conjoint ou partenaire lié par un pacte civil de solidarité, lorsqu'il participe à l'exploitation.

Loin de remettre en cause le lien entre la subrogation et le paiement, il résulte en réalité d'un emploi abusif du terme¹²³. En effet, l'article 6 de la loi de 1975 ne prévoit aucune transmission de droits. Il s'agit uniquement de la possibilité pour le trésor d'agir pour le compte du créancier¹²⁴. En outre, l'hypothèse de l'article L 412-5 du Code rural est analysée comme une cession du droit de préemption qui peut être faite à titre gratuit¹²⁵. Ces hypothèses

¹¹⁸ Com, 14 décembre 1965, Bull. civ. 1965, n° 647 : « *La subrogation doit être faite en même temps que la payement* ». CE, 26 février 2001, *Cie d'assurance Winterhur*, n° 196759 : l'indemnité doit avoir déjà été versée pour pouvoir prétendre à un recours subrogatoire. Voir également, Civ, 1^{ère}, 24 mars 1992, n° 89-13.756 ; Civ, 2^{ème}, 13 octobre 2005, n° 04-16.139.

¹¹⁹ C. sec. soc, art. L 376-1.

¹²⁰ CE, 8 juillet 2020, n° 420090. Voir également, CAA Nancy, 4 août 2005, n° 00NC00727 : « *Si les compagnies d'assurance sont susceptibles, même pour la première fois en appel, d'exercer l'action subrogatoire prévue à l'article L 172-29 susmentionné du Code des assurances, cette action n'est toutefois recevable que dans la limite de la quittance subrogative, ou de tout document suffisamment probant pour en tenir lieu, produite devant le juge aux fins d'attester la date et l'effectivité du paiement de l'indemnité d'assurance* ».

¹²¹ CAA Nantes, 14 mars 1990, n° 89NT00415.

¹²² Loi, n° 75-618, 11 juillet 1975, *Relative au recouvrement public des pensions alimentaires*, art. 6.

¹²³ E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 19.

¹²⁴ Loi, n° 75-618, 11 juillet 1975, *Relative au recouvrement public des pensions alimentaires*, art. 1 : « *Toute pension alimentaire dont le recouvrement total ou partiel n'a pu être obtenu par l'une des voies d'exécution de droit privé peut être recouvrée pour le compte du créancier par les comptables publics compétents* ».

¹²⁵ P. Chaumette, *La subrogation personnelle sans paiement ?* RTD civ. 1986, p. 44 : il constitue un droit personnel ne pouvant être transmis par la voie de la subrogation.

sont alors distinctes du mécanisme subrogatoire : elles sont dissociées du paiement¹²⁶ et ne permettent pas la conservation d'un droit menacé d'extinction¹²⁷. En effet, en l'absence de paiement, il ne peut y avoir de fluctuation juridique résultant de la modification de la répartition du poids définitif de la charge de la dette. Or, l'occasion de la subrogation réside dans cette fluctuation en ce qu'elle créait un déséquilibre patrimonial¹²⁸.

2. Les aménagements aux modalités du paiement

Sans remettre en cause l'exigence d'un paiement et sa concomitance avec la subrogation, plusieurs aménagements ont pu être faits afin d'apporter une certaine souplesse à ce mécanisme¹²⁹.

L'auteur du paiement. Le paiement était perçu à l'origine comme devant être effectué par un tiers. Ainsi, la subrogation ne pouvait avoir lieu lorsque le *solvens* acquittait une dette qui lui était propre¹³⁰. Cette condition a fait l'objet d'une évolution jurisprudentielle dans la mesure où elle empêchait l'application de la subrogation là où elle présentait pourtant une utilité identique aux autres applications du mécanisme, c'est-à-dire rétablir l'équilibre juridique en faisant peser la charge de la dette sur le débiteur définitif.

La question de l'application de l'ancien article 1251, 3° du Code civil s'est donc posée en matière d'assurance où deux dettes distinctes coexistent : celle du responsable en vertu des règles de la responsabilité civile ou administrative, et celle de l'assureur issu du contrat d'assurance. L'assureur paye certes une dette dont il est seul tenu¹³¹, toutefois, ce paiement aboutit à libérer le responsable du dommage de son obligation. Ainsi, la répartition de la charge de la dette est modifiée. Cela risquait également d'entraîner une augmentation considérable des primes d'assurance¹³². La Cour de cassation a donc admis la possibilité pour l'assureur d'exercer un recours subrogatoire contre le responsable dans la mesure où « *le*

¹²⁶ Les dispositions relatives à la subrogation figurent dans le chapitre sur l'extinction des obligations à la section relative au paiement.

¹²⁷ P. Chaumette, *La subrogation personnelle sans paiement ?* RTD civ. 1986, p. 39.

¹²⁸ E. Savaux relève à ce propos qu'il ne s'agit pas d'un effet de la subrogation, mais d'une condition. En effet, ce n'est pas la subrogation qui libère le débiteur définitif de la dette, mais le paiement. Il est alors la source de l'effet translatif, qui est également conditionné à la libération du débiteur définitif : *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 72.

¹²⁹ P. Chaumette, *La subrogation personnelle sans paiement ?* RTD civ. 1986, p. 47.

¹³⁰ Com, 4 novembre 1968, Bull. civ. n° 304.

¹³¹ Alors que l'article 1251 du Code civil prévoit que pour obtenir la créance, le *solvens* doit payer une dette pour laquelle il est tenu avec d'autres ou pour d'autres.

¹³² E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 23.

paiement d'une obligation peut libérer les débiteurs d'une obligation différente, mais qui a le même objet »¹³³. Cette solution est aujourd'hui codifiée à l'article L 121-12 du Code des assurances. Le paiement d'une dette propre ne fait donc plus obstacle à la subrogation¹³⁴ et le nouvel article 1346 du Code civil exige pour seule condition que le paiement libère celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette¹³⁵.

En droit public, ce principe a également été largement consacré : l'administration peut exercer un recours subrogatoire contre le responsable lorsqu'elle voit sa responsabilité engagée et paye une dette qui lui est propre¹³⁶. Il faut toutefois que le paiement soit effectué par le subrogé lui-même¹³⁷. Le paiement effectué par le *solvens* peut être fait à partir de deniers propres ou de deniers empruntés. C'est pourquoi, lorsqu'il paie le créancier en qualité de mandataire, la subrogation profite au prêteur de fonds. La subrogation conventionnelle du banquier est donc possible lorsqu'il remet des fonds à un employeur qui les utilise afin de payer ses ouvriers puisque l'employeur agit en qualité de mandataire¹³⁸. Seule la subrogation conventionnelle à l'initiative du débiteur semble échapper à cette exigence : elle suppose que le débiteur paye sa dette à partir de deniers avancés par un tiers, et subroge ce dernier dans les droits de son créancier¹³⁹.

L'assouplissement de la concomitance du paiement et de l'effet translatif. En principe, le paiement et la subrogation doivent être simultanés¹⁴⁰. Ainsi, toute subrogation

¹³³ M. Bugnet, *L'œuvre de Pothier*, Videcoq, père et fils : Cosse et N. Delamotte, t. 9, Paris, 1846, p. 291. À l'origine de cette décision : Civ, 14 décembre 1943, S. 1945, p. 41, note R. Houin ; Civ, 21 décembre 1943, JCP. 1945, II, n° 2779, note Besson. Par la suite la jurisprudence a considéré que « *le débiteur qui s'acquitte d'une dette personnelle peut néanmoins prétendre bénéficier de la subrogation s'il a, par son paiement, libéré envers le créancier commun celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette* » : Com, 2 mai 2001, n° 98-17.790.

¹³⁴ Civ, 1^{ère}, 23 octobre 1984, Bull. civ. t. I, Partie I, n° 276, p. 235 ; Civ, 1^{ère}, 6 juillet 1988, Bull. civ. t. I, Partie I, n° 231, p. 161. Pourvu qu'il libère celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette : Civ, 1^{ère}, 27 mars 2001, n° 98-16.723 ; Com, 9 mai 1990, n° 88-18.125 ; Civ, 1^{ère}, 7 novembre 1995, n° 93-16.148. E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 27 précise que l'assouplissement s'applique également en matière de subrogation conventionnelle, ainsi, « *lorsque l'assureur de responsabilité d'un notaire indemnise le prêteur du dommage causé, à la suite du non-remboursement de prêt, par la faute du notaire qui avait débloqué les fonds avant de recevoir l'état hypothécaire des biens donnés en garantie. L'emprunteur ne saurait tenir en échec l'action subrogatoire de l'assureur, fondée sur un accord entre ce dernier et le prêteur, en soutenant que l'assureur avait payé la créance indemnitaire du prêteur contre le notaire et qu'il ne pouvait donc être subrogé que dans les droits du prêteur* » : Civ, 1^{ère}, 24 octobre 2000, n° 98-22.888 ; Civ, 1^{ère}, 27 novembre 2013, n° 12-25.399.

¹³⁵ Com, 2 mai 2001, n° 98-17.790.

¹³⁶ CE, 6 février 1987, *Cie nationale Air France*, n° 36586 ; CE, 1^{er} octobre 1986, n° 37618 ; CAA Paris, 18 avril 1989, n° 89PA00399.

¹³⁷ C. civ, art. 1346.

¹³⁸ E. Savaux, *Subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 35.

¹³⁹ C. civ, art. 1346-2.

¹⁴⁰ E. Savaux, *Subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 96 : « *Les deux actes doivent donc coïncider, et il ne saurait y avoir de subrogation valable ni avant, ni après le paiement. Les juges du fond ne peuvent donc*

postérieure au paiement est proscrite de telle sorte que si le créancier ne manifeste pas son intention de subroger conventionnellement le *solvens* au moment du paiement, la créance est en principe éteinte¹⁴¹. Il en va de même pour la subrogation anticipée : même si le subrogeant peut manifester dans un acte antérieur la volonté de subroger son cocontractant dans ses droits¹⁴², la subrogation ne peut avoir lieu qu'au moment du paiement¹⁴³. Dès lors, il s'agit uniquement d'une promesse de subrogation¹⁴⁴. Dans le même sens, lorsque le coauteur du dommage appelle en garantie les autres coauteurs par voie subrogatoire alors même qu'il n'a pas encore désintéressé la victime¹⁴⁵, il ne s'agit pas d'une subrogation anticipée. Une telle facilité permet d'éviter une succession de recours, mais l'exercice du recours subrogatoire ne pourra être fait qu'autant que le coauteur poursuivi aura désintéressé la victime¹⁴⁶. Dès lors, même si au moment de la délivrance de l'assignation le paiement n'est pas encore effectué, cette fin de non-recevoir peut par exemple être couverte si au moment où il statue, l'assureur a réglé l'indemnité¹⁴⁷.

Cette condition a néanmoins fait l'objet d'aménagement. Le paiement peut tout d'abord être fait à titre provisionnel¹⁴⁸. La Cour de cassation a également permis au *solvens* d'effectuer un recours contre le débiteur en remboursement des sommes dues alors même qu'il n'a pas encore désintéressé le créancier. Il doit cependant s'être engagé à le payer en

admettre la subrogation sans préciser à quelle date le paiement a eu lieu ». La Cour de cassation considère que « *la quittance subrogative ne fait pas preuve par elle-même de la concomitance de la subrogation et du paiement, laquelle doit être, aux termes de l'article 1250.1° du Code civil, spécialement établie* » : Civ, 1^{ère}, 23 mars 1999, n° 97-11.685. Voir également : Civ, 2^{ème}, 8 février 2018, n° 16-28.398.

¹⁴¹ Civ, 1^{ère}, 18 mai 2008, n° 07-13.437 : « *Après le paiement, la subrogation est impossible en raison de l'effet extinctif de celui-ci* ».

¹⁴² C. civ, art. 1346-1. Com, 29 janvier 1991, n° 89-13.129.

¹⁴³ Civ, 1^{ère}, 11 juin 2008, n° 06-20.104.

¹⁴⁴ E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 99. Com, 23 septembre 2014, n° 13-14.815 : « *L'accord pour opérer subrogation peut résulter de l'accord cadre préalable inclus dans le contrat d'affacturage* ».

¹⁴⁵ Civ, 1^{ère}, 21 janvier 1997, n° 94-19.689.

¹⁴⁶ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 383. C'est uniquement au stade de l'action subrogatoire que le paiement du créancier doit être justifié. L'appel en garantie ne contredit donc pas l'exigence d'une concomitance entre le paiement et l'effet translatif de la subrogation.

¹⁴⁷ Civ, 3^{ème}, 4 juin 2009, n° 07-18.960 ; Civ, 3^{ème}, 29 mars 2000, n° 98-19.505 ; Civ, 1^{ère}, 9 octobre 2001, n° 98-18.378.

¹⁴⁸ Voir également, CE, 23 décembre 2011, n° 335946 : « *La circonstance qu'une telle indemnité n'a été accordée qu'à titre provisionnel n'est pas, par elle-même, de nature à faire obstacle à la subrogation ; qu'il appartient seulement à l'assureur, pour en bénéficier, d'apporter par tout moyen la preuve du paiement de l'indemnité* » ; CE, 15 octobre 2014, n° 352518 ; CE, 23 décembre 2011, *Sté Generali Assurances IARD*, n° 335946. Dans le même sens, la loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, art. 33 : « *Lorsqu'il est prévu par contrat, le recours subrogatoire de l'assureur qui a versé à la victime une avance sur indemnité du fait de l'accident peut être exercé contre l'assureur de la personne tenue à réparation* ».

s'étant reconnu débiteur de l'indemnité¹⁴⁹. Pour finir, l'exigence de concomitance a également posé des difficultés en présence d'une rente. En effet, le principe veut que le subrogé exerce un recours contre le responsable après chaque échéance, au fur et à mesure des arrérages versés¹⁵⁰. Cela a toutefois comme inconvénient de susciter de multiples recours et des frais afférents. Par conséquent, le Conseil d'État a considéré que le recours des caisses de sécurité sociale peut inclure « *le capital constitutif des arrérages à échoir de la rente qu'elle doit verser à la victime* »¹⁵¹. La caisse peut par conséquent être subrogée dans ses sommes, alors même qu'elle ne les a pas encore versées, mais qu'elle est amenée à le faire¹⁵². Toutefois, en dépit de ces assouplissements, la subrogation reste indubitablement liée au paiement.

B. Les apparentes barrières à l'effet translatif de la subrogation réelle

L'effet translatif de la subrogation réelle est difficile à appréhender lorsque l'on est en présence d'une aliénation de biens. En effet, celle-ci a vocation à transmettre le droit de propriété au nouvel acquéreur, et s'oppose à une possible conservation de celui-ci. L'aliénation du bien se présente donc comme un obstacle à la conservation du droit de propriété (1). Néanmoins, cantonnée à des hypothèses d'attribution du bien à une masse déterminée, cette contradiction n'est en réalité qu'apparente. Le transfert de droit a donc bien lieu entre différentes masses de biens (2).

1. L'aliénation du bien, un obstacle à la conservation du droit de propriété ?

La subrogation réelle a pu être analysée comme se heurtant au concept juridique du transfert du droit de propriété.

¹⁴⁹ Com, 18 décembre 1978, Bull. civ. t. 1, Partie IV, n° 315 ; Com, 4 mai 1982, Bull. civ. t. 1, partie IV, n° 151, p. 133.

¹⁵⁰ L'article L 121-12 du Code des assurances précise que le recours subrogatoire ne peut être effectué que « *jusqu'à concurrence* » de l'indemnité versée. L'article L 346-1 du Code de sécurité sociale prévoit également que ce recours ne peut être effectué que sur « *les seules indemnités qui réparent des préjudices* » que les caisses « *ont pris en charge* ».

¹⁵¹ CE, 10 novembre 1971, n° 81198.

¹⁵² S. Buffa, *La distinction du champ d'application des actions subrogatoire et récursoire en droit administratif*, Droit administratif. n° 11, 2012, étude 17 relève que la condition stricte de la concomitance de la subrogation avec le paiement s'adapte « *mal aux exigences des réparations des dommages non consolidés auxquelles font face les fonds d'indemnisation. Le Conseil d'État a alors dû concéder quelques aménagements à la règle, quitte à porter atteinte au régime classique de la subrogation* ».

L'incompatibilité de l'effet translatif de la subrogation et de l'aliénation du bien. La subrogation réelle peut se produire à la suite d'une aliénation, par exemple lorsque la restitution du bien initial est impossible¹⁵³ ou encore lors de l'emploi du remploi de biens propres¹⁵⁴. Une difficulté se pose toutefois si l'on considère que le droit de propriété se reporte sur le bien de remplacement. En effet, il est supposé suivre le bien et être transmis au nouvel acquéreur¹⁵⁵. Dès lors, il ne peut être conservé au profit du propriétaire initial par le jeu de la subrogation. Seule une conception subjective de l'individualité des droits permettrait une telle approche : le droit serait considéré comme attaché à un titulaire et l'aliénation ne porterait que sur son objet. Le droit de propriété du nouvel acquéreur serait alors distinct de celui dont était titulaire le vendeur.

Toutefois, la conception traditionnelle est objective¹⁵⁶ : le droit de propriété est un droit réel qui s'acquiert et se transmet par l'effet des obligations, de telle sorte que la vente du bien emporte automatiquement transfert du droit de propriété au profit de l'acquéreur¹⁵⁷. Admettre que la subrogation réelle permet de conserver le droit de propriété du propriétaire initial reviendrait alors à considérer que le droit est acquis par le nouvel acquéreur, tout en subsistant chez le propriétaire initial sur un autre bien. Cette analyse a pu être portée par M. Lauriol qui considère que seule la coexistence de deux droits exclusifs sur un même bien au profit de deux titulaires serait contradictoire¹⁵⁸. Il admet alors que ce que nous appelons fluctuation puisse faire « *acquérir un droit à une personne sur un bien déterminé, tout en laissant subsister ce droit sur un autre bien au profit de l'aliénateur* » en ce que cela « *prouve simplement qu'on n'envisage pas l'individualité de ce droit de la même façon au regard de l'acquéreur et de l'aliénateur* »¹⁵⁹.

Une telle analyse est cependant difficilement admissible dans la mesure où la conservation du droit s'oppose à son transfert au profit d'un autre titulaire. Il faudrait alors remettre en cause l'effet translatif de la subrogation alors même que les analyses récentes viennent au

¹⁵³ C. civ, art. 1352-2.

¹⁵⁴ C. civ, art. 1434.

¹⁵⁵ M. Lauriol a notamment considéré que la subrogation est dès sa conception « *située au cœur d'une anomalie* » : *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 196.

¹⁵⁶ P. Le tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Chapitre 3363, *effets de la vente*, Dalloz action. 2021, n° 3363.11.

¹⁵⁷ C. civ, art. 711.

¹⁵⁸ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 202.

¹⁵⁹ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 205.

contraire reconnaître son existence¹⁶⁰. Il serait également possible de voir dans la subrogation réelle une altération du concept même de l'aliénation d'un bien¹⁶¹ et elle devrait alors continuer à être qualifiée de fiction juridique¹⁶². Cet obstacle ne s'observe cependant pas dans toutes ses hypothèses d'application.

L'absence d'obstacle à l'effet translatif en dehors des masses de biens. Le transfert de droits ne pose aucune difficulté lorsqu'il porte sur le droit de propriété en dehors de toutes aliénations de biens, ou lorsqu'il porte sur un autre droit tel que le droit de préférence.

Premièrement, la disparition matérielle du bien peut conduire au report du droit de propriété sur l'indemnité d'assurance sans qu'aucun concept ne soit altéré. La fluctuation n'a pas pour effet de transmettre le droit à un autre titulaire, mais menace celui-ci d'extinction. Dès lors, la subrogation réelle peut conserver ce droit sur le bien nouvellement acquis¹⁶³. Ainsi, forment des propres par l'effet de la subrogation réelle les créances et indemnités qui remplacent des biens propres¹⁶⁴. Une difficulté apparaît toutefois dans la mesure où le recours à la subrogation réelle ne semble pas nécessaire pour que le propriétaire du bien obtienne la créance indemnitaire¹⁶⁵ : l'indemnité représente la contrepartie du contrat d'assurance. Néanmoins, le report du droit de propriété permet de justifier que le vendeur puisse revendiquer la créance d'assurance de marchandises détruites lorsqu'elles faisaient l'objet d'une clause de réserve de propriété¹⁶⁶. Un tel résultat ne peut avoir lieu que si le droit de propriété lui-même est conservé¹⁶⁷.

Deuxièmement, lorsque la transmission du droit ne porte pas directement sur le droit de propriété, la subrogation ne pose aucune difficulté. Ainsi, l'effet translatif ne heurte aucun

¹⁶⁰ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 63 ; E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014 ; F. Zénati, *Subrogation réelle*, RTD civ. 1995, p. 651 ; M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2. Les droits qui grevaient le bien remplacé vont se reporter sur le bien de remplacement : V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 228 ; F. Zénati, *Subrogation réelle*, RTD civ. 1997, p. 166.

¹⁶¹ Une telle analyse n'a toutefois pas été mise en avant par les auteurs modernes et notamment E. Savaux qui parle uniquement de la fonction conservatrice de droit de la subrogation réelle sans pour autant aborder une telle difficulté : *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014.

¹⁶² V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 63 considère que l'analyse de la subrogation réelle comme fiction a été trop vite abandonnée. Elle affirme cependant que l'objectif de la subrogation est de conserver des droits mis en péril.

¹⁶³ C. civ., art. 2372.

¹⁶⁴ C. civ., art. 1406.

¹⁶⁵ G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LGDJ, Paris, 1996, p. 344.

¹⁶⁶ Com, 1 octobre 1985, n° 84-12.015 ; Com, 6 juillet 1993, n° 91-12.723.

¹⁶⁷ De même que le conflit entre l'assureur et l'assuré est sans incidence sur le droit reporté : F. Zénati, *Subrogation réelle*, RTD civ. 1997, p. 166.

concept lorsque le droit de préférence est maintenu sur la créance indemnitaire ou encore lorsque le droit d'insaisissabilité se reporte sur le bien nouvellement acquis¹⁶⁸. De la même façon, l'absent peut revendiquer ces biens auprès de l'administrateur ou ceux acquis en échange sans que l'effet translatif de l'aliénation ne soit remis en cause. En effet, lorsque l'absent revient, il est présumé avoir toujours été propriétaire de ses biens. Toutefois, certains actes ne peuvent être annulés¹⁶⁹, notamment en vue d'apporter des garanties aux tiers¹⁷⁰. Dès lors, la revendication porte sur le bien nouvellement acquis ou le prix de vente¹⁷¹. L'aliénation du bien emporte donc transfert du droit de propriété au nouvel acquéreur et un nouveau droit de propriété né sur le bien de remplacement. L'absent, toujours propriétaire de ses biens, peut alors récupérer l'intégralité de son patrimoine dans l'état où il se trouve à son retour. L'aliénation a eu lieu entre l'administrateur et un tiers, alors que la revendication se fait entre l'absent et l'administrateur de ses biens. C'est donc uniquement le droit de revendication qui porte désormais sur le bien nouvellement acquis¹⁷². Ainsi, il n'entre pas en contradiction avec l'effet translatif de l'aliénation.

¹⁶⁸C. com, art. 526-3. Ou encore, le report du droit de rétention gagiste sur le prix de la vente de la chose réalisée par le liquidateur judiciaire : Loi, n° 85-98 ; 25 janvier 1985, *Relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*, art. 159.

¹⁶⁹ Par exemple, lorsque l'absent ne peut pas revendiquer son bien entre les mains des tiers acquéreurs.

¹⁷⁰ R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, p. 295 : « *Fréquemment, on préfère la sécurité des tiers qui ont traité avec le titulaire apparent d'un droit aux prétentions du titulaire héritable qui était dépossédé* ». Ainsi, l'article 1380 du Code civil prévoit que « *si celui qui a reçu de bonne foi a vendu la chose, il ne doit restituer que le prix de la vente* ». L'article 1934 du Code civil prévoit, quant à lui, que « *[l]e dépositaire auquel la chose a été enlevée par une force majeure et qui a reçu un prix ou quelque chose à la place, doit restituer ce qu'il a reçu en échange* ». Dans le même sens, l'article L 624-18 du Code de commerce prévoit que « *peut être revendiqué le prix ou la partie de prix des (marchandises consignées au débiteur, soit à titre de dépôt, soit pour être vendues pour le compte du propriétaire, et des biens vendus avec une clause de réserve de propriété subordonnant le transfert de propriété au paiement intégral du prix, qui se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure) qui n'a été ni payé, ni réglé en valeur, ni compensé en compte courant entre le débiteur et l'acheteur à la date du jugement ouvrant la procédure* ».

¹⁷¹ D'autres applications mettent en lumière cette garantie en tenant compte de la bonne foi : l'article 1935 du Code civil prévoit que « *l'héritier du dépositaire, qui a vendu de bonne foi la chose dont il ignorait le dépôt, n'est tenu que de rendre le prix qu'il a reçu, ou de céder son action contre l'acheteur, s'il n'a pas touché le prix* ». En principe, la vente de la chose d'autrui est inopposable au propriétaire, qui peut obtenir la restitution du bien. Toutefois, par exception, une telle revendication sera rendue impossible, notamment lorsque l'acquéreur a légitimement pu croire que le vendeur était propriétaire du bien : la théorie de la propriété apparente lui permet alors de conserver le bien acquis. Le propriétaire dispose de la possibilité d'obtenir le prix de vente ou la créance en remplacement du bien vendu. La Cour de cassation a d'ailleurs jugé que l'article L 624-18 du Code de commerce, en utilisant le verbe « revendiquer », indique que la créance de prix est devenue la propriété du vendeur des marchandises et que l'acquisition de cette propriété ne peut être le fait que d'une subrogation réelle qui se produit au moment de la revente : Com, 5 juin 2007, n° 05-21.349. Il est donc plus exact d'y voir un cas de subrogation dans la restitution puisque le vendeur agit comme propriétaire du bien.

¹⁷² Selon G. Wicker, une telle application de la subrogation est descriptive et rend uniquement compte de l'application de la théorie de l'apparence, alors même qu'ici aucune créance indemnitaire ne naît de la vente de la chose, mais uniquement un transfert du droit de revendication d'un bien : *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LGDJ, Paris, 1996, p. 344.

Le même raisonnement peut être mis en œuvre en matière de pétition d'hérédité où la subrogation réelle permet à l'héritier de récupérer le patrimoine successoral¹⁷³, ou de reporter son droit de revendication sur les biens acquis ou sur le prix de vente¹⁷⁴. Dans toutes les hypothèses de revendication, ce n'est donc pas le droit de propriété qui est maintenu par la subrogation, mais le droit de revendication menacé d'extinction par la disparition du bien sur lequel il porte. Qu'il s'agisse de l'absent, de l'héritier ou d'une revendication sur un bien isolé, la subrogation permet donc la conservation du droit de revendication du bien par le transfert de celui-ci sur le bien nouveau. Ainsi, seul le cas particulier de l'attribution du bien à une masse déterminée à la suite d'une aliénation pose des difficultés et semble s'opposer à l'effet translatif de la subrogation réelle.

2. Le transfert de droits entre différentes masses de biens

L'effet translatif de la subrogation semble s'opposer à l'effet translatif de l'aliénation uniquement en présence de différentes masses de biens. La conception classique prévoyait alors la conservation non pas du droit de propriété, mais d'une ou plusieurs qualités du bien. Bien que cette approche soit séduisante, elle pose de nombreuses difficultés et ne permet pas une application uniforme du mécanisme subrogatoire. Il convient donc de démontrer que l'effet translatif de la subrogation n'altère aucun concept juridique pour le consacrer pleinement.

La conception classique : la conservation des qualités du bien. La conception classique consiste à voir dans la subrogation réelle la transmission de la qualité de bien propre sur le bien acquis en emploi ou en remploi¹⁷⁵. Cette conception se justifie au regard de l'analyse de

¹⁷³ En matière de pétition d'hérédité, les biens héréditaires détenus par le défendeur doivent être restitués. La vente effectuée de bonne foi a donc été faite alors même qu'il n'était pas propriétaire du bien. C'est alors le droit de revendication qui se reporte sur le prix de vente et permet de rétablir la situation antérieure, tout en tenant compte de la garantie apportée au tiers : l'équilibre conservé sera ici monétaire.

¹⁷⁴ Demogue considère d'ailleurs que « *l'héritier apparent restitue le prix des biens aliénés* ». Il s'agit donc bien du report du droit de revendication qui conduit à la restitution du bien : *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, p. 243.

¹⁷⁵ Note, R. Saleilles, Civ, 30 juin 1893, *Recueil général des lois et des arrêts*, Sirey, 1894, p. 185 : « *Ce que l'on peut appeler la subrogation à titre particulier est celle qui consiste à donner à une chose acquise en remploi la qualité même qu'avait la chose qu'elle remplace* ». P. De Renusson, *Traité des propres réels, réputés réels et conventionnels, où sont traitées les notables questions du droit français*, Guillaume David, 4^{ème} éd. Paris, 1733, p. 51 : la chose « *est réputée avoir la qualité particulière de propre, de même que celle au lieu de laquelle elle est subrogée* ». J. Flach, *De la subrogation réelle*, Auguste Durand et Pedone Lauriel, Paris, 1870, p. 452 et p. 457 : la chose nouvelle revêt une ou plusieurs qualités de l'ancienne. Voir également, R-J. Pothier, *Coutumes des duché, bailliage et prévôté d'Orléans, et ressort d'iceux*, Debure l'ainé, Orléans, Veuve Rouzeau-Montaut, Paris, 1780, Tit. XX, Chap I, Section V De la subrogation, p. 38, art IV, paragraphe 1 ; B. Varelle, *Art. 1433 à 1437, Fasc. Unique : communauté légale – Conditions et effets du remploi*, Jurisclasseur Civil. 2019 : « *L'unique*

la subrogation en tant que mécanisme de remplacement et non de conservation d'un droit. Le bien est supposé prendre la place de l'ancien, et revêt alors sa qualité spéciale¹⁷⁶. Ainsi, les « *qualités juridiques qui caractérisent le bien aliéné ou perdu, ou du moins certaines d'entre elles se transporteront sur le bien acheté à sa place* »¹⁷⁷.

Il faut toutefois se conformer à l'objectif principal de la subrogation. Dès lors, la conservation du droit de propriété a pour seul effet de maintenir le bien dans le patrimoine propre de l'époux. Le maintien de la qualité de propre pose alors des difficultés à la dissolution du mariage au moment de l'attribution des biens à chacun des époux. La présomption de communauté est supposée attirer le bien nouveau dans la masse commune¹⁷⁸ ; or le simple transfert d'une qualité ne permet pas de retranscrire l'effet de la subrogation : c'est en réalité un droit de propriété exclusif sur le bien qui est conservé par l'époux. La même constatation peut alors être faite en matière d'indivision où seule l'obtention du droit de propriété permet à la masse indivise de conserver le bien.

Le rejet de la conception classique. La conception classique ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine¹⁷⁹ et l'effet translatif de la subrogation réelle fait son apparition. Ainsi, M. Lauriol considère que « *c'est le droit propre originaire qui se transporte sur le bien acquis* »¹⁸⁰. Dans le même sens, F. Chapisat met en avant qu'en matière de régime matrimonial, « *ce qui est conservé, c'est non seulement un droit de propriété, mais un droit propre de propriété avec toutes les conséquences que cela peut avoir notamment sur le plan*

résultat du emploi est de transporter la qualité de propre du bien aliéné sur le bien acquis à titre onéreux ». E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 54 : « *On ne peut même pas dire qu'il y a report du droit de propriété d'un objet sur l'autre. En effet, il n'y a pas à proprement parler de substitution du bien nouveau au bien ancien comme objet du même droit de propriété. Il y a remplacement au sein d'une même masse de la propriété du bien ancien par la propriété du bien nouveau. Ce sont deux propriétés qui se succèdent* ».

¹⁷⁶ R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, p. 250.

¹⁷⁷ R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, p. 238. A. Cerban, *Nature et domaine d'application de la subrogation réelle*, RTD civ. 1939, p.52.

¹⁷⁸ C. civ, art. 1402.

¹⁷⁹ La subrogation est le remplacement de l'objet d'un droit par un autre objet : M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 182. Bien que Capitant ne s'appuie pas sur la notion de conservation d'un droit, il rejette le transfert de qualités : « *La subrogation ne transporte pas une qualité d'un bien à un autre, elle ne donne pas au nouveau bien la nature de l'ancien. Ce sont là de mauvaises formules. Il n'y en a qu'une d'exacte et c'est celle-ci : la subrogation a pour effet soit de substituer le prix à la chose aliénée, soit de faire entrer le nouveau bien dans l'ilot dont l'ancien faisait partie* » : *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, p. 393.

¹⁸⁰ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t.2, p. 163.

des pouvoirs »¹⁸¹. Il y a donc conservation du droit par le report de celui-ci sur le bien nouveau¹⁸².

Ces auteurs considèrent toutefois que le bien n'est jamais entré dans la masse commune, car le droit de propriété passe du bien vendu au bien nouvellement acquis. Ils se placent par conséquent dans le rapport entre les époux et le tiers acquéreur, et une telle analyse ne permet pas de régler l'incompatibilité entre l'effet translatif de la subrogation et celui de l'aliénation.

Au contraire, si l'on se place dans les rapports entre époux, le nouvel acquéreur est extérieur et n'est, par conséquent, pas impacté par la subrogation : il acquiert la propriété du bien ou des deniers reçus en échange de la vente d'un de ses biens. Le transfert du droit de propriété a bien lieu par l'effet de la vente et la question de la subrogation se pose uniquement dans un second temps entre les époux. Par l'effet de l'article 1402 du Code civil, le bien nouvellement acquis par l'époux intègre la masse commune. Un aménagement est toutefois prévu lui permettant de conserver le bien dans sa masse propre¹⁸³. Le passage d'une masse à l'autre se fait alors par le report du droit de propriété nouvellement acquis par l'effet de la vente.

Ainsi, deux transmissions se succèdent : la première concerne le rapport entre l'époux et le vendeur et découle directement de l'effet translatif de la vente, la seconde concerne le rapport entre les deux époux, où l'effet translatif de la subrogation conduit à transmettre le droit de propriété nouvellement acquis de la masse commune à la masse propre. C'est uniquement l'appartenance à un patrimoine qui est modifiée par le passage du droit de propriété d'une masse à une autre, et permet, par voie de conséquence, le transfert du bien lui-même¹⁸⁴. L'époux devient alors seul titulaire du droit de propriété.

La subrogation peut donc conduire soit à la modification de l'objet du droit, soit à la modification de l'appartenance du bien à un patrimoine déterminé. Elle n'apparaît plus en contradiction avec l'effet translatif de l'aliénation. La seule exigence résulte alors de la possibilité pour le bien nouveau d'être porteur du droit transmis.

¹⁸¹ F. Chapuisat, *Vers une utilisation extensive de la subrogation réelle, à propos des lois du 13 juillet 1965 et 3 juillet 1971*, RTD civ. 1973, p. 647.

¹⁸² Dans le même sens, V. Ranouil parle de « *préserver le droit de propriété des époux communs en biens sur leurs propres* » : *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 19 ; F. Chapuisat, *Vers une utilisation extensive de la subrogation réelle, à propos des lois du 13 juillet 1965 et 3 juillet 1971*, RTD civ. 1973, p. 217. De plus, elle considère que la subrogation est conservatrice de droits : p. 30.

¹⁸³ Lorsque celui-ci est issu de deniers propres, ou acquis en échange d'un bien propre : C. civ, art. 1405, 1406 et 1407.

¹⁸⁴ Il y a donc bien un transfert du droit de propriété de la masse de biens communs (dans laquelle le bien doit initialement être intégré) à la masse de biens propres.

Section 2 :

L'ampleur de l'effet translatif de la subrogation

Indiscutablement lié à l'objectif de la subrogation, l'effet translatif apparaît comme l'unique moyen de parvenir à la conservation du droit menacé d'extinction. Il n'est donc pas surprenant que son ampleur soit dictée par le respect de la préservation de l'équilibre préétabli. Il doit en principe se limiter à la survie du droit, et dépend nécessairement de la fluctuation juridique intervenue en amont.

En matière de subrogation personnelle, la fluctuation résulte du paiement de la créance par un autre que le débiteur définitif de la dette. Le paiement déclenche donc la mise en œuvre de la subrogation, et détermine le moment du transfert. Il faut également tenir compte de la part incombant aux débiteurs définitifs de la charge de la dette dans la mesure où c'est la libération de celui-ci qui occasionne le déséquilibre patrimonial. En matière de subrogation réelle, la fluctuation juridique suppose qu'un droit ne puisse plus porter sur le bien d'origine. Dès lors, la fluctuation permet de préciser quel droit doit être transmis et dans quelle mesure il se voit menacé d'extinction. En effet, chaque subrogation suppose la conservation d'un droit unique qui doit être individualisé, et dont l'atteinte peut être totale ou partielle. La reconnaissance de l'effet translatif de la subrogation suppose alors de rompre avec la conception classique qui consistait à voir dans la subrogation réelle un transfert des qualités d'un bien à un autre.

Il faut alors se concentrer sur le contenu du droit lui-même. En matière de subrogation personnelle, c'est la créance initiale dans sa composition au moment du paiement qui doit être transmis sur le bien nouveau, avec tous les droits et actions qui lui sont associés. Le paiement s'impose donc comme la base de détermination de l'ampleur du transfert. Dès lors qu'il peut être qualifié de subrogatoire, il entraîne le transfert de la créance initial au subrogé dans la mesure du paiement effectué (Paragraphe 1).

Le raisonnement est tout autre en matière de subrogation réelle. La fluctuation peut porter sur une multitude de droits donc il faut déterminer la composition. En outre, il faut tenir compte de la nature du bien nouveau et de son aptitude à porter le droit conservé. Par conséquent, même en présence d'une hétérogénéité d'application, l'ampleur de l'effet translatif de la subrogation réelle peut être appréciée au regard de critères communs : le contenu du droit conservé sera variable, mais le mode de détermination unique. Dès lors, l'ampleur du transfert doit tenir compte du droit lui-même et de la nature du bien de remplacement (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le transfert de la créance et la mesure du paiement

La subrogation personnelle a pour particularité d'entraîner le transfert de la créance que détient le subrogeant au profit du subrogé. Ce transfert de droit s'effectue par le seul effet du paiement, de telle sorte qu'il constitue la source de l'effet translatif. Il ne porte cependant pas nécessairement sur la totalité de la créance et doit être mesuré en fonction de la somme versée au créancier, en tenant compte des règles de répartition de la charge de la dette. Dans cette limite, le transfert est intégral. Le *solvens* obtient la créance initiale avec les droits et actions qui lui sont associés. Il faut alors se référer à la composition de la créance au moment du paiement pour établir l'étendue des droits transmis¹.

Le paiement constitue donc l'élément essentiel de détermination de l'ampleur du transfert de la créance (A) et c'est la créance initiale qui est transmise au subrogé (B).

A. La détermination de l'ampleur du transfert de la créance

Le paiement subrogatoire n'emporte pas nécessairement la transmission de l'intégralité de la créance. Bien au contraire, la subrogation suppose une stricte limitation de l'étendue du transfert (1) et l'état de la créance transmise ne peut donc être déterminé qu'au moment du paiement (2).

¹ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 394.

1. Une stricte limitation de l'étendue du transfert

Le subrogé ne dispose d'aucune garantie de récupérer l'ensemble des sommes engagées, mais obtient uniquement la possibilité d'agir contre le débiteur définitif. Cette possibilité est en revanche strictement encadrée dans la mesure où il ne peut en aucun cas se voir octroyer plus que le montant versé au subrogeant². Dès lors, l'ampleur du transfert de droit dépend directement du paiement effectué. Puisque la fluctuation juridique résulte du paiement subrogatoire, l'étendue du transfert s'établit également en fonction des règles de répartition de la charge de la dette.

Un transfert de droits dans la limite du paiement effectué. Le montant de la créance transmise est déterminé en fonction du montant du paiement effectué par le *solvens*. Dès lors, la transmission de la créance suppose que celle-ci soit entièrement payée³. Il n'existe cependant aucune obligation d'effectuer un paiement intégral⁴. Le *solvens* peut donc procéder à un paiement partiel et le subrogeant conserve un droit d'action contre le débiteur⁵. Ainsi, lorsqu'une commune n'est indemnisée que partiellement par son assureur, elle peut agir contre le responsable pour le solde du dommage non indemnisé⁶. Le recours subrogatoire ne peut alors être effectué qu'à concurrence des sommes versées par le subrogé⁷.

Ce principe trouve application constante au sein de la jurisprudence⁸ et résulte également de dispositions législatives⁹. Ainsi, l'article 1346-4 du Code civil prévoit que « *la subrogation*

² R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 291 précise qu'« un des principes les plus importants de la subrogation est que le montant maximal de la créance transmise est déterminé par le montant du paiement fait au subrogeant ». Par conséquent, même si cela ne « signifie pas que le subrogé obtiendra nécessairement le remboursement de ce qu'il a payé », cela « veut dire qu'il ne pourra pas se voir reconnaître plus de droits que ceux résultant de ce paiement ».

³ P. Jourdain et P. Wéry (dir.), *La transmission des obligations en droit français et en droit belge*, Bibliothèque de la faculté de droit et de criminologie de l'université catholique de Louvain, Larcier, 2019, p. 380.

⁴ L'ancien article 1251 du Code civil et les nouveaux articles 1346 et suivants ne prévoient pas d'obligation de paiement intégral.

⁵ CE, 9 mars 1990, *Sté Via Assurances Nord*, n° 80796 : « Les sociétés requérantes, qui agissent en qualité d'assureurs de l'administration des PTT et qui sont subrogées dans les droits de leur assuré, ne sauraient avoir plus de droits que lui ». Dans le même sens, CE, 7 décembre 1979, *Ville de Dôle*, n° 11706 ; Civ, 1^{ère}, 15 février 2005, n° 03-11.141 ; Civ, 1^{ère}, 18 mars 2003, n° 00-12.209.

⁶ CE, 20 mai 1987, *Commune de Montreux-Château*, n° 45-135.

⁷ CE, 15 octobre 2014, n° 372518 : « La subrogation légale ainsi instituée est subordonnée au seul paiement à l'assuré de l'indemnité d'assurance en exécution du contrat d'assurance et ce, dans la limite de la somme versée ». Civ, 3^{ème}, 5 novembre 2020, n° 19-18.284 : « L'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé, jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers ». Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971, p. 325 ; R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 291 : « C'est d'ailleurs la raison pour laquelle toute idée spéculative était traditionnellement considérée comme absente du mécanisme subrogatoire ».

⁸ Civ, 1^{ère}, 18 mars 2003, n° 00-12.209 ; Com, 21 novembre 1972, n° 71-13.170 ; Civ, 1^{ère}, 29 octobre 2002, n° 00-12.703 ; Civ, 2^{ème}, 7 juillet 2011, n° 09-16.616 : « Selon l'article L. 376-1 du Code de la sécurité sociale,

transmet à son bénéficiaire, dans la limite de ce qu'il a payé, la créance et ses accessoires ». Par conséquent, le paiement conditionne l'effet translatif et détermine son étendue : « *c'est parce que ce transfert intervient sur la base d'un paiement, et non d'une vente par exemple, que le recours du subrogé est limité à la mesure de ce qu'il a payé* »¹⁰. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la subrogation s'oppose alors à la cession de créance dans son essence même : elle n'a pas vocation à procurer un profit¹¹.

Pourtant, le Conseil d'État, dans un arrêt de 1991, a reconnu un droit de créance supérieur à la somme versée à la victime¹². En l'espèce, dans le cadre d'une transaction, l'administration générale de l'assistance publique avait été subrogée dans les droits de la victime pour agir contre le centre hospitalier régional. Le préjudice subi avait été évalué à 200 000 francs, alors que la somme versée à titre transactionnel s'élevait à 175 000 francs. Le jugement attaqué se basait sur les sommes versées à titre transactionnel, alors que le Conseil d'État se rapporte au montant du préjudice subi et ne limite donc pas le recours subrogatoire aux sommes effectivement versées. Or, la transposition de ce mécanisme en droit public ne peut conduire à la mise en œuvre d'un régime distinct de droit civil. En outre, une telle solution ne peut être perçue comme une simple adaptation, en ce qu'elle entre en contradiction avec les principes fondamentaux régissant la subrogation personnelle. Elle reste toutefois isolée : la jurisprudence majoritaire limitant strictement le recours subrogatoire à la somme effectivement versée¹³.

Un transfert de droit tenant compte de la répartition du poids définitif de la charge de la dette. Le recours subrogatoire n'est pas toujours effectué à hauteur des sommes

les organismes de sécurité sociale sont subrogés à la victime, à laquelle ils ont versé des prestations, et qu'ils conservent la faculté de réclamer directement au tiers responsable, dans la limite de la part du préjudice soumise à leur recours, le remboursement de leurs prestations qui ont été versées en relation de causalité avec ce dommage ».

⁹ C. ass., art. L 121-12. De la même façon, en matière de subrogation des tiers payeurs, ceux-ci n'indemnisent parfois que partiellement la victime.

¹⁰ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 699. Dans le même sens, R. Noguellou affirme le principe d'une subrogation limitée au paiement fait au subrogé : *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 291.

¹¹ Une doctrine minoritaire a contesté une telle limitation et notamment au regard de la subrogation conventionnelle : Cf. *supra* Les limites du rapprochement entre la cession de créance et la subrogation personnelle, p. 117 ; Cf. *infra*. La subrogation génératrice de profit, p. 258 ; C. Mouloungui, *L'admissibilité du profit dans la subrogation*, Thèse, LGDJ, Paris, 1995.

¹² CE, 11 décembre 1991, n° 108688 ; R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 293.

¹³ CE, 30 mars 2018, n° 408052 : subrogation de l'ONIAM à concurrence de la somme versée au titre des différents préjudices subis. Dans le même sens, CE, 3 octobre 2016, n° 389451 ; CE, 24 novembre 2017, n° 397227 ; CE, 12 février 2020, n° 421483 ; CE, 5 novembre 2020, n° 427658 : limite la subrogation à l'indemnité effectivement payée en se fondant sur l'article L 121-12 du Code des assurances.

versées. En effet, il doit tenir compte des règles de répartition du poids définitive de la charge de la dette. Dès lors, le subrogé ne peut agir que pour la part de la dette dont le débiteur doit supporter la charge définitive¹⁴. Ainsi, lorsque le *solvens* est coresponsable du dommage, il peut être contraint de supporter une partie de la dette malgré le paiement intégral de la créance¹⁵. Il faudra alors déterminer sur quel fondement ils engagent leur responsabilité : le coresponsable non fautif peut agir pour le tout contre le coresponsable fautif, alors qu'à l'inverse, le recours sera impossible¹⁶.

La mesure de la créance transmise se détermine donc au regard des règles de répartition issues de la responsabilité civile ou administrative¹⁷. Le projet de réforme de la responsabilité civile vise à modifier les règles de répartition en incluant la prise en compte du rôle causal du fait générateur¹⁸. Une telle modification n'aura pas d'impact direct sur le mécanisme subrogatoire, mais uniquement sur l'équilibre qu'il vise à maintenir.

¹⁴ Ordonnance, n° 59-76, 7 janvier 1959, *relative aux actions en réparation civile de l'État et de certaines autres personnes publiques*, art. 5 : « Lorsque la responsabilité du dommage est partagée entre le tiers et la victime, l'État peut recourir contre le tiers pour la totalité des prestations auxquelles il est tenu, à la condition que leur montant n'excède pas celui de la réparation mise à la charge du tiers ». Voir également, C. sec. soc, art. L 376-1.

¹⁵ Civ, 2^{ème}, 17 novembre 1976, n° 75-12.137. J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 424 : « Le subrogé souffre bien du partage de responsabilité, puisque la somme sur laquelle il peut prétendre au remboursement de ses débours est minorée ».

¹⁶ Civ, 2^{ème}, 13 septembre 2018, n° 17-20.099 : « Un coauteur, responsable d'un accident sur le fondement de l'article 1242, alinéa 1, du Code civil, peut recourir pour le tout contre un coauteur fautif » ; Civ, 2^{ème}, 22 février 1989, n° 89-19.484 : « Aucune faute ne pouvait être retenue à l'encontre de celui-ci, à bon droit réparti par moitié entre les deux gardiens la charge des condamnations prononcées au profit de la victime » ; Civ, 2^{ème}, 13 novembre 1991, n° 90-15.472 : « Le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur, impliqué dans un accident de la circulation et assigné par la victime, n'est pas fondé, lorsqu'il a commis une faute, à exercer une action récursoire contre un autre conducteur qui n'a pas commis de faute ». Recours en fonction de la gravité des fautes : Civ, 2^{ème}, 10 novembre 2009, n° 08-19.607 ; Civ, 2^{ème}, 9 juin 2016, n° 14-27.043 ; CE, 2 juillet 1951, *Delville*, n° 04032 ; CE, 22 décembre 1976, n° 96594 ; A. Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019, n° 594 et suivants, p. 499. Prise en compte du rôle causal : CE, 12 avril 2004, *Papon*, n° 238689 : « En fonction de la mesure qu'a prise la faute de service dans la réalisation du dommage » ; Civ, 2^{ème}, 19 novembre 2009, n° 08-11.622 : « Ayant retenu l'existence d'un lien causal entre la contamination et les vices affectant les produits sanguins dont la transfusion avait néanmoins été rendue nécessaire par les blessures occasionnées par Mme Y..., la cour d'appel a pu en déduire, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que l'EFS devait supporter 80 % de l'indemnisation et Mme Y... 20 % » : bien que la Cour de cassation ne vise jamais expressément le rôle causal dans d'autres arrêts comme élément de répartition de la charge de la dette.

¹⁷ CE, 6 octobre 2010, *Compagnie Groupama Alsace*, n° 330538 : « Lorsque l'un des coauteurs d'un dommage a indemnisé intégralement la victime des préjudices qu'elle a subis, il ne peut, par la voie de l'action subrogatoire, se retourner contre un autre coauteur que dans la limite de la responsabilité encourue individuellement par ce dernier ». CE, 17 mars 2010, *Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c/MAIF*, n° 315866.

¹⁸ Projet de réforme de la responsabilité civile, 13 mars 2017, par Jean-Jacques Urvoas, garde des Sceaux, ministre de la Justice, suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016, Art. 1265 : « Lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage, elles sont solidairement tenues à réparation envers la victime. Si toutes ou certaines d'entre elles ont commis une faute, elles contribuent entre elles à proportion de

Quelles que soient les règles de répartition, la subrogation ne peut aggraver la situation du débiteur. Par conséquent, le recours ne peut avoir lieu qu'au regard des sommes versées libérant le débiteur de sa dette et toute prestation ne correspondant pas directement à l'indemnité mise à la charge du débiteur ne peut pas faire l'objet d'un recours subrogatoire¹⁹. L'étendue du transfert est donc déterminée par le paiement effectué et doit prendre en compte les règles de répartition de la charge de la dette.

2. Le moment du paiement et l'état de la créance transmise

Le transfert de droits s'opère au moment du paiement et dans la limite de celui-ci. Par conséquent, il vient figer la situation de la créance et seules les exceptions antérieures à celui-ci sont en principe opposables au subrogé.

Le paiement fixant définitivement l'ampleur du transfert. La subrogation suppose que la créance soit transmise dans l'état où elle se trouve au moment du paiement. L'ampleur du transfert ne peut donc être évaluée qu'à la date du paiement subrogatoire²⁰. Le subrogé obtient la créance qui appartenait au subrogeant et ne peut avoir plus de droits que celui-ci²¹. Dès lors, « *si la subrogation investit le subrogé de tous les droits et actions du subrogeant, le subrogé ne saurait exercer ces droits et actions qu'à la condition que le subrogeant ne les ait pas lui-même déjà exercés.* »²². S'il a procédé à une renonciation²³, une transaction ou une remise de dette avant le paiement, celles-ci seront donc opposables au *solvens*.

la gravité et du rôle causal du fait générateur qui leur est imputable. Si aucune d'elles n'a commis de faute, elles contribuent à proportion du rôle causal du fait générateur qui leur est imputable, ou à défaut par parts égales.

¹⁹ Par exemple, les sommes perçues en vertu du contrat et dénuées de tout lien avec la réparation du dommage subi.

²⁰ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 394 : « *Le paiement opérant transfert des droits, sa date permet de préciser ce qui est ou non transmis au subrogé. Seuls peuvent l'être les droits et actions dont le subrogeant était encore investi à cet instant* ». La transmission de droits ne peut concerner que ceux dont le subrogeant était titulaire au plus tard, au moment du paiement. Dans le même sens, R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 294 ; Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971, p. 325.

²¹ P. De Renusson, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, J. Bodin, Paris, 1685, Chap I, X, p. 10 : le fondement de cette institution est, selon lui, la raison et l'équité, et la subrogation est « *une fiction par laquelle celui qui a prêté nouvellement ses deniers est réputé entrer en lieu et place du créancier pour exercer ses mêmes droits* »

²² CE, 9 mars 1984, *Cie d'assurances La France*, n° 31600. Voir également, Com, 21 novembre 1972, n° 71-13.170 ; Com, 7 juin 1994, n° 92-12.645 : contre passation. La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler que l'assureur exerce les droits et actions de son assuré : Civ, 2^{ème}, 31 mars 2011, n° 10-10.990. Voir également, CAA Paris, 18 avril 1989, *Commune de Dourdan*, n° 89PA00399 : si le subrogeant ne peut exercer de recours, l'action sera interdite au subrogé.

²³ Il peut s'agir de renoncer à une hypothèque. La renonciation d'une action en justice par le subrogeant prive le subrogé de toute possibilité d'action : CE, 16 juin 1944, *Cie d'assurances Le Lloyd continental français*, Rec. p. 174.

En revanche, le *solvens* ne peut se voir opposer une exception qui n'existait pas encore au moment du paiement²⁴. En effet, celui-ci a pour effet de figer la situation de la créance transmise²⁵. La Cour de cassation a d'ailleurs eu l'occasion de se prononcer sur le rôle du subrogeant une fois le paiement effectué : il ne peut plus disposer des droits transmis et ne peut agir qu'en qualité de mandataire²⁶. Par conséquent, le subrogé est le seul à même de déclarer la créance à l'occasion d'une procédure collective²⁷. Évidemment, une telle analyse suppose un paiement intégral. En effet, puisque le paiement détermine l'étendue des droits transmis, en cas de paiement partiel, le subrogeant conserve un rôle à jouer sur la part de la créance qu'il détient encore²⁸.

La distinction de l'article 1346-5 du Code civil. Le nouvel article 1346-5 du Code civil apporte des précisions sur le contenu de la créance transmise. Par principe, seules les exceptions nées antérieurement au paiement peuvent être opposées au subrogé²⁹. Une distinction est cependant faite entre les exceptions inhérentes à la dette et celles qui résultent des rapports entre le débiteur et le subrogeant. Premièrement, le débiteur peut en tout état de cause « *opposer au créancier subrogé les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes* ». Elles sont indissociables de la créance et font corps avec elle³⁰. Alors que l'opposition d'une cause

²⁴ P. Jourdain et P. Wéry (dir.), *La transmission des obligations en droit français et en droit belge*, Bibliothèque de la faculté de droit et de criminologie de l'université catholique de Louvain, Larcier, 2019, p. 381.

²⁵ CE, 13 octobre 2004, *Communauté urbaine Lille*, n° 250241 ; CAA Nantes, 14 mars 1990, n° 89NT00415. La disparition de l'intérêt à agir du créancier postérieurement au paiement est sans incidence sur ce transfert de l'action : Civ, 1^{ère}, 13 janvier 1993, n° 88-12.884 ; CE, 13 octobre 2004, *Communauté urbaine Lille*, n° 250241 ; CAA Nantes, 14 mars 1990, n° 89NT00415.

²⁶ Civ, 1^{ère}, 4 février 2003, n° 00-11.023 : « *L'assuré qui, après avoir été indemnisé, a subrogé son assureur dans ses droits, n'a plus qualité pour agir contre le responsable et ne peut, sauf convention expresse ou tacite l'y habilitant, agir en justice dans l'intérêt de l'assureur* ».

²⁷ Com, 1^{er} décembre 2009, n° 08-12.806.

²⁸ Cf. *infra*. Le droit de préférence accordé à la victime, p 431 et Le droit de préférence du subrogeant, p. 242. C. civ, art. 1346-3.

²⁹ E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 183.

³⁰ E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 184. C. Larroumet, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Thèse, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Bordeaux, 1968, n° 28, p.52 : l'auteur distingue la nature objective du droit et le comportement de celui-ci. En cas de changement, ce n'est pas le droit lui-même qui change, mais la modification du rapport est engendrée par le comportement de ce droit dans le patrimoine nouveau. C. Lachieze, *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil*, Thèse, Université Montesquieu IV, 1996, pp. 480 et suivantes : il met en avant la même distinction pour les exceptions : certaines exceptions, dites endogènes, naissent à l'intérieur de la créance : elles se fondent sur les éléments de la créance et apparaissent comme indépendantes de la personne du créancier. Leur efficacité n'est donc pas paralysée par le transfert. À l'inverse, les exceptions dites exogènes apparaissent à l'extérieur de la créance et sont fondées sur l'exécution ou la modification de celle-ci. Avant l'opération, elles se réalisent entre le débiteur et le créancier originaire, mais postérieurement à celle-ci, elles doivent se réaliser entre le débiteur cédé et le créancier nouveau.

de nullité se comprend aisément dans la mesure où bien qu'elle n'ait pas été relevée avant le paiement, elle existait déjà à ce moment-là, l'exception de compensation pose plus de difficulté. Cette possibilité en présence de dettes connexes est toutefois communément admise et s'applique également en matière de cession de créance³¹.

Deuxièmement, les exceptions issues des rapports entre le subrogeant et le débiteur sont également opposables au subrogé dès lors qu'elles sont nées avant que la subrogation lui soit devenue opposable. L'article cite comme exemple « *l'octroi d'un terme, la remise de dette ou la compensation de dettes non connexes* ». Il ne s'agit pas d'une liste exhaustive de telle sorte que le *solvens* peut également se voir opposer une prescription³², une renonciation du créancier originaire à l'exercice d'une action à l'encontre du débiteur³³, l'autorité de la chose jugée ou encore un paiement libératoire entre les mains du subrogeant³⁴.

La réforme du droit des obligations se contente de consacrer légalement l'étendue du transfert, toutefois, il peut paraître regrettable qu'aucun critère ne soit établi pour distinguer ces deux catégories d'exceptions³⁵. Il ressort que l'ampleur du transfert est déterminée au moment du paiement subrogatoire et c'est la créance initiale qui est transmise accompagnée de ces exceptions, mais également de ces accessoires.

B. La transmission de la créance initiale

L'article 1346-4 du Code civil précise explicitement que la subrogation conduit au transfert de la créance et de ses accessoires. Dès lors, c'est la créance initiale dans l'état où elle se trouve au moment du paiement qui est transmise au subrogé, et les accessoires constituent les droits et actions qui visent à renforcer la valeur de la créance ou favoriser son recouvrement³⁶. La subrogation peut alors être perçue comme une opération neutre en ce

³¹ Com, 12 janvier 2010, n° 08-22.000.

³² Civ, 1^{ère}, 4 février 2003, n° 99-15.717. La jurisprudence administrative tire également toutes les conséquences du paiement qui fixe l'état de la créance : une créance atteinte par la prescription au moment du paiement ne permettra pas au subrogé sera opposable au subrogé : CAA Marseille, 16 novembre 2000, *Mutuelle d'entraide et de prévoyance militaire*, n° 97MA05489 ; CAA Lyon, 18 décembre 2008, *Centre hospitalier de Semur-en-Auxois*, n° 05LY01636, CE, 21 octobre 2009, *Mutuelle assurance des travailleurs mutualistes*, n° 309836.

³³ La renonciation d'une action en justice par le subrogeant prive le subrogé de toute possibilité d'action : CE, 16 juin 1944, *Cie d'assurances Le Lloyd continental français*, Rec. p. 174.

³⁴ C. civ, art. 1342-3.

³⁵ CAA Douais, 8 avril 2021, n° 19DA02618, 19DA02623, 20DA00468 : cite directement l'article 1346-5 du Code civil.

³⁶ E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 133.

qu'elle ne modifie pas la créance sur laquelle elle porte³⁷ : sa composition reste identique (1). Bien que l'article ne précise pas ce que recoupe la notion d'accessoire, elle doit être entendue largement : il s'agit des sûretés, garanties, actions et titres qui assortissent la créance (2).

1. Le transfert de la créance dans sa composition

Par principe, la créance initiale est transmise et le subrogé recueille les droits du subrogeant dans leur exacte composition³⁸.

Les caractéristiques de la créance. Tout d'abord, la créance conserve son caractère civil ou administratif, délictuel ou contractuel³⁹. C'est pourquoi, dans un arrêt de 1969⁴⁰, la Cour de cassation considère que le maître de l'ouvrage qui avait indemnisé un tiers en raison d'un vice lié à la construction pouvait agir contre le constructeur par la voie subrogatoire après l'expiration de la garantie décennale. Il s'agit alors de l'action délictuelle appartenant à la victime.

Pourtant, une telle solution n'est pas retenue par le Conseil d'État qui refuse d'admettre toutes les conséquences de la subrogation. Ainsi, dans un arrêt de 1987⁴¹, le SIEPARG se vit opposer les exceptions nées des rapports contractuels qui le liaient personnellement en tant que maître d'ouvrage aux entrepreneurs. Or, en vertu de la subrogation, il n'aurait dû se voir opposer que les seules exceptions qui étaient invocables à l'encontre du subrogeant⁴². Il semblerait qu'une telle solution soit motivée par le respect du principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle⁴³.

La même année, le Conseil d'État reconnaît toutefois l'identité du fondement du recours en permettant à Air France, condamné avec d'autres compagnies aériennes, de bénéficier de la qualité de la victime, c'est-à-dire de tiers par rapport à l'ouvrage public responsable du dommage résultant d'un trouble anormal de voisinage⁴⁴. Dès lors, la Compagnie n'avait pas à

³⁷ C. Lachieze, *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil*, Thèse, Université Montesquieu IV, 1996, p. 481.

³⁸ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, L.D.G.J, Paris, 1979, p. 453.

³⁹E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 144 ; Civ, 3^{ème}, 19 octobre 2011, n° 10-15.303 et 10-15.810.

⁴⁰ Civ, 3^{ème}, 8 mai 1969, Dalloz. 1969, p. 666.

⁴¹ CE, 29 avril 1987, *Sieparg*, n° 69.391, Rec. p. 163.

⁴² Voir également, CE, 26 février 2001, n° 196759 : le Conseil d'État admet la subrogation tout en refusant que l'action puisse avoir un autre fondement que le contrat ou les principes dont s'inspirent les articles 1792 et 2270 du Code civil.

⁴³ R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 303.

⁴⁴ CE, 6 février 1987, *Cie nationale Air-France*, Rec. p. 38, RFDA. 1988, p. 315.

démontrer une faute de l'Aéroport de Paris pour pouvoir engager sa responsabilité, mais seulement que « *l'implantation et le fonctionnement normal de l'aéroport de Paris sont la cause directe et certaine des troubles de voisinage subis par la commune* »⁴⁵. La qualité du subrogeant peut donc bénéficier au subrogé dès lors qu'elle est prise en compte pour la détermination du régime de responsabilité applicable.

Pour finir, sur le plan procédural, la compétence juridictionnelle demeure inchangée⁴⁶. Par conséquent, l'action subrogatoire ne peut être portée « *devant un ordre de juridiction autre que celui appelé à connaître de l'action qui aurait été engagée par le subrogeant* »⁴⁷. La présence d'une personne publique dans le rapport obligationnel n'a donc pas nécessairement d'incidence sur la compétence juridictionnelle⁴⁸. Celle-ci peut également être conventionnellement aménagée⁴⁹, de telle sorte que le subrogé se verra opposer les clauses relatives au règlement du litige⁵⁰. Les articles 14 et 15 du Code civil prévoient toutefois une exception en fondant l'attribution de la compétence juridictionnelle sur la nationalité du demandeur⁵¹. Ainsi, le subrogé peut attirer une société devant les juridictions française, alors

⁴⁵ Dans le même sens, CE, 12 novembre 1997, *Caisse régionale des assurances mutuelles agricoles d'Ile-de-France*, Rec. p. 417 ; CE, 22 mai 1957, *Min. travaux public c/Compagnie d'assurances maritimes*, Rec. p. 336 : l'assureur est alors qualifié d'usagers de l'ouvrage public.

⁴⁶ TC, 6 mai 2002, n° 02-03.292 ; Soc, 20 novembre 1991, n° 89-18.217 ; CE, 22 février 2008, n° 286772.

⁴⁷ TC, 4 mars 2002, n° 02-03.279. Voir également, Soc, 20 novembre 1991, n° 89-18.2170.

⁴⁸ TC, 2 décembre 1968, n° 01916 : le tribunal des conflits considère que « *la juridiction judiciaire a apprécié dans la plénitude de sa compétence, exactement comme il poursuivrait un tiers quelconque pour lui demander le remboursement prévu par ladite ordonnance ; que l'action subrogatoire intentée dans de telles conditions (...) ressortit, à la différence de l'action directe que l'état peut, dans certains cas, exercer contre son [agent], à la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire* ». Voir également, TC, 19 février 1996, Rec. p. 533, RFDA. 1997, p. 185 : « *L'État tirait ses droits contre M. Coda de la subrogation conventionnelle que lui avait consentie la CGF à raison de sa créance de loyers et charges qu'elle avait contre son locataire ; que la juridiction compétente pour connaître du litige afférent à l'action du subrogé étant, quel que soit le mode de recouvrement de la créance prétendue, celle qui a compétence pour connaître de l'action principale du subrogeant, il s'ensuit que les tribunaux de l'ordre judiciaire sont seuls compétents pour statuer sur les difficultés relatives aux titres exécutoires émis à l'encontre de M. Coda* ». Dans le même sens, les tribunaux judiciaires ont également été jugés compétents lorsque l'assureur, subrogé dans les droits de la victime, exerce l'action directe de celle-ci contre l'assureur de l'auteur du dommage, alors même que l'action en responsabilité relève de la juridiction administrative : TC, 15 février 2010, n° 10-03.728. En outre, l'action d'un assureur subrogé dans les droits des usagers d'un réseau de distribution d'eau à l'encontre d'une entreprise de travaux publics relève de la compétence du juge administratif, car constitue un dommage de travaux publics : CE, 4 novembre 1987, n° 48007 ; CAA Nancy, 12 mars 1991, n° 89NC00760.

⁴⁹ Il peut ainsi prévoir une conciliation préalable ou un arbitrage.

⁵⁰ La Cour de cassation a notamment pu considérer l'action irrecevable lorsque la clause de conciliation préalable figurant dans le contrat n'était pas respectée : Civ, 3^{ème}, 28 avril 2011, n° 10-30.721.

⁵¹ C. civ, art. 14 : « *L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français* » ; C. civ, art. 15 : « *Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger* ».

même que la subrogation devrait conduire à la compétence des tribunaux étrangers⁵². Cette solution est contraire à l'effet translatif de la subrogation impliquant le maintien des règles matérielles et procédurales applicables au subrogeant⁵³. Il s'agit alors d'un droit personnel attaché à la qualité de français et non à la nature du litige. Ainsi, il constitue un attribut de la nationalité⁵⁴ qui justifie la compétence des tribunaux français même en matière de subrogation.

Les modalités qui assortissent la créance. Le délai de prescription est une modalité assortissant la créance qui doit demeurer inchangée⁵⁵. En effet, la transmission n'a pas pour effet de modifier la situation du débiteur et aucune prolongation de son engagement ne peut avoir lieu⁵⁶. Pour autant, lorsque le délai est conditionné à la qualité du créancier, il ne peut bénéficier au subrogé. Ainsi, constitue une prérogative personnelle intransmissible la prolongation du délai accordée à un mineur⁵⁷. De la même façon, le point de départ du délai de prescription est celui applicable à l'action du subrogeant⁵⁸, en revanche, le délai de forclusion biennal application à la caution débute au jour du paiement du créancier⁵⁹.

Il convient également de relever que la caution peut recourir pour le tout contre l'un des codébiteurs solidaires alors même qu'elle s'est portée caution de la dette d'un seul d'entre

⁵² Civ, 1^{ère}, 21 mars 1966, Bull. civ. n° 193.

⁵³ Le Règlement Rome I dans les articles 14 et 15 introduit une règle expresse en matière de subrogation conventionnelle qui est identique à celle application en matière de cession de créance. Cette assimilation est due au caractère translatif des deux procédés. De ce fait, les relations entre le subrogeant et le subrogé sont régies par la loi applicable au contrat qui organise la subrogation. Par contre, c'est la loi de la créance subrogée, la *lex causae*, qui détermine le caractère cessible de celle-ci, les rapports entre subrogé et débiteur, les conditions d'opposabilité de la subrogation au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur (article 14.2). V. Marquette, *Contracter dans un contexte international : les frontières à l'autonomie de la volonté*, Bruylant, 2013, p. 55.

⁵⁴ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p.465.

⁵⁵ CE, 6 février 2013, n° 344188 : « *Si la subrogation investit la caisse de tous les droits et actions du subrogeant, elle ne lui confère que les droits et actions qui appartenaient à ce dernier, dans les limites dans lesquelles il pouvait les exercer ; qu'il en résulte que les effets susceptibles de s'attacher quant au cours de la prescription quadriennale à un acte accompli par l'assuré peuvent être valablement invoqués par la caisse de sécurité sociale et qu'à l'inverse la caisse peut se voir opposer par le tiers responsable du dommage tous les moyens d'exception ou de défense dont il dispose à l'égard de la victime ainsi que les actes qu'il lui a valablement opposés* ».

⁵⁶ Civ, 1^{ère}, 4 février 2003, n° 99-15.717 : « *Celui qui est subrogé dans les droits de la victime d'un dommage ne dispose que des actions bénéficiant à celle-ci, de sorte que son action contre l'assureur du responsable est soumise à la prescription applicable à l'action directe de la victime* ». La subrogation ne doit pas conduire à prolonger l'engagement du débiteur.

⁵⁷ C. civ, art. 1346-4. Cf. *infra*. Intransmissibilité des avantages personnels, p. 246.

⁵⁸ Civ, 1^{ère}, 2 mars 2004, n° 01-12.09. Malgré l'extinction de l'action contre certains coauteurs *in solidum*, la victime peut toutefois exercer son recours pour le tout à l'encontre des autres coobligés, quand bien même ceux-ci ne pourraient mettre en œuvre leur recours subrogatoire en raison de la prescription : Civ, 1^{ère}, 4 février 2003, n° 99-15.717.

⁵⁹ Civ, 1^{ère}, 5 mai 2004, n° 12-19.478.

eux⁶⁰. Par contre, l'article 1346-4 du Code civil exclut la transmission des clauses d'anatocisme ou d'indexation afin d'éviter tout enrichissement du subrogé. En dépit de ces exceptions, le principe reste celui selon lequel la subrogation permet le maintien des modalités de la créance.

2. Le transfert des accessoires de la créance

À l'origine, le Code civil ne prévoyait pas de disposition générale relative à la transmission des accessoires de la créance au subrogé. Toutefois, l'ancien article 1250, 1^o permettait au créancier de subroger le *solvens* « dans ses droits, actions, privilèges ou hypothèques ». Ainsi, alors que la créance initiale était parfois perçue comme éteinte par l'effet du paiement, le transfert de ses accessoires était en revanche accordé sans difficulté⁶¹. Il est aujourd'hui pleinement consacré par l'article 1346 du Code civil.

Les sûretés et garanties qui assortissent la créance. La transmission des sûretés et garanties est présentée comme un atout majeur de la subrogation personnelle⁶². Elle est à l'origine de l'institution de telle sorte que la cession d'actions permettait à la caution d'être investie du gage ou de l'hypothèque dont bénéficiait le créancier à l'encontre du débiteur⁶³. Ce transfert porte sur toutes les sûretés garantissant la créance, qu'il s'agisse de sûretés réelles ou personnelles, mobilières ou immobilières⁶⁴. Elles doivent en tout état de cause exister au moment du paiement.

Ainsi, l'hypothèque dont profitait le subrogeant est transmise au subrogé⁶⁵, tout comme le bénéfice du cautionnement, ce qui était d'ailleurs précisé dans l'ancien article 1252 du Code

⁶⁰ C. civ, art. 2307.

⁶¹ R-J. Pothier, *Coutumes des duché, bailliage et prévôté d'Orléans, et ressort d'iceux*, Debure l'ainé, Orléans, Veuve Rouzeau-Montaut, Paris, 1780, Tit. XX, Chap I, Section V De la subrogation, n° 66, p. 757 ; J-M. Fernandez, *La subrogation : nature et régime d'une fiction juridique*, Petites affiches. 16 juillet 1997, n° 85, p. 4 ; P. De Renusson, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, J. Bodin, Paris, 1685, Chap XIV, II, p. 437.

⁶² J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 500 ; P. Jourdain et P. Wéry (dir.), *La transmission des obligations en droit français et en droit belge*, Bibliothèque de la faculté de droit et de criminologie de l'université catholique de Louvain, Larcier, 2019, p. 383. E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017 : les accessoires viennent renforcer la valeur de celle-ci et favoriser son recouvrement. Com, 23 octobre 2001, n° 98-11.228. C. Hérard, lorsqu'elle traite de la cession d'action, précise qu'elle « comprend tout à la fois et la créance et ses accessoires » : *De la subrogation conventionnelle*, Thèse, Université de Caen, 1872, p. 28.

⁶³ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 499.

⁶⁴ C. civ, art. 2287-1 ; C. civ, art. 2329, les sûretés peuvent être personnelles ou réelles, mobilières ou immobilières.

⁶⁵ Par exemple, lorsque le prêt est garanti par une hypothèque. C. civ, art. 2314.

civil⁶⁶. L'assureur du bailleur dispose également, après le versement d'une indemnité d'incendie, du privilège de dommages mobiliers dû au locataire par son propre assureur⁶⁷. De la même façon, la subrogation emporte le transfert des garanties assortissant la créance telles que les clauses de réserve de propriété⁶⁸. En revanche, les garanties autonomes ne suivent pas l'obligation garantie⁶⁹ et seule une convention contraire peut permettre au subrogé d'en bénéficier⁷⁰.

Les actions et titres attachés à la créance. Bien que l'article 1346-4 du Code civil n'invoque pas directement la transmission des actions au *solvens*, le droit d'action découle naturellement du droit de créance sans pour autant se confondre avec lui⁷¹. Les actions doivent donc pouvoir être mises en œuvre par le subrogé en ce qu'elles permettent de préserver les droits transmis⁷². Par principe, une fois le paiement effectué⁷³, le subrogeant n'a plus qualité pour agir et seul le subrogé peut exercer les actions attachées à la créance⁷⁴. Il peut ainsi bénéficier de l'action paulienne qu'aurait pu exercer le créancier originaire lorsque la subrogation est antérieure à l'acte frauduleux⁷⁵, ou encore de l'action oblique lorsque le débiteur néglige d'exercer ses droits contre ses propres débiteurs⁷⁶. En outre, il dispose de

⁶⁶ Afin de mettre fin à une controverse sous l'Ancien Régime : E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 134 ; J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, pp. 520 et suivantes.

⁶⁷ Le bailleur se voit accorder un privilège sur les meubles du locataire : C. civ, art. 2102.

⁶⁸ L'article 2367 du Code civil prévoit expressément que les clauses de réserves de propriété constituent des accessoires de la créance dont elles garantissent le paiement.

⁶⁹ C. civ, art. 2321. Ou encore, le transfert du privilège du trésor qui dispose d'un privilège mobilier général. Le subrogé est alors tenu aux mêmes formalités que le trésor pour en assurer le maintien.

⁷⁰ Il convient de relever que le subrogeant n'a pas à garantir l'existence de la créance : J-M. Fernandez, *La subrogation : nature et régime d'une fiction juridique*, Petites affiches. 16 juillet 1997, n° 85, p. 4 : « *Le créancier subrogeant n'a pas agi en qualité de vendeur et n'est donc pas tenu de l'obligation de garantie du vendeur* ».

⁷¹ P. Jourdain et P. Wéry. (dir.), *La transmission des obligations en droit français et en droit belge*, Bibliothèque de la faculté de droit et de criminologie de l'université catholique de Louvain, Larcier, 2019, p. 380. C. proc. civ, art. 30 : « *L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention* ».

⁷² Civ, 3^{ème}, 18 mai 2017, n° 16-10.719 : « *Ayant relevé que le maître de l'ouvrage avait eu connaissance du contrat de sous-traitance par la mise en demeure du 30 septembre 2009 et qu'à cette date il avait bloqué les sommes restant dues à l'entrepreneur principal, la cour d'appel a retenu à bon droit qu'après acceptation tacite du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, la banque, qui avait fourni le cautionnement prévu à l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975, était subrogée, après paiement, dans les droits et actions du sous-traitant et fondée à exercer l'action directe dont disposait celui-ci contre le maître de l'ouvrage* ».

⁷³ Civ, 1^{ère}, 11 juin 2008, n° 06-20.104 : l'effet n'a lieu qu'à la date du paiement.

⁷⁴ Étant entendu que c'est uniquement pour la part transmise que le subrogeant perd son droit d'action. En cas de paiement partiel, il conserve la possibilité d'agir pour la part de la créance non payée par le *solvens*.

⁷⁵ Civ, 1^{ère}, 9 juin 2017, n° 16-14.096.

⁷⁶ Civ, 1^{ère}, 2 décembre 1992, Bull. civ. I, n° 294, p. 193 ; J. Mestre, *De l'intérêt du créancier, ou de son subrogé, à exercer l'action oblique*, RTD civ. 1993. p. 824.

l'action en responsabilité ou en garantie dont bénéficiait le subrogeant⁷⁷, et d'une action en résolution d'une vente ayant pour effet d'attribuer le bien au subrogé, désormais seul titulaire de la créance⁷⁸. Il peut également poursuivre les instances engagées par le subrogeant⁷⁹ et le Conseil d'État va d'ailleurs jusqu'à permettre au subrogé de former une demande d'astreinte en vue de l'exécution d'une décision juridictionnelle pour laquelle il n'avait pas été partie⁸⁰.

Il existe toutefois des exclusions au sujet de certaines actions. La Cour de cassation a en effet refusé à l'expéditeur de marchandises subrogé dans les droits du transporteur le bénéfice de la garantie de paiement exclusivement réservée à celui-ci⁸¹. Pourtant, elle avait précédemment permis au commissionnaire de transport ayant payé le voiturier d'être subrogé dans ses droits contre l'expéditeur et de bénéficier de l'article L 132-8 du Code de commerce⁸². De surcroît, elle refuse au subrogé la possibilité d'exercer l'action en nullité relative au dol⁸³ en ce qu'elle est réservée à celui dont le consentement a été vicié⁸⁴. De la même façon, la transmission des actions est exclue en matière de saisie immobilière⁸⁵. L'effet translatif de la subrogation porte également sur les titres attachés à la créance tels que les titres exécutoires⁸⁶ ou les procédures spéciales de recouvrement, et seules certaines procédures strictement attachées à la personne du subrogeant ne peuvent être transmises⁸⁷. Ainsi, la caisse d'allocations familiales qui a versé une allocation à titre d'avance sur le paiement de la pension alimentaire peut saisir les rémunérations du débiteur sans avoir à

⁷⁷ L'assureur dispose contre le vendeur d'une action en responsabilité contractuelle lorsqu'il a désintéressé le sous-acquéreur d'un bien : Civ, 1^{ère}, 21 janvier 2003, n° 00-15.781. E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 138. Voir également, CE, 13 octobre 2004, *Communauté urbaine Lille*, n° 250241.

⁷⁸ Req, 28 février 1894, S. 1895, p. 321, note P. Lacoste ; Civ, 1^{ère}, 8 janvier 2002, n° 98-15.082.

⁷⁹ Il peut dès lors agir directement en appel.

⁸⁰ CE, 10 février 1997, n° 160756.

⁸¹ Com, 13 novembre 2007, n° 06-18.978.

⁸² Com, 2 juin 2004, n° 02-20.535. L'article L 132-8 du Code de commerce prévoit que « *la lettre de voiture forme un contrat entre l'expéditeur, le voiturier et le destinataire ou entre l'expéditeur, le destinataire, le commissionnaire et le voiturier. Le voiturier a ainsi une action directe en paiement de ses prestations à l'encontre de l'expéditeur et du destinataire, lesquels sont garants du paiement du prix du transport. Toute clause contraire est réputée non écrite* ».

⁸³ Civ, 3^{ème}, 18 octobre 2005, n° 04-16.832.

⁸⁴ Une telle action pourrait être considérée comme une prérogative personnelle exclue du recours subrogatoire

⁸⁵ Civ, 2^{ème}, 1^{er} mars 1973, n° 71-14.621 : « *La subrogation conventionnelle ou légale met au lieu et place du créancier, pour l'exercice de ses droits de créance, la tierce personne qui le paie, le principe subit une restriction en ce qui concerne les poursuites de saisie immobilière* ». « *La subrogation en matière de saisie immobilière est essentiellement de nature judiciaire* ».

⁸⁶ Civ, 2^{ème}, 9 décembre 2003, n° 02-30.647.

⁸⁷ Par exemple, le droit de poursuite individuelle est réservé au trésor, car elle constitue une prérogative de puissance publique : Com, 9 février 1971, n° 69-14.147 : « *Le droit donne par ce texte au trésor en cas de faillite ou de règlement judiciaire du redevable, d'exercer des poursuites individuelles, malgré la suspension d'ordre public de celles-ci, pour le recouvrement des créances d'impôt assorties d'un privilège général, constitue une prérogative de la puissance publique qui n'est pas transférée au créancier qui lui est subroge* ».

obtenir un titre exécutoire pour son propre compte, en se fondant sur celui obtenu par le créancier⁸⁸.

Paragraphe 2 : Le transfert du droit et la nature du bien de remplacement

La subrogation réelle suppose la conservation d'un droit sur un bien nouveau. Il faut donc déterminer quel droit doit être maintenu et dans quelle mesure. L'atteinte peut être variable : elle peut empêcher totalement ou partiellement le droit de s'appliquer sur le bien initial. Dès lors, il convient de se référer à l'évènement générateur de fluctuation pour déterminer dans quelle mesure celui-ci se trouve menacé d'extinction. Or, puisque le transfert a pour objectif la conservation du droit, il ne peut se faire que dans la mesure où son application est compromise. Le droit est composé de plusieurs prérogatives qui ne seront pas nécessairement toutes reportées sur le bien de remplacement. La composition du droit et sa capacité à porter sur le bien nouveau sont alors déterminantes pour apprécier l'ampleur du transfert.

La première étape consiste donc à désigner le droit transmis en fonction de son atteinte, puisque le transfert du droit s'effectue dans la mesure de la fluctuation (A). La seconde étape permet d'apprécier l'étendue de ce transfert aux regards des prérogatives transmises sur le bien nouveau (B).

A. Le transfert du droit dans la mesure de la fluctuation

Si la théorie classique permet d'établir l'ampleur du transfert en se référant aux qualités du bien, elle n'est pas satisfaisante. Elle maintient la subrogation réelle comme simple remplacement de biens et peine à poser un critère de détermination des qualités transmises. Il faut donc rompre avec cette conception classique (1), pour centrer l'analyse autour de l'objectif de la subrogation réelle, c'est-à-dire la conservation d'un droit. Dès lors, l'étendue du transfert ne peut se mesurer qu'à travers le droit menacé d'extinction, en tenant compte de l'ampleur de l'atteinte qui lui est portée. La fluctuation juridique est donc un indicateur de l'ampleur du transfert (2).

⁸⁸ Civ, 2^{ème}, 9 décembre 2003, n° 02-30.647.

1. Le rejet de la théorie classique

La conception classique de la subrogation réelle s'exprime à travers l'adage *subrogatum capit naturam subrogati*, qui signifie que la chose nouvelle emprunte la nature de la chose qu'elle remplace⁸⁹. Les qualités attribuées au bien initial sont alors supposées se transmettre sur le bien de remplacement⁹⁰. Toutefois, la subrogation n'opère jamais le transfert de toutes les qualités juridiques d'un bien sur un autre⁹¹. À titre d'exemple, l'indemnité d'assurance octroyée à la suite de la destruction d'un bâtiment ne peut se voir attribuer la qualité de bien immeuble. Il faut alors établir le critère de détermination des qualités transmises.

La distinction entre les qualités intrinsèques et les qualités extrinsèques du bien. Pour situer dans quelles hypothèses la détermination des qualités transmises est apparue comme source de difficultés, il faut tout d'abord tenir compte de la distinction faite entre les effets de la subrogation réelle au sein des universalités, de celle portant sur un bien isolé. Dans la première hypothèse, seule la qualité de *res universitatis* est considérée comme transmise⁹², alors que dans les autres, une disposition expresse prévoit le transfert d'une qualité particulière de la chose⁹³. Par conséquent, les questionnements portent uniquement sur la subrogation en dehors des universalités de bien.

Les auteurs ont eu recours à la distinction entre les qualités extrinsèques et les qualités intrinsèques pour déterminer lesquelles doivent être transmises sur le bien nouveau⁹⁴. Alors

⁸⁹ *Subrogatum capit naturam subrogati* ; E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 52 ; M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1, p. 19 ; H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, p. 393.

⁹⁰ J. Flach, *De la subrogation réelle*, Auguste Durand et Pedone Lauriel, Paris, 1870, p. 5 : « *La subrogation réelle est une fiction juridique en vertu de laquelle une chose, nouvellement entrée dans le patrimoine d'une personne, représente, à certains égards, celle qui, en place, en est sortie, la chose nouvelle revêtant une ou plusieurs des qualités de l'ancienne* ». V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 227.

⁹¹ J. Flach, *De la subrogation réelle*, Auguste Durand et Pedone Lauriel, Paris, 1870, p. 5. A. Henry, *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*, Thèse, A. Rousseau, Paris, 1913, p. 378 : « *La subrogation ne transporte jamais d'un bien sur un autre que les seules qualités qui expriment l'affectation de ces biens à un usage déterminé et qui sont toujours compatibles avec leur nature physique et économique* ».

⁹² M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1, p. 19 : « *Cette qualité n'est autre que l'appartenance à l'universalité dont on veut fixer le régime ou l'attribution* ».

⁹³ J. Flach, *De la subrogation réelle*, Auguste Durand et Pedone Lauriel, Paris, 1870, p. 6.

⁹⁴ R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurisprud. 1901, p. 253 considère d'ailleurs qu'« *il y a subrogation dans les qualités qui ont été attribuées en vue de donner à la valeur que représente le bien aujourd'hui aliéné telle ou telle affectation* ». Il ajoute que « *les droits et les qualités qui existent sur une chose subsistent le plus souvent en dépit des aliénations de cette chose. Ou bien ils sont attachés au bien lui-même et le suivent entre les mains de ses différents propriétaires, parce qu'ils visent le bien lui-même, sa mise en valeur, son utilisation comme moyen de crédit. C'est la qualité d'immeuble, de biens hypothécables, etc. Ou bien, au contraire, ces qualités ne subsistent qu'en passant sur un autre bien. C'est ce qui arrive pour les qualités de bien dotal, de bien grevé de substitution, de propriété de telle personne, de bien*

que les premières sont transmissibles⁹⁵, les secondes, attachées au bien initial, peuvent être différentes entre les biens successifs : dès lors, un bien meuble peut remplacer un bien immeuble tout en gardant sa nature mobilière⁹⁶.

Cette tentative de clarification des effets de la subrogation laisse toutefois apparaître des divergences lorsqu'il faut définir ce que recoupe chaque notion. Les qualités extrinsèques semblent correspondre aux droits portant sur la chose, mais peuvent également être décrites comme accidentelles ou fortuites⁹⁷ ; ou encore comme regroupant toutes celles « *qui peuvent être attachées aux choses, soit en vertu de leur nature même, soit en vertu de la loi* »⁹⁸. À l'inverse, les qualités intrinsèques sont celles qui caractérisent la chose elle-même⁹⁹. Ainsi, la qualité de bien meuble ou immeuble est souvent considérée comme intransmissible¹⁰⁰, mais a également pu être classée parmi les qualités extrinsèques¹⁰¹.

Une telle détermination s'est également avérée insuffisante dans la mesure où, même en présence d'une qualité extrinsèque, il faut s'assurer que la chose acquise soit susceptible de porter cette qualité¹⁰². Il en résulte que la démarcation est difficile à établir et ne permet pas d'appréhender l'ampleur de la subrogation réelle. Il a donc fallu s'interroger sur d'autres modes de détermination des qualités transmises.

La subrogation réelle : un transfert de droits ou un transfert de qualités ? La théorie classique est abandonnée par les auteurs, mais le transfert de droits n'est pas pour autant pleinement consacré. Une nouvelle approche est proposée par Demogue et fait référence à la destination du bien. Il considère que « *les droits et les qualités qui existent sur une chose subsistent le plus souvent en dépit [de son] aliénation* ». Ces qualités passent d'un bien à un

affecté à la sûreté de telle créance. C'est alors la subrogation réelle » : p. 256. P. De Renusson, *Traité des propres réels, réputés réels et conventionnels, où sont traitées les notables questions du droit français*, Guillaume David, 4^{ème} éd. Paris, 1733, p. 51 ; R-J. Pothier, *Coutumes des duché, bailliage et prévôté d'Orléans, et ressort d'iceux*, Debure l'ainé, Orléans, Veuve Rouzeau-Montaut, Paris, 1780, Tit. XX, Chap I, Section V De la subrogation, p. 38, art IV, paragraphe 1.

⁹⁵ A. Henry, *Subrogation réelle, conventionnelle et légale*, Thèse, A. Rousseau, Paris, 1913, p. 47 : « *Dans les titres particuliers, [...], les effets de la subrogation sont plus complexes, la subrogation ayant pour but de transmettre à un bien les qualités qui peuvent se transporter d'une chose à une autre, c'est-à-dire les qualités extrinsèques* ».

⁹⁶ G. Yildirim, *Communauté légale : actif des patrimoines*, Rep. civ. 2010, n° 134.

⁹⁷ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1, p. 19.

⁹⁸ J. Flach, *De la subrogation réelle*, Auguste Durand et Pedone Lauriel, Paris, 1870, p. 10.

⁹⁹ R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, p. 241 ; M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1, p. 19 : les qualités intrinsèques dérivent de la nature de la chose.

¹⁰⁰ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1, p. 19.

¹⁰¹ J. Flach, *De la subrogation réelle*, Auguste Durand et Pedone Lauriel, Paris, 1870, p. 10.

¹⁰² J. Flach, *De la subrogation réelle*, Auguste Durand et Pedone Lauriel, Paris, 1870, p. 11.

autre, telles que celles « *de bien dotal, de bien grevé de substitution, de bien propriété de telle personne, [ou encore] de bien affecté à la sûreté de telle créance* »¹⁰³. Les qualités transmises sont alors toutes celles qui « *affectent la valeur de la chose à un but déterminé* »¹⁰⁴. Ainsi, en matière de régimes matrimoniaux, « *la subrogation dans la qualité de propre de communauté* »¹⁰⁵ est permise en ce qu'elle affecte le bien à une destination spéciale.

Une telle approche entre en contradiction avec la permanence d'un droit dont Demogue fait pourtant référence au début de son analyse¹⁰⁶. En effet, la conservation devrait être envisagée au regard du droit transmis plutôt que des qualités du bien. De la même façon, Capitant aborde la transmission du droit de préférence sur la créance du prix de vente¹⁰⁷, mais n'apporte aucune précision sur l'ampleur du transfert. Il considère toutefois que les expressions de « *qualité [et] de règles juridiques sont trop vagues* »¹⁰⁸. En outre, bien que V. Ranouil reconnaisse le transfert de droit dans les subrogations dites spéciales, le transfert de qualité perdure selon elle dans les hypothèses générales, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de préserver en nature une masse de biens¹⁰⁹.

La subrogation reste trop souvent décrite comme le remplacement d'un bien par un autre¹¹⁰, ce qui ne permet pas de rendre compte de son objectif de conservation. L'approche classique doit alors être rejetée. En premier lieu, il n'est pas envisageable que la subrogation assure la permanence d'un droit, lorsque ses effets sont principalement définis à travers l'attribution au bien nouveau d'une ou plusieurs qualités de l'ancien¹¹¹. En second lieu, à travers les qualités extrinsèques c'est en réalité les prérogatives attachées au droit lui-même qui sont visées. En effet, un droit « *n'est jamais qu'une série de prérogatives dont la nature,*

¹⁰³ R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, p. 303.

¹⁰⁴ R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, p. 350.

¹⁰⁵ R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, p. 348.

¹⁰⁶ R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, p. 303 : « *Maintenir la stabilité relative des droits en les transportant d'un bien sur un autre lorsque ces droits, soit de leur nature, soit accidentellement, ne suivant pas les biens en quelques mains qu'ils passent* ».

¹⁰⁷ H. Capitant, *essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, p. 388.

¹⁰⁸ H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, p. 387.

¹⁰⁹ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 227 : le bien « *acquiert la même qualité que le bien de remplacé, et en conséquence, sont soumis au même régime juridique* ».

¹¹⁰ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, 10^{ème} éd. PUF, 2014 ; P. De Renusson, *Traité des propres réels, réputés réels et conventionnels, où sont traitées les notables questions du droit français*, Guillaume David, 4^{ème} éd. Paris, 1733, p. 50 ; H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, p. 386-387.

¹¹¹ Rien ne semble justifier que l'effet de la subrogation se limite à la qualité de propre de communauté et la référence à la notion de qualité plutôt que de droits ne permet pas de déterminer avec exactitude l'ampleur du transfert.

le nombre et les conditions d'exercices sont fort divers et résultent de règles elles-mêmes très variées selon les hypothèses »¹¹². Il faut par conséquent s'intéresser à la composition du droit pour déterminer les prérogatives transmises sur le bien nouveau. Or, celui-ci peut être partiellement ou totalement atteint par l'évènement perturbateur, dès lors la fluctuation juridique se révèle être le premier indicateur de l'ampleur du transfert.

2. La fluctuation, un indicateur de l'ampleur du transfert

Les fluctuations juridiques sont des évènements qui viennent perturber l'exercice d'un droit et rendent opportun le recours à la subrogation. Elles sont un indicateur de l'ampleur du transfert, car elle permet d'appréhender l'étendue de l'atteinte qui lui est portée.

Distinction entre l'atteinte au droit et l'atteinte au bien. La fluctuation représente les conséquences juridiques de l'évènement perturbant l'exercice du droit¹¹³. Elle peut donc être partielle lorsque le droit continu à s'exercer sur une partie du bien initial, et totale lorsque son exercice est devenu impossible. Elle se distingue des conséquences de l'évènement sur le bien lui-même. À titre d'exemple, lorsqu'un bien propre est vendu, la fluctuation représente l'atteinte portée au droit de propriété de l'époux seul, alors que l'évènement perturbateur impacte le bien qui sort du patrimoine de l'époux. Dans cette hypothèse, l'ampleur de l'atteinte est identique : le bien est totalement sorti du patrimoine, et le droit de propriété est intégralement mis en échec en l'absence de subrogation réelle. La destruction totale du bien emporte la même conséquence : le droit de préférence doit se reporter intégralement sur l'indemnité d'assurance.

Il peut également s'agir d'une atteinte partielle du bien correspondant à une fluctuation juridique partielle. Ainsi, « *si une partie seulement de la chose soumise à l'usufruit est détruite, l'usufruit se conserve sur ce qui reste* »¹¹⁴. Une fluctuation juridique en résulte dans la mesure où le droit ne peut continuer à s'appliquer dans toute sa plénitude¹¹⁵ : il est alors dévalorisé¹¹⁶. Toutefois, elle n'est que partielle, car l'usufruit continue de porter sur la partie du bien restant. Il peut s'agir de la disparition du bâtiment qui impacte l'usufruit portant sur le

¹¹² M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 103.

¹¹³ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1, p. 212.

¹¹⁴ C. civ, art. 623.

¹¹⁵ Dans le même sens, G. Rives, *Subrogation réelle à titre particulier et propriété immobilière*, RTD civ. 1968, p. 632 : « *L'objet subsiste, mais il a perdu une grande partie de son utilité* ».

¹¹⁶ Il peut s'agir d'une valeur d'usage ou d'une valeur économique.

domaine, mais ne le fait pas disparaître pour autant puisqu'il continue de porter sur le sol et les matériaux¹¹⁷.

Une telle coïncidence entre l'atteinte au droit et l'atteinte au bien n'est pas toujours visible, c'est pourquoi elles doivent être impérativement distinguées. Ainsi, l'évènement générateur de fluctuation peut atteindre partiellement la substance du bien alors même que le droit sera intégralement menacé d'extinction. Prenons l'exemple d'un local partiellement détruit : la destruction rend impossible l'usage normal du bien et le droit de bail ne peut porter sur la partie restante. Ainsi, la fluctuation est totale alors même que la destruction n'est que partielle. Le transfert devra donc porter sur le droit dans son intégralité. Dès lors, il faut nécessairement déterminer l'étendue de la fluctuation pour établir l'ampleur du transfert.

L'ampleur du transfert déterminée en fonction de la fluctuation. Les fluctuations juridiques peuvent atteindre une diversité de droits, alors que la subrogation réelle permet la conservation d'un droit déterminé¹¹⁸. Par conséquent, la conservation du droit de préférence et du droit de propriété donne lieu à deux subrogations distinctes même si l'évènement perturbateur est identique. En outre, le bien peut être porteur de plusieurs droits, mais la subrogation se limite à la transmission du droit menacé d'extinction.

La fluctuation juridique permet alors de déterminer quel droit la subrogation se propose de conserver. Ainsi, lorsqu'elle conduit à l'extinction du droit d'hypothèque, seul ce droit de préférence est transmis, rien de plus. De la même façon, lorsque la conservation porte sur l'appartenance d'un bien à une masse déterminée, la subrogation n'a pas pour effet de transférer les autres droits particuliers grevant le bien remplacé¹¹⁹. L'époux sera uniquement propriétaire du bien acquis en emploi ou remploi et disposera de toutes les prérogatives essentielles qui en découlent : « *le bien de remplacement n'emprunte alors au bien remplacé que les caractères qu'il possédait du seul fait de son appartenance à l'ensemble dans lequel le changement s'est produit : le bien devient propre ou indivis* »¹²⁰.

Puisque la subrogation vise uniquement à conserver le droit menacé d'extinction, elle ne peut produire d'effets qu'à hauteur de la fluctuation juridique. Dès lors, elle porte sur l'intégralité du droit lorsque la fluctuation est totalement, alors qu'elle ne concerne qu'une

¹¹⁷ C. civ, art. 624.

¹¹⁸ Dans le sens contraire, G. Rives, *Subrogation réelle à titre particulier et propriété immobilière*, RTD civ. 1968, p. 617 considère que la subrogation réelle doit conduire aux transferts de tous les droits dont le bien ancien était l'objet ou l'occasion, soit directement, soit à travers le patrimoine.

¹¹⁹ Selon V. Ranouil, la subrogation n'a qu'un seul effet, attirer le bien de remplacement dans une masse déterminée : *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 227.

¹²⁰ E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 54.

partie de celui-ci lorsque la fluctuation est partielle. Par principe, la subrogation ne peut donc aboutir à la conservation du droit intégral, alors même que la fluctuation est partielle et la transmission ne peut avoir lieu qu'à hauteur de la fluctuation juridique.

Toutefois, une exception s'observe en matière de régimes matrimoniaux dans la mesure où le remploi peut provenir en partie de deniers propres et en partie de deniers communs sans pour autant que la propriété du bien nouveau ne soit partagée. Le droit de propriété sera alors transmis à l'époux seul alors même que le risque de déséquilibre patrimonial ne portait que sur une partie de la valeur du bien acheté. Il ne s'agit cependant pas d'une subrogation totalement correspondant à une fluctuation partielle, mais bien d'une fluctuation totale dans la mesure où le droit de l'époux est intégralement menacé d'extinction. L'acquisition de la part du bien correspondant à la somme versée par la communauté résulte donc de la volonté du législateur d'étendre son droit de propriété initial, du moins jusqu'à la dissolution du mariage : le droit initial est donc intégralement conservé, et l'époux bénéficie de surcroît, d'une propriété pleine et entière pour la part du bien acquise à partir de deniers communs.

La valeur du bien de remplacement peut à l'inverse être moindre que celle du bien initial. Ainsi, la subrogation réelle ne permet pas nécessairement le maintien du droit de préférence sur une valeur identique au bien détruit dès lors que l'indemnité d'assurance est minorée. Le droit de préférence est conservé, mais il perd de son efficacité. En outre, bien que la fluctuation juridique se révèle être un indicateur indispensable pour déterminer quel droit la subrogation se propose de conserver et dans quelle mesure celui-ci est atteint, le contenu du droit et la nature du bien nouveau doivent être pris en compte pour déterminer l'étendue des droits transmis.

B. L'étendue des droits transmis

La subrogation réelle n'a en réalité jamais prétendu que deux biens successifs étaient identiques. Au contraire, elle prend en compte leurs différences en permettant une adaptation de l'exercice du droit sur le bien de remplacement. Dès lors, l'étendue du droit transmis se mesure à travers son contenu irréductible (1) et une adaptation à la nature du bien nouveau peut être nécessaire (2).

1. La détermination du contenu irréductible des droits transmis

La subrogation réelle est un mécanisme de conservation d'un droit. Or, pour qu'un droit soit conservé dans son individualité, il doit, pour un même titulaire, porter sur un bien nouveau « *en vertu de la source qui l'avait créé sur l'objet ancien, sans que cette fluctuation d'objet soit elle-même la source d'un nouveau droit* »¹²¹. Ainsi, lorsque le détenteur d'un bien l'a assuré contre les risques de destruction, le propriétaire peut demander la restitution de l'indemnité d'assurance dès lors que celle du bien est devenue impossible. Puisqu'il n'est pas lui-même partie au contrat d'assurance, la source de son droit de revendication n'est autre que le droit de propriété qu'il détenait sur le bien initial¹²². De la même façon, le transfert du droit de bail d'un bien sur un autre conduit à la conservation du bail initial comme source de ce droit. L'ampleur du transfert se détermine alors au regard du contenu du droit, c'est-à-dire des prérogatives qui le composent¹²³.

Le contenu irréductible du droit. Pour chaque droit transmis sur le bien nouveau, certaines prérogatives sont essentielles à son application en ce qu'elles composent son contenu irréductible. Prenons l'exemple de la conservation du droit de propriété¹²⁴ : celui-ci se décline en trois prérogatives essentielles que sont l'usus, le fructus et l'abusus. En effet, « *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* »¹²⁵. Ces trois prérogatives traduisent alors l'exclusivité du droit et sa plénitude¹²⁶. En ce qu'elles composent son essence même, elles doivent impérativement être conservées sur le bien

¹²¹ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 150 : « *Un droit subjectif est conservé dans son individualité, d'un objet matériel sur un autre, lorsque, pour un même titulaire, ce droit porte sur un objet nouveau, en vertu de la source qui l'avait créé sur l'objet ancien, sans que cette fluctuation d'objet soit elle-même la source d'un nouveau droit* ».

¹²² La même constatation peut être faite en matière de donation : lors du rapport en nature au profit d'un héritier, le bien peut être détruit avant la réalisation du rapport. L'indemnité allouée est née entre les mains du donataire détenteur, mais appartient, par le biais de la subrogation réelle, à l'héritier. Le transfert du droit conduit alors au maintien de la source initiale de celui-ci. Il faut donc déterminer le droit en fonction de sa source.

¹²³ S. Guinchard et T. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 21^{ème} éd. 2014, p. 350, v° « Droit » : « *Le droit objectif reconnaît et sanctionne lui-même des droits subjectifs, prérogatives attribuées dans leur intérêt à des individus, qui leur permettent de jouir d'une chose, d'une valeur ou d'exiger d'autrui une prestation* ». Dans le même sens, G. Rives, *Subrogation réelle à titre particulier et propriété immobilière*, RTD civ. 1968, p. 627 : le titulaire des droits que l'on vise à conserver bénéficie « *d'un certain nombre de prérogatives qui doivent subsister en dépit de la fluctuation intervenue* ».

¹²⁴ Tels qu'en matière d'emploi ou de remploi de biens propres ou encore en matière d'absence.

¹²⁵ C. civ, art. 544.

¹²⁶ C. civ, art. 545 : « *Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité* ».

nouveau¹²⁷. Il en découle que le propriétaire peut revendiquer son bien à un possesseur ou détenteur, et échapper à tout concours avec les autres créanciers. Il s'agit d'un droit polyvalent en ce sens qu'il peut prendre diverses formes selon la nature du bien et peut ainsi porter sur des biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels. La propriété peut également être démembrée : ainsi le propriétaire d'un usufruit peut se servir du bien grevé et en percevoir les fruits. La conservation du droit doit alors être conforme aux dispositions générales applicables, autant au regard des droits de l'usufruitier que de ses obligations¹²⁸.

De la même façon, lorsque les droits du preneur à bail sont conservés, il faut se référer aux dispositions générales applicables pour en déterminer le contenu. Les prérogatives essentielles en matière de baux des maisons et des biens ruraux sont alors prévues aux articles 1717 du Code civil et suivants, permettant à celui-ci de jouir de la chose louée conformément à sa destination¹²⁹. Le bien nouveau doit alors permettre le transfert de ces prérogatives et le report du droit de bail doit apporter les mêmes garanties dont disposaient le bailleur et le locataire. Dans l'idéal, le report devrait se faire sans modification du droit. Toutefois, les caractéristiques du bien nouveau ne peuvent être totalement identiques ce qui aura une influence sur le contrat de bail. Ainsi, seul le contenu irréductible du droit doit impérativement rester inchangé.

Le même raisonnement peut être fait en matière d'hypothèque, où le droit de préférence doit permettre au titulaire de se faire payer par préférence aux autres créanciers en quelque main que se trouve le bien. Le bien de remplacement n'aura pas d'impact sur l'exercice normal du droit, mais pourrait toutefois impacter sa plénitude : dès lors que la valeur du bien nouveau est nettement inférieure au bien initial, la garantie sera moindre.

La prise en compte de la valeur du bien. La chose permet bien souvent d'individualiser une valeur. Par conséquent, « *la possibilité de reporter le droit menacé de disparition du bien sur lequel il s'exerçait primitivement sur un autre bien s'explique généralement par l'idée que le second constitue la contre-valeur du premier* »¹³⁰. Ainsi, le droit de préférence est tributaire de la valeur du bien, en ce qu'il représente l'assiette de la sûreté. Le droit de propriété doit également permettre au propriétaire de récupérer un bien considéré comme présentant une utilité équivalente à celle apportée par le bien précédent. Toutefois, bien que la valeur

¹²⁷ De même, les dispositions relatives à l'accession doivent s'appliquer au bien lorsque cela est possible.

¹²⁸ C. civ., art. 578 et suivants.

¹²⁹ Dans le même sens, G. Rives, *Subrogation réelle à titre particulier et propriété immobilière*, RTD civ. 1968, p. 627 : « *Le bail, par exemple, conférait au preneur la jouissance de la chose louée ; la subrogation réelle doit conserver cette utilité* ».

¹³⁰ E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 48.

présente une utilité non négligeable dans l'application du droit, elle ne constitue pas un élément essentiel dans la mesure où, même si le bien nouveau présente une valeur moindre, la subrogation réelle peut avoir lieu. Ainsi, le droit de préférence se reporte sur l'indemnité d'assurance, même si celle-ci représente une valeur inférieure au bien initial.

L'équivalence ne sera donc pas une condition essentielle de la subrogation¹³¹, néanmoins, « lorsqu'un bien n'est pas intégré dans un rapport de droit en raison de son individualité, mais seulement pour la valeur qu'il représente, ce droit peut être reporté sur un nouveau bien dès lors que ce dernier représente une valeur acquise en contrepartie du bien d'origine »¹³². F. Chapuisat considère d'ailleurs qu'« en matière de subrogation réelle, c'est le droit lui-même qui risque de s'éteindre, et ce n'est pas parce qu'elle en permet la conservation que la valeur représentée par ce droit est elle-même conservée »¹³³. Le contenu irréductible du droit ne s'analyse donc pas au regard de la valeur de celui-ci, mais des prérogatives qui le composent. La subrogation réelle ne doit pas conduire à priver le droit de sa substance essentielle, mais des adaptations nécessaires peuvent toutefois avoir lieu.

2. Une adaptation des droits transmis à la nature du bien nouveau

Une adaptation est parfois nécessaire en ce que le maintien du contenu du droit est tributaire de la nature du bien de remplacement. Ces modifications ne doivent toutefois pas priver le droit de ses prérogatives essentielles ou encore imposer des contraintes supplémentaires qui ne sont pas directement attachées au droit ou à la nature du bien nouveau.

La modification de la composition du droit transmis. La nature d'une chose ne peut être modifiée de telle sorte que le contenu du droit transmis doit parfois s'adapter au bien de remplacement. À titre d'exemple, le droit de jouissance ne peut être exercé de manière identique lorsque le droit de propriété se reporte d'un bien immeuble à un bien meuble¹³⁴. En effet, le bien meuble de remplacement conserve ses qualités naturelles. Cela ne s'oppose cependant pas à la conservation du droit dans la mesure où le bien meuble est tout autant susceptible d'appropriation¹³⁵. C'est donc uniquement les conditions d'exercice du droit qui

¹³¹ Cf. *infra*. L'indifférence de la valeur dans la subrogation réelle, p. 403.

¹³² E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 48.

¹³³ F. Chapuisat, *Vers une utilisation extensive de la subrogation réelle, à propos des lois du 13 juillet 1965 et 3 juillet 1971*, RTD civ. 1973, p. 656.

¹³⁴ Par exemple, une créance indemnitaire.

¹³⁵ Il en aurait certes été autrement si le bien de remplacement était inappropriable : cela aurait fait échec à la subrogation.

sont modifiées. Ainsi, « *le droit de propriété doit être considéré comme conservé dans son contenu lorsque sont effectivement maintenus toutes les prérogatives compatibles avec la nature et l'individualité du bien nouveau, et représentant la forme normale de propriété réalisable sur ce bien-là* »¹³⁶. Par conséquent, toutes les prérogatives essentielles de la propriété mobilière doivent alors être applicables sur le bien de remplacement et les règles transmises sont celles qui donnent à ce droit toute son utilité.

Contrairement à l'idée originare de la subrogation réelle, on ne feint pas que les deux biens sont identiques, mais on modifie l'objet du droit¹³⁷. Par conséquent, le bien de remplacement doit être capable d'accueillir le droit transféré : par exemple, le droit de propriété peut se reporter autant sur un bien meuble ou immeuble, corporel ou incorporel. Dès lors, la conservation ne signifie pas que le droit doit être appliqué de façon totalement analogue¹³⁸, et une modification peut résulter de la nécessité d'adapter son application à la nature de l'objet de remplacement. Par exemple, la juridiction compétente est en principe celle du lieu où demeure le défendeur, mais une exception s'impose en matière d'immeuble : c'est celle du lieu où est situé le bien. Dans la mesure où certaines prérogatives n'existent qu'en raison des caractères de l'objet primitif¹³⁹, elles ne sont pas nécessairement transmises sur le bien nouveau.

En outre, il faut distinguer la nature objective du droit et le comportement de celui-ci¹⁴⁰ : le changement d'objet peut alors entraîner une modification du comportement du droit, sans pour autant le dénaturer¹⁴¹. Son transfert permet donc sa conservation selon la technique générale et ne dépend pas du maintien de toutes ses modalités d'exercice. Ainsi, l'hypothèque immobilière peut être modifiée en hypothèque mobilière afin de faire perdurer le droit de préférence¹⁴². Il faut toutefois que le droit puisse s'exercer dans ses prérogatives essentielles, dans le cas contraire, la subrogation doit être exclue.

¹³⁶ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p.111.

¹³⁷ En ce sens, G. Rives, *Subrogation réelle à titre particulier et propriété immobilière*, RTD civ. 1968, p. 631 : la subrogation « *n'est pas un moyen de modifier le régime juridique des choses, de transférer à l'objet nouveau les caractères de l'ancien. Elle est seulement un instrument pour conserver les qualités des droits* ».

¹³⁸ À titre d'exemple, le report du droit de bail sur un bien nouveau peut entraîner une modification géographique du bien ; G. Rives, *Subrogation réelle à titre particulier et propriété immobilière*, RTD civ. 1968, p. 636.

¹³⁹ G. Rives, *Subrogation réelle à titre particulier et propriété immobilière*, RTD civ. 1968, p. 627.

¹⁴⁰ C. Larroumet, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Thèse, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Bordeaux, 1968, n° 28, p.52.

¹⁴¹ Il conserve son contenu irréductible.

¹⁴² Cette modification ne peut résulter que d'une disposition spéciale.

Des modifications strictement liées à la nature du bien nouveau. Il convient de rappeler que l'adaptation ne doit en aucun cas dénaturer le droit transmis. Par conséquent, les prérogatives considérées comme essentielles en ce qu'elles composent le contenu irréductible du droit ne peuvent être écartées. Le bien nouveau doit alors être en mesure de porter le droit transmis sans altérer son essence même. Une fois ce principe respecté, des modifications peuvent être faites en ce que la nature du bien influence le mode d'exercice du droit. Toutefois, elles ne doivent pas conduire à ajouter des contraintes supplémentaires qui ne seraient pas directement en lien avec la nature du bien nouveau.

Prenons l'exemple d'une vente avec réserve de propriété : en cas de revente du bien, le propriétaire peut réclamer au sous-acquéreur la partie du prix non encore payée par le débiteur¹⁴³. Un litige peut néanmoins être intervenu entre le revendeur et le sous-acquéreur suite à des malfaçons affectant le matériel vendu. La Cour de cassation considère alors que le sous-acquéreur ne peut opposer au vendeur revendiquant le prix de la revente les exceptions qu'il aurait pu opposer au revendeur¹⁴⁴. Cette décision est conforme à l'effet translatif de la subrogation qui suppose que le prix de revente entre directement dans le patrimoine du propriétaire initial. Or, toute conservation suppose que le droit soit inchangé ; et puisqu'aucune exception n'était attachée au droit de propriété portant sur les marchandises, aucune exception ne peut être attachée au droit de propriété portant sur le prix de revente.

La subrogation ne peut conduire à imposer des contraintes supplémentaires ou à modifier l'ordre de préférence¹⁴⁵. Seule la nature de l'objet de remplacement peut influencer l'application du droit : le transfert du droit de propriété du bien initial sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ne modifie pas la nature de la créance, dès lors, l'action en paiement dirigée contre le sous-acquéreur est personnelle¹⁴⁶. Il est donc essentiel de déterminer l'ampleur du transfert au regard du droit conservé et de la nature du bien de remplacement.

¹⁴³ C. civ, art. 2372 : « *Le droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ou sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien* ».

¹⁴⁴ Com, 3 janvier 1995, n° 93-11.093 : les exceptions sont uniquement attachées à la créance détenue par le sous-acquéreur envers le revendeur, mais ne concerne pas le droit de propriété du vendeur initial.

¹⁴⁵ Du moins, lorsque les droits de préférence sont classés : G. Rives, *Subrogation réelle à titre particulier et propriété immobilière*, RTD civ. 1968, p. 637.

¹⁴⁶ Com, 6 octobre 2009, n° 08-15.047 et n° 08-15.048 : « *L'action en paiement exercée par le vendeur initial à l'encontre d'un sous-acquéreur de biens vendus avec clause de réserve de propriété s'analyse en une action personnelle et non en une action réelle* ».

Conclusion du chapitre 1

Au terme de ce raisonnement, il est possible d'affirmer que la subrogation à un effet translatif de droits. Elle présente une cohérence certaine dans la mesure où son objectif principal permet de déterminer l'ensemble de ses éléments essentiels.

C'est d'abord à travers la subrogation personnelle que l'effet translatif a fait son apparition. Longtemps appréhendée comme une fiction juridique, la subrogation s'analysait comme une simple exception à l'effet extinctif du paiement. Parfois substitutive, elle pouvait également être translatrice de créance, mais uniquement à titre exceptionnel. La subrogation s'impose en réalité comme un mécanisme de transmission de créance sur le seul fondement d'un paiement dit subrogatoire. Cet effet a d'ailleurs été pleinement consacré au sein du nouvel article 1346-4 du Code civil.

Le paiement est alors la source de l'effet translatif. Il détermine également le moment du transfert et l'entendu de celui-ci. Ainsi, la créance passe du patrimoine du subrogeant à celui du subrogé lorsque le paiement est réalisé, et c'est la créance initiale dans l'état où elle se trouve au moment du paiement qui est transmise. Le transfert a lieu dans la mesure du paiement effectué et doit tenir compte des règles de répartition de la charge de la dette. Ainsi envisagée, la subrogation n'entre en contradiction avec aucun autre concept juridique. Bien qu'elle possède un caractère dérogatoire, elle n'a pas vocation à aller à l'encontre des règles de droit commun, mais permet au contraire de maintenir l'équilibre juridique induit par les règles de répartition de la charge de la dette.

Il est également possible d'attribuer un effet translatif à la subrogation réelle. La conception traditionnelle consiste à définir ce mécanisme comme une fiction juridique. Attribuant au bien nouveau la nature ou le caractère d'un autre, la subrogation réelle se contentait donc de feindre que le bien de remplacement était identique au bien initial. Les auteurs prévoyaient alors la transmission de certaines qualités du bien uniquement, faisant une distinction entre les qualités dites intrinsèques et celles dites extrinsèques. Analysée de la sorte, elle ne répondait qu'imparfaitement à son objectif de conservation d'un droit. La subrogation a toutefois vocation à conserver le droit, c'est-à-dire les prérogatives essentielles qui lui permettent de s'exercer normalement sur le bien nouveau. Ainsi entendues, les

conditions d'exercice du droit peuvent être modifiées, si elles ne dénaturent pas le droit lui-même. La subrogation réelle prend donc en compte la nature du bien nouveau et sa capacité à être porteur du droit.

La recherche de la façon dont se produit la subrogation au sein des différentes masses de biens a toutefois mis en relief une apparente incompatibilité entre l'effet translatif de la subrogation et celui de l'aliénation d'un bien. Cette apparente contradiction traduit alors la nécessité de déterminer avec précision le droit transmis. Il faut se placer dans le rapport entre époux une fois la vente effectuée, pour constater que le droit de propriété portant sur le bien nouvellement acquis est reporté de la masse de biens communs à la masse de biens propres. La subrogation, dans cette application, présente donc l'originalité de ne pas entraîner la modification de l'objet du droit, mais de la masse de biens à laquelle il est rattaché. La subrogation réelle répond alors parfaitement à l'objectif de conservation d'un droit par le report de celui-ci d'un bien sur un autre ou d'une masse de biens à une autre.

Partant, la subrogation permet le transfert d'un droit dont l'ampleur dépend soit du paiement subrogatoire, soit du contenu du droit et de la capacité du bien nouveau à l'accueillir. Il reste alors à déterminer dans quelle mesure le transfert peut produire ses effets, c'est-à-dire sous quelles conditions et quelles limites peuvent lui être imposées.

Chapitre 2 :

La mesure du transfert : entre encadrement et limitations

L'objectif de maintien de la subrogation limite l'ampleur de son effet translatif. Ce dernier ne peut excéder la survie du droit menacé d'extinction. Il aboutit à une conservation intégrale de ce droit dans la limite de la fluctuation juridique intervenue en amont. Il faut toutefois tenir compte des encadrements ou limitations qui lui sont apportés. Elles peuvent être induites par divers facteurs, inhérents au mécanisme ou résultants de circonstances externes.

La mesure du transfert de droits. Les conditions de la délimitation de l'ampleur de l'effet translatif ne doivent pas être remises en cause, au risque de contrarier l'objectif même de la subrogation. Ainsi, bien que certains auteurs aient associé la subrogation personnelle à une cession ou à une vente¹, elle s'en distingue par le lien indissociable qu'elle entretient avec le paiement. Elle répond à un objectif propre de conservation d'un droit, et ne permet pas d'admettre un quelconque profit. Dès lors, le transfert ne peut avoir lieu qu'à hauteur du paiement effectué, en tenant compte des règles de répartition de la charge de la dette. En outre, dans chaque hypothèse de subrogation réelle, le bien de remplacement doit pouvoir être porteur du droit initialement attaché au bien d'origine. Puisque le transfert a pour objectif la conservation du droit menacé d'extinction, ses prérogatives essentielles doivent s'exercer sur le bien nouveau. Il a donc lieu à hauteur du droit menacé d'extinction, en tenant compte de la fluctuation juridique intervenue en amont. Ces conditions déterminent la mesure de la conservation du droit et traduisent la spécificité du mécanisme.

Loin d'être immuables, ces conditions sont en réalité sujettes à des variations venant influencer la mesure du transfert. Elles n'ont pas nécessairement pour conséquence de limiter

¹ P. De Renusson affirme d'ailleurs que « plusieurs docteurs ont souvent confondu la simple cession d'actions, que nous appelons subrogation, avec la cession et transport qui est une véritable vente, ce qui n'a pas peu contribué à troubler la matière de la subrogation » : *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, J. Bodin, Paris, 1685, Chap II, n° 24.

l'ampleur de l'effet translatif, mais peuvent uniquement conditionner sa mise en œuvre. Elles sont parfois induites par un besoin de protection, peuvent découler de la prise en compte de la volonté de subroger, ou résulter de l'application de règles juridiques auxquelles la subrogation n'a d'autres choix que de se soumettre. Lorsqu'elles sont extérieures au mécanisme subrogatoire, elles n'influencent qu'indirectement le résultat obtenu. En revanche, dès lors qu'elles s'imposent comme de véritables limites, il faut déterminer si elles sont négligeables ou justifiables, ce qui aboutit à une atteinte mesurée ou acceptable. Ces variations n'ont donc pas toutes le même impact sur l'effet translatif.

L'encadrement de l'effet translatif ou la limitation de ses effets. Une distinction doit être faite entre l'encadrement de l'effet translatif et les limites qui lui sont apportées. L'encadrement ne fait pas obstacle à l'accomplissement de l'effet translatif dans toute son ampleur. L'application de la subrogation elle-même peut par exemple être exclue, et par voie de conséquence faire échec à tout transfert de droit. Ainsi, les restrictions légales au jeu de la subrogation n'ont pas pour objectif de limiter son effet translatif, mais uniquement de conditionner sa mise en œuvre. En revanche, si le transfert de droit se produit, la prise en compte de la volonté de subroger ou encore ses conditions d'opposabilités peuvent atténuer son efficacité. Des règles spécifiques peuvent donc avoir un impact direct sur l'effet translatif de la subrogation sans pour autant remettre en cause sa pleine mesure.

A contrario, s'interroger sur les limites à l'effet translatif de la subrogation implique une modification de l'ampleur du transfert. Il peut s'agir de restrictions, c'est-à-dire d'une diminution des éléments transmis², mais également d'une modification de la hauteur du transfert lorsque ce dernier aboutit à un profit. Le terme « limite » doit donc être interprété largement comme toute modification de l'ampleur du transfert, qu'elle soit à la hausse ou à la baisse³. La première étape consiste à vérifier si les variations qui semblent contraires à la stricte délimitation du transfert de droits représentent une véritable atteinte. Tel ne sera pas le cas lorsqu'elles sont extérieures à la subrogation et ne viennent pas directement modifier l'application du mécanisme. Elles ajoutent alors uniquement des paramètres externes qu'il faut prendre en compte lors de sa mise en œuvre. La restriction ne fait cependant aucun doute

² ATILF, CNRS et Université de Lorraine, *Dictionnaire du Moyen Français*, 2015, v° « restriction » : « Resserrement, contradiction », « action de restreindre, de diminuer, de modérer, limitation ».

³ ATILF, CNRS et Université de Lorraine, *Dictionnaire du Moyen Français*, 2015, v° « limite » : « Point où s'arrête quelque chose ». ATILF, CNRS et Université de Lorraine, Trésor de la langue Française informatisé, v° « limite » : « Ligne qui détermine une étendue, une chose ayant un développement spatial ; ligne qui sépare deux étendues » ; « ce qui détermine un domaine » ; « ce qui ne peut ou ne doit être dépassé ».

lorsque certaines prérogatives se révèlent être intransmissibles. Il faut alors s'interroger sur l'impact de ses limites et leurs possibles justifications.

La suite de l'analyse traitera donc distinctement les conditions d'encadrement de l'effet translatif de la subrogation (Section 1), et ses limites (Section 2).

Section 1 :

Les conditions d'encadrement de l'effet translatif de la subrogation

Par principe, la subrogation produit ses effets dès le paiement subrogatoire, ou lors de l'apparition du bien de remplacement. Elle aboutit à un transfert de droits dont les modalités de mises en œuvre ont déjà été présentées : le transfert de la créance trouve sa source et la délimitation de son ampleur dans le paiement subrogatoire, et le transfert du droit d'un bien sur un autre ou d'une masse de biens sur une autre peut être effectué dès lors que le bien nouveau permet l'application de son contenu irréductible. Des précisions doivent cependant être apportées, dans la mesure où des restrictions au jeu de la subrogation apparaissent et viennent conditionner la mise en œuvre de son effet translatif ou limiter son impact.

Premièrement, les restrictions peuvent être directement liées à la possibilité de se prévaloir de la subrogation. Certaines dépendent de dispositions légales ajoutant des conditions supplémentaires à l'accomplissement de l'effet translatif. D'autres résultent de la volonté du subrogé ou du titulaire du droit menacé d'extinction de recourir ou non au mécanisme subrogatoire. Elles peuvent faire totalement obstacle au jeu de la subrogation ou aboutir à la renonciation de l'application du droit. Dans la première hypothèse, les conditions supplémentaires ne limitent pas l'ampleur du transfert, mais conditionnent le transfert lui-même. Dans la seconde hypothèse, le transfert a eu lieu, mais la subrogation n'est pas mise en œuvre. Ainsi, lorsque le propriétaire renonce à exercer son droit sur le bien nouveau, l'effet translatif n'est pas empêché, mais n'aboutira pas au maintien de l'équilibre antérieur. La même constatation peut être faite lorsqu'aucun recours subrogatoire n'est effectué contre le débiteur définitif de la dette.

Deuxièmement, l'effet translatif de la subrogation peut avoir un impact sur la situation des tiers ou des parties au rapport obligationnel. Des règles spécifiques sont alors mises en place pour déterminer les conditions d'opposabilité de la subrogation, ou encore protéger les

intérêts du subrogé. Elles ne font pas obstacle au transfert du droit, et ne limitent pas non plus son ampleur. Toutefois, elles ont un impact direct sur son efficacité.

Il convient donc d'analyser les conditions d'encadrement de l'effet translatif, en s'intéressant tout d'abord à la possibilité de se prévaloir de la subrogation (Paragraphe 1), pour ensuite envisager les protections juridiques accordées (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La possibilité de se prévaloir de la subrogation

Par principe, la mise en œuvre de la subrogation réelle est conditionnée à la capacité du bien nouveau à être porteur du droit menacé d'extinction, c'est-à-dire dans son contenu irréductible. La subrogation personnelle dépend, quant à elle, du paiement subrogatoire. Il existe toutefois des restrictions légales au jeu de la subrogation. Celles-ci ne sont pas dénuées de tout lien avec l'intention qui anime le subrogé ou le titulaire du droit menacé d'extinction.

L'intention de se prévaloir de la subrogation joue alors un rôle inégal suivant l'application qui est faite du mécanisme. Elle occupe une place résiduelle dans la mise en œuvre de la subrogation personnelle, car elle n'a pas à être exprimée par le subrogé. Elle conserve toutefois une utilité en matière de subrogation conventionnelle où elle est déduite de l'accord de volonté. Il convient également de constater que le caractère légitime du paiement effectué s'analyse à travers l'intention qui anime le *solvens* lorsqu'il acquitte la dette du débiteur.

A contrario, l'intention de se prévaloir de la subrogation joue un rôle majeur en matière de subrogation réelle, lorsqu'elle s'impose comme une condition à sa réalisation. Elle doit alors être exprimée directement par le titulaire du droit que la subrogation se propose de conserver.

La tendance s'inverse lorsqu'il s'agit de renoncer au bénéfice de la subrogation. Alors que l'exercice du recours subrogatoire relève entièrement de la volonté du subrogé, la renonciation au bénéfice de la subrogation réelle est plus délicate si elle produit ses effets automatiquement.

Il faut donc aborder les restrictions légales au jeu de la subrogation (A) et mesurer le rôle de la volonté dans la mise en œuvre de ce mécanisme (B).

A. Les restrictions légales au jeu de la subrogation

La subrogation personnelle est conditionnée par l'existence d'un intérêt, pour le *solvens*, d'effectuer le paiement subrogatoire (1). En ce qui concerne la subrogation réelle, elle nécessite l'accomplissement de formalités supplémentaires en matière d'emploi ou de remplacement. Ces dernières permettant de traduire la volonté du titulaire du droit de recourir à un tel mécanisme et d'établir l'origine des fonds employés (2).

1. La prise en compte de l'intérêt au paiement

Le transfert de la créance suppose que le *solvens* avait un intérêt légitime à acquitter la dette¹. Cette condition, consacrée par l'ordonnance de 2016², n'est pas nouvelle et se révèle être peu contraignante en ce qu'elle est facilement admissible.

Une condition ancienne réitérée. L'ancien article 1251 du Code civil prévoyait déjà expressément l'exigence d'un intérêt au paiement dès lors que la subrogation était faite au profit de celui qui était tenu avec d'autres ou pour d'autres³. Cette condition ne figurait pas pour les autres applications de la subrogation personnelle, toutefois, elle était systématiquement prévue dans des hypothèses où l'intérêt au paiement ne faisait aucun doute.

Ainsi, lorsque la subrogation est accordée « *au profit de celui qui étant lui-même créancier paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques* », cette condition ressort de l'intérêt pour le subrogé d'obtenir un rang plus favorable. Il peut alors empêcher le créancier primé par un rang préférable de poursuivre la vente forcée du bien en temps inopportun, c'est-à-dire qui ne permettrait pas de désintéresser les créanciers de rang inférieur dont il fait partie⁴. De la même façon, lorsque l'acquéreur d'immeuble « *emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué* », l'acquéreur a tout intérêt à acquitter la dette dans la mesure où si des créanciers de rang inférieur veulent exercer leurs droits en faisant vendre l'immeuble, la subrogation dans les droits des premiers créanciers lui permet de récupérer le prix qu'il a payé⁵. En outre, la subrogation peut avoir lieu « *au profit de l'héritier acceptant à*

¹ C. civ, art. 1346.

² Ordonnance, n° 2016-131, 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

³ C. civ, anc. art. 1251.

⁴ E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 42.

⁵ E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 50.

concurrence de l'actif net qui a payé de ses deniers les dettes de la succession ». Dès lors, un tel paiement est favorable au subrogé qui est par la suite appelé à recueillir le reliquat d'actif de la succession⁶. Il permet d'éviter des frais supplémentaires ou une exécution forcée, et ainsi de faciliter le paiement des dettes successorales⁷. La même constatation peut donc être faite lorsque la subrogation a lieu au profit de celui qui paye les frais funéraires pour le compte de la succession.

Ainsi, même si l'intérêt au paiement n'était pas spécifiquement requis par le texte, il était sous-jacent à chaque application de la subrogation. Cette condition est aujourd'hui étendue à toute subrogation personnelle à travers le nouvel article 1346⁸ du Code civil, qui ne fait pas uniquement référence à l'intérêt au paiement, mais exige que celui-ci soit considéré comme légitime.

La portée d'une telle condition. L'intérêt au paiement était autrefois explicitement requis uniquement lorsque le *solvens* payait une dette dont il était tenu avec d'autres ou pour d'autres⁹. Il s'analysait alors à travers l'obligation du subrogé d'effectuer un tel paiement. Pothier considère d'ailleurs que la subrogation ne peut être refusée par un créancier « *à une caution, et généralement à tous ceux qui, étant tenus de la dette, ont intérêt de s'en faire acquitter en tout ou en partie par ceux pour qui ou avec qui ils sont débiteurs* »¹⁰. Il suffit donc que le *solvens* soit tenu de la dette pour qu'il soit considéré comme ayant intérêt à l'acquitter¹¹. Par conséquent, cette condition était remplie même lorsque le *solvens* payait une dette qui lui était propre¹².

À l'inverse, « *lorsqu'un étranger paie une dette dont il n'était pas tenu, et sans qu'il eût aucun intérêt de l'acquitter, le créancier n'est pas obligé, si bon ne lui semble, de lui céder ses actions ; car il n'en avait pas besoin, puisque rien ne l'obligeait à payer* »¹³. En précisant

⁶ E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 60.

⁷ Par exemple, lorsque la succession comporte un fonds de commerce, l'héritier est subrogé dans les droits et privilèges du créancier qu'il a désintéressé.

⁸ C. civ, art. 1346 : « *La subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette* ».

⁹ C. civ, anc. art. 1251, 3°.

¹⁰ M. Bugnet, *Œuvres de Pothier*, Videcoq, père et fils : Cosse et N. Delamotte, t. 9, Paris, 1846, p. 203.

¹¹ R. Noguellou ne parle pas de l'intérêt au paiement, mais cite uniquement deux conditions à l'application de l'ancien article 1251 3° du Code civil par le juge administratif : la réalisation d'un paiement et que ce paiement ait été effectué par un débiteur tenu avec d'autres ou pour d'autres. La question de l'intérêt au paiement semble donc également se traduire en droit public à travers l'obligation de payer : *La transmission des obligations endroit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 244.

¹² Civ, 1^{ère}, 27 mars 2001, n° 98-16.723 ; CE, 9 novembre 2018, n° 413206.

¹³ M. Bugnet, *Œuvres de Pothier*, Videcoq, père et fils : Cosse et N. Delamotte, t. 9, Paris, 1846, p. 203.

que le paiement effectué par un étranger doit être fait « *sans qu'il eût aucun intérêt de l'acquitter* », Pothier semble à la fois fonder l'intérêt au paiement sur l'obligation de payer, tout en permettant la prise en compte d'autres situations.

Aujourd'hui, la question ne se pose plus dans la mesure où il n'est nul besoin que le paiement de la dette résulte d'une obligation du *solvens* pour que l'article 1346 du Code civil s'applique¹⁴. Le Code prévoit toutefois un maintien de l'intérêt au paiement en ajoutant le qualificatif de « légitime ». La question est alors de savoir ce qu'il reste de cet intérêt au paiement et dans quelle mesure il est aujourd'hui pris en compte.

L'extension du champ d'application de la subrogation a conduit les rédacteurs du Code civil à mettre en place une protection quant à l'intention du subrogé à travers l'intérêt légitime au paiement. Il semble uniquement permettre d'éviter toute mauvaise intention de la part de celui-ci¹⁵. Le rapport du président de la République indique d'ailleurs qu'une telle exigence permet d'encadrer la subrogation personnelle et d'éviter qu'un tiers totalement étranger à la dette, et qui pourrait être mal intentionné, puisse en bénéficier¹⁶. Elle pourrait par exemple faire obstacle à la subrogation dès lors que le paiement n'est effectué que pour s'immiscer dans les affaires du débiteur et exercer une pression sur sa trésorerie¹⁷.

Cette condition est donc entendue largement et doit être interprétée de façon subjective en fonction des motivations propres à chacun. La jurisprudence n'a pas rencontré de difficulté particulière pour mettre en œuvre l'ancien article 1251-3° du Code civil, et l'élargissement de l'application de la subrogation à des hypothèses de paiement d'une dette propre n'est pas nouveau¹⁸. En outre, l'accolement du terme « légitime » ne semble pas avoir effet d'alourdir une telle condition : bien au contraire, elle ne dépend plus aujourd'hui de l'obligation pour le *solvens* d'effectuer le paiement et peut être remplie alors même qu'il est totalement étranger à la dette. Il convient alors de penser que cette condition ne posera pas de difficulté supplémentaire¹⁹. Bien qu'E. Savaux considère qu'il serait plus opportun de parler d'intérêt à

¹⁴ « *La subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette* ».

¹⁵ Par exemple, dans des relations de concurrences.

¹⁶ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance, n° 2016-131, 10 février 2016, *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

¹⁷ E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 74.

¹⁸ Pourvu qu'il libère celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette : Com, 9 mai 1990, n° 88-18.125 ; Civ, 1^{ère}, 7 novembre 1995, n° 93-16.148.

¹⁹ L. Lorvellec et F. Jacob, *Art. 1346 à 1346-5 - Fasc. 20 : régime général des obligations. – Paiement avec subrogation - Subrogation légale*, JCl. civ. 2018, n° 18 : « *Les auteurs de la réforme n'ont guère eu l'intention*

la subrogation²⁰, les rédacteurs se réfèrent à l'intérêt au paiement et c'est donc à travers l'intention du *solvens* qu'il doit être analysé.

2. Un transfert conditionné à l'accomplissement de formalités

La mise en œuvre de l'effet translatif de la subrogation réelle dépend de la capacité du bien nouveau à accueillir le droit transmis, sans modification de son contenu irréductible. En matière d'emploi et de remploi, le législateur a cependant conditionné un tel transfert à l'accomplissement de formalités supplémentaires.

La double déclaration exigée par l'article 1434 du Code civil. L'article 1434 du Code civil prévoit que « *l'emploi ou le remploi est censé fait à l'égard d'un époux toutes les fois que, lors d'une acquisition, il a déclaré qu'elle était faite de deniers propres ou provenus de l'aliénation d'un propre, et pour lui tenir lieu d'emploi ou de remploi* ». Une déclaration doit donc être faite sur l'acte d'acquisition afin de déterminer l'origine des fonds employés pour l'acquisition du bien nouveau et traduire la volonté de l'époux de conserver le bien au sein de son patrimoine propre. Elle constituerait une protection envers son conjoint dans la mesure où, en l'absence d'une telle exigence, l'époux pourrait invoquer le remploi si l'affaire est avantageuse, alors même que dans le cas contraire, il laisserait le bien à la communauté, sans que son conjoint ne puisse prouver l'origine des deniers employés²¹. Elle représente également une protection pour les tiers, puisque la subrogation doit être prévue au moment de l'acquisition et ne peut être invoquée ultérieurement.

Il est primordial de déterminer l'origine des fonds employés dans la mesure où le maintien du droit de propriété de l'époux seul ne peut avoir lieu que si le bien nouveau est acquis à partir de deniers propres²². Or, la fongibilité des deniers rend la déclaration indispensable pour déterminer l'origine des fonds employés. Elle apparaît donc comme une manière satisfaisante de parvenir à la protection des époux et des tiers en assurant la prévisibilité et le contrôle de la subrogation réelle. À l'inverse, elle n'est pas exigée en ce qui concerne les biens acquis en échange de biens propres, ou encore les créances et indemnités qui remplacent des biens

de modifier ici le droit. Il faudra donc se référer d'abord à l'ancien article 1251 et à sa jurisprudence pour savoir quand existe un « intérêt légitime »... et quand on peut en douter ».

²⁰ E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 74 : « *Les raisons d'accorder la subrogation devraient être tirées de la subrogation* ».

²¹ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1, p. 423.

²² C. civ., art. 1434 et 1436. Cf. *infra*. Les modalités du remplacement, p. 400.

propres : le lien entre le bien initial et le bien de remplacement étant cette fois facile à déterminer²³.

La nature de la double déclaration. La nature de la double déclaration est sujette à contestation²⁴ et la question se pose de savoir s'il s'agit d'une règle de fond ou d'un mode de preuve. Dans la première analyse, l'effet translatif est subordonné à la réalisation de ces formalités. La double déclaration serait donc une condition à la réalisation de la subrogation elle-même : elle ne peut être limitée au rapport avec les tiers, mais s'impose également dans le rapport entre les époux. Ainsi, une interprétation restrictive de l'article 1434 du Code civil s'impose, et en l'absence de double déclaration, aucun transfert de droit ne peut avoir lieu.

Dans la seconde analyse, il s'agit uniquement d'un mode de preuve, l'effet translatif a donc lieu malgré l'absence de la double déclaration. Toutefois, la subrogation sera inopposable aux tiers même si l'époux est en mesure de prouver l'origine des fonds employés par un autre moyen.

Au premier abord, il semble falloir exclure l'hypothèse d'une condition de fond, car la subrogation peut avoir lieu entre les époux alors même que la double déclaration n'a pas été effectuée²⁵. Elle constituerait alors un formalisme probatoire²⁶ strict permettant d'échapper à la présomption de communauté²⁷. En l'absence de double déclaration, la preuve de la subrogation vis-à-vis des tiers ne peut être rapportée par aucun autre moyen : la subrogation est alors inopposable. En revanche, dans les rapports entre époux, son opposabilité est conditionnée à la preuve d'un accord entre eux, qui n'est alors soumise à aucune condition de forme. L'opposabilité de la subrogation dépendrait donc de la réalisation de formalités particulières, et tout autre mode de preuve devra être refusé.

À l'inverse, il a pu être considéré que dès lors que l'article 1402 du Code civil²⁸ est analysé comme établissant une règle de fond, il est légitime que le remploi, « son antidote » le soit également²⁹. Cet article prévoit, dans son premier alinéa, que « *tout bien, meuble ou*

²³ C. civ, art. 1406 et 1407.

²⁴ E. Savaux, *La subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 51. P. Hilt, *Le formalisme du remploi constitue une règle de fond*, AJ Famille. 2006, p. 423.

²⁵ En effet, l'article 1434 du Code civil prévoit qu'« à défaut de cette déclaration dans l'acte, l'emploi ou le remploi n'a lieu que par l'accord des époux, et il ne produit ses effets que dans leurs rapports réciproques ».

²⁶ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1, pp. 422 et suivantes.

²⁷ C. civ, art. 1402.

²⁸ « *Tout bien, meuble ou immeuble, est réputé acquêt de communauté si l'on ne prouve qu'il est propre à l'un des époux par application d'une disposition de la loi* »

²⁹ B. Vareille, *Régimes de communauté, composition active, article 1434 du Code civil : la formalité du remploi a le caractère d'une règle de fond*, RTD civ. 2007, p. 621.

immeuble, est réputé acquêt de communauté si l'on ne prouve qu'il est propre à l'un des époux par application d'une disposition de la loi ». Ainsi, si le bien n'est pas propre par nature³⁰, accessoire³¹ ou par origine³², la présomption de communauté ne peut être combattue que par le recours à la subrogation réelle³³. S'il s'agissait d'une simple règle de preuve, le bien ne serait en réalité jamais tombé dans la communauté et la subrogation n'aurait aucun intérêt technique. Or, elle permet le maintien du droit de propriété propre à l'époux par son report de la masse de biens communs à la masse de biens propres.

Il convient de confirmer que l'article 1402 du Code civil pose une règle de fond³⁴. Toutefois, l'article 1434 peut, quant à lui, tout à fait établir une règle de preuve : la subrogation aurait donc bien lieu au moment de l'acquisition, mais celle-ci ne peut être opposable aux tiers que par le biais d'une double déclaration. Retenir un formalisme strict aurait alors pour conséquence de rendre la subrogation inopposable au tiers, tout en justifiant qu'elle soit toujours possible entre les époux. Ce raisonnement n'est cependant pas celui retenu par la Cour de cassation qui est catégorique : l'article 1434 du Code civil énonce une règle de fond³⁵. Par conséquent, la subrogation réelle entre les époux apparaît comme un remploi *a posteriori*, donc la preuve de l'accord peut être librement apportée³⁶. Le transfert de droits est donc conditionné par l'accomplissement de formalités supplémentaires qui constitue une restriction légale au jeu de la subrogation réelle.

³⁰ C. civ, art. 1404.

³¹ C. civ, art. 1406.

³² C. civ, art. 1405.

³³ C. civ, art. 1406.

³⁴ Dans son premier alinéa uniquement, car elle pose une règle de preuve dans le second « *Si le bien est de ceux qui ne portent pas en eux-mêmes preuve ou marque de leur origine, la propriété personnelle de l'époux, si elle est contestée, devra être établie par écrit. À défaut d'inventaire ou autre preuve préconstituée, le juge pourra prendre en considération tous écrits, notamment titres de famille, registres et papiers domestiques, ainsi que documents de banque et factures. Il pourra même admettre la preuve par témoignage ou présomption, s'il constate qu'un époux a été dans l'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit* ».

³⁵ Civ, 1^{ère}, 20 septembre 2006, n° 04-18.384 : « *L'appartement et le terrain litigieux, acquis pendant le mariage, constituaient des biens communs, dès lors que M. X..., qui soutenait qu'il s'agissait de biens propres achetés au moyen de deniers propres, ne justifiait en première instance ni d'une double déclaration d'origine et d'intention dans les actes d'acquisition, ni d'un accord des époux sur un remploi, et qu'il n'apportait pas en appel des éléments susceptibles de remettre en cause l'application de la règle du remploi qui a le caractère d'une règle de fond* » ; E. Savaux, *La subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 51 ; P. Hilt, *Le formalisme du remploi constitue une règle de fond*, AJ Famille. 2006, p. 423 : « *Elle présente un intérêt avant tout probatoire, lequel aurait dû, en toute logique, la placer dans la catégorie des règles exigées ad probationem. Il n'en est pourtant rien, ce que rappelle la Cour de cassation dans l'espèce rapportée. Selon elle, le formalisme du remploi est une véritable condition de fond de la qualification propre des biens acquis* ». Solution réitéré en 2009 : Civ, 1^{ère}, 25 février 2009, n° 08-12.137. Voir également, P. Simler, *Régimes matrimoniaux*, La semaine Juridique. Édition générale, n° 50, 9 décembre 2013, doct. 1323, n° 7 : l'article 1434 du Code civil pose une règle de fond.

³⁶ En l'absence de réalisation des formalités de l'article 1434 du Code civil.

B. Le rôle de la volonté dans la mise en œuvre de la subrogation

La subrogation, en assurant la survie du droit, protège les intérêts de son titulaire. Se pose alors la question de la place de la volonté au sein de ce mécanisme (1), ainsi que de la possibilité de renoncer au bénéfice de la subrogation (2).

1. La volonté de subroger

La mise en œuvre de la subrogation personnelle n'est, par principe, pas conditionnée à la manifestation de volonté de celui qui souhaite s'en prévaloir. En effet, l'article 1346 du Code civil prévoit qu'elle a eu « *par le seul effet de la loi* ». Par conséquent, la volonté du subrogé n'est prise en compte qu'en matière de subrogation conventionnelle. En revanche, même si la subrogation réelle a lieu automatiquement dans un grand nombre d'hypothèses³⁷, elle est parfois conditionnée à la preuve de l'intention de subroger le bien nouveau, comme en matière d'emploi et de remploi de biens propres ou indivis³⁸.

L'expression de l'intention de subroger. La nécessité de prouver l'intention de subroger apparaît à travers la double déclaration prévue à l'article 1434 du Code civil. Elle permet d'établir l'origine des fonds employés, mais doit également traduire l'intention de l'époux de subroger le bien nouvellement acquis afin qu'il intègre sa masse de biens propres³⁹. Par principe, pendant le mariage, toute acquisition tombe dans la communauté des biens⁴⁰. Toutefois, lorsque les deniers employés sont propres ou proviennent de la vente d'un bien propre⁴¹, l'époux peut choisir de conserver le bien dans son patrimoine personnel⁴² : la double

³⁷ C. civ, art. 1406 : « *Forment aussi des propres, par l'effet de la subrogation réelle, les créances et indemnités qui remplacent des propres* » ; C. ass, art. L 121-13 : « *Les indemnités dues par suite d'assurance contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité du bétail, ou les autres risques, sont attribuées sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang* » ; C. com, art. L 622-8 ; C. com, art. L 522-34 ; C. civ, art. 130 et 855 ; C. expr. publ, art. L 12-3.

³⁸ L'intention de se prévaloir de la subrogation est également requise en matière de remembrement rural : C. rur, art. 33 : « *Le locataire d'une parcelle atteinte par le remembrement a le choix ou d'obtenir le report des effets du bail sur les parcelles acquises en échange par le bailleur, ou d'obtenir la résiliation totale ou partielle du bail, sans indemnité, dans la mesure où l'étendue de sa jouissance est diminuée par l'effet du remembrement* » ; C. urb, art. L 322-6.

³⁹ Le transfert du droit de propriété a lieu lorsque les deniers utilisés proviennent de la masse de biens propres. Il ne s'agit en aucun cas d'une simple volonté des époux. Néanmoins, celle-ci est également requise pour que la subrogation réelle puisse s'opérer.

⁴⁰ C. civ, art. 1402.

⁴¹ À condition qu'ils soient supérieurs à la somme apportée par la communauté : C. civ, art. 1435 : « *Quand le prix et les frais de l'acquisition excèdent la somme dont il a été fait emploi ou remploi, la communauté a droit à*

déclaration apparaît alors comme un acte unilatéral permettant de faire obstacle à la présomption de communauté⁴³.

L'obligation d'effectuer une telle déclaration constitue une règle de fond⁴⁴. Par conséquent, l'intention de subroger s'impose comme une condition de la subrogation réelle. Elle doit être remplie au moment de l'acquisition du bien pour que la subrogation produise ses pleins effets. Dans le cas contraire, elle ne pourra produire d'effets qu'entre les époux et se manifesterà à travers un accord de volonté⁴⁵. L'article 1435 du Code civil prévoit également la possibilité d'un emploi ou remploi fait par anticipation, à la condition que « *les sommes attendues du patrimoine propre soient payées à la communauté dans les cinq ans de la date de l'acte* ». Ainsi, le bien acquis est propre, et une double déclaration est effectuée au moment de l'acquisition du bien. Les sommes dues à la communauté sont toutefois payées postérieurement. En toute hypothèse, l'intention de subroger le bien nouveau doit donc être exprimée.

Une telle condition est également requise en matière de bien indivis : l'emploi ou le remploi ne peut avoir lieu qu'avec l'accord de tous les indivisaires⁴⁶. La subrogation ne peut donc être imposée à un indivisaire sauf dispositions légales contraires : ainsi, il est possible que des mesures d'urgence soient prises par le président du tribunal⁴⁷ ou encore que l'un des indivisaires soit autorisé par voie judiciaire à passer seul un acte pour l'intérêt commun⁴⁸.

À la différence de l'emploi et du remploi en matière de régimes matrimoniaux, la subrogation n'est pas soumise à des formalités spécifiques⁴⁹. La preuve de l'origine des fonds et de l'intention de subroger est donc libre. Par conséquent, dès lors que les indivisaires ont agi de concert et ont participé à l'opération, la volonté de subroger pourra être présumée.

récompense pour l'excédent. Si, toutefois, la contribution de la communauté est supérieure à celle de l'époux acquéreur, le bien acquis tombe en communauté, sauf la récompense due à l'époux ».

⁴² Elle relève d'un choix de l'époux, qui peut soit laisser le bien appartenir à la communauté, soit conserver le bien nouvellement acquis en tant que propre par le biais de la subrogation

⁴³ La simple déclaration d'emploi ou de remploi lors de l'acquisition suffit à établir la volonté de subroger. L'article 1434 du Code civil ne prévoit pas de formalisme particulier en ce qui concerne l'accord des époux en l'absence de déclaration dans l'acte.

⁴⁴ Civ, 1^{ère}, 20 septembre 2006, n° 04-18.384 ; Civ, 1^{ère}, 25 février 2009, n° 08-12.137.

⁴⁵ « *L'emploi ou le remploi n'a lieu que par l'accord des époux, et il ne produit ses effets que dans leurs rapports réciproques* ».

⁴⁶ C. civ, art. 815-10, al. 1 : « *Sont de plein droit indivis, par l'effet d'une subrogation réelle, les créances et indemnités qui remplacent des biens indivis, ainsi que les biens acquis, avec le consentement de l'ensemble des indivisaires, en emploi ou remploi des biens indivis* ».

⁴⁷ C. civ, art. 815-6.

⁴⁸ C. civ, art. 815-5.

⁴⁹ Les modalités d'expression de l'intention de subroger diffèrent.

Dans le cas contraire, elle pourra être expresse ou tacite. En revanche, de la même façon qu'en matière de régimes matrimoniaux⁵⁰, cette condition est strictement limitée à l'emploi et au remploi de biens⁵¹. Elle ne peut donc être exigée lorsque la subrogation porte sur des créances ou indemnités remplaçant le bien indivis⁵² : la subrogation a alors lieu automatiquement.

La subrogation, phénomène de droit sur droit ? La conception de la subrogation réelle a évolué au fil du temps. À l'origine perçue comme une simple fiction juridique⁵³, elle a également pu être dépeinte comme un procédé technique trouvant sa place dans le vide juridique laissé par les règles de droit⁵⁴, ou encore comme un « simple effet » qui peut être produit par des causes diverses⁵⁵.

Dans toutes ces analyses, la subrogation réelle est uniquement perçue comme un mécanisme juridique. Or, l'expression de la volonté de subroger amène à la considérer sous un nouvel aspect : elle serait une prérogative d'origine légale ou conventionnelle dont certaines personnes peuvent se prévaloir⁵⁶ afin de garantir un droit menacé d'extinction. Ainsi, les créanciers disposant d'une hypothèque ont un droit à la subrogation réelle, puisqu'ils peuvent reporter leur droit de préférence sur l'indemnité d'assurance. Elle serait alors un phénomène de droit sur droit⁵⁷ : « *C'est ainsi qu'un droit à la subrogation réelle est accordé à l'époux titulaire d'un patrimoine propre, afin que soit protégé son droit de propriété sur ce patrimoine* »⁵⁸. La question est alors de savoir si elle peut toujours être qualifiée de la sorte lorsqu'elle a lieu automatiquement et donc indépendamment de la volonté de son titulaire. Le titulaire du droit de subroger doit alors, dans cette hypothèse, pouvoir renoncer à son application.

⁵⁰ C. civ, art. 1406.

⁵¹ C. civ, art. 815-10.

⁵² Civ, 1^{ère}, 11 mars 2009, n° 07-21.356.

⁵³ Cf. *supra*. La subrogation qualifiée de fiction juridique, p. 153.

⁵⁴ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1, p. 77.

⁵⁵ R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, p. 295.

⁵⁶ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 26.

⁵⁷ C'est-à-dire un droit ayant pour objet la préservation d'un autre droit.

⁵⁸ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 26 ; de la même façon, « *si l'absent de retour peut se prévaloir de la subrogation réelle, c'est pour que soit préservé son droit de propriété* » : p. 271.

2. La renonciation au bénéfice de la subrogation

La subrogation permet de faire perdurer un droit menacé d'extinction, elle se révèle donc être un avantage accordé au titulaire du droit. La reconnaissance de son caractère facultatif ne doit alors pas conduire à faire abstraction du caractère exceptionnel d'une renonciation au bénéfice de la subrogation.

Renonciation et subrogation réelle. La possibilité de renoncer au bénéfice de la subrogation réelle ne fait aucun doute dès lors qu'elle est conditionnée à l'accomplissement de formalités particulières. Ainsi, l'époux peut renoncer au emploi de deniers propres lors de l'acquisition d'un bien nouveau en n'effectuant aucune des formalités requises⁵⁹. C'est d'ailleurs souvent en matière de régimes matrimoniaux que des considérations affectives ou des intérêts communs entrent en jeu dans le choix de maintenir ou non le bien nouveau au sein de la masse propre⁶⁰.

À l'inverse, lorsque la qualité de bien propre est automatiquement attribuée à l'indemnité remplaçant le bien initial, la renonciation semble plus délicate⁶¹. Elle peut être écartée dans le contrat de mariage⁶², mais l'aménagement des règles de la subrogation ne peut en aucun cas aller à l'encontre des règles impératives⁶³. Conditionner la renonciation à l'inscription d'une clause dans le contrat de mariage a également pour conséquence de la rendre exceptionnelle et difficile à mettre en œuvre.

Lorsque la renonciation peut résulter de l'inaction du titulaire du droit, elle peut facilement avoir lieu. Ainsi, le propriétaire peut tout simplement ne pas exercer son action en revendication sur le bien de remplacement, ce qui revient alors à renoncer au droit lui-même⁶⁴. Force est de préciser qu'une telle renonciation est rare, car la subrogation assure la sécurité du patrimoine et procure un avantage à son titulaire.

⁵⁹ C. civ, art. 1434.

⁶⁰ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 126. Le même constat peut être fait en matière successorale.

⁶¹ C. civ, art. 1406 : « *Forment aussi des propres, par l'effet de la subrogation réelle, les créances et indemnités qui remplacent des propres* ».

⁶² C. civ, art. 1387 : « *La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ni aux dispositions qui suivent* ». Pour que la renonciation soit opposable aux tiers, elle doit figurer dans le contrat de mariage.

⁶³ Telles que celle de l'article 922 du Code civil prévoyant le mode de calcul de la quotité disponible et de la réserve en matière de succession où les règles sont d'ordre public.

⁶⁴ De la même façon, renoncer à la subrogation réelle conduirait l'absent à renoncer à son droit de propriété sur la part correspondant aux biens vendus. En outre, en renonçant au report de son droit de préférence sur l'indemnité d'assurance, le créancier hypothécaire ne pourra plus exercer son droit.

Pour finir, la possibilité de renoncer à la subrogation peut être directement prévue par la loi. Ainsi, en cas de remembrement, le détenteur du bail a le choix entre obtenir son report sur les parcelles acquises en échange par le bailleur, ou sa résiliation sans indemnité⁶⁵. La même option est prévue en matière d'immeubles détruits par fait de guerre⁶⁶. La renonciation semble donc envisageable, mais occuper une place résiduelle.

Renonciation et subrogation personnelle. La subrogation personnelle permet au *solvens* d'acquiescer le droit de créance autrefois détenu par le subrogeant. La renonciation est alors facile à mettre en œuvre : il suffit que le subrogé n'exerce pas son recours subrogatoire. L'administration use d'ailleurs rarement d'une telle action à l'encontre de l'agent fautif, ou alors dans un objectif de sanction disciplinaire⁶⁷. La renonciation peut également être expresse et sera comparable à une remise de dette⁶⁸ : le subrogé accorde une faveur au débiteur qui se trouve déchargé en tout ou partie de sa dette. Elle est donc parfois issue d'une volonté du subrogé, mais peut aussi être rendue nécessaire au regard des charges imposées par la créance ou encore de l'insolvabilité du débiteur qui conduirait à engager des frais dans un recours inefficace.

Quelle que soit la motivation, il est toujours possible de renoncer à la subrogation personnelle, dès lors que le *solvens* n'a aucune obligation d'exercer le recours subrogatoire⁶⁹. La même constatation peut être faite en matière de subrogation conventionnelle. En principe, elle ne semble pas pouvoir résulter de la volonté unilatérale du subrogé. En effet, l'obligation du débiteur relève d'une obligation contractuelle et la renonciation à la créance consiste à rompre le lien de droit unissant le subrogé et le débiteur : elle doit donc résulter d'un accord de volonté. Néanmoins, cela ne préjudicie pas la possibilité, dans la pratique, de ne pas

⁶⁵ C. rur, art. 33.

⁶⁶ Loi, n° 48-1360, 1 septembre 1948, *portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement*, art. 70 ; voir également, la loi, n° 49-1096, 2 août 1949, *relative aux baux à loyer de locaux ou d'immeubles à usage commercial, industriel ou artisanal détruits par suite d'actes de guerre*, art. 2.

⁶⁷ Il convient de relever que l'administration use rarement de son action subrogatoire à l'encontre de l'agent fautif, ou alors dans un objectif de sanction disciplinaire : Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971, p. 335. Civ, 3^{ème}, 13 décembre 1968, Bull. civ. III, n° 555 : possibilité de renoncer à l'action subrogatoire. F. Roques, *L'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité*, AJDA. 1991, p. 75 ; C. Moniolle, *Actions en garantie : actions récursoires et actions subrogatoires*, Rép. resp. puiss. Publ. janvier 2014, n° 32 ; A. Frank, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, thèse, L'Harmattan, Paris I, 2008, n° 502, p. 353.

⁶⁸ Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971, p. 331. CE sect, 26 avril 1968, *Cie d'assurances générales contre l'incendie et les explosions*, Rec. p. 260 : après la signature du décompte définitif, « aucune somme ne peut plus être réclamée à l'Entreprise Desse, dans le cadre de ce marché, ni par le commissariat à l'énergie atomique, ni par aucune personne suborgée aux droits de ce dernier ».

⁶⁹ Ou encore, effectuer une renonciation tacite par la signature du décompte définitif.

exercer l'action et dans la mesure où le débiteur n'exprime pas son désaccord, il l'accepte tacitement. Un assureur peut donc renoncer à exercer un recours subrogatoire en prévoyant par exemple de régler le litige par le biais de convention inter assurance.

Paragraphe 2 : La prise en compte du besoin de protection juridique

La subrogation personnelle modifie la situation autrefois établie, en permettant à une autre personne d'agir à la place du créancier initial désintéressé. Elle offre donc au débiteur un nouveau créancier entre les mains duquel il devra acquitter sa dette. Elle peut intéresser les tiers, notamment ceux qui veulent exercer les droits qu'ils possèdent sur la créance transmise. La subrogation réelle, quant à elle, peut accroître ou non le patrimoine de détenteur du droit transmis. Ce patrimoine constitue le droit de gage des créanciers, qui peuvent donc être impactés par la mise en œuvre du mécanisme subrogatoire. Par conséquent, il est indispensable de déterminer les conditions d'opposabilité de la subrogation (A).

La subrogation personnelle assure une protection au subrogé qui peut agir contre le débiteur définitif de la dette. L'effet translatif suppose qu'il obtient uniquement les garanties attachées à la créance. Les agissements du subrogeant peuvent toutefois avoir un impact sur l'efficacité du recours subrogatoire. Des garanties supplémentaires peuvent alors être accordées au subrogé pour sauvegarder ses intérêts (B).

A. Une protection accordée à travers les conditions d'opposabilité de la subrogation

Les conditions d'opposabilité sont en principe identiques pour chaque application de la subrogation personnelle (1). En revanche, elles divergent en matière de subrogation réelle (2).

1. L'opposabilité de la subrogation personnelle

La subrogation personnelle a des effets importants à l'égard du débiteur qui doit désormais payer sa dette entre les mains du subrogé. Il faut donc établir les conditions dans lesquelles elle lui est opposable. De la même façon, le subrogé doit pouvoir se prévaloir de la

subrogation à l'égard des tiers. Il convient donc de définir les conditions d'opposabilités afin que la subrogation produise ses pleins effets.

Les conditions d'opposabilité de la subrogation personnelle. À l'origine, aucune formalité particulière n'était nécessaire à l'opposabilité de la subrogation : elle était alors opposable à la date du paiement subrogatoire⁷⁰. En revanche, dès lors que le débiteur ignorait le changement de créancier, il pouvait valablement se libérer entre les mains du subrogeant⁷¹. En effet, « *le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable* »⁷². Encore faut-il que le possesseur détienne le titre⁷³ et que le paiement soit effectué de bonne foi⁷⁴.

Le subrogé avait alors tout intérêt de prendre la précaution d'avertir le débiteur du changement de créancier. Aucune condition de forme n'était nécessaire, mais la preuve d'une telle information devait toutefois être rapportée⁷⁵. Ainsi, n'étant pas soumise aux formalités de l'article 1690 du Code civil⁷⁶, la subrogation se distinguait de la cession de créance. Une telle souplesse a d'ailleurs longtemps justifié son emploi en matière d'affacturage. L'ordonnance du 10 février 2016 a cependant rapproché ses mécanismes en prévoyant un formalisme à fin d'opposabilité identique⁷⁷. Selon l'article 1346-5 du Code civil, « *le débiteur peut invoquer la subrogation dès qu'il en a connaissance, mais elle ne peut lui être opposée*

⁷⁰ Com, 3 avril 1990, n° 89-10.255.

⁷¹ Civ, 1^{ère}, 1^{er} décembre 2010, n° 09-69.676 ; Com, 26 avril 2000, n° 96-16.412.

⁷² C. civ, anc. art. 1240 : « *Le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé* ». Nouvel article : C. civ, art. 1342-3 : « *Le paiement fait de bonne foi à un créancier apparent est valable* » Le nouvel article 1342-3 du Code civil prévoit aujourd'hui que « *le paiement fait de bonne foi à un créancier apparent est valable* ». « *L'apparence repose [alors] sur une croyance légitime* » : S. Benilsi, *Paiement*, Rép. civ. 2019, n° 14. Le débiteur doit être de bonne foi et le créancier apparent.

⁷³ CA Lyon, 9 novembre 2021, n° 19/04549 : « *Selon l'article 1240 du Code civil, le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable encore que le possesseur en soit par la suite évincé. Cette disposition suppose que le paiement soit fait à celui qui est en possession de la créance à la date du paiement ce qui n'était pas le cas de la société les Terrasses du Parc des Feuillantines puisqu'au terme de la convention des parties, seule la BECM devait percevoir les fonds et qu'aucun avenant n'était venu modifier cette situation* ».

⁷⁴ Civ, 2^{ème}, 16 mai 1990, n° 88-10.987 ; CA Montpellier, 23 octobre 2012, n° 11/07653 ; CA Paris, 27 juin 2019, n° 17/18157.

⁷⁵ Com, 15 octobre 1996, n° 94-16.302 : les paiements effectués entre les mains du créancier ne sont pas libératoires dès lors que le débiteur a connu l'existence du contrat d'affacturage par les cachets apposés sur les factures et les courriers de rappel qui lui ont été adressés par l'affactureur.

⁷⁶ « *Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur.*

Néanmoins le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique ».

⁷⁷ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance, n° 2016-131, 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte »⁷⁸. Seules la notification ou la prise d'acte sont donc désormais admises pour que le transfert de la créance soit opposable au débiteur⁷⁹. Dans le cas contraire, il pourra se libérer valablement entre les mains du premier créancier⁸⁰. Le débiteur peut en revanche invoquer la subrogation dès qu'il en a connaissance et aucune formalité n'est requise pour l'opposabilité de la subrogation au tiers : elle a lieu dès le paiement subrogatoire.

Ces règles s'appliquent en matière de subrogation légale, mais également en présence d'une subrogation conventionnelle. Une telle opposabilité ne semble toutefois pas utile en ce qui concerne la subrogation *ex parte debitoris* qui intervient avec le consentement du débiteur. La modification des règles d'opposabilité et leur concordance avec celles consacrées en matière de cession de créance⁸¹ peuvent alors faire craindre à une concurrence entre ces deux mécanismes, et notamment en matière d'affacturage. De plus, la subrogation est également concurrencée par les formes simplifiées de cession de créances professionnelles⁸².

L'existence de formalités supplémentaires. L'opposabilité de la subrogation au tiers n'est en principe soumise à aucune formalité particulière et a lieu dès le paiement de la créance. Il existe toutefois des aménagements légaux qui peuvent laisser penser qu'une publication conditionne son opposabilité. Ainsi, l'article 2430 du Code civil prévoit que *« sont publiées par le conservateur, sous forme de mentions en marge des inscriptions existantes, les subrogations aux privilèges et hypothèques, [...] et, d'une manière générale, toutes modifications, notamment dans la personne du créancier bénéficiaire de l'inscription, qui n'ont pas pour effet d'aggraver la situation du débiteur »*⁸³. Dans le même sens, l'article R 143-15 du Code de commerce dispose que *« le greffier mentionne en marge des inscriptions les antériorités, les subrogations et radiations totales ou partielles dont il lui est*

⁷⁸ CAA Douai, 8 avril 2021, n° 19DA02618, 19DA02623, 20DA00468.

⁷⁹ Elle peut indifféremment être faite par le subrogeant ou le subrogé.

⁸⁰ E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 178 : *« Certes, la subrogation était antérieurement jugée opposable au débiteur à compter du paiement. Mais le paiement fait de bonne foi au subrogeant, c'est-à-dire dans l'ignorance de la subrogation était libératoire, ce qui obligeait à informer le débiteur et à s'en ménager la preuve. L'ordonnance du 10 février 2016 transforme la faculté en obligation, sans que cela soit vraiment gênant »*. Néanmoins, le débiteur peut refuser de payer le subrogé alors même qu'il a connaissance de la subrogation dès lors qu'elle ne lui a pas été notifiée.

⁸¹ C. civ, art. 1324.

⁸² A. Ghozi, *L'affacturage et la réforme du droit des obligations*, Revue de droit bancaire et financier. 2019, n° 2, p.15 ; M. Mignard, *La subrogation est-elle toujours le mécanisme phare des opérations de refinancement ?* Revue des contrats. 2018, n° 2, p. 322 ; E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 175.

⁸³ L'article 2430 du Code civil reprend l'obligation de publication de l'ancien article 2149 du même Code.

justifié. Les antériorités et les subrogations peuvent résulter d'actes sous seing privé enregistrés »⁸⁴.

Ces textes imposent certes une obligation de publication, mais ne prévoient aucune sanction. Par conséquent, la subrogation reste opposable à la date du paiement même en l'absence de publication en marge des inscriptions existantes. La Cour de cassation, en 1989, a d'ailleurs cassé un arrêt rendu par la Cour d'appel qui considérait que *« faute d'avoir été publiée en marge des inscriptions existantes, la subrogation légale dont bénéficie M. Y... est inopposable aux acquéreurs »⁸⁵.*

Une exception est néanmoins présente à l'article 14 de la loi Badinter de 1985⁸⁶. Ce texte concerne l'opposabilité de la subrogation des tiers payeurs et la possibilité pour eux d'effectuer un recours contre l'assureur ou l'auteur du dommage. Ainsi, *« dès lors que l'assureur n'a pu, sans qu'il y ait faute de sa part, savoir que l'accident avait imposé des débours aux tiers payeurs visés aux articles 29 et 33 de la présente loi, ceux-ci perdent tout droit à remboursement contre lui et contre l'auteur du dommage »*. Il s'agit donc d'une déchéance de leur droit : la subrogation ne pourra plus être opposable et le recours est par conséquent empêché. Cette exception ne peut pas être invoquée *« à l'égard des organismes versant des prestations de sécurité sociale »*, étant entendu toutefois que *« dans tous les cas, le défaut de production des créances des tiers payeurs, dans un délai de quatre mois à compter de la demande émanant de l'assureur, entraîne déchéance de leurs droits à l'encontre de l'assureur et de l'auteur du dommage »*.

2. Des conditions variables d'opposabilité de la subrogation réelle

La subrogation réelle a des effets à l'égard des tiers dans la mesure où elle influence directement la composition du patrimoine du titulaire du droit. Il est donc essentiel de déterminer ses conditions d'opposabilité. Deux situations peuvent alors se présenter : soit, seule la question de l'information des tiers concernant le report du droit sur un bien nouveau se pose ; soit, l'existence même du droit sur le bien d'origine était conditionnée à une

⁸⁴ Par exemple *« au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué »* : C. civ, anc. art. 1251, 2^o. Cette technique n'entraîne pas la purge des inscriptions puisque l'acquéreur conserve les sûretés.

⁸⁵ Civ, 3^{ème}, 20 décembre 1989, n° 88-11.904 : *« La subrogation dont se prévalait M. Y..., qui comportait modification dans la personne du titulaire de l'inscription sans aggraver la situation du débiteur, avait pour effet d'investir le subrogé de la créance primitive avec tous ses avantages et accessoires »*. Solution réitérée : Com, 12 mai 1992, n° 91-12.395 ; Civ, 3^{ème}, 17 novembre 2010, n° 09-70.452.

⁸⁶ Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*.

publicité spéciale et se pose alors la question de la nécessité de faire publier l'existence de ce droit sur le bien de remplacement⁸⁷.

L'opposabilité par principe automatique. La subrogation réelle produit des effets entre les parties à dès que les conditions de celle-ci sont remplies⁸⁸. Le plus souvent, le droit qui grève le bien n'impose pas à l'origine de publicité particulière⁸⁹, et l'opposabilité aux tiers est alors simplifiée : ainsi, la subrogation des créances et indemnités remplaçant des biens propres⁹⁰ joue automatiquement tant à l'égard des tiers que des parties⁹¹. De la même façon, le report du droit de préférence sur une somme d'argent est directement opposable aux tiers. La distinction entre universalité ou titres particuliers n'influence pas les conditions d'opposabilité dans la mesure où la subrogation a lieu automatiquement tant à l'égard de l'absent qu'en matière de report du bail des locaux sinistrés sur les locaux reconstruits. Par principe, la subrogation est alors directement opposable.

La loi peut parfaitement subordonner l'opposabilité de la subrogation à certaines formalités. Selon l'article L 121-13 du Code des assurances, l'indemnité d'assurance perçue en remplacement du bien détruit est attribuée aux créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant leur rang. Cependant, tout « *paiement fait de bonne foi avant opposition* »⁹² est valable. Dès lors, l'opposabilité du droit de préférence est subordonnée à la réalisation d'une opposition au paiement.

La question d'une opposabilité conditionnelle se pose également au regard de l'article 1434 du Code civil. En effet, l'emploi et le remploi nécessitent l'accomplissement de formalités particulières pour déterminer l'origine des fonds employés et le choix effectué par l'époux de recourir ou non à la subrogation réelle. Une telle décision doit par conséquent être connue des tiers et se manifeste sous la forme d'une double déclaration dans l'acte d'acquisition. Définie comme une règle de fond et non une règle de preuve, cette condition supplémentaire conditionne le jeu de la subrogation. Par conséquent, lorsque les formalités ne sont pas accomplies, la subrogation n'est pas uniquement inopposable aux tiers ou à l'autre

⁸⁷ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 409.

⁸⁸ E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 60.

⁸⁹ La plupart du temps, la subrogation est opposable automatiquement en l'absence de toute formalité particulière. Cela s'explique principalement par le fait que le droit était déjà directement opposable à l'origine et que la subrogation se contente de la conserver.

⁹⁰ C. civ, art. 1406. Ou encore celle des biens acquis en échange d'un bien propre : C. civ, art. 1407.

⁹¹ Civ, 1^{ère}, 27 mai 2010, n° 09-11.894.

⁹² C. ass, art. L 121-13, al. 2.

époux, mais n'a tout simplement pas lieu. Force est toutefois de constater qu'une subrogation *a posteriori* est possible entre les époux, mais ne pourra en aucun cas être opposable aux tiers.

L'exigence d'une publicité spéciale. Lorsqu'une publicité spéciale du droit est prévue sur le bien d'origine, elle peut se révéler nécessaire sur le bien nouveau. La subrogation est alors soumise à la réglementation générale en matière immobilière⁹³ : c'est notamment le cas de la transcription des mutations et l'inscription des hypothèques ou privilèges⁹⁴.

C'est pourquoi la question d'une publicité spéciale se pose à propos du transfert de droits de préférence grevant le bien. Elle n'est pas nécessaire lorsque le bien de remplacement est une somme d'argent : le droit de préférence s'exerce sur la créance selon le rang de son titulaire⁹⁵. Toutefois, dès lors qu'elles portent sur un bien immobilier, les sûretés doivent être inscrites au service de la publicité foncière, et un classement est organisé entre les différents créanciers hypothécaires ou privilégiés⁹⁶. Si une nouvelle inscription est nécessaire, le rang quant à lui doit logiquement être maintenu au risque de perdre une partie de l'efficacité de la subrogation.

Il s'ensuit qu'un conflit apparaît entre les règles générales en matière d'inscription et la conservation du droit lui-même par la voie de la subrogation. En effet, c'est la date d'inscription qui par principe détermine le rang accordé aux créanciers⁹⁷. Une nouvelle inscription peut alors conduire à conserver l'hypothèque, mais avec un rang amoindri⁹⁸. Il existe donc des décisions spéciales permettant d'attribuer à la publication nouvelle les conséquences qui étaient attachées à l'ancienne. Ainsi, l'article L 123-13 du Code rural et de la pêche maritime prévoit la conservation de la publicité foncière légale et celle des créances privilégiées et hypothécaires faite avant le transfert de propriété si cette publication est

⁹³ G. Rives, *Subrogation réelle à titre particulier et propriété immobilière*, RTD civ. 1968, p. 648.

⁹⁴ G. Laval et F. Collard, *Fasc. 114 : Enregistrement et publicité foncière – Notion d'immeuble*, JCl. Fiscalité immobilière. 2019.

⁹⁵ C. civ, art. 2425.

⁹⁶ C. civ, art. 2425 et suivants.

⁹⁷ G. Rives, *Subrogation réelle à titre particulier et propriété immobilière*, RTD civ. 1968, p. 650 : il faut analyser « l'inscription sur le bien de remplacement des sûretés qui y sont reportées, non pas comme le renouvellement d'une publicité ancienne, mais comme une publicité nouvelle dont la date n'est pas attributive de rang ». Il rappelle toutefois que lorsque ce n'est pas prévu par le législateur, « le renouvellement ne déroge pas à la spécialité matérielle de la publicité ».

⁹⁸ Il s'agit donc d'une atteinte à l'efficacité de la subrogation. G. Rives, *Subrogation réelle à titre particulier et propriété immobilière*, RTD civ. 1968, p. 651 : « Si le droit de préférence dispose pour subsister du droit de suite et du report, encore faudrait-il que la publicité ne soit pas conçue uniquement par rapport à la première de ces techniques. Mise également au service du report, elle cesserait de perturber le fonctionnement de la subrogation réelle ».

renouvelée dans le délai et dans les conditions qui sont fixées par voie réglementaire⁹⁹. De la même façon, selon l'article L 145-50 du Code de commerce, « *les droits des créanciers inscrits s'exercent avec leur rang antérieur, sur le fonds transformé* ».

Ainsi, l'accomplissement de formalité particulière s'apparente uniquement à l'application des règles de droit commun¹⁰⁰ et doit parfois être réitéré sur le bien nouveau. Des dispositions particulières permettent alors de tenir compte de l'effet translatif de la subrogation réelle.

B. La sauvegarde des intérêts du subrogé

Dans certaines hypothèses, des garanties supplémentaires sont accordées au subrogé afin d'assurer l'efficacité de son recours subrogatoire (1), ou lui permettre de prendre part aux mesures procédurales (2).

1. La garantie du recours subrogatoire

Par principe, aucune obligation de garantie ne naît à la charge du subrogeant. Toutefois, une limite apparaît dans certaines hypothèses avec l'obligation pour celui-ci de ne pas compromettre le recours subrogatoire.

Le principe : une absence de garantie. Le *solvens*, par l'effet de la subrogation, reçoit la créance du subrogeant. En aucun cas l'efficacité de la subrogation ne peut être garantie dans la mesure où le paiement subrogatoire permet justement de faire peser le risque d'insolvabilité sur un autre que le créancier originaire¹⁰¹. En revanche, la question se pose, pour le subrogé, de pouvoir bénéficier d'une garantie de l'existence de la créance obtenue. En effet, au jour du transfert, elle peut être atteinte par une cause de nullité ou d'extinction qui fait alors obstacle à tout recours contre le débiteur définitif. L'octroi d'une garantie lui permettrait de récupérer les sommes engagées auprès du subrogeant. Renusson rapprochait

⁹⁹ De même, l'article 2420 du Code civil, 3° prévoit que « *celui qui possède un droit actuel lui permettant de construire à son profit sur le fonds d'autrui peut hypothéquer les bâtiments dont la construction est commencée ou simplement projetée ; en cas de destruction de ceux-ci, l'hypothèque est reportée de plein droit sur les nouvelles constructions édifiées au même emplacement* » et l'article L 145-50 du Code de commerce prévoit que « *les droits des créanciers inscrits s'exercent avec leur rang antérieur, sur le fonds transformé* ».

¹⁰⁰ Elles permettent de régler les conflits avec d'autres acquéreurs éventuels.

¹⁰¹ Création des fonds d'indemnisation, obligation *in solidum*, cautionnement

alors la subrogation de la cession de créance¹⁰² en considérant que le *solvens* paie la dette uniquement dans le but d'acquérir les droits du créancier et prônait ainsi une obligation de garantie à la charge du subrogeant¹⁰³.

Bien que le rôle de la subrogation personnelle et de la cession de créance se rapproche considérablement, la subrogation est tributaire du paiement ce qui réfute la possibilité de l'assimiler à une vente¹⁰⁴. Elle est d'ailleurs placée au sein de la catégorie des modes d'extinction de l'obligation¹⁰⁵. Puisque le subrogeant n'a nullement eu l'intention de vendre sa créance¹⁰⁶, rien ne justifie qu'il en garantisse l'existence. Bien qu'aucune disposition expresse n'écarte une telle garantie, la jurisprudence l'a exclue dans un arrêt de 1894¹⁰⁷. Le subrogeant, parce qu'il reçoit uniquement le paiement de ce qui lui est dû, n'est donc tenu d'aucune garantie envers le subrogé¹⁰⁸. Lorsque la subrogation est utilisée en tant qu'instrument de crédit comme en matière d'affacturage, cette dernière peut cependant être contractuellement prévue par les parties.

L'obligation de ne pas compromettre le recours subrogatoire. Le subrogeant peut parfois être tenu d'une obligation de ne pas compromettre la subrogation, ce qui signifie qu'il ne doit pas prendre d'acte qui auraient pour effet de paralyser le recours subrogatoire. Une telle obligation n'est pas générale, mais résulte de textes spéciaux. Ainsi, selon l'article 15 de la loi de 1985 « *lorsque, du fait de la victime, les tiers payeurs n'ont pu faire valoir leurs droits contre l'assureur, ils ont un recours contre la victime à concurrence de l'indemnité qu'elle a perçue de l'assureur au titre du même chef de préjudice* »¹⁰⁹. Il s'agit toutefois d'un recours distinct du recours subrogatoire accordé au subrogé, qui ne vient en aucun cas

¹⁰² C. civ, art. 1326 : « *Celui qui cède une créance à titre onéreux garantit l'existence de la créance et de ses accessoires, à moins que le cessionnaire l'ait acquise à ses risques et périls ou qu'il ait connu le caractère incertain de la créance. Il ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé, et jusqu'à concurrence du prix qu'il a pu retirer de la cession de sa créance. Lorsque le cédant a garanti la solvabilité du débiteur, cette garantie ne s'entend que de la solvabilité actuelle ; elle peut toutefois s'étendre à la solvabilité à l'échéance, mais à la condition que le cédant l'ait expressément spécifié* ».

¹⁰³ P. De Renusson, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, J. Bodin, Paris, 1685, Chap X, XXI et XXII, p. 286.

¹⁰⁴ C. civ, art. 1326.

¹⁰⁵ La réforme du droit des obligations fait également figurer la subrogation au sein des modes d'extinction de l'obligation : Ordonnance, n° 2016-131, 10 février 2016, *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

¹⁰⁶ L'effet translatif est directement lié au paiement, dès lors la subrogation ne consiste pas en une aliénation, mais simplement en la réception par le subrogeant du paiement de sa créance : M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t.2, p. 660.

¹⁰⁷ Req, 19 mars 1894, S. 1898, 1^{ère} partie, p. 318.

¹⁰⁸ E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 172.

¹⁰⁹ Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*.

remettre en cause l'effet translatif de la subrogation. De la même façon, « *l'assureur peut être déchargé, en tout ou en partie, de sa responsabilité envers l'assuré, quand la subrogation ne peut plus, par le fait de l'assuré, s'opérer en faveur de l'assureur* »¹¹⁰. Dans cette hypothèse, le subrogeant est lié au subrogé par un contrat, et cette obligation peut être vue comme une obligation de bonne foi.

L'obligation de ne pas compromettre le recours subrogatoire peut également résulter de la prise en compte des considérations d'engagement du *solvens* au regard des chances d'obtenir le remboursement des sommes versées : puisque la caution s'engage en considération des sûretés attachées à la créance, elle « *est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution* »¹¹¹. Ces articles mettent donc à la charge du subrogeant une obligation nouvelle¹¹². Il faut néanmoins caractériser la faute de nature à mettre en péril le recours subrogatoire¹¹³. La Cour de cassation a d'ailleurs considéré comme insuffisante, l'existence d'une clause limitative de responsabilité insérée dans un contrat de droit allemand conclu entre deux sociétés pour décharger l'assureur de sa responsabilité dans la mesure où la Cour d'appel n'avait pas recherché si cette stipulation était une clause d'usage conforme aux pratiques allemandes dont la stipulation serait alors insusceptible d'être imputée à la faute de l'assuré¹¹⁴.

2. Les garanties d'ordre procédural

Le subrogé subit directement les effets du procès et notamment la fixation du montant de la créance. Par conséquent, il existe des aménagements aux mesures procédurales qui lui permettent de prendre part au procès et de faire valoir les droits de la victime.

Mesures procédurales visant à la protection des intérêts du subrogé. Des mesures procédurales visent à éviter que le subrogé soit étranger à l'action de la victime, puisqu'il en subit les conséquences lorsqu'il exerce par la suite ses droits. Par conséquent, « *l'intéressé ou ses ayants droit doivent indiquer, en tout état de la procédure, la qualité d'assuré social de la victime de l'accident ainsi que les caisses de sécurité sociale auxquelles celle-ci est ou était*

¹¹⁰ C. ass, art. L 121-12.

¹¹¹ C. civ, art. 2314.

¹¹² J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 668.

¹¹³ CA Grenoble, 26 novembre 2020, n° 17.05441 ; CA Metz, 20 novembre 2014, n° 13.00289 ; Civ, 2^{ème}, 17 décembre 2020, n° 18-24.103 et 18-24.915.

¹¹⁴ Civ, 2^{ème}, 17 décembre 2020, n° 18-24.103 et 18-24.915.

affiliée pour les divers risques ». En outre, « *ils doivent appeler ces caisses en déclaration de jugement commun ou réciproquement* »¹¹⁵. À défaut, la nullité du jugement sur le fond pourra être demandée¹¹⁶. Le Conseil d'État a d'ailleurs considéré qu'il appartient au juge administratif, en tout état de la procédure, d'assurer le respect des dispositions de l'article L 376-1 du Code de sécurité sociale. Par conséquent, « *le tribunal administratif, saisi par la victime d'une demande tendant à la réparation du dommage corporel par l'auteur de l'accident doit appeler en cause la caisse à laquelle la victime est affiliée* », de telle sorte que « *la méconnaissance de ces obligations [entache] le jugement ou l'arrêt d'une irrégularité que le juge d'appel ou le juge de cassation, doit, au besoin, relever d'office* »¹¹⁷.

La même garantie procédurale est applicable en matière d'accident du travail¹¹⁸, ou encore en droit administratif lorsque le subrogeant engage une action contre le tiers responsable¹¹⁹ : elle bénéficie donc aux personnes publiques offrant une prestation à la victime¹²⁰. Elle a également vocation à s'appliquer en matière de transaction, dans la mesure où elle sera opposable au subrogé si elle est effectuée avant le paiement. Ainsi, la caisse de sécurité sociale doit être informée du règlement amiable intervenu entre l'assuré et le tiers responsable ou l'assureur¹²¹, et il ne pourra lui être opposable que dans la mesure où elle a été invitée à y participer¹²².

Une telle protection peut certes relever de la volonté du législateur de protéger certains organismes payeurs, mais elle peut également résulter de la liberté contractuelle. Cette protection figure d'ailleurs systématiquement dans les contrats d'assurance. Elle modifie

¹¹⁵ C. sec. soc, art. 376-1.

¹¹⁶ C. sec. soc, art. 376-1, al 8 : « *À défaut du respect de l'une de ces obligations, la nullité du jugement sur le fond pourra être demandée pendant deux ans, à compter de la date à partir de laquelle ledit jugement est devenu définitif, soit à la requête du ministère public, soit à la demande des caisses de sécurité sociale intéressées ou du tiers responsable, lorsque ces derniers y auront intérêt. Dans le cadre d'une procédure pénale, la déclaration en jugement commun ou l'intervention des caisses de sécurité sociale peut intervenir après les réquisitions du ministère public, dès lors que l'assuré s'est constitué partie civile et qu'il n'a pas été statué sur le fond de ses demandes* ».

¹¹⁷ CE, 6 mai 2021, n° 421744.

¹¹⁸ C. sec. soc, art. L 452-4.

¹¹⁹ Ordonnance, n° 59-76, 7 janvier 1959, *relative aux actions en réparation civile de l'État et de certaines autres personnes publiques*, art. 3 : « *Lorsque la victime ou ses ayants droit engagent une action contre le tiers responsable, ils doivent appeler en déclaration de jugement commun la personne publique intéressée et indiquer la qualité qui leur ouvre droit aux prestations de celle-ci à peine de nullité du jugement fixant l'indemnité. À défaut de cette indication, la nullité du jugement sur le fond pourra être demandée par toute personne intéressée pendant deux ans à compter de la date à partir de laquelle ledit jugement est devenu définitif* ». La sanction est cette fois la nullité du jugement fixant l'indemnité pouvant être demandée par toute personne intéressée.

¹²⁰ Ordonnance, n° 59-76, 7 janvier 1959, *relative aux actions en réparation civile de l'État et de certaines autres personnes publiques*, art. 3.

¹²¹ C. sec. soc, art. L 376-4.

¹²² C. sec. soc, art. L 376-3.

considérablement les effets de la subrogation personnelle puisqu'elle peut soit aboutir à la nullité du jugement, soit rendre la transaction inopposable. L'effet translatif n'est cependant pas empêché, et la créance est bien transmise au subrogé.

La transaction entre un tiers payeur et la victime. Par principe, l'effet translatif n'a pas d'impact sur la dette du débiteur : ainsi, les actes intervenus entre le subrogé et le subrogeant lui sont inopposables. Toutefois, des règles spécifiques peuvent perturber la cohérence du mécanisme subrogatoire.¹²³ Ainsi, « *lorsque le fonds de garantie transige avec la victime, cette transaction est opposable à l'auteur des dommages, sauf le droit pour celui-ci de contester devant le juge le montant des sommes qui lui sont réclamées du fait de cette transaction* »¹²⁴. Par conséquent, bien qu'elle soit intervenue entre le fonds et la victime, elle est opposable à l'auteur du dommage, et vient définir le montant des sommes qui lui sont réclamées. Le fonds de garantie, lorsqu'il transige, n'a pourtant pas la libre disposition de la créance de l'auteur du dommage, et son transfert ne doit pas aboutir à sa modification.

Il s'agit donc d'une règle dérogatoire entrant en contradiction avec l'objectif de conservation du droit et l'effet translatif de la subrogation. La transaction atteint aussi bien les droits de la victime à l'égard du fonds d'indemnisation que ceux de l'auteur du dommage, qui ne peut s'opposer à son application qu'en contestant en justice le montant des indemnités qui lui sont réclamées. Cette contestation n'aura néanmoins aucun effet vis-à-vis de la victime, qui ne pourra plus demander d'indemnités complémentaires auprès de l'auteur du dommage¹²⁵. Par conséquent, pour sauvegarder les intérêts du subrogé, l'effet translatif de la subrogation subit parfois des aménagements pouvant nuire à la cohérence du mécanisme¹²⁶.

¹²³ Principe « *specialia generalibus derogant* » : les lois spéciales dérogent aux lois générales.

¹²⁴ C. ass, art. L 421-3.

¹²⁵ C. ass, art. L 421-3 : « *Cette contestation ne peut avoir pour effet de remettre en cause le montant des indemnités allouées à la victime ou à ses ayants droit* ».

¹²⁶ Dans le même sens, CE, 6 août 2008, n° 297044 : « *La cour a pu sans commettre d'erreur de droit prendre en considération les transactions intervenues pour clore le litige civil relatif aux conséquences de l'accident causé par M. A, même si celui-ci n'y était pas partie, pour juger que l'État était fondé à réclamer à l'intéressé, en raison de sa faute personnelle, le remboursement des sommes versées au titre de ces transactions* » : en l'espèce, le recours semble alors être récursoire et non subrogatoire. Cf. *infra*. Le choix de la nature du recours en contribution, p. 482.

Section 2 :

Les limites de l'effet translatif de la subrogation

L'effet translatif de la subrogation est strictement encadré par l'objectif de conservation d'un droit, et doit aboutir au maintien de l'équilibre antérieur. Il convient toutefois d'aborder les limites qui peuvent lui être imposées. Or, parler des limites à l'effet translatif de la subrogation n'implique pas nécessairement une dénaturation du mécanisme. Cette crainte doit d'ailleurs être atténuée dans la mesure où nombre de ses exceptions sont en réalité issues des règles régissant son application. D'autres, bien qu'externes à la subrogation, peuvent être une conséquence de l'application stricte de son effet translatif ou résulter du contexte dans lequel la subrogation se produit.

En premier lieu, les limites à l'effet translatif peuvent être issues de l'application des règles régissant la subrogation personnelle. Par principe, le transfert s'effectue à hauteur du paiement subrogatoire et conduit au transfert de la créance initial avec ses accessoires. Il faut toutefois tenir compte de la qualité de codébiteur qui a un impact direct sur la répartition de la charge de la dette. Le recours en contribution est donc régi par des règles particulières que la subrogation se propose justement de maintenir.

D'autres restrictions viennent en revanche limiter le transfert de certains avantages au subrogé, ou encore favoriser le recours du subrogeant dès lors que le paiement n'est que partiel. D'apparence contradictoire avec l'effet translatif de la subrogation, ces limites sont parfois justifiées. Dès lors, deux hypothèses se présentent : soit les limites à l'effet translatif de la subrogation constituent une véritable dénaturation du mécanisme et sont donc difficilement acceptables, soit une justification peut être apportée et l'effet translatif n'est pas remis en cause. Le même constat peut être fait en matière de subrogation réelle lorsque la nature du droit est modifiée pour ne pas faire obstacle au jeu de la subrogation.

En second lieu, les limites peuvent être externes à la subrogation, c'est-à-dire dépendre de la prise en compte du contexte entourant sa mise en œuvre. Des aménagements

proviennent alors de la présence d'une personne publique et conduisent à une application particulière du mécanisme. La question est de savoir s'il s'agit de limites créant une véritable distinction entre les deux ordres juridiques, ou s'il s'agit simplement d'adaptations nécessaires qui ne sont pas si différentes des règles appliquées dans les rapports entre personnes privées. En outre, la variation de la valeur des biens ou encore l'intégration de la subrogation au sein des opérations lucratives conduisent à s'interroger sur la présence d'un éventuel profit. Le maintien de l'équilibre antérieur exclut, en principe, toute idée spéculative. Il faut alors déterminer si ce gain d'argent découle directement de l'application du mécanisme subrogatoire ou s'il est extérieur à la subrogation, qui n'est alors qu'une partie de l'opération lucrative.

Devront donc être exposées successivement les limites internes (Paragraphe 1) et externes (Paragraphe 2) au mécanisme subrogatoire, afin d'établir si elles constituent de véritables exceptions, ou si elles sont justifiées.

Paragraphe 1 : Les limites internes au mécanisme subrogatoire

Les limites à l'effet translatif de la subrogation peuvent être internes au mécanisme, c'est-à-dire directement liées à son mode de fonctionnement. Parfois spécifiquement prévues par les textes, elles peuvent également répondre à une adaptation nécessaire. Elles s'inscrivent dans l'esprit de la subrogation qui vise à conserver l'équilibre antérieur. Il faut alors tenir compte des règles préexistantes, ainsi que de la modification de la situation juridique. En effet, la conservation du droit ne peut se faire sans tenir compte du changement d'objet, ou du changement de créancier. Or, la qualité des parties a une incidence sur l'exercice du droit de créance et la nature du bien conditionne l'ampleur du transfert.

Il convient donc dans un premier temps d'exposer les limites qui sont attachées à la qualité des parties (A), pour ensuite s'intéresser aux obstacles à la conservation du droit dans toute son ampleur (B).

A. Les limites attachées à la qualité des parties

Par principe, l'effet translatif a lieu à hauteur du paiement effectué. La situation du subrogé peut cependant avoir une influence sur l'ampleur du recours subrogatoire (1). En outre, le droit de préférence accordé au subrogeant entre en contradiction avec l'effet principal de la subrogation, puisque le subrogé ne peut agir qu'une fois celui-ci totalement désintéressé, alors même qu'il est détenteur d'une partie de la créance (2).

1. L'impact de la situation du subrogé

La qualité du subrogé a un impact direct sur la répartition de la charge de la dette. Il ne s'agit pas à proprement parlé d'une exception à l'effet translatif de la subrogation, mais d'une limite imposée par les règles de répartition lorsque le subrogé est tenu avec d'autres ou pour d'autres. En revanche, la division des recours entre coobligés est imposée au stade de la contribution à la dette, ce qui constitue une véritable exception au transfert de la créance initiale.

L'impact de la qualité du subrogé sur la répartition de la charge de la dette. La subrogation personnelle conduit au transfert de la créance à hauteur du paiement effectué en tenant compte de la répartition du poids définitif de la charge de la dette¹. L'étude n'a pas pour objectif de dresser une liste exhaustive de toutes les règles de répartition, mais uniquement de mettre en lumière l'impact de la qualité du subrogé.

Ainsi, lorsqu'on est en présence d'une pluralité de débiteurs, l'obligation se divise de plein droit entre eux. La répartition se fait alors par part virile lorsqu'elle n'est pas réglée autrement par la loi ou le contrat². En présence de codébiteurs solidaires, l'article 1318 du Code civil prévoit que « *si la dette procède d'une affaire qui ne concerne que l'un des codébiteurs solidaires, celui-ci est seul tenu de la dette à l'égard des autres* ». Par conséquent, ses codébiteurs disposent d'un recours contre lui. De la même façon, même si « *les codébiteurs solidaires répondent solidairement de l'inexécution de l'obligation* », « *[l]a charge en incombe à titre définitif à ceux auxquels l'inexécution est imputable* ». En revanche, lorsque l'un des débiteurs est insolvable, sa part se répartit « *par contribution, entre*

¹ Cf. *supra*. Une stricte limitation de l'étendue du transfert, p. 183.

² C. civ., art. 1309 : les règles de répartition peuvent donc être conventionnellement définies ou légalement imposées

les codébiteurs solvables, y compris celui qui a fait le paiement et celui qui a bénéficié d'une remise de solidarité »³.

Les règles sont différentes lorsque le subrogé a la qualité de codébiteur tenu *in solidum*. Il faut alors tenir compte du fondement de la responsabilité engagée⁴, et la répartition se fait en fonction de la gravité des fautes⁵. Elle est alors sensiblement identique entre les deux corpus juridiques, où le rôle causal du fait générateur n'est que très rarement pris en compte⁶. Le projet de réforme de la responsabilité civile propose toutefois de l'intégrer⁷. Sur un autre plan,

³ C. civ, art. 1317.

⁴ Le coresponsable non fautif peut agir pour le tout contre le coresponsable fautif, alors qu'à l'inverse, le recours sera impossible : Civ, 2^{ème}, 13 septembre 2018, n° 17-20.099 : « *Un coauteur, responsable d'un accident sur le fondement de l'article 1242, alinéa 1, du Code civil, peut recourir pour le tout contre un coauteur fautif* » ; Civ, 2^{ème}, 22 février 1989, n° 89-19.484 : « *Aucune faute ne pouvait être retenue à l'encontre de celui-ci, a à bon droit réparti par moitié entre les deux gardiens la charge des condamnations prononcées au profit de la victime* » ; Civ, 2^{ème}, 13 novembre 1991, n° 90-15.472 : « *Le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur, impliqué dans un accident de la circulation et assigné par la victime, n'est pas fondé, lorsqu'il a commis une faute, à exercer une action récursoire contre un autre conducteur qui n'a pas commis de faute* » ; CE, 17 décembre 1999, n° 199598 « *en raison de son extrême gravité cette faute justifie qu'ait été mise à la charge du requérant la totalité des conséquences dommageables qui en sont résultées* » ; CAA Nancy, 9 mai 2005, n° 02NC00775 : « *Eu égard aux fautes commises par chacun des responsables, il y a lieu de partager la responsabilité à hauteur de 60 % pour le brigadier Y et 40 % pour le soldat X* » ; CE, 12 avril 2002, Papon, n° 238689 : « *Dans le troisième cas, où une faute personnelle a, dans la réalisation du dommage, conjugué ses effets avec ceux d'une faute de service distincte, l'administration n'est tenue de couvrir l'agent que pour la part imputable à cette faute de service. Il appartient dans cette dernière hypothèse au juge administratif, saisi d'un contentieux opposant le fonctionnaire à son administration, de régler la contribution finale de l'un et de l'autre à la charge des réparations compte tenu de l'existence et de la gravité des fautes respectives* ».

⁵ Civ, 2^{ème}, 10 novembre 2009, n° 08-19.607 ; Civ, 2^{ème}, 9 juin 2016, n° 14-27.043 ; CE, 2 juillet 1951, Delville, n° 04032 ; CE, 22 décembre 1976, n° 96594 ; A. Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019, n° 594 et suivants, p. 499.

⁶ CE, 12 avril 2004, Papon, n° 238689 : « *En fonction de la mesure qu'a prise la faute de service dans la réalisation du dommage* » ; Civ, 2^{ème}, 19 novembre 2009, n° 08-11.622 : « *Ayant retenu l'existence d'un lien causal entre la contamination et les vices affectant les produits sanguins dont la transfusion avait néanmoins été rendue nécessaire par les blessures occasionnées par Mme Y..., la cour d'appel a pu en déduire, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, que l'EFS devait supporter 80 % de l'indemnisation et Mme Y... 20 %* ».

⁷ Projet de réforme de la responsabilité civile, 13 mars 2017, par Jean-Jacques Urvoas, garde des Sceaux, ministre de la Justice, suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016, Art. 1265 : « *Lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage, elles sont solidairement tenues à réparation envers la victime. Si toutes ou certaines d'entre elles ont commis une faute, elles contribuent entre elles à proportion de la gravité et du rôle causal du fait générateur qui leur est imputable. Si aucune d'elles n'a commis de faute, elles contribuent à proportion du rôle causal du fait générateur qui leur est imputable, ou à défaut par parts égales* ». La question se pose également de la possibilité de tenir compte des parts du marché pour déterminer l'indemnisation pesant sur plusieurs laboratoires pharmaceutiques. Civ, 1^{ère}, 24 septembre 2009, n° 08-16.305 prévoit la condamnation *in solidum* des laboratoires avec renversement de la charge de la preuve : « *Dès lors qu'il était constaté que l'hormone de synthèse, dénommée diéthylbestrol (DES), avait bien été la cause directe de la pathologie tumorale dont faisait état la demanderesse, ce dont il découlait qu'elle avait été effectivement exposée in utero à ladite molécule, il appartenait à chacun des deux laboratoires dont la responsabilité était recherchée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil de prouver que son produit n'était pas à l'origine du dommage* ». Un des laboratoires possédait 95 % du marché et le second les 5 % restant. Appliquer les règles de répartition de la charge de la dette doit conduire à une répartition en fonction de la gravité des fautes respectives : en l'espèce, puisqu'ils ont commis la même faute, contribution chacun pour moitié. Il est également possible d'envisager une répartition en fonction des parts du marché : CA Versailles, 30

il est possible d'invoquer le recours entre cautions, qui se fait envers chacune pour sa part et portion⁸. En toute hypothèse, la qualité du subrogé permet donc de déterminer l'ampleur de l'effet translatif⁹.

La division des recours subrogatoires. Par principe, la subrogation personnelle suppose la transmission de la créance de telle sorte que les avantages et exceptions qui y sont attachés restent inchangés. À titre d'exemple, « *le débiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer les exceptions qui sont communes à tous les codébiteurs, telles que la nullité ou la résolution, et celles qui lui sont personnelles* », alors qu'« *il ne peut opposer les exceptions qui sont personnelles à d'autres codébiteurs, telle que l'octroi d'un terme* »¹⁰. En revanche, le débiteur solidaire peut se prévaloir d'une exception personnelle d'un autre codébiteur lorsqu'elle éteint la part divise de celui-ci¹¹ : elle est alors déduite du total de la dette.

Pourtant, le subrogé peut se voir priver d'un avantage octroyé au subrogeant. En effet, la qualité de coobligés solidaires ou *in solidum* suppose que le détenteur de la créance puisse agir contre l'un d'entre eux pour le tout¹². Puisque la subrogation est un mécanisme permettant la transmission de la créance et de ses accessoires¹³, le subrogé devrait pouvoir bénéficier d'un tel avantage. Toutefois, au stade de la contribution à la dette, la règle qui s'impose est la division des recours¹⁴. Par conséquent, le subrogé ne pourra agir contre ses codébiteurs qu'à hauteur de la part dont ils doivent personnellement répondre. L'article 1317 du Code civil précise d'ailleurs qu'« *entre eux, les codébiteurs solidaires ne contribuent à la dette que chacun pour sa part. Celui qui a payé au-delà de sa part dispose d'un recours contre les autres à proportion de leur propre part* ». La même constatation peut être faite en

juin 2016, n° 14/04397 : « *Néanmoins, la responsabilité in solidum des deux laboratoires est en réalité fondée, non sur un lien de causalité strictement entendu, mais sur une présomption d'imputabilité à une prise de risque fautive, soit en d'autres termes sur une probabilité que l'un ou l'autre des responsables présumés soit l'auteur du dommage, à raison de la faute commise. Or le risque imputable à Novartis est, au vu de sa part de marché, bien moindre. Ce laboratoire est donc bien fondé, dans ses rapports avec son co-responsable, à demander que la contribution à la dette soit proportionnelle au risque qui lui est imputable, dont on ne voit pas comment elle pourrait être appréciée si ce n'est par référence à leurs parts de marché respectives* ».

⁸ C. civ, art. 2310.

⁹ Ainsi, il aurait également pu être cité la qualité de conducteur d'un véhicule terrestre à moteur qui induit l'application du régime spécial mis en place par la loi de 1985 : A. Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019, n° 407, p. 354.

¹⁰ C. civ, art. 1315.

¹¹ C. civ, art. 1315 : par exemple la compensation ou la remise de dette

¹² C. civ, art. 1311 et 1313 ; Civ, 2^{ème}, 8 juillet 2004, n° 02-21.575.

¹³ C. civ, art. 1346-4.

¹⁴ C. Moniolle, *Action en garantie : actions récursoires et actions subrogatoires*, Rép. resp. puiss. Publ. janvier 2014, n° 21.

présence d'une obligation à prestation indivisible¹⁵, de cautionnements¹⁶, de cohéritiers¹⁷ ou encore d'une obligation *in solidum*¹⁸.

Ainsi, le subrogé ne peut se prévaloir de l'obligation *in solidum* à l'égard des coresponsables du dommage, même s'ils n'ont commis aucune faute et ont vocation à récupérer entièrement les sommes versées¹⁹. Cette atteinte à l'effet translatif de la subrogation se justifie à travers la volonté d'éviter une multiplication des recours en contribution²⁰. En outre, il s'agit d'un avantage prévu spécifiquement au stade de l'obligation à la dette pour avantager le créancier initial. Ainsi, le recours de la victime est facilité par l'obligation *in solidum*, mais ne peut profiter à un responsable du dommage.

2. Le droit de préférence du subrogeant

Le droit de préférence consiste à accorder une priorité au subrogeant dans le recouvrement de sa créance auprès du débiteur. Il semble inenvisageable que le recours du subrogé lui fasse perdre ses droits et actions contre le tiers responsable²¹. Il représente une exception à l'effet translatif de la subrogation, et il est d'ailleurs intransmissible au subrogé²².

La priorité accordée au subrogeant. Aux termes de l'article 1346-3 du Code civil, « *la subrogation ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie ; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel* ». Il s'agit donc d'une priorité accordée au subrogeant pour le recouvrement

¹⁵ C. civ, art. 1320.

¹⁶ C. civ, art. 2310.

¹⁷ C. civ, art. 875.

¹⁸ Civ, 2^{ème}, 17 janvier 2013, n° 12-12.158 ; CE sect, 18 novembre 1960, *Sieur Tilhaud*, Rec. p. 636 : « *Considérant que les agissements auxquels se sont livrés le Sieur Tilhaud et d'autres militaires ont présenté le caractère de fautes personnelles détachables du service et, par suite, de nature à engager envers l'État leur responsabilité ; mais que chacun des militaires qui ont participé aux pillages n'est pécuniairement responsable que des conséquences dommageables pour l'État de la faute personnelle qu'il a lui-même commise* ».

¹⁹ C. Moniolle, *Action en garantie : actions récursoires et actions subrogatoires*, Rép. resp. puiss. Publ. janvier 2014, n° 21.

²⁰ E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 162 ; O. Sabard, *La cause étrangère en droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2008, n° 262, pp. 210 et suivantes.

²¹ Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971, p. 333.

²² J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 635 : avantage purement personnel. Soc, 6 février 1969, Bull. civ. 1969, n° 82 : « *Dès lors que l'indemnité mise à la charge du tiers responsable et calculée compte tenu de la perte des salaires de la victime, était insuffisante pour assurer à la fois le remboursement à la caisse de ses débours et à l'employeur des compléments de salaire versés par lui, la cour d'appel a décidé à bon droit, que cette indemnité devait faire l'objet entre ces créanciers égaux en droit, d'une répartition au marc le franc d'après le montant de leurs créances respectives* ».

de sa créance²³. Ce principe n'est pas nouveau, et déjà sous l'Ancien droit, il s'appliquait à travers la maxime « *nemo contra se subrogasse censetur* »²⁴. Il a été consacré dès l'origine par le Code civil²⁵ et d'autres textes spéciaux l'ont réaffirmé dans chacune des applications de la subrogation²⁶. Cette règle est inhérente au mécanisme subrogatoire qui suppose que l'octroi de la créance au subrogé ne doit pas se faire au détriment des intérêts du subrogeant²⁷ et le paiement partiel effectué ne doit pas modifier la situation du créancier²⁸.

En toute logique, le juge administratif a donc également accordé une priorité au subrogeant pour le recouvrement de sa créance²⁹. Le Conseil d'État a d'ailleurs précisé, dans un avis de 2007, que « *l'indemnité mise à la charge du tiers, qui correspond à une partie des conséquences dommageables de l'accident, doit être allouée à la victime tant que le total des prestations dont elle a bénéficié et de la somme qui lui est accordée par le juge ne répare pas l'intégralité du préjudice qu'elle a subi* ». Il a ensuite précisé les modalités d'application du

²³ Crim, 20 novembre 2012, n° 11-88.773 : « *La subrogation ne peut nuire à la victime subrogeante, créancière de l'indemnisation, lorsqu'elle n'a été indemnisée qu'en partie* ». Civ, 2^{ème}, 14 janvier 2010, n° 08-17.293 : le recours s'effectue « *poste par poste, sur l'indemnité due par le responsable, pour la part du poste de son préjudice que ne réparent pas les prestations versées, le solde de l'indemnité étant, le cas échéant, alloué au tiers payeur* ». Civ, 2^{ème}, 24 septembre 2009, n° 08-14.515 : « *L'arrêt retient exactement que le poste de préjudice correspondant aux pertes de gains professionnels futurs subis par la victime s'élève à la somme de 197.600 € ; qu'après limitation du droit à indemnisation de la victime, l'indemnité due s'élève à la somme de 98.800 € ; que, compte tenu des indemnités journalières servies par la CNP à hauteur de 11.840,12 €, de la pension servie par la CDC à hauteur de 46.139,07 €, le montant du préjudice non réparé subi par la victime s'élève à la somme de 139.620,81 € ; que le recours de la victime étant prioritaire sur l'indemnité de droit commun, il est dû à M. X la somme de 98.800 €, aucun solde ne restant pour la CNP et la CDC* »

²⁴ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 627.

²⁵ C. civ, anc. art. 1252.

²⁶ C. sec. soc, art. L 376-1 : « *La subrogation ne peut nuire à la victime subrogeante, créancière de l'indemnisation, lorsqu'elle n'a été prise en charge que partiellement par les prestations sociales ; en ce cas, l'assuré social peut exercer ses droits contre le responsable, par préférence à la caisse subrogée* ». De plus, C. sec. soc, art. L 376-2 : « *La victime ou ses ayants droit est admise à faire valoir les droits résultant pour elle de l'action en indemnité formée conformément à l'article L. 376-1 par priorité sur ceux des caisses en ce qui concerne son action en remboursement des déboursés* ». Voir également, CE sect, 13 octobre 1972, n° 82202 et 82203 ; Civ, 2^{ème}, 14 janvier 2010, n° 08-17.293 : « *La perte de la fraction des gains professionnels actuels subie par la victime et non compensée par les prestations d'indemnités journalières servies par la caisse, et la perte de la fraction des gains professionnels futurs non compensée par la pension d'invalidité en arrérages et capital servie par la caisse étaient supérieures à la dette d'indemnisation incombant sur chacun de ces postes, après application du partage de responsabilité, aux tiers responsables et à leurs assureurs, la Cour d'appel, faisant une exacte application de l'article L. 376 1 modifié du Code de la sécurité sociale, en a déduit à bon droit que les indemnités réparant ces postes de préjudice devaient être attribuées par préférence à la victime et que la caisse subrogée ne pouvait prétendre à aucun remboursement de sa créance sur l'un et l'autre de ces postes* ».

²⁷ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 629 : mise en place en présence de mécanismes qui viennent justement supporter le risque d'insolvabilité

²⁸ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 636.

²⁹ CE, 5 février 1969, n° 73050 : « *L'État ne doit pouvoir bénéficier de cette subrogation à l'égard du [responsable] qu'après que [le subrogeant] aura été totalement dédommagé pour la part du préjudice dont il n'est pas indemnisé par la présente décision* ».

droit de préférence dans un arrêt de 2008³⁰. En l'espèce, il était saisi d'un recours de la victime d'un dommage corporel, ainsi que d'un organisme de sécurité sociale subrogé dans ses droits. Il énonce alors que le juge doit « *déterminer le montant du préjudice en précisant la part qui a été réparée par des prestations sociales et celle qui est demeurée à la charge de la victime* ». Il fixe ensuite l'indemnité mise à la charge de l'auteur du dommage et doit allouer cette indemnité à la victime, dans la limite de la part du poste de préjudice qui n'a pas été réparée par des prestations. S'il existe un solde, il sera alloué à l'organisme de sécurité sociale. Par conséquent, le subrogeant ne peut souffrir du concours du subrogé qui a vocation à supporter le risque d'insolvabilité.

L'impact du droit de préférence. Le droit de préférence apparaît comme une exception à l'effet translatif de la subrogation dans la mesure où le subrogé devrait pouvoir exercer les droits qu'il a obtenus du subrogeant dans les mêmes conditions que lui. La priorité accordée au subrogeant dans le recouvrement de sa créance s'impose alors comme une contrainte supplémentaire qui n'était pourtant pas attachée à la créance. Certains auteurs ont alors tenté de limiter l'impact d'une telle exception en considérant que « *la préférence n'est et ne peut être accordée que pour l'exercice de ces garanties* »³¹, ou encore que seule l'hypothèse où le débiteur ne dispose pas de fonds suffisants pour désintéresser le subrogeant et le subrogé devrait donner lieu à préférence³².

Cette seconde analyse se retrouve au sein de l'article 1276 du projet de réforme de responsabilité civile³³ en ce qui concerne les règles particulières à la réparation des préjudices résultant d'un dommage corporel. Deux hypothèses sont alors distinguées : soit la réparation intégrale est empêchée en raison de l'insolvabilité du responsable et la victime peut bénéficier de cette préférence pour ce qui lui reste dû, soit la faute de la victime vient diminuer son indemnisation et celle-ci « *ne [peut] réduire son droit à indemnisation que sur la part de son préjudice qui n'a pas été réparé par les prestations du tiers payeur. Celui-ci a droit au*

³⁰ CE, 5 mars 2008, n° 272447.

³¹ V-N. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil : contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, Delamotte fils, Paris, 1884-1894, t. 2 : « *La préférence n'est et ne peut être accordée que pour l'exercice de ces garanties. Ainsi, le créancier passera avant le subrogé pour profiter d'un privilège, d'une hypothèque, d'un cautionnement, etc. ; mais il ne passerait point avant lui, et le paiement se ferait entre eux au marc le franc, s'il s'agissait d'une créance ordinaire et ne présentant aucune garantie particulière* ».

³² P. Berlioz, *Recours des tiers payeurs : la subrogation dénaturée ?*, Petites affiches. n° 78, 20 avril 2010, p. 6.

³³ Projet de réforme de la responsabilité civile, 13 mars 2017, Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la Justice.

reliquat de la dette mise à la charge du responsable »³⁴. Il s'agit d'une moralisation visant à sanctionner la victime dès lors qu'elle a commis une faute³⁵. Cette solution n'est cependant retenue ni dans le droit commun de la subrogation³⁶ ni dans les droits spéciaux³⁷.

Le droit de préférence porte donc atteinte à l'effet translatif de la subrogation : le droit lui-même est bien conservé, mais un ordre d'indemnisation est octroyé légalement au stade de la contribution à la dette³⁸. En outre, en présence d'une faute de la victime, celle-ci peut obtenir une indemnisation supérieure à celle qu'elle aurait pu prétendre auprès du ou des débiteurs définitifs. L'atteinte est donc également portée à l'objectif de conservation qui doit avoir pour résultat le maintien de l'équilibre préexistant. L'étude postérieure des recours des tiers payeurs mettra d'ailleurs en lumière l'impact de ce droit de préférence sur l'indemnisation de la victime³⁹. Il se révèle toutefois être conforme à l'objectif de garantie de paiement apportée en amont de la subrogation personnelle⁴⁰.

B. Les obstacles à la conservation du droit dans toute son ampleur

La conservation du droit dans toute son ampleur suppose qu'il soit transmis avec tous les accessoires et prérogatives qui lui sont attachés. L'intransmissibilité des avantages personnels en matière de subrogation personnelle (1) et la modification de la nature du droit en matière de subrogation réelle (2) présentent donc un obstacle à la conservation du droit, et viennent limiter l'ampleur du transfert.

³⁴ Il en résulte que sur cette part, son droit peut être diminué et qu'elle subira, de ce fait, les conséquences de sa faute.

³⁵ Civ, 2^{ème}, 14 janvier 2010, n° 08-17.293 ; CE, 22 mars 1967, n° 65677 : « *En cas de partage de responsabilité entre le tiers responsable et la victime, la demande des caisses de sécurité sociale poursuivant le remboursement de leurs dépenses n'a d'autre limite que le montant total de l'indemnité mise à la charge du tiers, au titre des dommages corporels subis par la victime, y compris, le cas échéant, les sommes dues pour les souffrances physiques et pour les pertes de salaires consécutives à l'accident* ». Le droit de préférence peut conduire à une indemnisation intégrale du subrogeant alors même qu'il a commis une faute de nature à diminuer son droit à réparation : Cf. *infra*. Le droit de préférence accordé à la victime, p. 431.

³⁶ C. civ, art. 1346-3.

³⁷ CE, Avis, 4 juin 2007, n° 303422 et 304214 ; CE, 5 février 1969, n° 73050 : l'action subrogatoire de l'État est paralysait lorsqu'elle entraîne une indemnisation partielle de la victime ; C. Quezel-Ambrunaz, *Deux ans d'application de la réforme du recours des tiers payeurs*, Gazette du Palais. n° 62, 2009, p. 10 ; Civ, 2^{ème}, 16 octobre 2008, n° 07-12.880 et 07-16.484.

³⁸ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 637 : il s'agit d'un avantage accordé au créancier originaire qui demeure créancier pour une part. Il apparaît équitable de préférer le créancier originaire.

³⁹ Cf. *infra*. Le droit de préférence accordé à la victime, p. 431.

⁴⁰ Cf. *infra*. Le contexte de développement de la subrogation personnelle, p. 280.

1. Intransmissibilité des avantages personnels

Les avantages personnels sont ceux considérés comme exclusivement attachée à la personne du subrogeant et dont le subrogé ne peut bénéficier. Ainsi, ils sont intransmissibles et s'imposent comme une limitation à l'effet translatif de la subrogation⁴¹. Cette exclusion est légalement consacrée à l'article 1346-4 du Code civil, mais également dans des textes spéciaux tels que l'article L 376-1 du Code de sécurité sociale ou plus généralement au sein de la loi de 1985 en ce qui concerne le recours des tiers payeurs⁴².

Les limites à l'exercice d'une action judiciaire. L'intransmissibilité des avantages personnels peut avoir un impact sur l'exercice de l'action judiciaire. Par exemple, la suspension du délai de prescription accordée au mineur ne peut bénéficier au subrogé majeur⁴³. Une telle limite se comprend aisément dans la mesure où il s'agit d'un avantage spécialement conçu dans un souci de protection du mineur : sa transmission à un majeur dénaturerait son objectif. Dans d'autres hypothèses, la justification semble toutefois moins convaincante. À l'origine, le commissionnaire des transports, lorsqu'il réglait le prix du transport aux voituriers, était subrogé dans ses droits et actions et pouvait donc exercer l'action directe en paiement issue de l'article L 132-8 du Code de commerce⁴⁴. Une telle action est aujourd'hui considérée comme exclusivement réservée au transporteur⁴⁵, alors que l'action directe des sous-traitants contre le maître d'ouvrage peut, quant à elle, bénéficier au banquier caution subrogé dans les droits des sous-traitants⁴⁶. Le caractère strictement personnel semble donc dépendre de la qualité des parties en cause.

L'impossibilité pour le subrogé de se constituer partie civile est en revanche toujours applicable : il s'agit d'une action en réparation « *du dommage causé par un crime, un délit ou*

⁴¹C. Lachize, *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil*, Thèse, Université Montesquieu IV, 1996, p. 489 : l'auteur reconnaît cette limitation pour toutes les transmises de créances.

⁴² Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, art. 31.

⁴³ Civ, 2^{ème}, 25 novembre 1992, n° 91-13.251 : « *La suspension de la prescription dont bénéficie un mineur, qui lui est purement personnelle, cesse de produire effet à l'égard de la partie subrogée dans ses droits à partir du jour de la subrogation* ».

⁴⁴ Le voiturier a « *une action directe en paiement de ses prestations à l'encontre de l'expéditeur et du destinataire, lesquels sont garants du paiement du prix du transport* » : Com, 2 juin 2004, n° 02-20.535.

⁴⁵ Com, 13 novembre 2007, n° 06-18.978 : « *Ne peut agir en qualité de subrogée dans les droits et actions des voituriers et que l'article L. 132-8 du Code de commerce ne s'applique au voiturier que dans le cas de défaillance du commissionnaire de transport* ».

⁴⁶ Civ, 3^{ème}, 18 mai 2017, n° 16-10.719 : « *La banque, qui avait fourni le cautionnement prévu à l'article 14 de la loi du 31 décembre 1975, était subrogée, après paiement, dans les droits et actions du sous-traitant et fondée à exercer l'action directe dont disposait celui-ci contre le maître de l'ouvrage* »

une contravention » qui « *appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction* »⁴⁷. Étant donné que le recours des tiers payeurs et des assureurs trouve sa source dans le contrat ou la loi, et non l'infraction⁴⁸, la Cour de cassation ne leur permet pas de se prévaloir de la subrogation pour exercer l'action civile devant les juridictions répressives. Elle considère en effet que « *le préjudice subi ne [trouve] pas directement sa source dans le délit, mais dans les stipulations qui l'obligent à payer* »⁴⁹.

Toutefois, une telle solution est critiquable, car lorsque le tiers payeur agit, c'est en tant que détenteur de la créance dont disposait la victime. Il demande donc la réparation découlant du préjudice lié à l'infraction et l'intérêt à agir doit s'apprécier en la personne du subrogeant⁵⁰. Dès lors, une telle exclusion se justifie davantage au regard du caractère personnel de l'action⁵¹ et ceci n'exclut pas la possibilité pour le subrogé d'exercer le recours subrogatoire devant le juge civil.

Une exception figure toutefois à l'article 706-11 du Code de procédure pénal permettant au fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et autres infractions, subrogé dans les droits de la victime, d'exercer ses droits par voie de constitution de partie civile devant la juridiction répressive⁵². Un manque de cohérence se fait alors sentir : soit l'action est considérée comme purement personnelle et ne peut être exercée lors du recours subrogatoire, soit elle devrait pouvoir profiter à tous et non uniquement au fonds de garantie.

Les limites au transfert des prérogatives attachées à la créance. La notion d'avantages personnels concerne également certains postes de préjudices qui sont en principe exclus du recours subrogatoire. Le subrogé ne peut donc pas demander le remboursement des sommes

⁴⁷ C. proc. pen, art. 2.

⁴⁸ Crim, 14 novembre 2007, n° 06-88.538 : « *Le droit d'exercer l'action civile devant les juridictions répressives n'appartient qu'à ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction ; que l'obligation qui pèserait sur les établissements bancaires d'indemniser leurs clients résulte de leurs engagements contractuels avec ces derniers et n'est donc pas la conséquence directe de l'infraction* ».

⁴⁹ Crim, 5 avril 2006, n° 05-83.130.

⁵⁰ C. proc. pen, art. 85 : « *Toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit peut en portant plainte se constituer partie civile devant le juge d'instruction compétent en application des dispositions des articles 52, 52-1 et 706-42.* ». C. proc. pen, art. 418 : « *Toute personne qui, conformément à l'article 2, prétend avoir été lésée par un délit, peut, si elle ne l'a déjà fait, se constituer partie civile à l'audience même* ».

⁵¹ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 576.

⁵² C. proc. pen, art. 706-11 : « *Le fonds est subrogé dans les droits de la victime pour obtenir des personnes responsables du dommage causé par l'infraction ou tenues à un titre quelconque d'en assurer la réparation totale ou partielle le remboursement de l'indemnité ou de la provision versée par lui, dans la limite du montant des réparations à la charge desdites personnes. Le recours du fonds ne peut s'exercer contre l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués. Le fonds peut exercer ses droits par toutes voies utiles, y compris par voie de constitution de partie civile devant la juridiction répressive et ce, même pour la première fois, en cause d'appel. Lorsqu'il se constitue partie civile par lettre recommandée, le fonds peut demander le remboursement des sommes mises à sa charge sans limitation de plafond* ».

versées en réparation d'un préjudice personnel⁵³. Cette exclusion souffre d'exceptions issues de l'article 31 de la loi de 1985⁵⁴ et de l'article L 376-1 du Code de sécurité sociale : ainsi, « *si le tiers payeur établit qu'il a effectivement et préalablement versé à la victime une prestation indemnisant de manière incontestable un poste de préjudice personnel, son recours peut s'exercer sur ce poste de préjudice* ». En revanche, si le projet de réforme de la responsabilité civile venait à être consacré, les préjudices patrimoniaux seraient totalement exclus du recours des tiers payeurs⁵⁵.

Il faut alors déterminer les prérogatives qui doivent être considérées comme personnelles, car elles ont une influence directe sur l'ampleur du recours⁵⁶. Elles peuvent résulter de la volonté législative : ainsi, « *l'administration dispose d'un monopole de vente au détail des tabacs manufacturés qui oblige tout fournisseur de tabac à conserver la propriété des tabacs depuis leur entrée ou leur fabrication en France jusqu'à leur vente au détail après consignation chez le débitant* »⁵⁷. Par conséquent, le subrogé ne peut pas revendiquer leur propriété⁵⁸. Ces prérogatives s'analysent également à travers leur connotation morale ou familiale⁵⁹ : les créances alimentaires et les réparations pécuniaires allouées aux victimes dans le cadre d'une condamnation pénale sur intérêts civils sont donc exclues du recours

⁵³ Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, art 31 : « *Les recours subrogatoires des tiers payeurs s'exercent poste par poste sur les seules indemnités qui réparent des préjudices qu'elles ont pris en charge, à l'exclusion des préjudices à caractère personnel* » ; C. sec. soc, art. L 376-1 : « *Les recours subrogatoires des caisses contre les tiers s'exercent poste par poste sur les seules indemnités qui réparent des préjudices qu'elles ont pris en charge, à l'exclusion des préjudices à caractère personnel* ». La Nomenclature Dintilhac prévoit comme préjudices extrapatrimoniaux le déficit fonctionnel temporaire et permanent, les souffrances endurées temporaires et permanentes, le préjudice esthétique temporaire et permanent, le préjudice d'agrément, l'incidence professionnelle extrapatrimoniale, le préjudice sexuel, le préjudice d'établissement, les préjudices permanents exceptionnels, ainsi que le préjudice lié à la conscience d'une pathologie évolutive.

⁵⁴ « *Si le tiers payeur établit qu'il a effectivement et préalablement versé à la victime une prestation indemnisant de manière incontestable un poste de préjudice personnel, son recours peut s'exercer sur ce poste de préjudice* ».

⁵⁵ Projet de réforme de la responsabilité civile, 13 mars 2017, Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la Justice, art. 1276.

⁵⁶ P. Delebecque, *Les limites de la subrogation personnelle*, issue de *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 361.

⁵⁷ C. gen. imp, art. 568 et 570 ; Com, 26 novembre 2002, n° 01-12.823 : « *Attendu que l'Administration dispose d'un monopole de vente au détail des tabacs manufacturés qui oblige tout fournisseur de tabac à conserver la propriété des tabacs depuis leur entrée ou leur fabrication en France jusqu'à leur vente au détail après consignation chez le débitant et qui institue, au profit exclusif de ce fournisseur, un droit de propriété qui n'est pas transféré au créancier subrogé* ».

⁵⁸ Le droit de propriété n'est donc pas transféré au créancier subrogé.

⁵⁹ P. Delebecque, *Les limites de la subrogation personnelle*, issue de *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 364.

subrogatoire⁶⁰. Il peut toutefois apparaître regrettable qu'aucune liste limitative ou critère strict ne permettent de définir avec précision les prérogatives personnelles.

2. La modification de la nature du droit

La différence de nature entre le bien initial et le bien de remplacement peut conduire à la modification de la nature du droit : un droit réel⁶¹ peut dégénérer en droit personnel⁶². La subrogation réelle est alors possible, mais ne peut parvenir à la conservation du droit dans toute son ampleur et l'effet translatif est restreint.

La possibilité pour le droit réel de dégénérer en droit personnel. « *Les droits de créance sont, par leur nature, compatibles avec tous les changements d'objets matériels* »⁶³, et ne posent donc aucune difficulté au jeu de la subrogation réelle : ils conservent leur nature, quel que soit le bien sur lequel ils portent. *A contrario*, une modification de la nature du droit peut avoir lieu en présence de droit réel. Ils portent directement sur la chose et ne s'exécutent que par l'intermédiaire d'une prestation. Par conséquent, pour qu'ils soient conservés, ils doivent être reportés sur un bien susceptible de droit réel⁶⁴.

À titre d'exemple, le droit réel immobilier ne peut conserver sa nature lorsque le bien immeuble est remplacé par un bien meuble : c'est notamment le cas de l'hypothèque. Deux options sont alors offertes : soit la subrogation réelle doit être écartée alors même qu'il s'agit d'hypothèque où elle est au contraire souhaitable, soit le droit peut dégénérer en droit personnel par le changement de l'objet matériel.

V. Ranouil a alors fait la distinction entre la subrogation parfaite, qui ne modifie pas la nature du droit⁶⁵, et la subrogation imparfaite qui implique que les droits protégés soient des créances de sommes d'argent et donc des droits personnels⁶⁶. L'une permet alors la protection en nature alors que la seconde permet la protection en valeur⁶⁷. Toutefois, au sein même des subrogations parfaites, un changement de nature du droit peut avoir lieu. Ainsi, en matière de

⁶⁰ Civ, 2^{ème}, 23 septembre 2010, n° 09-15.839.

⁶¹ Par exemple, le droit de propriété.

⁶² Par exemple, un droit de créance.

⁶³ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 227.

⁶⁴ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 229.

⁶⁵ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 228.

⁶⁶ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 230.

⁶⁷ Cf. *supra*. Une fonction régulatrice tribulaire de la disparition du droit, p. 127. La subrogation imparfaite décrit en réalité les méthodes de calculs utilisées au sein des règlements familiaux prenant en compte les subrogations pouvant avoir eu lieu. Ainsi, ces hypothèses ne sont pas des hypothèses de subrogation.

remplacement du bien par une indemnité ; le droit réel devient personnel lorsque « *le dépositaire auquel la chose a été enlevée par une force majeure et qui a reçu un prix ou quelque chose à la place doit restituer ce qu'il a reçu en échange* »⁶⁸.

À l'inverse, M. Lauriol estime que le réclamant oppose son droit de propriété au détenteur de la créance et aux tiers de la même façon qu'il exercerait un droit réel sur une chose corporelle. Ainsi, le droit est personnel uniquement dans le rapport entre le créancier et le débiteur. Il y aurait donc une contradiction entre « *le caractère réel de la réclamation et le caractère personnel de l'action, simple objet de cette réclamation* »⁶⁹. Dès lors, « *le caractère réel précise le mode d'exercice exclusif de ce droit (opposé au détenteur et autres tiers) ; le caractère personnel marque le contenu de ce droit, contenu qui s'exerce à l'encontre du débiteur* »⁷⁰. La subrogation remplit donc bien sa mission de conservation du droit réel sur une créance.

Il faut pourtant préciser qu'en matière de revendication, ce n'est pas le droit de propriété qui est conservé, mais le droit personnel à restitution. Il s'agit donc simplement du report de la créance de restitution du bien initial sur son prix de vente. La dégénérescence du droit réel en droit personnel s'observe toutefois en matière d'absence, lorsque le report permet la survie du droit de propriété, ou encore lors de la substitution d'une créance de deniers à un bien propre, puisque le droit de propriété appartenant à l'époux se transforme en droit personnel contre le débiteur.

L'impact d'une telle dégénérescence sur la subrogation. La détermination de l'ampleur du transfert dépend du contenu et de la nature du droit transmis, ainsi que de la nature du bien de remplacement. L'exercice du droit peut être modifié dans la mesure où le contenu irréductible de celui-ci continue à pouvoir s'exercer sur le bien nouveau. Or, le report du droit de propriété d'un bien sur une créance n'a pas pour effet de le priver de ses prérogatives essentielles, c'est-à-dire de la possibilité d'user du bien, d'en récolter les fruits et d'en disposer librement⁷¹. La subrogation réelle permet donc bien la conservation du droit initial et le maintien de l'équilibre patrimonial antérieur. Celui-ci s'exerce uniquement de

⁶⁸ C. civ, art. 1934. Dans le même sens, l'article 1935 prévoit que « *l'héritier du dépositaire, qui a vendu de bonne foi la chose dont il ignorait le dépôt, n'est tenu que de rendre le prix qu'il a reçu, ou de céder son action contre l'acheteur, s'il n'a pas touché le prix* ».

⁶⁹ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 238.

⁷⁰ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 238.

⁷¹ Cf. *supra*. L'étendue des droits transmis, p. 201.

façon différence en ce qu'il porte soit sur un bien⁷², soit sur une indemnité ou une créance indemnitaire⁷³.

La nature du droit peut donc être modifiée sans pour autant faire obstacle à l'application de la subrogation réelle : il s'agit uniquement d'une adaptation inévitable liée à la capacité du bien nouveau à accueillir le droit. La même constatation peut être faite lorsque le droit de propriété de l'époux est reporté sur la créance indemnitaire et devient un droit de créance⁷⁴ : il peut s'exercer pleinement sur le bien nouveau et l'époux reste seul propriétaire des sommes correspondant à l'indemnité perçue. Bien qu'une telle dégénérescence ne s'impose pas comme un obstacle à la subrogation réelle, elle n'en constitue pas moins une limite à son effet translatif. En effet, le droit de créance expose son titulaire au risque d'insolvabilité du débiteur ou aux concours des autres créanciers, alors que le droit réel dispose d'une opposabilité absolue. Le contenu irréductible du droit est donc conservé, mais les autres prérogatives peuvent être modifiées⁷⁵. L'adaptation du droit à la nature du bien de remplacement implique donc un risque de diminution de l'ampleur de l'effet translatif.

Paragraphe 2 : Les limites externes à la subrogation

Les limites externes au mécanisme subrogatoire résultent de la prise en compte de la qualité des parties au rapport juridique, ou encore des facteurs d'influences extérieurs tels que la hausse de la valeur des biens immobiliers ou les conventions conclues en parallèle. Elles ne sont pas directement liées au mode de fonctionnement de la subrogation, mais peuvent avoir une influence sur la mise en œuvre de son effet translatif.

En principe, la présence d'une personne publique ne modifie pas le régime applicable à la subrogation. « *La jurisprudence se devait, en effet, de faire preuve d'une certaine logique : à partir du moment où elle admettait que les obligations administratives pouvaient faire l'objet d'une transmission par la voie de la subrogation personnelle (...), il lui était difficile de*

⁷² Par exemple, en matière d'échange : C. civ, art. 1407.

⁷³ C. civ, art. 1406.

⁷⁴ C. civ, art. 1406.

⁷⁵ Dans le même sens : G. Rives, *Subrogation réelle à titre particulier et propriété immobilière*, RTD civ. 1968, p. 635.

*refuser d'appliquer les principes essentiels régissant le fonctionnement de ce mécanisme »*⁷⁶. Toutefois, la spécificité du droit public conduit à conférer un certain particularisme à l'opération. La présence d'une personne publique peut alors avoir un effet direct sur son effet translatif (A). En outre, bien que la subrogation suppose en principe une stricte limitation de l'effet translatif, elle semble pouvoir être génératrice de profit (B).

A. Les effets de la présence d'une personne publique

La subrogation a été transposée en droit public et répond à des règles identiques. Par conséquent, elle emporte le transfert de la créance et de ses accessoires au subrogé. Il convient néanmoins de s'interroger sur les effets de la présence d'une personne publique sur cette transmission de droits. Les limites peuvent résulter de la simple intervention d'une personne publique dans le rapport juridique, mais également de l'application des règles de droit administratif. Le recours subrogatoire peut alors être totalement ou partiellement empêché (1), et la situation des parties à l'opération fragilisée (2).

1. Les obstacles à l'exercice du recours subrogatoire

L'appropriation du mécanisme subrogatoire par le juge administratif ne fait pas obstacle à l'instauration « *de solutions particulières qui transforment en partie les modalités de mise en œuvre* »⁷⁷. Alors que certaines découlent uniquement de la prise en compte des règles de droit public lors de l'application du mécanisme, d'autres en revanche viennent limiter la possibilité d'exercer le recours subrogatoire et s'opposent catégoriquement à son effet translatif.

La limitation ou l'exclusion du recours subrogatoire. À l'origine⁷⁸, le forfait de pension avait pour effet de limiter le droit des agents victimes d'un accident de service. Les pensions d'invalidité avaient alors un caractère forfaitaire s'opposant à la réparation intégrale du préjudice⁷⁹. Puisque la personne subrogée dans les droits de l'agent ne pouvait avoir plus de droits que le subrogeant, il se voyait opposer une telle limitation. Par conséquent, dès lors que les sommes versées par la compagnie d'assurance excédaient les droits découlant de la

⁷⁶ R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 289.

⁷⁷ R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 358.

⁷⁸ Instauré à l'origine par les lois des 11 et 18 avril 1831 sur les pensions des armées de terre et de mer. Prévu ensuite pour les fonctionnaires civils par une loi du 9 juin 1853 sur les pensions civiles.

⁷⁹ T. Olson, *Régimes législatifs spéciaux d'indemnisation relevant de la juridiction administrative*, Rép. resp. puiss. Publ. 2019, n° 79 et suivants.

législation sur les pensions militaires, elle ne pouvait prétendre au remboursement intégral⁸⁰. Cette limitation ne concernait pas directement la subrogation personnelle, mais avait des conséquences sur sa mise en œuvre. Loin de dénaturer le mécanisme, c'est en réalité son application stricte qui conduisait à opposer au subrogé le forfait de pension. Le Conseil d'État a toutefois mis fin à cette limitation en 2003⁸¹ : dorénavant, l'agent peut bénéficier d'une réparation intégrale, et, par voie de conséquence, le subrogé n'est plus limité par le caractère forfaitaire des sommes versées.

D'autres limites, en revanche, ne proviennent pas de l'application stricte du mécanisme subrogatoire. Tout d'abord, la protection accordée par l'État aux militaires contre les menaces et les attaques dont ils peuvent faire l'objet pendant l'exercice de leurs fonctions, ainsi que la réparation des éventuels préjudices qui en découlent ne peut bénéficier au subrogé. En effet, « sa mise en œuvre ne peut être demandée que par le militaire lui-même, dans le cadre de sa relation statutaire avec l'État ; qu'il en résulte que ce régime de protection n'est pas au nombre de ceux susceptibles de permettre à l'assureur des personnes ou des biens éventuellement atteints dans le cadre d'un sinistre de cette nature d'être subrogé dans les droits et actions du militaire sur le fondement de l'article L. 121-12 du Code des assurances »⁸². En outre, le principe d'unité de l'État⁸³ peut conduire à exclure le recours subrogatoire, car il interdit tout recours contre l'État lui-même⁸⁴. Ces hypothèses constituent alors une véritable limitation à l'effet translatif de la subrogation.

⁸⁰ CE, 22 décembre 1967, n° 72419.

⁸¹ CE, ass, 4 juillet 2003, n° 211106 : « Ces dispositions déterminent forfaitairement la réparation à laquelle un fonctionnaire victime d'un accident de service ou atteint d'une maladie professionnelle peut prétendre, au titre de l'atteinte qu'il a subie dans son intégrité physique, dans le cadre de l'obligation qui incombe aux collectivités publiques de garantir leurs agents contre les risques qu'ils peuvent courir dans l'exercice de leurs fonctions ; qu'elles ne font cependant obstacle ni à ce que le fonctionnaire qui a enduré, du fait de l'accident ou de la maladie, des souffrances physiques ou morales et des préjudices esthétiques ou d'agrément, obtienne de la collectivité qui l'emploie, même en l'absence de faute de celle-ci, une indemnité complémentaire réparant ces chefs de préjudice, distincts de l'atteinte à l'intégrité physique, ni à ce qu'une action de droit commun pouvant aboutir à la réparation intégrale de l'ensemble du dommage soit engagée contre la collectivité, dans le cas notamment où l'accident ou la maladie serait imputable à une faute de nature à engager la responsabilité de cette collectivité ou à l'état d'un ouvrage public dont l'entretien incombait à celle-ci ».

⁸² CE, 7 mai 2010, *Philippot et compagnie d'assurance générale*, n° 304376.

⁸³ R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 339.

⁸⁴ CAA Lyon, 16 octobre 1997, n° 94LY01229 : « Si la subrogation investit le subrogé de tous les droits et actions du subrogeant elle ne lui confère que les droits et actions qui appartenaient à ce dernier dans les limites dans lesquelles il pouvait les exercer ; que nonobstant l'existence en 1987 d'un budget annexe des postes et télécommunications, ni la Direction de l'Approvisionnement des Ateliers des Télécommunications, ni la recette principale de Toulon ne constituaient des personnes publiques distinctes de l'État ; que par suite, quand bien même le dommage causé à l'État par le détournement susmentionné serait imputable à une faute commise par ses propres services, les compagnies requérantes, qui se sont présentées comme assureurs de l'État, ne peuvent utilement invoquer, à l'encontre de ce dernier, la subrogation prévue à l'article L.121-12 du Code des

L'atteinte directe à l'effet translatif et le décompte définitif. La renonciation, en droit administratif, peut être faite de façon implicite par la signature d'un décompte définitif après l'exécution d'un marché de travaux publics⁸⁵. Il détermine les droits et obligations définitifs des parties⁸⁶, et « *seule l'intervention du décompte général et définitif du marché a pour conséquence d'interdire au maître de l'ouvrage toute réclamation à cet égard* »⁸⁷. Par principe, le subrogeant ne peut renoncer à sa créance qu'avant le paiement subrogatoire. Par conséquent, la signature d'un tel décompte par la subrogeant ne peut avoir lieu postérieurement : le transfert du droit de créances étant déjà effectué.

Le Conseil d'État retient toutefois la solution inverse dans un arrêt 1968. En l'espèce, l'assureur avait indemnisé le Commissariat de l'Énergie Atomique à la suite d'un incendie subi au cours de travaux exécutés par un sous-traitant de la société Desse. Une fois indemnisé, le Commissariat de l'Énergie Atomique signe un décompte définitif sans réserve du marché qu'il a passé avec cette société. Une application stricte du mécanisme subrogatoire aurait dû conduire à rendre une telle signature inopposable au subrogé, dans la mesure où elle a été effectuée après le paiement subrogatoire, c'est-à-dire une fois les droits transférés à l'assureur. Le Conseil d'État estime cependant « *qu'après cette signature, (...), aucune somme ne peut plus être réclamée à l'entreprise Desse, dans le cadre de ce marché, ni par le commissariat à l'énergie atomique, ni par aucune personne subrogée aux droits de ce dernier* »⁸⁸.

L'effet translatif apparaît donc, pour le juge administratif, intervenir à date variable : soit à la date d'indemnisation, soit à la date de signature du décompte définitif qui éteint les droits du subrogeant. La décision entre en contradiction avec l'effet translatif de la subrogation qui produit ses effets au moment du paiement subrogatoire. L'emprunt d'un tel mécanisme en droit public peut donc parfois entraîner son application erronée. Cette exception n'a toutefois pas pour effet de remettre en cause le principe selon lequel la subrogation emporte le transfert de la créance dans la mesure du paiement subrogatoire et prive ainsi le subrogeant de tout droit sur la créance transmise⁸⁹.

assurances, laquelle est limitée aux droits et actions de l'assuré contre les tiers, qui, par leur fait, ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur ».

⁸⁵ Il est intangible et indivisible.

⁸⁶ CE, 20 mars 2013, n° 357636.

⁸⁷ CAA Paris, 20 février 2018, n° 16PA02494.

⁸⁸ CE, 26 avril 1968, n° 68399.

⁸⁹ Civ, 1^{ère}, 4 février 2003, n° 00-11.023.

2. La situation fragilisée des parties à l'opération

En raison de la position dominante de l'Administration dans le rapport obligationnel, le subrogé peut se voir privé d'une partie des prérogatives attachées à la créance⁹⁰ et la situation du débiteur peut être modifiée.

Les prérogatives intransmissibles. L'État est doté de prérogatives de puissance publique⁹¹. Il s'agit « *des moyens d'action ou de protection exorbitantes du droit commun, résultant de la puissance publique, détenus par une personne chargée de l'action administrative, en vue de satisfaire l'intérêt général* »⁹². Par exorbitant, il faut entendre des règles spécifiques⁹³ exclusivement réservées à la personne publique⁹⁴. Les personnes privées ne peuvent donc en bénéficier que lorsqu'elles assurent une mission de service public⁹⁵.

La question se pose alors de la possibilité pour le subrogé de les invoquer. L'application stricte du recours subrogatoire devrait conduire au transfert de ses prérogatives même si le subrogé est une personne privée. Toutefois, une telle solution entrerait en contradiction avec leur nature exorbitante. La Cour de cassation a alors eu l'occasion de se prononcer sur le transfert du droit accordé au trésor en cas de faillite ou de règlement judiciaire du redevable, d'exercer des poursuites individuelles : il s'agit d'une « *prérogative de la puissance publique*

⁹⁰ L'effet translatif de la subrogation permet, par principe, la transmission des privilèges attachés à la créance : C. civ, art. 1346-4.

⁹¹ Également nommée les clauses exorbitantes de droit privé ou de droit commun : Civ, 1^{ère}, 7 novembre 1995, n° 93-16.226.

⁹² B. Jouffroy, *Les prérogatives de puissance publique*, Thèse, Université La Rochelle, 2012.

⁹³ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 585 ; É. Saillant, *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, 2011, v. 109, p. 3 : « *Ce qui est exorbitant est ce qui est manifestement hors du commun, ce qui s'écarte de manière très excessive de ce à quoi on peut normalement s'attendre, de ce qui est perçu comme la normalité, de ce qui, en tout cas, sera perçu comme normalité, comme commun, par celui qui porte le jugement* » ; p. 4 : « *Le droit administratif est enseigné comme une discipline exorbitante de droit commun* ». p. 16 : « *Signifiant l'existence de règles de droit, appliquées au pouvoir politique, différentes de celles auxquelles sont soumis les particuliers, et qui contiennent le pouvoir de commander aux particuliers, l'exorbitance est en effet la traduction dans le droit de la spécificité et de la supériorité du pouvoir politique* » ; p. 17 « *les règles de droit exorbitantes, du droit public, sont effectivement celles, spécifiques, qui diffèrent des règles applicables aux particuliers dans leurs relations interpersonnelles, et, exorbitantes, qui contiennent le pouvoir de leur commander* ». ATILF, CNRS et Université de Lorraine, Trésor de la langue Française informatisé, v° « Exorbitant » : « *Qui dépasse la mesure, les proportions normales* », « *qui sort du droit commun* ». ATILF, CNRS et Université de Lorraine, *Dictionnaire du Moyen Français*, 2015, v° « Exorbitant » : « *Qui s'écarte de la voie normale, qui sort des limites* ».

⁹⁴ L'exorbitance traduit alors la différence et la supériorité par rapport aux particuliers qui ne peuvent les exercer : É. Saillant, *L'exorbitance en droit public*, Dalloz, 2011, v. 109, p. 16 : « *Signifiant l'existence de règles de droit, appliquées au pouvoir politique, différentes de celles auxquelles sont soumis les particuliers, et qui contiennent le pouvoir de commander aux particuliers, l'exorbitance est en effet la traduction dans le droit de la spécificité et de la supériorité du pouvoir politique* » ; p. 17 « *les règles de droit exorbitantes, du droit public, sont effectivement celles, spécifiques, qui diffèrent des règles applicables aux particuliers dans leurs relations interpersonnelles, et, exorbitantes, qui contiennent le pouvoir de leur commander* ».

⁹⁵ CAA Lyon, 10 décembre 2009, n° 07LY01621.

qui n'est pas transférée au créancier qui lui est subrogé »⁹⁶. La personne publique peut en effet émettre des titres exécutoires à l'encontre de ses débiteurs et contraindre ses cocontractants aux paiements sans avoir besoin de recourir au juge⁹⁷. La Cour rappelle alors le caractère exorbitant d'une telle possibilité, qui est strictement réservée à la personne publique.

L'effet translatif de la subrogation n'est donc pas intégral puisque le subrogé, personne privée, ne peut bénéficier des prérogatives de puissance publique. Il perd alors une partie des privilèges attachés à la créance, ce qui peut avoir une influence sur l'efficacité du recours ou le coût de celui-ci. La présence d'une personne publique a donc bien pour effet de rendre plus précaire la situation du subrogé par rapport à celle du subrogeant.

Il faut cependant atténuer l'impact d'une telle limitation sur l'effet translatif de la subrogation. Premièrement, elle ne conduit pas à dénaturer le mécanisme, mais constitue uniquement une adaptation aux règles spécifiques du droit public. Le paiement subrogatoire conduit bien au transfert de la créance et de ses accessoires, et seules certaines prérogatives spécifiques ne peuvent bénéficier au subrogé, en raison de leur caractère exorbitant.

Deuxièmement, des exceptions sont également présentes en droit privé : les avantages personnels du subrogeant sont intransmissibles. Il est alors possible de considérer que les prérogatives de puissance publique sont des avantages strictement personnels, réservés à la personne publique. Leur détermination dépendrait donc du corpus juridique dans lequel on se place ce qui justifierait d'ailleurs que la possibilité de se constituer partie civile soit une prérogative exclusivement attachée au subrogeant en droit privé, mais puisse bénéficier aux fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et autres infractions⁹⁸.

Cette analyse permet de préserver une cohérence dans l'application de la subrogation au sein des deux corpus juridiques : l'exception à l'effet translatif résulte directement de l'article 1346-4 du Code civil et se regroupe autour de la notion d'avantages personnels. Le régime juridique est identique et les divergences portent donc uniquement sur la nature des prérogatives exclusivement attachées au subrogeant.

⁹⁶ Com, 9 février 1971, n° 69-14.147.

⁹⁷ CAA Versailles, 22 janvier 2013, n° 10VE03811.

⁹⁸ C. proc. pen, art. 706-11 : « *Le fonds est subrogé dans les droits de la victime pour obtenir des personnes responsables du dommage causé par l'infraction ou tenues à un titre quelconque d'en assurer la réparation totale ou partielle le remboursement de l'indemnité ou de la provision versée par lui, dans la limite du montant des réparations à la charge desdites personnes. Le recours du fonds ne peut s'exercer contre l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués. Le fonds peut exercer ses droits par toutes voies utiles, y compris par voie de constitution de partie civile devant la juridiction répressive et ce, même pour la première fois, en cause d'appel. Lorsqu'il se constitue partie civile par lettre recommandée, le fonds peut demander le remboursement des sommes mises à sa charge sans limitation de plafond* ».

Les limites de l'opposabilité de l'exception de compensation. L'exception de compensation⁹⁹, accessoire attaché à la créance, peut en principe être opposée au créancier avant le paiement subrogatoire ou postérieurement en présence d'un lien de connexité¹⁰⁰. Toutefois, en présence d'une créance publique, seule l'administration peut opposer à son créancier la compensation de dettes¹⁰¹.

Ainsi, L'État peut tout à fait compenser les loyers impayés de son agent par le biais d'une retenue sur son traitement¹⁰², alors que le juge administratif exclut toute possibilité pour le débiteur de se prévaloir de la compensation à l'encontre de la personne publique en présence d'une dette fiscale¹⁰³. La même solution est retenue à propos d'un contrat entre le Crédit Foncier de France et l'État ayant pour objet l'exécution d'un service public. Le Conseil d'État précise que « *la requérante ne saurait, en tout état de cause, opposer à la décision attaquée la compensation entre les sommes dont elle est redevable et la créance qu'elle prétend détenir contre l'État français du fait de la responsabilité qu'aurait encourue celui-ci* »¹⁰⁴. Le juge judiciaire a également eu l'occasion de se prononcer dans un arrêt de 2014¹⁰⁵, où il a considéré que « *selon les principes de la comptabilité publique, le débiteur d'une collectivité publique ne peut pas compenser sa dette avec les créances qu'il détient sur cette même collectivité* ».

La situation du débiteur est donc modifiée, alors même que l'effet translatif de la subrogation suppose en principe qu'elle reste inchangée. La justification d'une telle exception

⁹⁹ CE, 14 février 2018, n° 412196 ; C. civ, art 1347 : « *La compensation est l'extinction simultanée d'obligations réciproques entre deux personnes. Elle s'opère, sous réserve d'être invoquée, à due concurrence, à la date où ses conditions se trouvent réunies* ». Elle s'opère de plein droit dès lors que les créances sont fungibles, certaines, liquides et exigibles. L'exception s'applique en matière de dettes connexes : celles-ci n'ont pas besoin d'être liquides ou exigibles pour que la compensation s'opère : C. civ, art. 1348-1.

¹⁰⁰ Com, 25 mars 2003, 99-21667 : la chambre commerciale rappelle que par principe « *la compensation légale ne joue qu'autant qu'elle s'est produite antérieurement à la subrogation* » ; Com, 23 janvier 2001, 98-14421 : « *La compensation légale que prétendrait opérer le débiteur cédé entre sa créance sur le subrogeant et celle transmise par celui-ci au subrogé ne joue qu'autant que les conditions en ont été réunies antérieurement à la subrogation, sauf s'il existe un lien de connexité* » ; Com, 27 septembre 2005, n° 03-12.472.

¹⁰¹ CE, 29 mars 2000, n° 196111 : « *Si aucun texte législatif ou réglementaire ni aucun principe général ne fait obstacle à ce que les autorités responsables du recouvrement d'une créance d'une collectivité publique affectent au règlement de cette créance les sommes dont cette collectivité est débitrice envers le redevable dès lors que cette dette et cette créance ont une même nature juridique, une telle compensation n'est toutefois possible qu'à la condition que les deux dettes réciproques soient l'une et l'autre liquides et exigibles* ».

¹⁰² CE, 20 janvier, n° 1989, 76628.

¹⁰³ CE, 22 juin 1987, n° 69759 et 69796.

¹⁰⁴ CE, 18 juin 1976, n° 96762.

¹⁰⁵ Civ, 1^{ère}, 10 décembre 2014, 13-25114.

semble résider dans l'impossibilité « *de compenser des créances insaisissables* »¹⁰⁶ : les biens dont dispose la personne publique sont en effet indisponibles¹⁰⁷. Elle se heurte néanmoins aux effets de la subrogation et vient fragiliser la situation du débiteur, alors même que la subrogation est un mécanisme de maintien.

B. La subrogation génératrice de profit

Le paiement subrogatoire, autrefois qualifié d'acte de bienfaisance¹⁰⁸, a également fait son entrée au sein des opérations lucratives¹⁰⁹. Elle ne se limite donc plus à un simple office d'ami et le subrogé peut avoir un intérêt à effectuer le paiement subrogatoire. De la même façon, toute idée de bénéfices n'est pas exclue de la subrogation réelle : l'emploi de deniers pour l'acquisition d'un bien immeuble peut entraîner une plus-value si le bien prend de la valeur au fil du temps. La subrogation reste toutefois un mécanisme de maintien de l'équilibre antérieur, ce qui semble exclure tout enrichissement du subrogé ou de détenteur des droits transmis.

Il convient donc de s'interroger sur l'existence d'un possible profit accidentel (1) ou recherché (2), afin de mesurer son impact sur l'effet translatif de la subrogation.

1. Un profit accidentel

La mise en œuvre de l'effet translatif de la subrogation peut aboutir à un enrichissement du subrogé ou du titulaire du droit conservé. Il a cependant été remis en cause en ce qui concerne les intérêts conventionnels de la créance.

Un profit conforme à l'effet translatif. Le profit accidentel s'entend de celui qui n'est pas expressément recherché par le subrogé ou le titulaire du droit conservé¹¹⁰. En présence d'une subrogation réelle, le bien acquis à la suite d'une vente ou les indemnités perçues sont supposées être la contrepartie exacte du bien initial. Un enrichissement peut toutefois en résulter, par exemple, lorsque l'absent qui recouvre ces biens voit son patrimoine enrichi à la suite d'une opération immobilière fleurissante effectuée par l'administrateur de ces biens¹¹¹.

¹⁰⁶ P. Amssek, *La compensation entre les dettes et les créances des personnes publiques*, Rev. dr. publ. 1988, p. 1514.

¹⁰⁷ CE, 4 mai 2016, n° 393470.

¹⁰⁸ C. Mouloungui, *L'admissibilité du profit dans la subrogation*, Thèse, LGDJ, Paris, 1995, p. 43.

¹⁰⁹ Par exemple l'affacturage : Cf. *infra*. L'affacturage, p. 314.

¹¹⁰ C. Mouloungui, *L'admissibilité du profit dans la subrogation*, Thèse, LGDJ, Paris, 1995, p. 217.

¹¹¹ C. civ, art. 130.

Si l'équivalence entre le bien initial et le bien de remplacement semble s'opposer à un enrichissement, celle-ci n'est cependant pas nécessairement obtenue. Dès lors, en matière de régimes matrimoniaux, le bien acquis en remploi de bien propre peut, pour partie, avoir été financé par la communauté¹¹². Il appartient néanmoins à l'époux seul, qui voit sa masse de biens propres s'accroître. Un tel enrichissement n'a toutefois pas vocation à perdurer une fois le régime matrimonial dissous¹¹³. En présence d'une subrogation personnelle, ce sont les accessoires de la créance qui peuvent se révéler être lucratifs. Le transfert d'une clause d'intérêt ou d'indexation peut alors se révéler fructueux pour le subrogé. La Cour de cassation a notamment admis le bénéfice des clauses frugifères au subrogé dans l'affaire Beudet¹¹⁴. Elle estime que « *la subrogation a pour effet d'investir le subrogé de la créance primitive, avec tous ses avantages et accessoires* ». Par conséquent, « *les juges du second degré ont, à bon droit, alloué à la caisse de garantie des notaires, conventionnellement subrogée dans les droits des créanciers originaires de la société de rénovation urbaine, les intérêts conventionnels de ces créances, échus après la date des paiements subrogatoires, et fait bénéficiaire cet organisme, postérieurement à cette même date, des clauses d'anatocisme¹¹⁵ et d'échelle mobile¹¹⁶ prévues aux contrats initiaux* ».

L'enrichissement du subrogé est alors permis lorsqu'il résulte de la mise en œuvre de l'effet translatif de la subrogation. Elle n'a certes pas vocation à générer un tel profit à son encontre, mais celui-ci peut être issu du transfert des accessoires de la créance. La Cour de cassation se contente donc de tirer les conséquences de l'effet translatif. Une telle décision est pourtant aujourd'hui remise en cause.

Les intérêts conventionnels de la créance. Le profit, même issue de l'application de l'effet translatif de la subrogation personnelle, est contesté. P. Malaurie et L. Aynès estiment en effet que « *bénéficiant des clauses d'indexation et d'intérêts, le subrogé pourrait se croire en droit de demander au débiteur plus qu'il n'aurait payé au subrogeant* ». Ils rappellent

¹¹² C. civ, art. 1436.

¹¹³ C. civ, art. 1437.

¹¹⁴ Civ, 1^{ère}, 3 mai 1978, *Beudet contre caisse régionale de garantie des notaires de la cour d'appel de Dijon*, n° 76-14.384.

¹¹⁵ Anatocisme est le nom que l'on donne à la capitalisation des intérêts, réglementée par l'article 1343-2 du Code civil.

¹¹⁶ Elle permet d'appliquer un mécanisme d'indexation qui permet de faire varier automatiquement la valeur d'une prestation en fonction de données économiques.

alors que « *la subrogation est à la mesure du paiement*¹¹⁷ » et que « *cette somme ne [peut] s'accroître que par l'application du taux d'intérêt légale (art. 1153), mécanisme de droit commun destiné à indemniser tout créancier du retard pris dans le paiement de dettes d'argent* »¹¹⁸.

Il paraît cependant paradoxal d'estimer que la subrogation est un mode de transmission de créances, tout en interdisant au subrogé de demander les sommes issues des accessoires, lorsqu'elles conduisent à son enrichissement. En outre, justifier une telle exclusion au regard de la stricte limitation du transfert à hauteur du paiement subrogatoire est inenvisageable : le transfert des accessoires de la créance ne remettant pas en cause la détermination de l'ampleur de celui-ci au regard du paiement effectué. En effet, le subrogé ne dispose pas de plus de droits que le subrogeant, mais bénéficie uniquement des avantages attachés à la créance.

L'article 1346-1 du Code civil prévoit cependant que « *le subrogé n'a droit qu'à l'intérêt légal à compter d'une mise en demeure, s'il n'a convenu avec le débiteur d'un nouvel intérêt. Ces intérêts sont garantis par les sûretés attachées à la créance, dans les limites, lorsqu'elles ont été constituées par des tiers, de leurs engagements initiaux s'ils ne consentent à s'obliger au-delà* »¹¹⁹. Un tel article, introduit par l'ordonnance de 2016, reprend la solution de la Cour de cassation qui prévoyait déjà que « *le subrogé ne peut prétendre [...] qu'aux intérêts produits au taux légal par la dette qu'il a acquittée* », lesquels « *courent de plein droit à compter du paiement* »¹²⁰. Par conséquent, malgré le transfert de la créance et de ses accessoires¹²¹, le subrogé ne peut recourir aux intérêts conventionnels prévus par le débiteur et le créancier originel. Il s'agit d'une exception à l'effet translatif de la créance¹²² dont la justification semble résider dans la protection du débiteur, qui peut toutefois choisir de conclure un nouvel intérêt avec le subrogé.

¹¹⁷ Civ, 1^{ère}, 29 octobre 2002, n° 00-12.703 : « *La subrogation est à la mesure du paiement ; que le subrogé ne peut prétendre, en outre, qu'aux intérêts produits au taux légal par la dette qu'il a acquittée, lesquels, en vertu du second, courent de plein droit à compter du paiement* ».

¹¹⁸ P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Lextenso, 4^{ème} éd. 2009, p. 752.

¹¹⁹ Le calcul des intérêts se fait à la date de la demande d'indemnité principale et non à compter de la subrogation : CE, 29 décembre 1993, n° 143635.

¹²⁰ Civ, 1^{ère}, 29 octobre 2002, n° 00-12.703 ; Civ, 1^{ère}, 15 février 2005, n° 03-11.141.

¹²¹ C. civ, art. 1346-4.

¹²² L'introduction de l'adverbe « toutefois » dans l'article 1346-4 du Code civil laisse penser qu'il introduit une exception dans l'application de la subrogation.

2. Un enrichissement voulu

La subrogation est aujourd'hui un moyen de refinancement des assureurs ou encore un instrument de crédit. Dès lors, un profit s'observe lorsqu'elle est directement liée à un contrat d'assurance ou encore par le biais d'une rémunération conventionnelle. La subrogation ne constitue cependant qu'une partie d'une opération lucrative et ne génère en réalité aucun profit.

L'enrichissement de l'assureur. Le recours au contrat d'assurance traduit nécessairement la recherche de bénéfices. Il s'agit d'un contrat aléatoire où l'assureur conserve les primes reçues et supporte le risque d'insolvabilité du débiteur¹²³. L'indemnisation de la victime représente donc la contrepartie des primes versées. Lorsque l'assureur exerce le recours subrogatoire, les sommes qu'il récupère auprès du responsable s'ajoutent donc aux primes qu'il a déjà reçues de l'assuré. Il peut par conséquent obtenir un bénéfice, qui dépend de l'efficacité de son recours subrogatoire. En permettant à l'assureur de bénéficier de la subrogation dans les droits de la victime, le législateur a donc permis à celui-ci d'obtenir un profit.

Bien qu'il résulte du cumul entre les primes versées et les sommes perçues par le biais du recours subrogatoire, il n'est pas pour autant un effet direct de la subrogation. En effet, elle n'a pas pour objectif de permettre l'enrichissement de l'assureur et la recherche de profit résulte en réalité du calcul des risques effectué par celui-ci, qui inclut la possibilité de récupérer une partie des sommes avancées. En outre, « *ce n'est pas tellement l'intérêt de l'assureur qui a été ici pris en considération : ce que le législateur a voulu, c'est surtout éviter, par le cumul d'indemnités, l'enrichissement de l'assuré* »¹²⁴. Il ne s'agit donc pas d'une exception à l'effet translatif de la subrogation, mais il résulte uniquement de l'accord contractuellement établi entre l'assuré et l'assureur.

La rémunération conventionnelle du subrogé. Lorsque les parties ont elles-mêmes convenu d'un recours subrogatoire, l'avance des fonds faite par le subrogé peut être conditionnée à l'obtention d'une rémunération. Ainsi, lorsque la banque avance des fonds¹²⁵, elle perçoit des intérêts découlant directement du contrat de prêt¹²⁶. De la même façon, une

¹²³ Les primes sont calculées en fonction du risque.

¹²⁴ Note sous Lyon, *Cie d'assurances L'Abeille contre Veuve Gambin*, 2 mars 1943, D. 1944. p. 134.

¹²⁵ C. civ, anc. art. 1250-2°.

¹²⁶ C. civ, art. 1905 : « *Il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt soit d'argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières* ».

société d'affacturage obtient une rémunération conventionnellement prévue en échange du paiement des factures de son client¹²⁷. Elle tire donc avantage de l'avance des fonds et supporte en échange le risque d'insolvabilité des débiteurs.

La subrogation, en tant qu'auxiliaire du crédit¹²⁸, est mise en œuvre dans le but d'obtenir une contrepartie au service rendu. La rémunération est alors prévue à côté de la subrogation, qui ne représente qu'une partie de l'opération lucrative : elle ne procure aucun profit et seule la rémunération conventionnellement établie permet l'enrichissement du subrogé. Une telle constatation a été faite par la Cour de cassation dans un arrêt de 1993¹²⁹. En l'espèce, la société Socodi vendait des livres à crédit et « *la Banque générale de crédit et de participation* » créditait son compte courant d'un montant égal à la valeur en principal des contrats souscrits par les acquéreurs. Subrogé dans les droits de la société, la Banque pouvait ensuite agir contre ses clients. Le litige portait alors sur les intérêts et commissions payés par les acquéreurs. La société Socodi en réclamait la restitution en estimant que « *le mécanisme de la subrogation ne saurait être le soutien d'une spéculation, qu'à cet égard le solvens n'est subrogé que dans la mesure de ce qu'il a payé* ». La Cour de cassation retient cependant que la conservation des intérêts ne pouvait être analysée comme une conséquence de la subrogation, et que les parties « *avaient convenu que la rémunération (...) serait constituée par les intérêts et commissions dus par les clients de la société Socodi* ». Elle dissocie donc la convention de la subrogation : bien que la convention prévoie la conservation des intérêts issue de la subrogation, elle ne constitue pas un effet direct de son application.

La subrogation peut donc être intégrée dans des opérations spéculatives à partir du moment où le recours subrogatoire reste limité aux sommes effectivement versées. Par conséquent, elle ne génère pas, en elle-même, un profit pour le subrogé. L'octroi d'une fonction lucrative à la subrogation a pu être envisagé par C. Monlounge. Il va jusqu'à estimer qu'« *en devenant lucrative, la subrogation deviendrait quasiment parfaite. Et cette mutation dépend simplement d'un accord sur l'idée que la limitation du recours subrogatoire vise strictement la préservation des droits du débiteur et/ou de ses autres créanciers contre une*

¹²⁷ L'affacturage est une « *technique juridique par laquelle un établissement d'affacturage, en l'occurrence un établissement de crédit, ou une société de financement, dénommée factor ou affactureur, reçoit de son client, appelé adhérent ou fournisseur, des créances dont ce dernier dispose à l'encontre de ses propres clients* » : R. Routier, M. Mignot, J. Lasserre Capdeveille, M. Storck, N. Eréséo et J-P. Kovar, *Droit bancaire*, Précis Dalloz. 2017, p. 875.

¹²⁸ Cf. *infra*. Le recours au crédit, p. 312, et La subrogation et le crédit à court terme, p. 314.

¹²⁹ Com, 15 juin 1993, n° 90-19.592.

atteinte illégitime »¹³⁰. Cependant, consacrer la possibilité pour la subrogation de devenir un instrument spéculatif, entraînerait le risque que celle-ci fasse double emploi avec la cession de créance¹³¹ et serait contradictoire avec son objectif, c'est-à-dire la conservation du droit afin de parvenir au maintien de l'équilibre antérieur. Pour l'heure, le principe reste donc de limiter la subrogation à hauteur du paiement effectué¹³².

¹³⁰ C. Moulongui, *L'admissibilité du profit dans la subrogation*, Thèse, LGDJ, Paris, 1995, p. 290.

¹³¹ M. Mignard, *La subrogation est-elle toujours le mécanisme phare des opérations de refinancement ?* Revue des contrats. n° 02, 2018, p. 322 ; A. Ghazi, *L'affacturage et la réforme du droit des obligations*, Revue de droit bancaire et financier. n° 2, 2019, p. 15.

¹³² C. civ, art. 1346-4.

Conclusion du chapitre 2

Au terme de ce chapitre, il est possible de déceler les principales atteintes à l'effet translatif de la subrogation. Elles se distinguent des éléments d'influences qui n'ont pas d'impact direct sur l'ampleur du transfert, et qui peuvent tout à fait générer un profit ou une perte sans dénaturer le mécanisme subrogatoire. Il a donc fallu distinguer l'encadrement de l'effet translatif de la subrogation, des limites qui lui sont apportées.

Par principe, l'encadrement permet le maintien de la mesure du transfert, alors que les limites viennent modifier l'ampleur de celui-ci. Les apparences peuvent toutefois être trompeuses, puisque l'octroi d'une garantie au subrogé peut en réalité porter atteinte à l'effet translatif de la subrogation si elle influence la situation du débiteur. À l'inverse, une apparente limite peut être la simple application de son effet translatif, ou être totalement extérieure à sa mise en œuvre. Analyser la subrogation en tant que mécanisme de transmission de droits imposait donc de clarifier la mesure du transfert, en s'intéressant à chaque encadrement et limitation pour en mesurer l'impact.

Des restrictions légales au jeu de la subrogation peuvent être prévues sans que le principe de l'effet translatif ne soit remis en cause. En effet, à partir du moment où la subrogation est empêchée, aucun transfert de droits ne peut avoir lieu. En revanche, si elle produit ses effets, le transfert doit être strictement limité à l'étendue du paiement subrogatoire et doit porter sur le droit lui-même. L'intransmissibilité au subrogé de certaines prérogatives ou la modification de la nature du droit risque alors de dénaturer le mécanisme subrogatoire. Ces limitations peuvent toutefois se justifier. À titre d'exemple, la prolongation du délai de prescription accordée au mineur tient compte de la particularité du bénéficiaire, qui ne se retrouve pas en la personne du subrogé majeur. De la même façon, l'octroi de certaines prérogatives à la personne publique résulte directement de la prise en compte des spécificités attachées aux pouvoirs administratifs, et n'ont pas vocation à bénéficier aux particuliers¹. En

¹ R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 323 : « Les exceptions opposables par le débiteur cédé au bénéficiaire de l'opération de transmission du droit de créance sont plus nombreuses lorsque ce débiteur cédé est une personne publique », certaines exceptions s'appliquent différemment et les droits transmis au subrogé sont plus précaires ; p. 216 : la subrogation est identique en droit public et en droit privé. Toutefois les modalités de sa mise en œuvre peuvent être modifiées.

revanche, lorsque pour un même avantage, le juge judiciaire et le juge administratif retiennent des solutions différentes, la justification semble plus délicate et une harmonisation serait alors nécessaire.

Certaines limites sont directement issues des règles particulières régissant le mécanisme subrogatoire. Ainsi, la subrogation personnelle est un avantage accordé au subrogé, mais ne doit pas avoir pour effet de léser le subrogeant. À l'origine, il devait d'ailleurs donner son accord pour que ses droits soient transmis au *solvens*. Aujourd'hui, ses intérêts sont garantis par la priorité qui lui est accordée dans le recouvrement de sa créance. La subrogation réelle, quant à elle, permet au droit d'être conservé alors même que le bien nouvellement acquis est de nature différente. De la même façon, la nature du droit peut être modifiée si elle ne fait pas obstacle à l'application de ses prérogatives essentielles. En outre, même si l'effet translatif se produit dans toute son ampleur, encore faut-il pouvoir s'en prévaloir. Les conditions d'opposabilité de la subrogation déterminent donc l'efficacité du droit.

Il convient également de constater que la subrogation doit tenir compte de plusieurs facteurs externes au mécanisme. Ainsi, la possibilité de générer un profit ne modifie pas l'ampleur du transfert s'il résulte d'une convention distincte. C'est d'ailleurs lorsque le législateur a souhaité limiter le transfert aux intérêts légaux, qu'il a porté atteinte au transfert des accessoires de la créance.

Certaines garanties supplémentaires peuvent également être accordées au subrogé afin de maximiser ses chances d'obtenir le remboursement des sommes engagées. Elles n'ont pas pour objectif de limiter l'ampleur du transfert, mais visent uniquement à ne pas compromettre le recours du subrogé. Ce recours ne doit d'ailleurs pas pouvoir être mis en échec une fois le paiement effectué : la signature postérieure d'un décompte définitif en droit public représente donc une exception difficilement acceptable. De la même façon, si une transaction est rendue opposable au débiteur sans qu'il n'y ait pris part, une atteinte est portée à l'effet translatif de la subrogation qui suppose que la situation de celui-ci reste inchangée.

La subrogation personnelle ne doit en aucun cas permettre de modifier la répartition de la charge de la dette : elle est donc soumise aux règles particulières qui régissent les recours entre codébiteurs, et l'obligation pour le tout est exclue dans la mesure où elle constitue un avantage strictement réservé au créancier originaire. Il convient également de relever que la

Ces modifications ne portent pas atteinte aux principes fondamentaux régissant la subrogation, mais aboutissent à une adaptation nécessaire en raison des règles propres au droit public.

subrogation est un avantage accordé à son titulaire. Par conséquent, toute renonciation n'implique pas une exclusion de son effet translatif, mais traduit uniquement la volonté de modifier l'équilibre antérieur.

Les limites à l'effet translatif de la subrogation se révèlent donc pour la plupart justifiées et n'ont pas vocation à être corrigées. Bien que quelques limites soient difficilement acceptables, elles restent négligeables et ne dénaturent pas le mécanisme subrogatoire, ni ne remettent en question son effet translatif.

Conclusion du titre 2

Au terme de ce second titre, le constat est clair : la subrogation est un mécanisme de transmission de droits. Contrairement à l'idée d'origine, elle ne consiste pas à feindre qu'un droit éteint continu d'exister sur un bien de remplacement ou au profit d'une autre personne que le titulaire initial. Sa survie est au contraire bien réelle et suppose son transfert d'un bien sur un autre, d'une masse de biens à une autre ou encore d'une personne à une autre. L'étendue de l'effet translatif de la subrogation doit alors être définie au regard de son objectif principal : il est le seul moyen de conserver le droit menacé d'extinction et de parvenir au maintien de l'équilibre antérieur. La subrogation répond à un régime parfaitement cohérent, dans lequel la conservation du droit est l'élément central. Il est le point de convergence entre l'évènement générant le besoin de recourir au mécanisme subrogatoire, le résultat attendu et le moyen d'y parvenir. C'est pourquoi le transfert dépend de l'ampleur du paiement subrogatoire ou de l'atteinte portée au droit.

La spécificité de la subrogation réside précisément dans la délimitation de l'ampleur du transfert. Le paiement subrogatoire entraîne une modification de la répartition de la charge de la dette qui perturbe l'équilibre antérieur. Dès lors, la survie du droit de créance au profit du subrogé a pour objectif de faire peser la dette sur le débiteur définitif. Deux précisions doivent être apportées. Tout d'abord, le transfert porte sur la créance initiale dans l'état où elle se trouve au moment du paiement. En outre, puisqu'il est responsable du déséquilibre patrimonial, le paiement subrogatoire sert de base à la délimitation de l'ampleur du transfert : le subrogé ne peut réclamer plus que les sommes qu'il a effectivement versées au subrogeant, dans la limite de la libération du débiteur. L'effet translatif répond alors parfaitement à l'objectif de conservation d'un droit et se limite au maintien de l'équilibre antérieur.

De la même façon, déterminer l'étendue du transfert en matière de subrogation réelle suppose de tenir compte de la fluctuation juridique intervenue en amont. Elle permet de préciser quel droit la subrogation se propose de conserver, afin d'éviter toute opposition entre l'effet translatif de la subrogation et celui de l'aliénation du bien. Elle affecte totalement ou partiellement l'exercice du droit dont la survie ne peut être assurée que par son transfert sur le bien nouveau. La modification de la nature du bien de remplacement ne fait pas obstacle à la

subrogation dès lors que le contenu irréductible du droit est maintenu. C'est donc à travers l'étude du droit menacé d'extinction que l'ampleur du transfert a pu être déterminée.

Pour finir, il fallait tenir compte des limites apportées à l'effet translatif. Certaines résultent de la prise en compte de facteurs extérieurs qui, bien qu'ils aient une influence directe sur son effet translatif, ne le remettent pas en cause. Ainsi, les conventions conclues entre le subrogeant et le subrogé, la variation de la valeur des biens ou encore les règles de répartition de la charge de la dette sont nécessairement prises en compte lors de l'application de la subrogation. Elles ne font cependant pas échec au transfert du droit. Au contraire, l'effet translatif est atteint lorsque la situation du débiteur est modifiée, ou que les agissements du subrogeant impactent la créance après le paiement subrogatoire. L'intransmissibilité de certains avantages ou de certaines prérogatives est en revanche acceptable, si elle se justifie au regard de leur nature particulière.

Dans la plupart des cas, les éléments qui ont une influence directe sur le transfert de droit encadrent uniquement sa mise en œuvre ou limitent son impact. Il continue donc de produire ses effets même lorsque son efficacité est atténuée. Le maintien de l'équilibre antérieur n'est donc pas systématique. Il faut tenir compte de la volonté de se prévaloir de la subrogation, des conditions d'opposabilité du mécanisme et de l'influence de facteurs extérieurs, telles que l'octroi de garanties supplémentaires au subrogé ou la création de conventions externes visant à lui faire bénéficier d'un profit. Guidée par un objectif de conservation, la subrogation reste toutefois un mécanisme de transmission de droits, dont l'étendue répond à un encadrement spécifique.

Conclusion de la partie 1

La tentative de consécration d'une logique unitaire entourant la notion de subrogation a été fructueuse. En effet, envisagée dans sa globalité, elle se révèle être une notion générale regroupant deux applications : la subrogation réelle et la subrogation personnelle. L'étude de leurs points de convergences a permis de faire émerger une notion unique, disposant d'un contenu propre. Une telle analyse a nécessité la clarification des définitions juridiques de chaque application, décrites comme complexes et difficilement synthétisables. L'analyse globale supposait également de faire tomber les barrières entre l'application de la subrogation en droit privé et en droit public, pour aboutir à la reconnaissance d'un mécanisme transversal, sans pour autant renoncer à la possibilité pour le droit administratif d'adapter le mécanisme à ses propres exigences.

Les critères constituant la base de la définition de la subrogation ont alors pu être mis en évidence. Elle se présente comme un mécanisme de conservation d'un droit menacé d'extinction. Cet objectif fait le lien entre l'évènement rendant opportun le recours à la subrogation, le résultat attendu par sa mise en œuvre et son effet principal. Ainsi, la subrogation ne peut intervenir qu'en réaction à une fluctuation juridique, c'est-à-dire un évènement rendant impossible l'exercice du droit sur le bien initial, ou entraînant une modification de la répartition de la charge de la dette. Il a pour conséquence de créer un risque de déséquilibre patrimonial au regard des règles préétablies. Puisqu'elle intervient en réaction à cette fluctuation, la subrogation remplit une fonction régulatrice et entretient un lien indissociable avec la notion d'équilibre. Elle se distingue alors des autres mécanismes, qui permettent le maintien d'un droit ou rétablissent l'équilibre juridique rompu, mais n'associent pas les deux fonctions.

La subrogation a pour effet de transférer le droit menacé d'extinction d'une personne à une autre, d'un bien à une autre ou encore d'une masse de biens à une autre. Elle n'est pas le seul mécanisme de transmission de droits, mais les règles délimitant son ampleur sont spécifiques. L'effet translatif est tributaire du paiement subrogatoire, ou de la capacité du bien

nouveau à accueillir le droit menacé d'extinction. Il dépend donc de l'ampleur du paiement et doit permettre le maintien du contenu irréductible du droit. Il est le seul moyen de parvenir à la conservation du droit lui-même, tout en garantissant le maintien de l'équilibre antérieur. C'est pourquoi la subrogation s'impose comme une réaction adaptée à la fluctuation juridique. Des exceptions et des aménagements inévitables à l'effet translatif peuvent être constatés, mais rares sont ceux qui entrent en contradiction avec le mécanisme subrogatoire.

La subrogation est donc la conservation d'un droit menacé d'extinction par le biais de sa transmission d'un bien sur un autre, d'une masse de biens à une autre ou d'une personne à une autre, afin de maintenir l'équilibre juridique antérieur. Elle intervient en réaction à une fluctuation juridique et peut trouver application dans diverses hypothèses de droit privé ou de droit public. La scission entre la subrogation personnelle et la subrogation réelle doit toutefois être rétablie lorsqu'il s'agit d'étudier l'utilité du mécanisme et le régime qui lui est applicable.

PARTIE 2 :

La persistance de singularités au sein de la notion de subrogation

La mise à jour d'une logique unitaire autour de la notion de subrogation et d'éléments communs à chacune de ses applications conduit dans un second temps à en identifier les points de divergences. L'éclatement de la notion en deux applications distinctes suppose qu'elles ont un domaine et un régime juridiques propres. C'est d'ailleurs précisément parce qu'elles recourent une utilité différente que la subrogation personnelle et la subrogation réelle n'ont pas vocation à être régies par les mêmes règles juridiques. Dès lors, l'étude doit permettre d'apprécier pleinement leurs spécificités, sans pour autant faire l'impasse sur l'unité qui existe au sein de ces applications.

Le lien entre l'utilité du mécanisme et les règles applicables. La subrogation est un mécanisme technique permettant la conservation d'un droit par le biais de son transfert. Sa mise en œuvre doit être adaptée à son terrain d'intervention, et le régime juridique doit tenir compte de l'emploi qui en est fait. Dès lors, si sa finalité est toujours la conservation d'un droit, son utilité pratique diverge au sein de ses deux formes d'application. La subrogation réelle et la subrogation personnelle représentent alors deux composantes distinctes du mécanisme subrogatoire, disposant d'un régime juridique particulier.

Si la subrogation répond toujours à un besoin économique, elle s'épanouit dans des domaines variés. Le transfert d'un droit d'un bien à une autre ou d'une masse de biens à une autre n'a pas la même utilité que celui portant sur un droit de créance. Il faudra donc s'interroger sur l'occasion de sa mise en œuvre et l'intérêt de recourir à un tel mécanisme. Puisque les domaines juridiques divergent, ils n'ont pas nécessairement suivi la même évolution. De façon générale, le champ d'application de la subrogation a été étendu. La

subrogation réelle reste toutefois cantonnée à des cas limitativement énumérés, alors que la subrogation personnelle semble s'affranchir de cette contrainte. Il convient donc d'analyser à la fois l'utilité du mécanisme et son domaine d'intervention.

Une certaine harmonie au sein des régimes juridiques distincts. L'enjeu de cette seconde partie est de faire émerger les singularités des deux composantes du mécanisme subrogatoire, tout en parvenant à établir un ensemble de règles pouvant s'appliquer au sein de chacune d'elles¹. En effet, même s'il existe des distinctions à l'intérieur de la notion de subrogation, toute forme d'uniformisation n'est pas exclue. Il est donc nécessaire d'aborder la subrogation réelle et la subrogation personnelle distinctement, pour tenter d'établir un régime juridique propre à chaque application. Les règles régissant la première s'articulent autour de la notion de remplacement, et celles concernant la seconde se rapportent au paiement effectué. L'existence de règles communes au sein de ses applications ne signifie cependant pas qu'il est possible d'établir un régime juridique unique ; encore faut-il qu'elles soient suffisamment précises pour former un véritable ensemble de règles organisant leur mise en œuvre.

Lorsqu'un régime spécial de subrogation est mis en œuvre, la question est de savoir si les règles sont totalement dérogatoires, ou si au sein même de ce régime, une certaine harmonisation est recherchée. L'étude doit alors porter sur l'analyse des différents régimes juridiques, et sur l'application pratique du mécanisme. C'est lors de cette seconde phase d'analyse qu'émergera le manque d'uniformisation entre les deux ordres juridiques. En effet, bien que l'emploi de la subrogation puisse faire l'objet d'une étude transversale², son application pratique diverge parfois. Il est alors nécessaire de déterminer si les divergences sont justifiées, ou si une uniformisation des pratiques est envisageable.

Le raisonnement sera donc mené en deux temps. Il passera par l'étude de l'emploi de la subrogation (Titre 1), pour ensuite porter sur la spécificité des règles applicables aux différentes composantes du mécanisme subrogatoire (Titre 2).

¹ C'est-à-dire au sein même de la subrogation réelle et de la subrogation personnelle.

² Cette dernière répond à une logique fonctionnelle unique : cf. *supra*. La transversalité de la notion de subrogation personnelle, p. 49.

Titre 1 :

L'emploi de la subrogation

La notion de subrogation est une notion unitaire, et son homogénéité se situe au niveau de ses éléments essentiels. Bien que le résultat attendu soit le même, ses incidences pratiques sont en revanche propres à chaque application.

L'utilité particulière de la subrogation. Étudier l'utilité de la subrogation suppose nécessairement d'établir dans quelle situation il est opportun d'y recourir. Il n'est pas surprenant qu'une distinction doive être faite entre la subrogation personnelle et la subrogation réelle, dans la mesure où elles sont issues de fluctuations juridiques différentes.

L'équilibre juridique maintenu résulte donc de considérations distinctes, propres à chaque application. La subrogation personnelle permet de rétablir les règles de la responsabilité civile ou administrative, et la subrogation réelle aboutit à des résultats plus hétérogènes, tels que le maintien de l'équilibre entre les différents créanciers ou le maintien de la valeur d'une masse de biens déterminée. L'utilité générale peut converger dans la mesure où toutes deux se révèlent être un outil économique. Une parfaite adéquation n'est cependant pas envisageable, et leur contexte de développement diverge.

La place qu'occupe aujourd'hui la subrogation. La subrogation dispose d'un large champ d'applications. La subrogation réelle a vocation à s'appliquer dans de nombreuses hypothèses, et la subrogation personnelle a connu une telle extension que la question d'un principe général doit être soulevée.

Délimiter son domaine d'intervention en fonction de son utilité pratique conduit également à s'interroger sur son effectivité, c'est-à-dire sa capacité à produire des effets. Celle-ci dépend de ses modalités de mises en œuvre, qui sont en partie tributaires de la volonté du titulaire d'exercer son droit. La question peut alors se poser d'optimiser le recours à ce mécanisme. Il ne faut toutefois pas négliger les obstacles légaux et pratiques qui auront toujours vocation à limiter son efficacité.

Il convient donc d'aborder dans un premier temps l'utilité de la subrogation (Chapitre 1), pour ensuite s'intéresser à son rayonnement (Chapitre 2).

Chapitre 1 :

L'utilité de la subrogation

Il convenait en amont de définir la logique fonctionnelle de la subrogation, pour ensuite comprendre ses incidences pratiques. Pour rappel, la subrogation est un mécanisme de conservation d'un droit qui intervient en réaction à une fluctuation juridique. Son utilité se traduit à travers le résultat attendu de sa mise en œuvre, c'est-à-dire sa capacité à assurer le maintien de l'équilibre antérieur. Il s'agit d'un moyen de préserver une situation juridique tout en acceptant le changement intervenu en parallèle. Il convient donc de se pencher sur les situations dans lesquelles il est avantageux de recourir à un tel mécanisme.

Le lien entre la subrogation et la garantie. La subrogation a vocation à intervenir dans des domaines forts variés. Elle occupe une place importante aux côtés des mécanismes de garanties. En effet, dès l'origine, elle entretient un lien étroit avec cette dernière, puisque la cession d'action était accordée au fidéjusseur qui s'engageait pour garantir une dette contractée par quelqu'un d'autre¹. Titulaire de l'action du créancier, il pouvait agir contre le débiteur principal ou les cofidéjusseurs.

La garantie est ici entendue comme étant « *l'engagement de quelqu'un de répondre de quelque chose [ou] de quelqu'un* »². La subrogation n'est donc pas en elle-même une garantie de paiement, mais son auxiliaire. Elle permet le paiement de la dette par un débiteur solvable³, sans priver celui-ci de la possibilité d'exercer un recours contre le débiteur définitif. Le législateur a donc recours à la subrogation lorsque, sans renoncer à faire peser la charge de la dette sur le responsable, il introduit un débiteur solvable⁴.

¹ Cf. *supra*. Introduction : Les origines de la subrogation personnelle, et Un objectif présent dès l'origine de la subrogation personnelle, p. 80.

² ATILF, CNRS et Université de Lorraine, *Dictionnaire du Moyen Français*, 2015, v° « Garantie ».

³ E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 80.

⁴ E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 80. P. Coëffard, lorsqu'il aborde la garantie des vices cachés, précise que « *la singularité de la garantie au regard du droit commun s'explique par la dérogation qu'elle introduit dans les mécanismes traditionnels de répartition des risques de la chose* ». Ainsi, elle opère un transfert de la charge du risque normalement supportée par l'acquéreur sur la tête du vendeur : *Garantie des vices cachés et « responsabilité contractuelle de droit commun »*, LGDJ, 2005, p. 20.

L'impact économique de la subrogation. La subrogation a également vocation à intervenir aux côtés des échanges économiques induits par la circulation des biens et le recours au crédit. Loin d'uniquement accompagner les opérations financières, sa fonction de maintien fait d'elle un véritable outil économique. La recherche de l'utilité du mécanisme subrogatoire suppose alors d'aborder à la fois le lien que la subrogation entretient avec les mécanismes de garantie, et son apport économique. Ils ne sont pas exclusifs l'un de l'autre dans la mesure où même lorsqu'elle intervient aux côtés de la garantie, elle n'est pas dénuée de toute fonction économique.

L'étude portera donc respectivement sur la subrogation en tant qu'auxiliaire essentiel de la garantie (Section 1), et la subrogation en tant que véritable outil économique (Section 2).

Section 1 :

La subrogation, un auxiliaire essentiel de la garantie

La subrogation personnelle intervient lorsqu'une garantie de paiement introduit une tierce personne dans le rapport juridique. La dette est payée par une autre que le débiteur définitif et une fluctuation juridique se produit. En effet, le paiement modifie la répartition de la charge de la dette et la subrogation, par la transmission du droit de créance au *solvens*, permet de rétablir l'équilibre antérieur. Il s'agit d'un moyen de favoriser le paiement de la dette par un tiers, sans renier les principes de la responsabilité. La subrogation, en tant que mécanisme de maintien de l'équilibre juridique préétabli, se révèle alors être un auxiliaire essentiel de la garantie.

La subrogation personnelle s'est développée dans un contexte de demande accrue de garanties indemnitaires et de couvertures des risques, qui irradie à la fois le droit privé et le droit public. Le concept de garantie a été intégré au sein du droit de la responsabilité¹, et l'objectif premier est le souci d'indemnisation des victimes². La subrogation occupe donc une place privilégiée en matière d'indemnisation des dommages, ce qui explique que les développements suivants soient principalement axés autour de la responsabilité délictuelle. Il faut toutefois préciser que la subrogation trouve également application dans d'autres domaines, tels qu'en matière contractuelle³, commerciale⁴, ou encore en droit de la

¹ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LDGJ, Paris, 1979, p. 256.

² G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, 2014, p. 2 : l'auteur aborde le souci de juste indemnisation en ce que le « *dommage, constituant au premier chef un désordre, un trouble dans le fonctionnement normal de la vie en société, appelle une compensation suffisante dont l'absence serait rapidement ressentie comme une injustice. Or l'entité la plus apte à faire face à cette exigence n'est pas nécessairement celle dont le rôle a été prédominant dans la production de l'évènement dommageable. Très généralement, les collectivités, par l'ampleur des ressources dont elles disposent, constituent des débiteurs plus avantageux pour les victimes que de simples individus* ».

³ Par exemple, en matière d'affacturage ou de cautionnement. C. civ, art. 1346-1 et 1346-2.

⁴ C. com, art. L 642-20-1 et L 522-34.

consommation⁵. En revanche, la subrogation réelle n'est pas abordée au sein de cette section. Bien qu'elle soit employée en présence d'hypothèques, elle n'agit pas comme auxiliaire de la garantie, mais permet uniquement le maintien d'un avantage.

Le transfert de la créance au *solvens* permet de rétablir les règles de répartition de la charge de la dette issue de la responsabilité civile ou administrative, mais également d'éviter une double indemnisation de la victime qui serait contraire au principe de réparation intégrale. La subrogation personnelle suppose de dissocier la phase d'obligation à la dette, qui consiste à déterminer l'assiette du recours du créancier envers son ou ses débiteurs⁶, et la contribution à la dette, qui permet de désigner le débiteur définitif⁷. L'obligation au tout et le recours à des organismes garants ne préjudicient donc pas une répartition postérieure de la charge de la dette⁸.

Il convient donc d'étudier successivement le contexte de développement de la subrogation personnelle (Paragraphe 1) et son utilité aux côtés de la garantie, en tant que mécanisme de répartition de la charge de la dette (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le contexte de développement de la subrogation personnelle

La subrogation personnelle trouve application lorsque le *solvens* n'est pas le débiteur définitif de la totalité de la dette. Il peut s'agir de coauteurs d'un dommage, c'est-à-dire de personnes « *qui accomplissent ensemble un acte dont chacun est considéré comme l'auteur principal* »⁹ : ils œuvrent collectivement à la survenance du dommage, si bien que l'absence de l'un aurait empêché la production de celui-ci ou du moins dans sa plénitude. De la même façon, l'obligation au tout se retrouve en présence d'une obligation solidaire contractuelle, ou encore dans les hypothèses légales de solidarités. Une personne peut donc être responsable de

⁵ C. mon. fin, art. L 313-22-1 et C. ass, art. L 443-1.

⁶ E. Berry, *Quelles sont les règles d'obligation à la dette lorsqu'un époux marié sous la communauté légale contracte seul ?*, Lextenso, janvier 2019, n° 05, p. 17.

⁷ A. Touzain, *Obligation et contribution à la dette entre coresponsables : l'article 1265 du projet de réforme de la responsabilité civile*, Dalloz, 2020, p. 1636.

⁸ Il faut toutefois noter que la subrogation n'est pas une condition de l'obligation *in solidum*, qui peut être accordée même en l'absence de recours en contribution : Civ, 2^{ème}, 31 mai 1972, n° 71-10.812 ; Civ, 2^{ème}, 17 mars 1971, n° 70-10.241 ; Civ, 2^{ème}, 29 avril 1970, n° 68-13.592.

⁹ G. Cornu (dir.), *vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, 10^{ème} éd. PUF, 2000, v° « Coauteurs ».

l'entier dommage alors qu'elle n'a fait que concourir à la réalisation de celui-ci, ou encore qu'elle intervient en tant que coresponsable non fautif. Ainsi, l'obligation au tout « *trouve sa raison d'être dans la garantie qu'elle engendre et qui rend compte de l'objectif que cette obligation poursuit, lequel vise à offrir à la victime le plus de chances possibles d'être indemnisée* »¹⁰. Il s'agit d'une facilité d'indemnisation accordée au créancier qui ne préjudicie pas d'un recours en contribution entre coresponsable ou codébiteurs.

La garantie peut également être apportée par le biais d'organismes garants, spécifiquement créés pour indemniser la victime, et qui répondent à un régime d'indemnisation propre¹¹. Une distinction a d'ailleurs pu être faite entre les coobligés, qui sont des codébiteurs du dommage, des quasi-coobligés, qui sont des organismes ayant vocation à constituer des débiteurs solvables pour le créancier¹².

La « garantie » est donc entendue largement comme regroupant à la fois les facilités d'indemnisation issues de l'obligation au tout, et l'intervention de garants dénués de tout lien avec la responsabilité. La subrogation trouve alors son domaine de prédilection dans ce système mixte entre garantie de paiement et responsabilité.

Appréhender le contexte d'application de la subrogation revient alors à s'interroger sur le développement d'une facilité d'indemnisation à travers l'obligation au tout (A), et la création de débiteurs de réparation (B).

A. Le développement d'une facilité d'indemnisation

La victime peut bénéficier d'une facilité d'indemnisation en actionnant pour le tout un seul des codébiteurs. En droit privé, un principe général de condamnation *in solidum* est consacré en présence de coauteurs d'un dommage. En droit public, l'obligation au tout s'est développée plus tardivement, avec la reconnaissance de la responsabilité de l'État et la volonté d'améliorer la situation des victimes. Seront donc étudiées successivement l'obligation au tout en droit privé (1) et l'obligation au tout en droit public (2).

¹⁰ A. Hacène, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019, n° 347, p. 309 ; J. Boré, *La causalité partielle en noir et blanc ou les deux visages de l'obligation in solidum*, JCP. 1971, I, n° 2369, n° 3.

¹¹ Il constitue une garantie sociale : le régime diffère notamment au regard du niveau des indemnités versées, du mode d'intervention du fonds ou encore des règles de preuves : M. Sousse, *La notion de réparation de dommage en droit administratif français*, Thèse, LGDJ, 1994, p. 87.

¹² M. Ranouil, *Les recours entre coobligés*, Thèse, IRJS éditions, Paris, 2014, n° 412, p. 333.

1. L'obligation au tout en droit privé

En présence d'une pluralité de débiteurs, le principe est la division de l'obligation entre les coobligés : chacun ne contribue qu'à hauteur de la dette dont il doit supporter la charge¹³. Cependant, dans certaines hypothèses, une obligation au tout pèse sur un débiteur. La subrogation intervient donc dans un second temps afin de répartir la charge de la dette entre les codébiteurs.

Les contours de l'obligation au tout. L'obligation au tout trouve application en matière de solidarité et d'obligation *in solidum*¹⁴, et permet au créancier de demander à l'un de ses débiteurs le paiement intégral de sa créance¹⁵. Bien que leur effet principal soit identique, ces deux applications ne doivent pas être confondues. La Cour de cassation le rappelle d'ailleurs dans un arrêt de 1971, où elle considère que l'emploi du terme « solidarité » était inapproprié : c'est alors une obligation *in solidum* qui pèse sur les coauteurs d'un même dommage¹⁶. Les effets secondaires de la solidarité ne se retrouvent pas en présence d'une obligation *in solidum*¹⁷, et leur domaine d'application diverge. La solidarité est légalement prévue, c'est notamment le cas de la responsabilité des père et mère pour les dommages causés par leurs enfants¹⁸, tandis que l'obligation *in solidum* a été consacrée par la jurisprudence en présence de coresponsables¹⁹.

La pluralité de responsables n'est donc pas traitée dans le Code civil, et c'est la Cour de cassation qui en a fixé les règles²⁰. Elle accorde une faveur à la victime qui peut agir pour

¹³ C. civ, art. 1309.

¹⁴ A. Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019, pp. 283 et suivantes.

¹⁵ L'obligation au tout est une faculté offerte à la victime qui peut également choisir de diviser ses poursuites : C. civ, art. 1313 : relatif à la solidarité

¹⁶ Civ, Ch. Mixte, 26 mars 1971, n° 68-13.407. Voir également, Civ, 3^{ème}, 30 juin 2016, n° 15-16.105.

¹⁷ Par exemple, C. civ, art. 1314 ; L.-C. Henry, *Solidarité*, Rép. com. 2007, n° 27 ; ce n'est pas parce que l'action de certains auteurs est prescrite que la victime ne pourra pas agir contre les autres : Civ, 3^{ème}, 5 juillet 2000, n° 98-20.914. A. Hacène, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019, n° 301, p. 274 : le juge s'appuie sur l'absence de communauté d'intérêts et de représentation mutuelle pour expliquer que les effets secondaires de la solidarité ne s'appliquent pas à l'obligation *in solidum*.

¹⁸ C. civ, art. 1242, al 4 : « *Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux* ».

¹⁹ P. Le Tourneau et J. Julien, *Solidarité – Solidarité imparfaite (obligation in solidum)*, Rép. civ. février 2018, n° 160 et suivants ; Civ, 5 juillet 2000, n° 98-20.914. L'obligation *in solidum* est également admise lorsque l'un des coauteurs est tenu délictuellement et l'autre contractuelle : Civ, 3^{ème}, 5 décembre 1972, n° 71-13.818 ; ou à des débiteurs contractuels tenus en vertu de contrats distincts : Civ, 1^{ère}, 14 octobre 1997, n° 95-18.864, Civ, 3^{ème}, 3 juillet 1996, n° 94-16.827.

²⁰ TC, 14 février 2000, *Ratinet*, n° 02929 : « *Chacun des coauteurs d'un même dommage, conséquence de leurs fautes respectives, doit être condamné in solidum à la réparation de l'entier dommage, chacune de ces fautes* ».

le tout contre un seul des coauteurs de son dommage²¹. Dans ces hypothèses, le responsable ne peut invoquer la faute d'un tiers pour se libérer de sa responsabilité²², et doit donc dans un premier temps payer l'intégralité de la dette.

La Cour de cassation a alors permis au codébiteur d'une obligation *in solidum* qui a exécuté l'entière obligation, de répéter contre l'autre responsable, par le biais d'un recours subrogatoire, ses part et portion²³. À titre d'exemple, le recours a été accordé à un employeur et son assureur à la suite d'un dommage causé à un salarié²⁴. En l'espèce, lors d'un transport de graviers effectué pour le compte de la société GSM Atlantique, le conducteur fut victime d'un accident mortel du travail. Il a été jugé que son employeur, la Société Aquitaine route, avait commis une faute inexcusable, et son assureur, la société Axa, indemnisa donc la caisse primaire d'assurance maladie à hauteur des sommes qu'elle avait allouées aux ayants droit de la victime en réparation de leur préjudice moral. L'employeur et son assureur assignèrent ensuite la société GSM Atlantique en responsabilité pour obtenir le remboursement de la moitié des sommes mises à leur charge à la suite de cet accident. Le recours subrogatoire intervient donc bien dans un contexte d'obligation au tout, et permet, au stade de la contribution, de répartir la charge de la dette entre les coresponsables.

Le domaine de l'obligation au tout en droit civil. À côté des obligations solidaires légalement prévues²⁵, la Cour de cassation a consacré un principe général de condamnation *in solidum* en présence de coauteurs d'un dommage²⁶. Elle a été mise en œuvre pour répondre à

ayant concouru à le causer tout entier, sans qu'il y ait lieu de tenir compte du partage de responsabilité entre les coauteurs, lequel n'affecte que les rapports réciproques de ces derniers, mais non le caractère et l'étendue de leurs obligations à l'égard de la victime du dommage ».

²¹ ²¹ P. Le Tourneau et J. Julien, *Solidarité – Solidarité imparfaite (obligation in solidum)*, Rép. civ. février 2018, n° 173 : le dommage doit être unique, ainsi « *chacun des responsables d'un même dommage doit être condamné à la réparer en totalité* ».

²² Civ, 2^{ème}, 28 juin 2007, n° 06-15.744.

²³ Civ, 2^{ème}, 1^{er} oct. 1975, n° 74-11.280 ; Civ, 2^{ème}, 11 février 1981, n° 79-16.301 ; Civ, 1^{ère}, 18 septembre 2002, n° 99-20.297.

²⁴ Civ, 2^{ème}, 5 octobre 2006, n° 05-16.514 : « *Il résulte des dispositions des articles 1382 et 1251 du code civil que le codébiteur d'une obligation in solidum qui a exécuté l'entière obligation peut répéter contre l'autre responsable ses part et portion ; Et attendu que l'arrêt retient que dans le cadre de la responsabilité de droit commun de l'article 1382 du Code civil, l'assureur a versé la somme dont il réclame le remboursement en application d'un arrêt du 21 novembre 1997, dont il n'est pas contesté qu'il soit définitif ; qu'il résulte d'un arrêt du 21 septembre 1993 que la société GSM Atlantique a participé à la réalisation du sinistre, participation qu'il convient de fixer en droit commun à 50 % ; Que de ces constatations et énonciations, la cour d'appel a exactement déduit que la société GSM Atlantique était tenue de rembourser à l'assureur la moitié des sommes qu'il avait dû verser pour indemniser les ayants droit de Jean-Claude X ».*

²⁵ À titre d'exemple : C. gén. imp, art. 1745 : « *Tous ceux qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive, prononcée en application des articles 1741, 1742 ou 1743 peuvent être solidairement tenus, avec le redevable légal de l'impôt fraudé, au paiement de cet impôt ainsi qu'à celui des pénalités fiscales y afférentes* » ; C. civ, art. 220 ; C. proc. pen, art. 480-1 ; C. com, art. L 221-1.

²⁶ Civ, 27 novembre 1935, Bull. civ. n° 192, p. 340 ; Civ, 4 décembre 1939, DC. 1941, p. 124.

un besoin croissant d'accorder à la victime une indemnisation intégrale et une volonté de simplification procédurale²⁷. Elle est reconnue, quel que soit le fondement de leur responsabilité : le fait générateur peut alors être une faute imputable au coresponsable²⁸, peu importe sa qualité contractuelle ou délictuelle²⁹, le fait d'une chose dont il avait la garde³⁰ ou encore le fait d'autrui³¹.

Une telle obligation n'irradie pas uniquement le droit commun, mais s'applique également en matière de régimes spéciaux. Ainsi, en matière de responsabilité du fait des produits défectueux³², d'accidents de la circulation³³, d'accident du travail³⁴, ou encore en présence d'assurance obligatoire³⁵, l'obligation au tout trouve application. La solidarité, quant à elle, permet d'assurer la sécurité des transactions commerciales, où elle s'applique par principe en présence d'une pluralité de débiteurs³⁶. Ainsi, en droit cambiaire, tous ceux qui ont tiré, accepté, endossé ou avalisé une lettre de change ou un billet à ordre sont tenus solidairement envers le porteur³⁷. En droit civil en revanche, elle ne se présume pas, mais résulte de dispositions légales ou contractuelles³⁸. Le recours subrogatoire peut donc

²⁷ A. Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019, n° 345, p. 308 ; J. Boré, *La causalité partielle en noir et blanc ou les deux visages de l'obligation in solidum*, JCP. 1971, I, n° 2369, n° 3.

²⁸ Civ, 1^{ère}, 19 novembre 2009, n° 08-15.937.

²⁹ Com, 20 janvier 2009, n° 07-19.570.

³⁰ Civ, 2^{ème}, 13 mars 1975, n° 73-13.961.

³¹ Civ, 2^{ème}, 11 septembre 2014, n° 13-16.897.

³² C. civ, art. 1245-13 : « *La responsabilité du producteur envers la victime n'est pas réduite par le fait d'un tiers ayant concouru à la réalisation du dommage* ». La Cour de cassation rappelle aux juges du fond, au visa de cet article, que lorsque la responsabilité du producteur est engagée sur ce fondement, le fait du tiers reste indifférent : Civ, 1^{ère}, 28 novembre 2018, n° 17-14.356.

³³ Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, art. 2 ; Civ, 2^{ème}, 8 juillet 2004, n° 02-21.575 : *Condamnation in solidum* du conducteur d'un véhicule terrestre à moteur et de son assureur avec un autre conducteur impliqué dans l'accident.

³⁴ Ass. plén, 22 décembre 1988, n° 85-17.473, n° 86-91.864 et n° 84-13.614 ; Civ, 2^{ème}, 4 avril 2013, n° 12-13.921.

³⁵ C. ass, art. L 220-1 et suivants.

³⁶ L-C. Henry, *Solidarité*, Rép. com. octobre 2007, n° 2 : alors que la solidarité active (lorsque plusieurs créanciers ont un même débiteur) n'est pas présumée en droit commercial, la solidarité passive quant à elle, est de principe et chacun des codébiteurs est tenu de payer intégralement le créancier. La présomption de solidarité commerciale est alors définie par rapport aux actes de commerce.

³⁷ C. com, art. L 511-44 et L 512-3. La règle s'applique également en matière de chèque : C. mon. fin, art. L 131-51.

³⁸ C. civ, art. 1310.

intervenir dans ces hypothèses afin de rétablir, dans un second temps, les règles de répartition de la charge de la dette³⁹.

2. L'obligation au tout en droit public

L'obligation au tout n'est pas nommée de la même façon en droit public⁴⁰, puisqu'elle est souvent qualifiée d'obligation solidaire, même en dehors de dispositions textuelles⁴¹. Toutefois, en présence de coresponsables, c'est bien une obligation au tout qui est appliquée⁴².

La reconnaissance d'une obligation au tout. Les personnes publiques peuvent engager leur responsabilité lorsque le dommage est causé, au moins en partie, par une personne privée. Par principe, l'arrêt Pelletier pose une distinction entre la faute personnelle et la faute de service, qui permet de déterminer s'il faut engager la responsabilité de l'agent ou de l'Administration⁴³. Alors que la faute de service se rattache à l'exercice par l'agent de ses fonctions, la faute personnelle s'en détache⁴⁴ au regard de son caractère intentionnel ou en raison de sa gravité⁴⁵. La coexistence entre une faute personnelle et une faute de service dans la réalisation du dommage peut toutefois donner lieu à une obligation au tout⁴⁶, et la victime peut au choix poursuivre l'Administration devant le juge administratif ou l'agent devant le

³⁹ En fonction des règles de répartition, un recours peut être accordé. À titre d'exemple, le responsable fautif peut agir contre un autre responsable fautif, mais ne peut pas agir contre un responsable non fautif.

⁴⁰ A. Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019, n° 289 et suivants, pp. 267 et suivantes ; O. Sabard, *La cause étrangère en droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2008, n° 236, p. 188.

⁴¹ Le Conseil d'État parle généralement de condamnation solidaire : CE, 3 juillet 2013, n° 360893, CE, 2 juillet 2010, n° 323890 ; CE, 27 juin 2018, n° 409608. De la même façon, H. Belrhali, *Les coauteurs en droit administratif*, préf. J.-P. Biays, LGDJ, 2003, pp. 186 et suivantes, emploie le terme d'obligations solidaires ; O. Sabard, *La cause étrangère en droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2008, n° 236, p. 188. Le juge emploie plus rarement le terme d'obligation *in solidum* : CE, 18 mai 2008, n° 268412 ; CE, 11 décembre 2015, n° 384242.

⁴² CE, 29 septembre 1982, n° 30560 30682 : « une condamnation solidaire à l'encontre de M. Bertholon et l'entreprise, le tribunal administratif n'a pas établi entre ceux-ci une solidarité comportant tous les effets de la solidarité prévus à l' [ancien] article 1202 du Code civil et s'est borné à faire droit aux conclusions de l'affaire tendant à ce que l'architecte et l'entrepreneur soient condamnés in solidum ».

⁴³ CE, 30 juillet 1873, *Pelletier*, Rec. p. 117.

⁴⁴ La faute peut également être totalement extérieure au service : CE, 9 juillet 1943, *Époux Frièse*, Rec. p. 182.

⁴⁵ Il peut s'agir d'une volonté de nuire, de la malveillance, d'un excès de comportement. CE, 12 avril 2002, *Papon*, n° 238689.

⁴⁶ CE, 3 février 1911, *Anguet*, n° 34922, Rec. p. 146. H. Belrhali, *les coauteurs en droit administratif*, LGDJ, 2003, pp. 119 et suivants.

juge judiciaire. Il s'agit d'une garantie apportée à la victime dans le recouvrement de sa créance, avec la spécificité de la solvabilité avérée de la personne publique⁴⁷.

Le juge administratif a poussé plus loin l'étendue de l'obligation au tout, qui est également applicable en matière de cumul de responsabilité. L'arrêt de principe *Epoux Lemonnier* portait sur l'organisation d'une fête annuelle qui proposait une attraction de tir sur une rivière. À cette occasion, une promeneuse longeant la rive opposée fut blessée par balle. Le juge considère alors que bien que les circonstances de l'accident soient la conséquence de la faute personnelle de l'agent, cela n'empêche pas la victime d'agir contre la personne publique qui a la gestion du service incriminé⁴⁸.

De façon générale, l'obligation au tout s'impose lorsqu'une faute personnelle commise par l'agent n'est pas dépourvue de tout lien avec le service⁴⁹, c'est-à-dire, qu'elle a été commise pendant l'exercice de ses fonctions ou que cet exercice a facilité sa commission⁵⁰. Ainsi, l'accident imputable à une faute personnelle du conducteur utilisant un véhicule de service engage également la responsabilité de l'Administration⁵¹. Même en l'absence de coaction de la personne publique et de l'agent, la victime peut donc recourir contre l'Administration pour obtenir la réparation de son dommage⁵². En l'espèce, le juge administratif va d'ailleurs conditionner l'obligation au tout à l'octroi d'un recours subrogatoire à l'État dans les droits de la victime à l'encontre du conducteur. Il peut donc se retourner contre l'agent dès lors que celui-ci a commis une faute personnelle entraînant sa responsabilité⁵³.

En outre, les personnes publiques sont également amenées à engager leur responsabilité dans des hypothèses où elles ont agi conjointement dans l'exercice de leurs missions⁵⁴. C'est alors la notion de responsabilité solidaire qui est retenue⁵⁵, fondée sur le

⁴⁷ M. Sousse, *La notion de réparation de dommage en droit administratif français*, Thèse, LGDJ, 1994, pp. 72 et suivants.

⁴⁸ CE, 26 juillet 1918, *Époux Lemonnier*, n° 49595 55240.

⁴⁹ C'est-à-dire la faute, même personnelle, commise dans l'exercice des fonctions, avec les moyens du service ou durant le temps de travail. Le lien peut donc être matériel ou fonctionnel, voire psychologique.

⁵⁰ J-P Dubois, *Faute des agents et responsabilité administrative – développement d'une responsabilité administrative du fait d'une faute personnelle*, Rép. puiss. Publ. avril 2014, n° 74.

⁵¹ CE, 18 novembre 1949, *Dlle Mimeur*, n° 91864. Le Conseil d'État instrumentalise également la faute de service afin de faire apparaître un défaut de surveillance ou dans l'organisation du service pour assurer une indemnisation intégrale à la victime : H. Belrhali, *Les coauteurs en droit administratif*, LGDJ, 2003, p. 123.

⁵² M. Sousse, *La notion de réparation de dommage en droit administratif français*, Thèse, LGDJ, 1994, p. 160.

⁵³ CE, 28 juillet 1951, *Laruelle*, n° 01074 ; CE, 28 juillet 1951, *Delville*, n° 04032.

⁵⁴ CE, 2 février 1973, n° 78206 : « Responsabilité conjointe et solidaire de l'État et de la ville envers la victime à raison d'un accident du à l'insuffisante signalisation d'un rétrécissement d'une chaussée appartenant au domaine public de l'État et à l'insuffisance en ce lieu de l'éclairage public qui incombait à la ville » ; CE, 13

principe d'égalité des auteurs⁵⁶ : une commune et un département peuvent donc être coauteurs d'un même dommage et bénéficier d'un recours subrogatoire⁵⁷.

L'absence de principe général de l'obligation au tout des coauteurs. L'obligation au tout des coauteurs n'est pas érigée en principe général⁵⁸ et le juge administratif a été plus réticent à systématiquement faire peser une telle obligation sur une personne publique⁵⁹. L'extension reste toutefois considérable et le juge favorise de plus en plus l'indemnisation de la victime⁶⁰. Ce mouvement s'analyse également avec le recul de la faute lourde, les présomptions de responsabilité et le développement de la responsabilité sans faute. Dès lors, l'obligation au tout s'inscrit parfaitement dans le phénomène de « subjectivisation » du droit administratif, intégrant de plus en plus les intérêts des particuliers⁶¹.

Dans certains domaines du droit public, l'obligation au tout a d'ailleurs une valeur quasi absolue, telle qu'en matière de dommage de travaux publics⁶² ou encore de relation

octobre 2003, *Vinot c/Département de la Seine-Maritime*, n° 244419 ; CE, 9 novembre 2016, n° 393902 : « *La responsabilité de l'État est engagée sur le fondement de la faute ; que si, dans un tel cas, l'État ne peut s'exonérer de l'obligation de réparer intégralement les préjudices trouvant directement leur cause dans cette faute en invoquant les fautes commises par des personnes publiques ou privées avec lesquelles il collabore étroitement dans le cadre de la mise en œuvre d'un service public* ».

⁵⁵ H. Belrhali, *Les coauteurs en droit administratif*, LGDJ, 2003, p. 273 ; N. Albert, « *Les concours de responsabilités en droit administratif* », RCA, n° 2, février 2012, Dossier n° 7.

⁵⁶ F. Roques, *L'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité*, AJDA. 1991, p. 75.

⁵⁷ CE, 5 mai 2017, n° 396333 : « *Les dommages anormaux causés aux demandeurs par l'existence et le fonctionnement des ouvrages que constituent la déviation routière du centre du Village, dont le maître de l'ouvrage était la commune et qui a été réalisée avec l'aide financière et technique du département* ».

⁵⁸ H. Belrhali, *Les coauteurs en droit administratif*, LGDJ, 2003, p. 173.

⁵⁹ Notamment au regard de la nécessité de protéger les deniers publics : CE, 19 mars 1971, *sieur Mergui*, n° 79962. « *La protection des deniers publics et la garantie des droits de la victime peuvent apparaître comme des objectifs contradictoires. Un équilibre devait être recherché entre ces objectifs et un mécanisme compensateur mis en place : tel est le sens général de la technique de l'action récursoire* » : F. Roques, *L'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité*, AJDA. 1991, p. 75.

⁶⁰ F. Roques, *L'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité*, AJDA. 1991, p. 75.

⁶¹ P. Fraisseix, *La « subjectivisation » du droit administratif*, Petites affiches. octobre 2004, n° 207, p. 12. N. Foulquier, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Thèse, Dalloz, Paris, 2003 ; *Les droits publics subjectifs des administrés : actes du 4^{ème} colloque*, les 10 et 11 juin 2010, l'Association française pour la recherche en droit administratif, pôle universitaire de gestion de l'Université de Bordeaux, Lexisnexis, Paris, 2011.

⁶² CE, 27 juin 2018, n° 409608 : « *lorsque l'une des parties à un marché de travaux a subi un préjudice imputable à la fois à l'autre partie, en raison d'un manquement à ses obligations contractuelles, et à d'autres intervenants à l'acte de construire, au titre de fautes quasi-délictuelles, elle peut demander au juge de prononcer la condamnation solidaire de l'autre partie avec les coauteurs des dommages ; qu'en revanche, ces derniers ne peuvent être rendus solidairement débiteurs de sommes correspondant à des préjudices qui ne leur sont aucunement imputables non plus que de sommes figurant dans le décompte général ne présentant pas de caractère indemnitaire* ». L'obligation au tout s'applique que le dommage ait été subi par des personnes participant aux travaux : CE, 21 juin 1991, *Ministre de l'Urbanisme, du Logement et des Transports c/Consorts Brusson*, n° 76598 ; ou par de simples usagers : CE, 24 novembre 1967, *Ministre des Travaux publics et des Transports c/Mlle Labat*, n° 66729 et 66798 : « *dans ces circonstances particulières, l'insuffisance des précautions prises est assimilable à un défaut d'entretien normal de l'ouvrage public de nature à engager la responsabilité du maître de l'ouvrage qui ne peut utilement se prévaloir de faits imputables à des tiers pour*

entre une personne publique et son agent⁶³. Le Conseil d'État a notamment pu considérer dans un arrêt de 2010 que « *lorsqu'un dommage trouve sa cause dans plusieurs fautes qui, commises par des personnes différentes ayant agi de façon indépendante, portaient chacune en elle normalement ce dommage au moment où elles se sont produites, la victime peut rechercher la réparation de son préjudice en demandant la condamnation de l'une de ces personnes ou de celles-ci conjointement* »⁶⁴. Il n'est cependant pas possible de prévoir un critère de distinction entre les hypothèses de partage de responsabilité⁶⁵, et celle de l'obligation au tout⁶⁶. Il n'en demeure pas moins que puisqu'une telle facilité d'indemnisation ne vise pas à faire peser l'entier dommage systématiquement sur la personne publique⁶⁷, un recours subrogatoire peut lui être accordé dès lors qu'elle ne doit pas supporter entièrement la charge de la dette⁶⁸.

B. La création de nouveaux débiteurs de réparation

La création d'organismes de solidarité permet d'imputer la réparation du dommage à une personne qui y est pourtant étrangère⁶⁹. La subrogation connaît alors un essor considérable grâce à l'émergence de nouveaux organismes d'indemnisation. Ces derniers sont dénués de tout lien avec la responsabilité (1), ce qui conduit à une véritable socialisation des risques (2).

s'exonérer totalement ou partiellement de la responsabilité qui lui incombe » ; CE, 26 juin 1968, *Entreprise Gabriac*, n° 71486.

⁶³ H. Belrhali, *Les coauteurs en droit administratif*, LGDJ, 2003, p. 309.

⁶⁴ CE, 2 juillet 2010, *Madranges*, n° 323890 ; CE, avis, 20 janvier 2023, n° 468190.

⁶⁵ Par exemple : CE, 15 Juillet 1959, *EDF c/Cornut*, Rec. p. 471 : en l'absence de recours en contribution, le juge administratif ne condamne pas au tout la personne publique. En l'espèce, il s'agissait d'un accident du travail résultant de faits conjugués de l'employeur et d'un tiers à l'entreprise. Dans le même sens : CE, 2 juillet 1971, n° 76533. Exclusion de l'obligation au tout pesant sur l'administration en présence de liens familiaux entre la victime et l'un des auteurs du dommage : CE, 30 mars 1990, n° 81174 : « *c'est à bon droit que le tribunal administratif de Nice, compte tenu du défaut de surveillance de la famille Y... à l'égard de ses enfants, a limité à 50 % la part de responsabilité qui doit être laissée à l'office* ». CAA Nantes, 4 février 2010, n° 08NT01250 : En l'espèce, « *la responsabilité de la commune de Varennes-Changy était engagée à raison de la carence du maire dans l'exercice de ses pouvoirs de police, du fait de l'absence de mise en place d'une signalisation adéquate* ». Toutefois, « *le défaut de maîtrise de son véhicule par M. X révèle une faute de nature à exonérer la commune de Varennes-Changy de la moitié de sa responsabilité* » et « *ce partage de responsabilité est opposable au jeune Antonin, passager, également victime de l'accident* ».

⁶⁶ H. Belrhali, *Les coauteurs en droit administratif*, LGDJ, 2003, p. 279 : limite à la notion de faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service, ne présente donc pas une garantie absolue : CE, 13 mai 1991, *Société d'assurance Les mutuelles unies*, n° 82316.

⁶⁷ H. Belrhali, *Les coauteurs en droit administratif*, LGDJ, 2003, p. 290.

⁶⁸ CE, 2 juillet 2010, *Madranges*, n° 323890 : « *la victime peut rechercher la réparation de son préjudice en demandant la condamnation de l'une de ces personnes ou de celles-ci conjointement, sans préjudice des actions récursoires que les coauteurs du dommage pourraient former entre eux* ».

⁶⁹ M. Sousse, *La notion de réparation de dommage en droit administratif français*, Thèse, LGDJ, 1994, p. 43.

1. La création de mécanismes dénués de lien avec la responsabilité

La nécessité d'offrir rapidement une indemnisation intégrale à la victime a conduit à la création d'organismes d'indemnisation dénués de lien avec la responsabilité. Ils peuvent se matérialiser sous la forme d'organismes garants créés spécifiquement pour indemniser certains dommages, d'assurances facultatives ou obligatoires, ou encore de mécanismes de substitution. Ils payent « *une dette de réparation qu'ils n'avaient pas fait naître et qu'ils entendaient faire supporter au débiteur véritable* »⁷⁰. Le recours subrogatoire permet donc de réintroduire les règles de la responsabilité au stade de la contribution à la dette.

L'indemnisation de la victime par un garant social. Les organismes prenant en charge l'indemnisation de la victime sont nombreux et peuvent être légalement prévus ou dépendre de la prévoyance de chacun⁷¹. Dès lors, en présence de certains risques particulièrement graves ou fréquents⁷², il est apparu impératif d'organiser la réparation des préjudices pouvant en résulter⁷³. Ces risques, garantis par la société⁷⁴, sont principalement liés aux missions relatives à la santé⁷⁵ ou à la sécurité nationale mise en œuvre par l'État⁷⁶. Des fonds d'indemnisation viennent alors compenser les dommages subis par la victime⁷⁷ et

⁷⁰ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 261.

⁷¹ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 275. R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 233.

⁷² Tels que les risques automobiles (Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages), les risques sanitaires tels que le danger de l'amiante (Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante), ou encore ceux liés aux infractions (Fonds d'indemnisation des victimes du terrorisme et d'autres infractions).

⁷³ R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 230 : « *L'idée présidant à la création de ces fonds d'indemnisation est qu'il existe des risques qui doivent nécessairement être garantis par la société* » ; J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 291 : en ce qui concerne les accidents automobiles : « *Devant leur multiplication et leur aggravation sans cesse croissantes, il est apparu indispensable de garantir à la victime une indemnisation rapide et complète* ». M. Sousse, *La notion de réparation de dommage en droit administratif français*, Thèse, LGDJ, 1994, p. 85 : « *La responsabilité, en permettant une indemnisation de plus en plus étendue, a transformé le besoin d'indemnisation des victimes. Celles-ci exigent une réparation pour les dommages résultant de la vie en société, et ne se satisfont plus de simple secours. Un droit des victimes reposant sur la garantie sociale se développe progressivement* ».

⁷⁴ M. Sousse, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, Thèse, LGDJ, 1994, p. 246 : « *Désormais, le principe est celui du droit à réparation pour toutes les catastrophes ayant un caractère national* ».

⁷⁵ Par exemple, le fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles (FITH). L'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM) s'étant aujourd'hui substitué au FITH et s'avère compétent pour indemniser les préjudices résultant de la contamination par le VIH à la suite de transfusions sanguines.

⁷⁶ Par exemple, le fonds d'indemnisation des victimes du terrorisme et d'autres infractions.

⁷⁷ Le fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO) en matière de dommages causés par un véhicule qui intervient lorsque la victime ne peut pas obtenir une indemnisation de la part du responsable ou de son assureur : Loi n° 2003-706, 1^{er} août 2003, *de sécurité financière* ; C. ass., art. L 421-1 ; Loi, n° 57-1424, 31 décembre 1957, *attribuant compétence aux tribunaux judiciaires pour statuer sur les actions en responsabilité des dommages causés par tout véhicule et dirigés contre une personne de droit public*. Voir également l'article 75-1 du Code minier qui prévoit qu'« *en cas de disparition ou de défaillance du responsable,*

interviennent à la fois dans les rapports entre les personnes privées et ceux entre les personnes privées et les personnes publiques⁷⁸.

Le développement de mécanismes d'indemnisation alternatifs à la responsabilité civile ou administrative s'observe également par l'exposition renforcée de l'assureur⁷⁹ ou des caisses de la sécurité sociale⁸⁰. L'État peut également intervenir en tant que garant de l'indemnisation, par exemple lorsqu'il se substitue aux responsables pour indemniser la victime⁸¹. Il convient de constater que nombreuses sont les créances bénéficiant d'une garantie de paiement dont découle la mise en jeu de la subrogation personnelle : il peut s'agir des créances salariales⁸², de celles nées de l'aide sociale⁸³, ou encore de créances indemnitaires⁸⁴.

Une répartition postérieure de la charge de la dette. De nombreux mécanismes ont donc vocation à indemniser la victime au stade de l'obligation à la dette, alors même qu'ils n'ont pas concouru à la réalisation du dommage. C'est dans ce contexte que la subrogation

l'État est garant de la réparation des dommages mentionnés au premier alinéa ; il est subrogé dans les droits de la victime à l'encontre du responsable ». Le Fonds de garantie des victimes du terrorisme ou d'autres infractions qui garantit l'indemnisation de certaines victimes de dommages corporels résultant d'une infraction : Loi, n° 90-589, 6 juillet 1990, *modifiant le code de procédure pénale et le code des assurances et relative aux victimes d'infractions* : Création du fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions (FGTI).

⁷⁸ Ils sont gérés par des organismes publics ou contrôlés par les autorités publiques ; CE, 8 juillet 2020, n° 426049 : l'Office national des infections nosocomiales, des infections iatrogènes et des accidents médicaux (ONIAM) est condamné à verser une indemnisation à Mme B. en raison d'un préjudice qu'elle a subi à l'hôpital public.

⁷⁹ C. Caillé, *Assurance de dommages*, Rép. civ. décembre 2013, n° 1 : « *Les assurances de dommages sont les assurances qui garantissent les risques menaçant le patrimoine de l'assuré. Elles se divisent en deux catégories : les assurances de choses, appelées aussi assurances de biens, et les assurances de responsabilité. Les assurances de biens garantissent l'actif du patrimoine, qu'il s'agisse de biens mobiliers ou immobiliers, de biens corporels ou incorporels comme les créances dont l'assuré est titulaire. Les assurances de responsabilité garantissent les conséquences pécuniaires de la responsabilité de l'assuré lorsque celle-ci est engagée par un tiers victime. Les assurances de responsabilité se classent elles-mêmes en deux catégories : les assurances à objet déterminé et les assurances à objet indéterminé. L'assurance est dite à objet déterminé lorsque les conséquences de la responsabilité peuvent être connues à l'avance ; c'est le cas lorsque le contrat garantit la responsabilité encourue en raison d'un bien donné comme, par exemple, la responsabilité encourue par le dépositaire à l'égard du déposant du fait des objets déposés. L'assurance est dite à objet indéterminé lorsque les conséquences de la responsabilité ne peuvent être évaluées par avance ; c'est le cas, par exemple, des assurances de responsabilités professionnelles ou de l'assurance obligatoire des véhicules terrestres à moteur* » ; et n° 197 : « *L'assurance de responsabilité constitue une catégorie particulière d'assurance de dommages, en ce sens qu'elle garantit le patrimoine de l'assuré non pas dans son actif, mais contre un risque de passif. Elle le garantit contre la dette de dommages-intérêts résultant de l'engagement de sa responsabilité à l'égard des tiers. C'est donc une assurance de dettes* ». C. ass, art. L 121-12.

⁸⁰ La sécurité sociale occupe aujourd'hui une part considérable dans l'indemnisation des soins médicaux, par exemple en matière de dommages professionnels subis par les travailleurs. C. sec. soc, art. L 376-1

⁸¹ Loi, 5 avril 1937, *modifiant les règles de la preuve en ce qui concerne la responsabilité civile des instituteurs et l'art. 1384 (paragraphe 5, dernier al.) du Code civil relatif à la substitution de la responsabilité de l'État à celle des membres de l'enseignement public*.

⁸² C. trav, art. R. 1251-24 et R 1251-28.

⁸³ C. action sociale et des familles, art. L 132-10.

⁸⁴ C. ass, art. L 121-12.

personnelle trouve application, en leur permettant, au stade de la contribution, d'agir contre le débiteur définitif. Par conséquent, seuls les mécanismes dotés d'un recours subrogatoire entrent dans le champ de cette étude.

Alors que certains mécanismes se substituent à la responsabilité individuelle, d'autres s'ajoutent à celle-ci et peuvent offrir une option à la victime ou intervenir à titre subsidiaire : ils sont alors de simples débiteurs de réparation⁸⁵. Ainsi, la responsabilité de l'État, par principe toujours solvable, se substitue à la responsabilité des membres de l'enseignement public ou privé, en raison des dommages commis par les élèves qui leur sont confiés⁸⁶. De la même façon, il apporte une garantie à ses agents lorsqu'ils sont victimes d'un dommage⁸⁷, et peut être tenu d'indemniser la victime lorsqu'un de ces agents fait l'objet de poursuites⁸⁸. Il sera ensuite subrogé dans les droits de ces derniers pour agir contre le débiteur définitif⁸⁹.

Puisqu'ils n'ont pas vocation à supporter la charge de la dette, un recours subrogatoire peut également être accordé aux mécanismes spécifiquement créés pour indemniser la victime. Ainsi, l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux⁹⁰ peut certes être amené à indemniser la victime en l'absence de responsabilité d'un professionnel ou d'un

⁸⁵ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 273.

⁸⁶ Loi, 5 avril 1937, *modifiant les règles de la preuve en ce qui concerne la responsabilité civile des instituteurs et l'art. 1384 (paragraphe 5, dernier al.) du Code civil relatif à la substitution de la responsabilité de l'État à celle des membres de l'enseignement public*. De la même façon, une telle garantie est accordée aux magistrats : Loi, n° 79-43, 18 janvier 1979, *organique modifiant l'ord. 581270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, ou lors des attroupements ou rassemblements : C. sécu. int., art. L 211-10.

⁸⁷ Loi n° 83-634, 13 juillet 1983, *portant droits et obligations des fonctionnaires*, art. 11. Ordonnance, n° 59-76, 7 janvier 1959, *relative aux actions en réparation civile de l'État et de certaines autres personnes publiques*, art. 1. Cette subrogation est également prévue à l'égard des communautés européennes qui indemnisent leurs agents : Règlement, n° 259-68, 29 février 1968, *fixant le statut des fonctionnaires des Communautés européennes ainsi que le régime applicable aux autres agents de ces Communautés, et instituant des mesures particulières temporairement applicables aux fonctionnaires de la Commission*, art. 72.

⁸⁸ Loi, n° 83-634, 13 juillet 1983, *portant droits et obligations des fonctionnaires*, art. 11 : « À raison de ses fonctions et indépendamment des règles fixées par le Code pénal et par les lois spéciales, le fonctionnaire ou, le cas échéant, l'ancien fonctionnaire bénéficie, dans les conditions prévues au présent article, d'une protection organisée par la collectivité publique qui l'emploie à la date des faits en cause ou des faits ayant été imputés de façon diffamatoire. Lorsque le fonctionnaire a été poursuivi par un tiers pour faute de service et que le conflit d'attribution n'a pas été élevé, la collectivité publique doit, dans la mesure où une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions n'est pas imputable au fonctionnaire, le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui. Lorsque le fonctionnaire fait l'objet de poursuites pénales à raison de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions, la collectivité publique doit lui accorder sa protection. Le fonctionnaire entendu en qualité de témoin assisté pour de tels faits bénéficie de cette protection. La collectivité publique est également tenue de protéger le fonctionnaire qui, à raison de tels faits, est placé en garde à vue ou se voit proposer une mesure de composition pénale ».

⁸⁹ Loi, n° 83-634, 13 juillet 1983, *portant droits et obligations des fonctionnaires*, art. 11, VI : « La collectivité publique est subrogée aux droits de la victime pour obtenir des auteurs des faits mentionnés aux IV et V la restitution des sommes versées au fonctionnaire ou aux personnes mentionnées au V. Elle dispose, en outre, aux mêmes fins, d'une action directe, qu'elle peut exercer au besoin par voie de constitution de partie civile devant la juridiction pénale ».

⁹⁰ C'est-à-dire, lorsque dommage survient à la suite d'un acte de prévention, de diagnostic ou de soin.

établissement de santé au titre de la solidarité nationale⁹¹, mais également lorsque le responsable est identifié mais qu'il n'est pas assuré⁹². En matière d'infection nosocomiale, lorsque le seuil de gravité fixé légalement est dépassé, l'ONIAM indemnise la victime, mais la responsabilité pour faute de l'établissement de santé peut toujours être engagée sur recours subrogatoire⁹³. De la même façon, le Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions est subrogé dans les droits de la victime pour obtenir du responsable du dommage le remboursement de l'indemnité qu'il a versée⁹⁴. L'indemnisation apportée à la victime par un mécanisme garant n'a donc pas vocation à écarter les règles de la responsabilité, et le recours à la subrogation permet de les réintroduire.

⁹¹ En l'absence de faute de l'établissement ou du professionnel de santé, aucun recours subrogatoire n'est alors accordé. C. sant. publ, art. L 1142-1 II : « *Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et, en cas de décès, de ses ayants droit au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique, de la durée de l'arrêt temporaire des activités professionnelles ou de celle du déficit fonctionnel temporaire. Ouvre droit à réparation des préjudices au titre de la solidarité nationale un taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique supérieur à un pourcentage d'un barème spécifique fixé par décret ; ce pourcentage, au plus égal à 25 %, est déterminé par ledit décret* ».

⁹² C. sant. publ, art. L 1142-1 I : « *Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute. Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère* ». C. sant. publ. art. L 1142-15 : « *En cas de silence ou de refus explicite de la part de l'assureur de faire une offre, ou lorsque le responsable des dommages n'est pas assuré ou la couverture d'assurance prévue à l'article L. 1142-2 est épuisée, l'office institué à l'article L. 1142-22 est substitué à l'assureur* ».

⁹³ C. sant. publ, art. L 1142-1 et L 1142-1-1. C. sant. publ, art. L 1142-21 al 2 : « *Lorsqu'il résulte de la décision du juge que l'office indemnise la victime ou ses ayants droit au titre de l'article L. 1142-1-1, celui-ci ne peut exercer une action récursoire contre le professionnel, l'établissement de santé, le service ou l'organisme concerné ou son assureur, sauf en cas de faute établie à l'origine du dommage, notamment le manquement caractérisé aux obligations posées par la réglementation en matière de lutte contre les infections nosocomiales. L'office signale sans délai l'infection nosocomiale à l'autorité compétente mentionnée à l'article L. 6115-3* ». En outre, il indemnise également au titre d'autres dispositifs d'indemnisations tel que la vaccination obligatoire : Loi, n° 64-643, 1 juillet 1964, relative à la vaccination antipoliomyélitique obligatoire et à la répression des infractions à certaines dispositions du code de la santé publique. Ou encore en matière de contamination par le VIH : Loi, n° 91-1406, 31 décembre 1991, portant diverses dispositions d'ordre social, Art. 47, IX.

⁹⁴ C. pro. Pen, art. 706-11.

2. Le phénomène de socialisation des risques

La socialisation des risques est directement liée aux progrès techniques et à la multiplication des risques naturels⁹⁵. Elle résulte de la volonté de réparer tout dommage, même accidentellement subi par une victime. Il ne s'agit pas véritablement de sociabiliser le risque, mais les conséquences dommageables de celui-ci : ainsi, un système alternatif d'indemnisation a vu le jour. Il n'a toutefois pas pour effet de faire disparaître la responsabilité de l'auteur du dommage et la subrogation personnelle a alors vocation à intervenir car elle permet d'assurer le maintien des règles de répartition de la charge de la dette.

L'incidence du phénomène de socialisation des risques. Les mécanismes garants de l'indemnisation de la victime ont été mis en place pour pallier l'absence d'identification de l'auteur ou son insolvabilité⁹⁶. Ils permettent également de canaliser un contentieux de masse en dehors des juridictions et d'éviter la multiplication des actions en justice⁹⁷. Il ne faut cependant pas en conclure que la victime peut se contenter d'actionner un seul garant, car celui-ci n'assure pas toujours une indemnisation intégrale du dommage, qui doit alors être complétée par d'autres prestations versées par des tiers payeurs, des assureurs ou le responsable lui-même.

M. Ranouil distingue trois types de mécanismes de socialisation des risques : premièrement, l'auteure s'intéresse aux mécanismes de socialisation directe, tels que les

⁹⁵ G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, 2014, p. 4. L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, La mémoire du droit, Paris, 1999, pp. 137 et suivantes : « le domaine de la responsabilité subjective se rétrécit de plus en plus, que le principe de l'imputabilité ne peut intervenir quand il s'agit, non plus des rapports de groupes d'individu à individu, mais des rapports de groupes entre eux, ou des rapports de groupes avec des individus ». La question est alors de savoir « quel patrimoine doit supporter définitivement le risque s'attachant à l'activité du groupe concerné. Il peut naître alors une responsabilité objective ». Il donne alors pour exemple la responsabilité des services publics : « le système français est fondé tout entier sur cette idée que la caisse publique doit supporter la charge du risque que fait courir aux particuliers le fonctionnement des services publics », « le Conseil d'État n'exige même plus que le particulier fasse la preuve d'une véritable faute imputable aux agents du service » et « la responsabilité atteint les administrations quel que soit le service public en jeu ».

⁹⁶ Rapport public du Conseil d'État, « responsabilité et socialisation du risque », 2005, pp. 197-338 : « La puissance publique ne peut donc se désintéresser des conséquences, parfois très lourdes, de ces types de préjudices pour les particuliers et les entreprises. D'abord parce que l'attente à l'égard de l'État est forte. Ensuite parce qu'il a un rôle à jouer à l'égard des plus défavorisés et des plus démunis, ainsi de la population non assurée, soit que celle-ci ne dispose pas des moyens nécessaires, soit qu'elle n'entre pas dans les critères classiques permettant d'accéder à l'assurance, comme c'est le cas pour certains malades ; ainsi aussi des victimes d'un dommage dont l'auteur est insolvable ou non identifiable ». M. Sousse, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, Thèse, LGDJ, 1994, p. 47 : « L'assurance permet de rendre possible la charge nouvelle de responsabilité. Elle présente le double avantage d'assurer la solvabilité des responsables et de sauvegarder la crédibilité de la responsabilité comme système d'indemnisation ».

⁹⁷ V. Lasbordes De Virville, *Le rôle respectif du FGDI et des CIVI dans la procédure d'indemnisation des victimes d'infractions*, Rev. Lamy Dr. civ. n° 37, 2007, p. 63.

assurances de dommages ou la sécurité sociale. Ils mettent directement le créancier en rapport avec la collectivité auteur de l'indemnisation sans que la responsabilité ne fasse « écran » entre la collectivité et la victime⁹⁸, et le créancier peut alors directement s'adresser à l'organisme. À l'inverse, les mécanismes de socialisation indirecte ne peuvent être actionnés qu'une fois la responsabilité de l'auteur du dommage établie. Les fonds de garantie sont quant à eux des organismes de socialisation semi-directe du risque en ce sens qu'ils indemnisent directement la victime, mais sous réserve d'une défaillance de responsabilité individuelle⁹⁹.

La mission de ces mécanismes est alors distincte de celle de la responsabilité civile¹⁰⁰. Alors que celle-ci vise à rétablir, aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage, la socialisation des risques assure une mission de solidarité en apportant l'assistance de la collectivité afin de garantir l'indemnisation de la victime¹⁰¹. Cette mission résulte d'ailleurs de la définition même de la sécurité sociale¹⁰², et apparaît également à travers la création de fonds d'indemnisation qui pallient le risque d'insolvabilité du débiteur définitif, ou encore par le biais de l'assurance qui offre un second débiteur à la victime.

On assiste alors à un système mixte entre solidarité et assurance, où chacun s'appuie sur la mutualisation en reportant la charge du dommage sur un patrimoine collectif¹⁰³. La socialisation des risques n'est donc pas liée à l'absence de but lucratif, et la garantie apportée n'est pas nécessairement étrangère à la notion de bénéficiaires : l'assurance résulte d'ailleurs d'un calcul de probabilités afin de fixer les primes en fonction de l'évaluation des risques. En outre, il convient de relever qu'en droit administratif, la responsabilité a toujours été fortement imprégnée de l'idée de garantie¹⁰⁴. L'agent supporte ainsi rarement, dans un premier temps, la charge du dommage¹⁰⁵. De la même façon, le développement de la responsabilité sans faute¹⁰⁶, ou encore de l'obligation pour l'État de réparer certains dommages, tels que ceux causés à l'occasion d'attroupements¹⁰⁷ permettent de faire peser la

⁹⁸ M. Ranouil, *Les recours entre coobligés*, Thèse, IRJS éditions, Paris, 2014, n° 412, p. 333.

⁹⁹ M. Ranouil, *Les recours entre coobligés*, Thèse, IRJS éditions, Paris, 2014, n° 417, p. 338.

¹⁰⁰ Séparation entre la question de la responsabilité et celle de la réparation : Rapport public du Conseil d'État, « *responsabilité et socialisation du risque* », 2005, p. 246.

¹⁰¹ C. Radé, « *La solidarité au secours de la responsabilité* », RCA, février 2003, chron. n° 5.

¹⁰² L'article L 111-1, alinéa premier du Code de la sécurité sociale prévoit directement cette mission de solidarité : « *La sécurité sociale est fondée sur le principe de solidarité nationale* ».

¹⁰³ Rapport public du Conseil d'État, « *responsabilité et socialisation du risque* », 2005, p. 246.

¹⁰⁴ Rapport public du Conseil d'État, « *responsabilité et socialisation du risque* », 2005, p. 221 et suivantes.

¹⁰⁵ Rapport public du Conseil d'État, « *responsabilité et socialisation du risque* », 2005, p. 232 : émergence de la notion de faute de service public et faute non dépourvue de tout lien avec le service.

¹⁰⁶ Rapport public du Conseil d'État, « *responsabilité et socialisation du risque* », 2005, p. 237.

¹⁰⁷ C. sécu. int, art. L 211-10.

charge du dommage sur la collectivité. L'étude de la socialisation des risques est alors transversale, certains risques, tels que les accidents du travail ou encore les accidents de la circulation, sont d'ailleurs liés à la fois à l'activité des personnes privées et des personnes publiques.

Les limites de la socialisation des risques. Bien qu'un déclin de la responsabilité individuelle¹⁰⁸ s'observe, dans un premier temps, lorsque la victime agit contre un organisme garant de l'indemnisation, la socialisation des risques n'a pas pour but de faire disparaître la responsabilité civile ou administrative. Dès lors, lorsqu'un responsable est identifié, il reste tenu à une obligation d'indemnisation et la notion de faute refait son apparition¹⁰⁹.

Deux phases se succèdent donc : celle de l'obligation à la dette qui concerne les rapports entre le *solvens* et la victime, et celle de la contribution à la dette qui se rapporte aux relations entre le *solvens* et le ou les responsables du dommage. La justice commutative conduit alors à ce que chacun supporte le dommage qu'il a causé, sauf à démontrer qu'il est imputable à autrui¹¹⁰. La mise en place de garanties, qui constitue un atout majeur dans l'évolution du droit de l'indemnisation¹¹¹, ne signifie donc pas l'abandon de la responsabilité. La reconnaissance du caractère indemnitaire des sommes versées par ces organismes, atteste d'ailleurs d'un rapprochement entre les deux. Ainsi, une fois la victime indemnisée, les garants procèdent aux démarches nécessaires pour recouvrer les sommes versées, et bénéficient parfois de moyens financiers et techniques dont ne disposait pas la victime¹¹².

La subrogation permet alors de conserver le droit de créance au profit du *solvens*, afin de rétablir la responsabilité de l'auteur du dommage. Il existe donc une complémentarité entre la socialisation des risques et la responsabilité, et c'est en ce sens que la subrogation personnelle apparaît comme un auxiliaire de la garantie.

¹⁰⁸ G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, 2014 p. 4 : « Les textes qui constituaient la charte de ce système (les articles 1382 à 1386 et 1147 à 1155 du Code civil) ne comportaient aucune exclusive à l'égard d'éventuels mécanismes d'indemnisation collective, il n'est pas surprenant que l'équilibre ait peu à peu penché en faveur d'une socialisation de la réparation des dommages » et p. 3 : « C'est donc entre deux tendances contradictoires que se trouve nécessairement tiraillé tout système juridique de la responsabilité lorsqu'il se détache, comme il ne peut manquer de la faire, ne serait-ce que pour des difficultés de preuve, du strict carcan de la causalité ».

¹⁰⁹ Rapport public du Conseil d'État, « responsabilité et socialisation du risque », 2005, p. 221.

¹¹⁰ J. Knetsch, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: Analyse en droits français et allemand*, Thèse, Université Panthéon-Assas Paris II, 2011, p. 2.

¹¹¹ J. Knetsch, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: Analyse en droits français et allemand*, Thèse, Université Panthéon-Assas Paris II, 2011, p. 15.

¹¹² Rapport public du Conseil d'État, « responsabilité et socialisation du risque », 2005, pp. 247.

Paragraphe 2 : La subrogation personnelle, un mécanisme de répartition de la charge de la dette

Les garanties d'indemnisation peuvent se diviser en deux catégories. Dans la première, c'est un tiers qui paie le créancier. Ainsi, les tiers payeurs indemnisent la victime alors même qu'ils n'ont pas concouru à la réalisation du dommage. La subrogation intervient dans un second temps pour rétablir l'équilibre juridique mis en place par les règles de la responsabilité civile ou administrative. Elle fait alors peser la charge de la dette sur un responsable du dommage (A).

La garantie d'indemnisation peut également résulter de la possibilité pour le créancier d'actionner pour le tout l'un des codébiteurs, alors même qu'il n'est qu'en partie responsable du dommage. Il peut s'agir d'un codébiteur d'une obligation solidaire qui s'est engagé à payer entièrement le créancier en présence d'une inexécution contractuelle, ou d'un coauteur du dommage, soumis à une obligation *in solidum*. Le recours subrogatoire permet alors de répartir la charge de la dette entre les coresponsables (B).

A. La volonté de faire peser la charge de la dette sur un responsable du dommage

Le dommage n'est pas toujours imputable au responsable. La subrogation s'impose alors comme un rouage essentiel à la garantie, car elle permet le maintien des règles de la responsabilité individuelle. Il convient donc dans un premier temps de parler d'imputabilité du dommage (1), pour ensuite aborder la subrogation en tant que un mécanisme de protection de l'équilibre juridique antérieur (2).

1. L'imputabilité du dommage

Distinction entre imputabilité et causalité. Au stade de l'obligation à la dette, la causalité n'est pas toujours prise en compte pour définir le patrimoine devant répondre du dommage. Il faut donc distinguer l'imputabilité, qui peut se définir comme la faculté de mettre à la charge d'un compte le paiement d'une somme d'argent¹¹³, de la causalité, qui est

¹¹³ H. Belrhali, *les coauteurs en droit administratif*, LGDJ, 2003, p. 109

le lien de cause à effet entre le fait générateur de responsabilités et le préjudice subi dont il est demandé réparation¹¹⁴.

Ainsi, lors de l'obligation à la dette, la victime peut actionner des débiteurs qui n'ont pourtant pas vocation à en supporter la charge définitive, ce qui revient à écarter provisoirement la prise en compte du lien causal. En revanche, lors de la contribution à la dette, le recours mis en œuvre par le *solvens* a vocation à faire peser l'indemnisation sur le ou les débiteurs définitifs, à proportion de leur part respective. Par conséquent, lorsque des mineurs placés auprès d'une association ont provoqué un incendie sur plusieurs véhicules, l'assurance de cette dernière couvre, dans un premier temps, intégralement le dommage des victimes. Elle peut ensuite se retourner contre l'État, qui engage sa responsabilité en raison du risque spécial créé pour les tiers du fait de la mise en œuvre d'une mesure de liberté surveillée¹¹⁵. De la même façon, en présence d'une faute d'un établissement de santé, l'ONIAM peut être amené à indemniser la victime¹¹⁶. Le dommage ne sera donc pas imputable à la même personne aux différents stades de l'indemnisation.

Les auteurs n'ont pas la même perception de l'imputabilité du dommage. L. Mazeau met en avant que « *l'imputation juridique en droit de la responsabilité civile consiste à désigner ceux qui doivent répondre du dommage* »¹¹⁷. A. Frank considère quant à lui que l'imputabilité est autonome vis-à-vis de la causalité et désigne un patrimoine débiteur sans pour autant que la personne titulaire de ce patrimoine n'ait directement causé le dommage¹¹⁸. De la même façon, M. Waline parle d'imputabilité du dommage à une collectivité publique alors même

¹¹⁴ S. Guinchard et T. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 21^e édition, 2014, p. 142, v^o « Causalité ». L. Mazeau, *l'imputation de la responsabilité civile en contexte d'incertitude scientifique et technologique*, Cahiers Droit Sciences & Technologies, Openedition, 2014, 4, pp.145 : « *la causalité est le lien direct et certain qui relie le fait générateur au dommage* », « *si elle entretient des liens avec la notion d'imputabilité, la majorité de la doctrine s'accorde toutefois à dire qu'elle s'en distingue. Et ce, même si en pratique lorsque l'auteur de la cause est aussi le responsable qui doit en répondre, les liens d'imputabilité et de causalité tendent à se confondre. Les logiques qui animent les deux mécanismes demeurent différentes* ».

¹¹⁵ CE, 6 octobre 2010, n^o 330538.

¹¹⁶ C. sant. publ, art. L 1142-1 et L 1142-1-1. C. sant. publ, art. L 1142-21 al 2 : « *Lorsqu'il résulte de la décision du juge que l'office indemnise la victime ou ses ayants droit au titre de l'article L. 1142-1-1, celui-ci ne peut exercer une action récursoire contre le professionnel, l'établissement de santé, le service ou l'organisme concerné ou son assureur, sauf en cas de faute établie à l'origine du dommage, notamment le manquement caractérisé aux obligations posées par la réglementation en matière de lutte contre les infections nosocomiales. L'office signale sans délai l'infection nosocomiale à l'autorité compétente mentionnée à l'article L. 6115-3* ».

¹¹⁷ L. Mazeau, *l'imputation de la responsabilité civile en contexte d'incertitude scientifique et technologique*, Cahiers Droit Sciences & Technologies, Openedition, 2014, 4, pp.145 : à l'origine « *l'imputation sera employée pour désigner le fait de faire supporter les conséquences d'un dommage par une personne en raison de sa capacité à discerner les conséquences de ses actes, le bien du mal* ».

¹¹⁸ A. Frank, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, L'harmattan, 2008.

que celle-ci ne sera pas, *in fine*, considérée comme responsable¹¹⁹. À l'inverse, F. Roques définit l'action récursoire en droit administratif comme une opération qui « *permet de détacher le processus de réparation de celui de l'imputabilité, et réalise ainsi une balance entre la garantie de la victime et le maintien de la responsabilité effective de l'auteur du dommage* »¹²⁰.

Le terme est donc employé à la fois au stade de l'obligation à la dette et de la contribution. L'idée qui sous-tend est toutefois identique : dans l'obligation à la dette, un patrimoine peut être débiteur quand bien même son titulaire n'a pas causé le dommage. *A contrario*, lors de la contribution, il s'agit de déterminer la répartition de la charge de la dette en fonction des règles établies par la responsabilité civile ou administrative. Ainsi, dans un premier temps « *le curseur [est] déplacé vers la créance de la victime plutôt que vers la dette d'un responsable* »¹²¹, et « *le problème de la responsabilité se transforme en un problème d'imputabilité* »¹²². Par conséquent, les deux logiques d'indemnisation ne peuvent être dissociées, et le recours en contribution aboutit à la recherche du responsable¹²³.

L'imputabilité et la contribution à la dette. L'imputabilité du dommage à la personne à laquelle la réparation est demandée peut donc être analysée à la fois au stade de l'obligation à la dette, où elle se distingue de la causalité, et à celui de la contribution, où elle lui est directement soumise. Le Conseil d'État applique par exemple une telle distinction lorsqu'il accorde un recours subrogatoire à la caisse d'assurance maladie contre le centre hospitalier d'Aunay-sur-Odon et le centre hospitalier du Havre, pour n'avoir pas diagnostiqué une rupture partielle du tendon survenue à la suite d'une chute, ce qui a postérieurement causé la rupture totale de celui-ci¹²⁴.

La contribution conduit alors à la mise en œuvre des règles de la responsabilité individuelle, qui suppose un lien de causalité entre le fait générateur et le préjudice subi. Un partage de responsabilité est également effectué entre les coauteurs de telle sorte que le rôle traditionnel de la responsabilité qui consiste à faire peser la charge du dommage sur le ou les

¹¹⁹ M. Waline, *Précis de droit administratif*, Montchestien, 1969, p. 544.

¹²⁰ F. Roques, *L'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité*, AJDA. 1991, p. 75.

¹²¹ J. Lebourg et C. Quézel-Ambrunaz (dir.), *Sens et non-sens de la responsabilité civile*, Université Savoie Mont Blanc, CDPPOC, 2018, p. 434.

¹²² M. Sousse, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, Thèse, LGDJ, 1994, p. 41.

¹²³ M. Sousse, *La notion de réparation de dommage en droit administratif français*, Thèse, LGDJ, 1994, p. 155. Il permet alors le maintien des règles de répartition de la charge de la dette issue de la responsabilité civile ou administrative en présence de facilités ou garanties d'indemnisation accordée à la victime.

¹²⁴ CE, 26 juillet 2011, n° 314870.

débiteurs définitifs est maintenu malgré l'existence de régimes d'indemnisation sociale ou d'une obligation au tout¹²⁵.

Le terme « d'imputabilité » est également employé lors de la détermination du quantum de l'obligation de réparation. Il ne faut alors pas confondre l'imputabilité du dommage qui permet dans un premier temps de faire peser la charge de la dette sur un débiteur solvable, et l'imputation des prestations versées sur le droit à réparation qui suppose que la victime ne puisse demander au responsable que les sommes correspondant à un préjudice qui n'a pas encore été réparé¹²⁶. La subrogation, en réintroduisant les règles de la responsabilité civile ou administrative et la prise en compte du lien causal, permet de faire le lien entre la garantie offerte à la victime et la volonté de faire peser la charge de la dette sur le débiteur définitif, tout en évitant une double indemnisation de la victime.

2. La subrogation et la protection de l'équilibre juridique antérieur

La subrogation, puisqu'elle permet la conservation d'un droit, aboutit au maintien de l'équilibre juridique antérieur. Dès lors, elle est mise en œuvre en présence de garanties d'indemnisation et s'inscrit parfaitement dans la logique de la socialisation des risques. Elle permet de réintroduire les règles de la responsabilité et d'assurer le refinancement des organismes garants de l'indemnisation des victimes¹²⁷.

Le maintien de la responsabilité individuelle. La subrogation traduit la volonté de faire supporter la charge de la dette sur une personne déterminée en fonction des règles de la responsabilité civile ou administrative. Ainsi, même si l'assureur reçoit des primes en contrepartie de son paiement, un recours subrogatoire lui est octroyé : celui-ci vise davantage à faire peser la charge du dommage sur le responsable fautif, qu'à favoriser son refinancement. Accorder un tel recours à l'assureur permet d'éviter une augmentation considérable des primes d'assurances, ce qui poserait des difficultés en présence d'assurances obligatoires.

Néanmoins, c'est avant tout l'équilibre rompu par la fluctuation juridique que le recours subrogatoire vise à rétablir. Il permet de faire supporter la charge du dommage sur le débiteur définitif et d'éviter un cumul d'indemnité au profit de la victime par le transfert de la créance

¹²⁵ M. Sousse, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, Thèse, LGDJ, 1994, p. 274.

¹²⁶ P. Jourdain, *Retour sur la pertinence de l'équation subrogation = imputation*, *Gazette du Palais*, janvier 2017, n° hors série 1, p. 10.

¹²⁷ Cf. *infra*. Le besoin de refinancement des tiers payeurs, p. 326.

au *solvens* dans la limite du paiement effectué. Il s'accorde avec le principe de réparation intégral qui suppose que « *le dédommagement dû par le responsable [couvre] tout le dommage et uniquement le dommage* »¹²⁸. De la même façon, lorsque le débiteur bénéficie d'un garant contractuel ou d'une facilité d'indemnisation, le recours subrogatoire permet de rétablir la responsabilité individuelle du débiteur définitif ou de répartir la charge de la dette entre les codébiteurs.

« *Sous peine de déresponsabilisation, la question se pose plus généralement de la place que doit garder ou reprendre la responsabilité dans les systèmes de couverture de risques* »¹²⁹. Au stade de l'obligation à la dette, elle peut être écartée par le recours à des mécanismes garants de l'indemnisation. Les règles applicables en présence de tiers payeurs ou d'assureurs sont alors distinctes de celles de la responsabilité civile ou administrative.

Une distinction est ainsi faite entre l'indemnisation qui permet de dédommager quelqu'un pour les pertes subies par le biais d'une somme d'argent¹³⁰, et la réparation, qui permet de « supprimer » ou « compenser »¹³¹ le déséquilibre résultant du dommage. L'indemnisation est alors indépendante de la responsabilité¹³². Elle n'est, dans un premier temps, qu'un moyen d'obtenir la réparation du dommage vis-à-vis de la victime¹³³, sans pour autant permettre le maintien de l'équilibre antérieur. *A contrario*, la responsabilité civile ou administrative vise à faire peser l'indemnisation sur celui à qui on impute le fait à l'origine du dommage. La subrogation permet donc de faire le lien entre le droit de la responsabilité et le droit de la sécurité sociale, des fonds d'indemnisation ou encore le droit des assurances.

Le recours subrogatoire des organismes garants. La subrogation personnelle vise en toute hypothèse à faire peser la charge de la dette sur le responsable du dommage. Elle tend par conséquent au maintien de l'équilibre juridique antérieur lorsqu'il est, dans un premier temps, modifié au profit de la victime. Elle a vocation à s'appliquer largement en raison du développement des organismes garants de l'indemnisation, qui n'ont pas concouru à la réalisation du dommage et ne doivent, par principe, pas en supporter la charge.

Dès lors, le recours subrogatoire permet d'assurer leur refinancement et de réintroduire les règles de la responsabilité. Il est donc directement associé aux régimes législatifs instaurant

¹²⁸ S. Guinchard et T. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 21^e édition, 2014, p 811, v^o « Réparation intégrale ».

¹²⁹ Rapport public du Conseil d'État, « *responsabilité et socialisation du risque* », 2005, pp. 197-338.

¹³⁰ M. Sousse, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, Thèse, LGDJ, 1994, p. 7.

¹³¹ M. Sousse, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, Thèse, LGDJ, 1994, p. 7.

¹³² M. Sousse, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, Thèse, LGDJ, 1994, p. 8.

¹³³ M. Sousse, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, Thèse, LGDJ, 1994, p. 8.

une garantie d'indemnisation. Loin d'établir une liste complète des organismes bénéficiant du recours subrogatoire, il convient de mettre en avant qu'il est largement admis. Il est accordé à quatre garants essentiels que sont les fonds d'indemnisation¹³⁴, l'assureur¹³⁵, la sécurité sociale¹³⁶ et l'État¹³⁷, et constitue un mécanisme fondamental de la garantie instituée au profit de la victime¹³⁸. La subrogation, en réintroduisant les règles de la responsabilité individuelle, assure alors le maintien de l'équilibre juridique antérieur, et entretient un lien étroit avec les mécanismes d'indemnisation.

B. La répartition de la charge de la dette entre coresponsables

Le recours subrogatoire est employé en présence de coresponsables d'un dommage et assure la répartition de la charge de la dette au stade de la contribution. Par principe, *le solvens* se trouve donc investi des droits de la victime pour agir contre les autres responsables du dommage, en tenant compte des règles de répartition issues de la responsabilité civile ou administrative (1). Toutefois, un régime particulier est mis en place en présence de co-

¹³⁴ C. ass, art. L 421-3 : « *Le fonds de garantie est subrogé dans les droits que possède le créancier de l'indemnité contre la personne responsable de l'accident ou son assureur* ». L'ONIAM dispose de deux recours subrogatoires : CSP, art. L 1142-15 : prévoit un recours subrogation de l'ONIAM qui se substitue à l'assureur ; CSP, art. L 1142-17 : prévoit un recours subrogation de l'ONIAM lorsqu'elle a indemnisé la victime, mais que la responsable du dommage est un professionnel, un établissement ou un producteur de produits de santé. L'ONIAM indemnise également au titre d'autres dispositifs d'indemnisation : CSP, art. L 3111-9, L 3122-4, L 1221-14 et L 1142-3. CPC, art. 706-11 : « *Le fonds est subrogé dans les droits de la victime pour obtenir des personnes responsables du dommage causé par l'infraction ou tenues à un titre quelconque d'en assurer la réparation totale ou partielle le remboursement de l'indemnité ou de la provision versée par lui, dans la limite du montant des réparations à la charge desdites personnes* ».

¹³⁵ C. ass, art. L 121-12. Il peut également agir contre le tiers responsable ou l'office national d'indemnisation en vertu de l'article L 1142-14 du Code de la santé publique. La subrogation est d'ailleurs le seul recours reconnu à l'assureur. En ce qui concerne les assurances de personnes, elles disposent d'un tel recours seulement pour le remboursement des prestations à caractère indemnitaire prévues au contrat : C. ass, art. L 131-2.

¹³⁶ C. séc. soc, art. L 376-1 ; Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, art. 29 et 30.

¹³⁷ Par exemple, il peut être subrogé dans les droits de ses agents lorsque le décès, l'infirmité ou la maladie est imputable à un tiers et que l'État n'est intervenu que pour accorder une protection à ses agents : Ordonnance, n° 59-76, 7 janvier 1959, *relative aux actions en réparation civile de l'État et de certaines autres personnes publiques*, art. 1 ; Loi, n° 83-634, 13 juillet 1983, *portant droits et obligations des fonctionnaires*, art. 11, VI : « *La collectivité publique est subrogée aux droits de la victime pour obtenir des auteurs des faits mentionnés aux IV et V la restitution des sommes versées au fonctionnaire ou aux personnes mentionnées au V. Elle dispose, en outre, aux mêmes fins, d'une action directe, qu'elle peut exercer au besoin par voie de constitution de partie civile devant la juridiction pénale* ». Voir également l'article 75-1 du Code minier : « *En cas de disparition ou de défaillance du responsable, l'État est garant de la réparation des dommages mentionnés au premier alinéa ; il est subrogé dans les droits de la victime à l'encontre du responsable* ».

¹³⁸ P. Casson, *Les fonds de garantie : Accidents de la circulation et de chasse, infractions pénales, actes de terrorisme et contamination par le VIH*, Thèse, LGDJ, 1999, n° 223, p.219.

impliqués dans un accident de la circulation. L'octroi du recours subrogatoire peut alors être contesté dans la mesure où une atteinte est portée à son effet translatif (2).

1. Le recours subrogatoire entre coresponsables

Le recours subrogatoire est par principe octroyé à tout coresponsable d'un dommage dès lors qu'il ne doit pas en supporter la charge intégrale. Des incertitudes apparaissent toutefois en présence de co-impliqués dans un accident de la circulation.

Le recours subrogatoire et l'obligation au tout. L'obligation au tout entretient un lien étroit avec la subrogation, bien qu'elle puisse être accordée même en l'absence de recours en contribution¹³⁹. Dès lors, la Cour de cassation accorde un recours subrogatoire aux *solvens*¹⁴⁰, afin de répartir la charge de la dette entre les différents responsables du dommage. De la même façon, le recours en contribution a été accepté par le Conseil d'État en 1951 à travers les arrêts Laruelle et Delville¹⁴¹. À l'origine récursoire¹⁴², il a été qualifié de subrogatoire en 1918 dans l'arrêt Lemonnier. Le Conseil d'État subordonne alors le paiement de l'indemnité par l'administration, à la subrogation de celle-ci dans les droits dont dispose la victime contre l'agent¹⁴³. Elle est alors largement accordée pour permettre la répartition de la charge de la dette¹⁴⁴. Elle s'impose même comme une condition lorsque le juge administratif subordonne la condamnation au tout de la personne publique à la subrogation de celle-ci dans les droits de la victime¹⁴⁵. Le lien entre la subrogation et la garantie est alors d'autant plus marquant.

¹³⁹ Civ, 2^{ème}, 31 mai 1972, n° 71-10.812 ; Civ, 2^{ème}, 17 mars 1971, n° 70-10.241 ; Civ, 2^{ème}, 29 avril 1970, n° 68-13.592.

¹⁴⁰ La Cour de cassation a pu le consacrer à de nombreuses reprises : Com, 20 janvier 2009, n° 07-19.570 ; Civ, 1^{ère}, 12 mai 2004, n° 01-11.713 ; Civ, 1^{ère}, 18 septembre 2002, n° 99-20.297 ; Civ, 2^{ème}, 22 mai 1979, n° 77-15.954 ; Civ, 2^{ème}, 4 octobre 1973, n° 72-11.766. M. Ranouil, *Les recours entre coobligés*, Thèse, IRJS éditions, Paris, 2014, n° 171, p. 134.

¹⁴¹ CE, 28 juillet 1951, *Laruelle*, n° 01074 ; CE, 28 juillet 1951, *Delville*, n° 04032.

¹⁴² Cf. *infra*. La place grandissante du recours subrogatoire en droit public, p. 486.

¹⁴³ CE, 26 juillet 1918, *Époux Lemonnier*, n° 49595 55240.

¹⁴⁴ CE, 31 décembre 2008, *Société Foncière Ariane*, n° 294078 : « L'auteur d'un dommage, condamné, comme en l'espèce, par le juge judiciaire à en indemniser la victime, saisit la juridiction administrative d'un recours en vue de faire supporter la charge de la réparation par la collectivité publique co-auteur de ce dommage, sa demande, quel que soit le fondement de sa responsabilité retenu par le juge judiciaire, n'a pas le caractère d'une action récursoire par laquelle il ferait valoir des droits propres à l'encontre de cette collectivité, mais d'une action subrogatoire fondée sur les droits de la victime à l'égard de ladite collectivité ». CE, 9 novembre 2015, *Mutuelle assurance des instituteurs de France (MAIF) et autres*, n° 359548.

¹⁴⁵ CE, 8 juillet 2019, n° 420287 ; CE, 27 décembre 2017, n° 410145 ; CE, 27 juillet 2016, n° 389690 ; CE, 18 novembre 1949, *Demoiselle Mimeur*, Rec. p. 492 ; CE, 26 juillet 1918, *Époux Lemonnier*, n° 49595 55240.

L'obligation au tout conduit uniquement à octroyer une facilité d'indemnisation à la victime et ne préjudicie pas une répartition postérieure de la charge de la dette¹⁴⁶. Contrairement à la mise en place de tiers payeurs, l'obligation au tout n'est pas issue d'une logique étrangère à la responsabilité civile ou administrative, mais vient au contraire directement des règles applicables en la matière. Pourtant, même si le dommage est imputé à un responsable, il n'a pas vocation à le réparer intégralement. Le recours subrogatoire permet donc d'appliquer les règles de la responsabilité relatives à la répartition de la charge de la dette, et se révèle être un support essentiel de l'obligation au tout. Ainsi, en matière de responsabilité contractuelle, les règles régissant le recours des codébiteurs solidaires sont directement établies par le Code civil. L'obligation au tout crée donc une fluctuation juridique et la subrogation vise à rétablir l'équilibre antérieur. Le codébiteur d'une obligation contractuelle engagé solidairement peut donc, après avoir indemnisé intégralement la victime, effectuer un recours subrogatoire contre les autres codébiteurs¹⁴⁷.

Les incertitudes autour du recours du *solvens* en matière d'accident de la circulation.

La nature du recours octroyé au coresponsable d'un dommage est parfois difficile à établir. Ainsi, bien que le recours entre co-impliqués dans un accident de la circulation soit admis et en principe subrogatoire, la détermination de la nature de celui-ci n'est pas sans poser de difficultés. Le caractère translatif de la subrogation suppose que le *solvens* puisse invoquer toutes les dispositions dont pouvait bénéficier la victime et par conséquent celles issues de la loi de 1985. À l'inverse, accorder une action personnelle conduirait à se fonder sur les dispositions de droit commun.

Plusieurs arrêts permettent de mettre en avant les hésitations de la jurisprudence¹⁴⁸. En 1987, la Cour de cassation considère que le *solvens* dispose d'un recours subrogatoire. Il ne peut cependant pas se fonder sur les dispositions de la loi de 1985¹⁴⁹, alors même que la victime d'un accident de la circulation doit nécessaire s'y soumettre¹⁵⁰. Ces dispositions semblent alors faites dans l'intérêt de la victime et seule elle peut s'en prévaloir. Il ne reste

¹⁴⁶ Il faut toutefois noter que la subrogation n'est pas une condition de l'obligation *in solidum*, qui peut être accordée même en l'absence de recours en contribution : Civ, 2^{ème}, 31 mai 1972, n° 71-10.812 ; Civ, 2^{ème}, 17 mars 1971, n° 70-10.241 ; Civ, 2^{ème}, 29 avril 1970, n° 68-13.592.

¹⁴⁷ C. civ, art. 1317.

¹⁴⁸ La nature du recours n'étant pas envisagée par la loi de 1985, la jurisprudence a dû apporter des précisions.

¹⁴⁹ Civ, 1^{ère}, 20 juillet 1987, n° 85-15.149 et n° 86-13.666.

¹⁵⁰ Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, art. 1 : « Les dispositions du présent chapitre s'appliquent, même lorsqu'elles sont transportées en vertu d'un contrat, aux victimes d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur ainsi que ses remorques ou semi-remorques, à l'exception des chemins de fer et des tramways circulant sur des voies qui leur sont propres ».

donc que les dispositions de droit commun pour fonder le recours du *solvens* contre les autres coauteurs du dommage¹⁵¹. En 1990, la Cour ne fait plus référence aux recours subrogatoires lorsqu'elle exclut le bénéfice des dispositions de la loi de 1985¹⁵². Dès lors, la possibilité de se fonder sur le droit commun de la responsabilité laisse supposer qu'il s'agirait d'un recours personnel. L'incertitude grandit en 1991 lorsque la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation considéra que « *le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur impliqué dans un accident de la circulation assigné par la victime, [peut] exercer contre les autres coauteurs une action récursoire sur le fondement des articles 1382 et 1384, alinéa 1er, du Code civil, [et] peut également, en tant que subrogé dans les droits de la victime, se prévaloir des dispositions des articles 1er à 6 de la loi du 5 juillet 1985 à l'encontre des autres coauteurs* »¹⁵³. Les dispositions invocables sont alors directement attachées à la nature du recours. Le choix laissé au *solvens* fut toutefois contredit l'année suivante, lorsque le recours s'imposa comme subrogatoire¹⁵⁴.

Ainsi, la jurisprudence ne parvenait pas à fixer définitivement la nature du recours et les dispositions invocables¹⁵⁵. Deux arrêts du 14 janvier 1998¹⁵⁶ viennent toutefois trancher la question. Le recours du conducteur d'un véhicule terrestre à moteur impliqué dans un accident de la circulation et condamné à réparer les dommages causés à un tiers ne peut être exercé contre un autre conducteur que sur le fondement du droit commun de la responsabilité¹⁵⁷. Les textes cités par ces arrêts sont les anciens articles 1382 et 1251 du Code

¹⁵¹ H. Groutel, *Nouvelles incertitudes sur le fondement du recours d'un débiteur, tenu en vertu de la loi du 5 juillet 1995, contre un autre débiteur*, Recueil Dalloz, 1998, p. 174.

¹⁵² Civ, 2^{ème}, 24 octobre 1990, n° 89-14.727.

¹⁵³ Civ, 2^{ème}, 6 mars 1991, n° 89-15.697. Dans le même sens : Civ, 2^{ème}, 13 juillet 2000, n° 98-21.530 : « *Vu les articles 1382 et 1385 du Code civil ; Attendu que le gardien d'un animal condamné à ce titre à réparer les dommages causés à un tiers ne peut exercer de recours contre un conducteur d'un véhicule terrestre à moteur impliqué dans le même accident que sur le fondement de ces textes ; que la contribution à la dette a lieu en proportion des fautes respectives ; qu'en l'absence de faute prouvée à la charge des responsables la contribution se fait entre eux par parts égales* » ; Civ, 2^{ème}, 12 juillet 2007, n° 06-14.180 : « *Vu les articles 1251 et 1382 du code civil ; Attendu que l'action récursoire d'un coobligé fautif contre le conducteur impliqué dans un accident de la circulation ne peut s'exercer que dans les conditions prévues par ces textes, la contribution à la dette ayant lieu en proportion des fautes respectives* », or « *les transfusions sanguines, à l'origine de la contamination de M. X... par le virus de l'hépatite C, avaient été rendues nécessaires par l'accident de la circulation imputable à M. Y..* ».

¹⁵⁴ Civ, 2^{ème}, 25 novembre 1992, n° 91-14.196 : avec la possibilité d'invoquer les dispositions de la loi de 1985.

¹⁵⁵ Civ, 2^{ème}, 24 janvier 1996, n° 94-10.923 : laisse de nouveau une option entre le recours subrogatoire ou personnel

¹⁵⁶ Civ, 2^{ème}, 14 janvier 1998, n° 95-18.617 et n° 96-13.059.

¹⁵⁷ Jurisprudence constante : Civ, 1^{ère}, 16 mai 2013, n° 12-11.768 et 12-16.556 ; Civ, 2^{ème}, 13 septembre 2012, n° 11-22.965 : « *Le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur impliqué dans un accident de la circulation et condamné à réparer les dommages causés à un tiers ne peut exercer un recours contre un autre conducteur impliqué que sur le fondement des articles 1382 et 1251 du Code civil* » ; Civ, 2^{ème}, 1^{er} juin 2011, n° 10-20.036 ;

civil et laissent supposer que malgré la nature subrogatoire du recours, les dispositions de la loi de 1985 ne sont pas invocables¹⁵⁸. Une telle solution n'est cependant pas satisfaisante car elle porte atteinte au mécanisme subrogatoire.

2. La dénaturation du recours subrogatoire

La Cour de cassation a qualifié de subrogatoire le recours du *solvens* contre le conducteur ou le gardien impliqué dans le dommage causé à la suite d'un accident de la circulation. Toutefois, l'impossibilité de se prévaloir des dispositions de la loi de 1985 conduit à remettre en question l'emploi d'un tel mécanisme.

La tentative échouée de justification d'une telle exclusion. L'interprétation de la solution de la Cour de cassation pose de nombreuses difficultés. La mention des anciens articles 1251 et 1382 du Code civil conduit certains auteurs à opter pour la nature subrogatoire du recours¹⁵⁹. Toutefois, accorder un tel recours devrait, par principe, permettre au subrogé de bénéficier des droits et actions de la victime et notamment de se prévaloir de la loi de 1985. Il est alors possible d'envisager l'existence de deux recours, dont une action personnelle fondée sur le droit commun¹⁶⁰. Il apparaît cependant difficile de considérer que le coauteur d'un dommage subit un préjudice propre en payant une dette dont il est partiellement tenu¹⁶¹. En outre, l'article 1382 du Code civil ne permet pas de fonder le recours lorsqu'aucune faute n'est commise¹⁶². Un manque de cohérence se fait alors sentir dans l'articulation entre

Civ, 2^{ème}, 12 mai 2011, n° 10-18.582 ; Civ, 2^{ème}, 1^{er} mars 2001, n° 99-11.974 ; Civ, 2^{ème}, 18 mars 1999, n° 97-14.088.

¹⁵⁸ P. Jourdain *Accidents de la circulation — Les recours en contribution*, Resp. civ. et ass. n° 9, septembre 2015, dossier 16.

¹⁵⁹ P. Jourdain, *Fondement des recours : des décisions malencontreuses*, RTD civ. 1998, p. 393 ; O. Sabard, *La cause étrangère en droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2008, n° 262, p. 210 ; P. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 5^{ème} éd. 2018, n° 728, p. 507 : l'auteur précise que « la jurisprudence reste mystérieuse » et que les décisions rendues ne contribuent guère à lever le doute.

¹⁶⁰ En ce sens, H. Groutel, *Nouvelles incertitudes sur le fondement du recours d'un débiteur, tenu en vertu de la loi du 5 juillet 1985, contre un autre débiteur*, Dalloz. 1998, p. 174 :

¹⁶¹ M. Behar-Touchais, *Le fondement des recours contributifs entre conducteurs ou propriétaires de véhicules coïmpliqués dans un accident de la circulation, après la loi du 5 juillet 1985*, La semaine Juridique, Édition Générale, n° 23, 8 juin 1988, doct. 3339. Bien que certains auteurs le considèrent comme une victime propre du conducteur fautif : H. Groutel, *Nouvelles incertitudes sur le fondement du recours d'un débiteur, tenu en vertu de la loi du 5 juillet 1995, contre un autre débiteur*, Recueil Dalloz, 1998, p. 174.

¹⁶² P. Jourdain, *Fondement des recours : des décisions malencontreuses*, RTD civ. 1998, p. 393 : soulève la question du recours accordée lorsqu'aucun des coresponsables n'a commis de faute : sur quel fondement le recours peut-il être effectué étant donné que la jurisprudence fait référence à l'ancien article 1382 du Code civil pour fonder le recours entre co_impliqués dans un accident de la circulation. Une seconde question peut porter sur la possibilité de se prévaloir de l'article L 451-1 du Code de la sécurité sociale, interdisant toute action contre l'employeur fondée sur le droit commun, lorsque l'accident est en même temps un accident du travail. Dans le

l'accord d'un recours subrogatoire et l'obligation de se prévaloir des dispositions de droit commun.

La justification d'une telle solution pourrait se trouver dans le caractère personnel attribué aux dispositions de la loi de 1985¹⁶³. Elle permettrait d'expliquer pourquoi seul le créancier subrogeant peut en bénéficier¹⁶⁴, sans dénaturer le recours subrogatoire. Toutefois, la Cour de cassation n'a jamais consacré un tel caractère lorsqu'elle excluait la possibilité pour le *solvens* de se prévaloir de ces dispositions. En outre, le subrogé ne peut avoir plus de droits que la victime. Dès lors, exclure la possibilité pour celui-ci de se prévaloir des dispositions de la loi de 1985 au regard de leur caractère personnel aurait pour conséquence de priver le *solvens* de tout recours, sauf à lui accorder un recours personnel fondé sur le droit commun. En effet, lorsque la victime agit contre un conducteur ou un gardien du véhicule impliqué dans l'accident, elle doit se fonder sur les dispositions de la loi de 1985. C'est uniquement lorsqu'elle agit contre ceux qui n'ont pas cette qualité, par exemple un piéton ou un cycliste, que le droit commun de la responsabilité s'applique.

Fonder le recours subrogatoire sur des dispositions dont le subrogeant lui-même ne peut pas se prévaloir, tout en excluant le seul fondement qu'il peut légitimement invoquer, ne permet pas l'application de l'effet translatif de la subrogation personnelle. Il apparaît alors difficile de justifier la solution adoptée par la Cour de cassation consistant à moduler les règles applicables en matière de recours subrogatoire afin d'exclure les dispositions de la loi de 1985.

L'atteinte à l'effet translatif de la subrogation. La subrogation est un mécanisme de conservation d'un droit, qui ne peut avoir lieu que par son transfert d'une personne à une autre. La solution de la Cour de cassation a donc pour résultat de dénaturer le recours subrogatoire. En effet, fonder le recours du *solvens* sur les droits de la victime et lui refuser leur mise en œuvre, conduit à lui accorder le titre de subrogé, alors même qu'il n'est subrogé

même sens : H. Groutel, *Nouvelles incertitudes sur le fondement du recours d'un débiteur, tenu en vertu de la loi du 5 juillet 1985, contre un autre débiteur*, Dalloz. 1998, p. 174 : il met en avant que l'article 1382 du Code civil ne fonderait rien lorsqu'aucune faute n'a été établie.

¹⁶³ Employé également pour exclure le recours à l'ancien article 1384 du Code civil considéré comme intransmissible au subrogé : Civ, 2^{ème}, 10 novembre 1965, Bull. civ. II, n° 867, p. 616. Mais, Civ, 2^{ème}, 11 juillet 1983, n° 82-13.867 : « *Dès lors qu'il n'a commis aucune faute, l'auteur d'un dommage, condamné en raison de ses obligations contractuelles à le réparer, se trouve subrogé aux droits de la victime dans l'action que celle-ci aurait pu exercer contre un tiers responsable sur le fondement de l'article 1384 alinéa 1er du Code civil* ».

¹⁶⁴ A. Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Orléans, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, 2019, n° 526, p. 449.

dans aucun droit¹⁶⁵. Il ne peut donc s'agir d'un véritable recours subrogatoire puisque son effet principal est modifié. Ainsi, contradictoire est la « *subrogation ouverte [au solvens], qui [l'investit] des droits de la victime sans aller au bout de la démarche substitutive : elle [l'oblige] à fonder son recours sur d'autres textes que ceux qui régissaient la réparation du préjudice de la victime* »¹⁶⁶. Il semble légitime de se demander si une telle solution n'aboutit pas à la création d'un recours distinct, spécifiquement établi par loi de 1985. L'absence de disposition au sein même de la loi rend toutefois difficile une telle reconnaissance.

Il convient de préciser que cette dénaturation du recours subrogatoire a vocation à s'appliquer uniquement dans les rapports entre les co-impliqués dans le dommage. Dès lors, il ne faut pas confondre le recours de l'assureur du conducteur blessé, qui est fondé sur la loi du 5 juillet 1985, avec celui de l'un des coauteurs ou son assureur, qui ne peut être fondé que sur le droit commun¹⁶⁷. La Cour de cassation a d'ailleurs rappelé que l'assureur du conducteur d'un véhicule terrestre à moteur impliqué dans un accident de la circulation est par l'effet de la subrogation « *investi de l'ensemble des droits et actions dont celui-ci disposait à l'encontre de la personne tenue à réparation ou son assureur* »¹⁶⁸. Ainsi, alors que la Cour d'appel avait appliqué à l'assureur avance-recours de la victime la solution retenue en cas de recours exercé par les coresponsables de l'accident entre eux, la Cour de cassation octroie un recours subrogatoire fondé sur la loi de 1985 à l'assureur du conducteur du cyclomoteur blessé à l'occasion d'un accident de la circulation¹⁶⁹. La limite apportée à l'effet translatif de la subrogation s'applique donc lorsque l'assureur est celui d'un coauteur, et non lorsqu'il est celui de la victime.

¹⁶⁵ H. Groutel, *Nouvelles incertitudes sur le fondement du recours d'un débiteur, tenu en vertu de la loi du 5 juillet 1985, contre un autre débiteur*, Dalloz. 1998, p. 174.

¹⁶⁶ R. Libchaber, *Les incertitudes maintenues de la subrogation légale*, Lextenso, Revue des contrats, décembre 2017, n° 04, p. 28.

¹⁶⁷ P. Casson, *Assurance automobile – Le recours subrogatoire de l'assureur avance-recours du conducteur blessé à l'occasion d'un accident de la circulation est fondé sur la loi du 5 juillet 1985*, Bulletin juridique des Assurances, n° 53, septembre 2017, com. 13.

¹⁶⁸ Civ, 2^{ème}, 8 juin 2017, n° 15-20.550 et 15-24.827.

¹⁶⁹ Le recours subrogatoire ne peut s'effectuer que dans la limite des cas prévus par la loi : Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, art 29 et suivants. Projet de réforme de la responsabilité civile, 13 mars 2017, Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la Justice, art. 1273 et s ; Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile du 29 juillet 2020, Sénat, n° 678, art. 1275 et 1279.

Section 2 :

La subrogation, un outil économique

La subrogation répond à un objectif de conservation d'un droit dans le but de maintenir l'équilibre préétabli. Contrairement à la cession de créance, elle n'a pas de caractère spéculatif. Dès lors, elle semble destinée à assurer une fonction de maintien étrangère à la recherche d'un intérêt économique. Le droit est conservé au profit du subrogé ou maintenu sur le bien de remplacement, de telle sorte que l'équilibre financier reste, dans la mesure du possible, inchangé.

En faisant obstacle au déséquilibre patrimonial, elle peut être perçue comme s'opposant à toute variation économique. Or, c'est au contraire une opération qui les accompagne puisqu'elle intervient en réaction à une fluctuation juridique. Loin de s'opposer à sa réalisation, elle permet de neutraliser ses conséquences juridiques. Son seul objectif est alors de conserver le droit dont l'existence est menacée, afin d'éviter le déséquilibre patrimonial qui en résulterait.

Elle n'est donc pas déconnectée de toute utilité économique, et c'est principalement au sein des opérations économiques et financières qu'elle a vocation à intervenir. Ces opérations sont source de fluctuations juridiques et se révèlent être un contexte économique favorable à son développement (Paragraphe 1).

La subrogation empêche la production d'un déséquilibre patrimonial. Un tel résultat ne permet pas de la qualifier d'opération neutre économiquement. En effet, la nécessité d'un tel maintien et la détermination de l'équilibre à conserver dépendent de considérations économiques. Mécanismes de refinancement, elle pénètre à la fois l'univers du crédit et de la garantie¹, et se révèle avoir une utilité stratégique au regard de l'équilibre financier des personnes en cause. Elle s'impose alors comme une réponse adaptée aux attentes économiques (paragraphe 2).

¹ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 226.

Paragraphe 1 : Un contexte économique favorable au développement de la subrogation

Le mécanisme subrogatoire trouve application lorsqu'un évènement perturbe l'équilibre juridique antérieur. Le contexte économique favorable à son développement doit donc s'analyser au regard des fluctuations juridiques. La subrogation réelle vise à conserver un droit menacé d'extinction en raison de l'impossibilité pour celui-ci de porter sur le bien initial, ou d'être maintenu au sein d'une masse de biens déterminée. Par conséquent, elle trouve application en matière d'échanges économiques et plus particulièrement lors de la circulation des biens. La subrogation personnelle, quant à elle, s'observe lorsque le paiement est effectué par un autre que le débiteur définitif. Elle a donc vocation à intervenir au sein des opérations financières. La multiplication des échanges offre donc un contexte économique favorable à l'emploi de la subrogation (A), qui se révèle d'ailleurs particulièrement utile en matière de crédit à court terme (B).

A. La multiplication des échanges économiques

La multiplication des échanges économiques résultant de la circulation des biens (1) et du recours croissant au crédit (2) forme un contexte économique favorable à l'emploi du mécanisme subrogatoire.

1. La circulation des biens

En présence d'une multiplication des échanges économiques², la subrogation s'est imposée comme un mécanisme nécessaire dans le maintien de l'équilibre patrimonial préexistant. Elle est tributaire des variations de valeurs, qui sont l'occasion de sa mise en œuvre.

La subrogation induite par la circulation des biens. Les échanges sont principalement issus de l'aliénation des biens, qui n'aboutit pas toujours à un déséquilibre

² C. Chavagneux, *Toujours plus d'échanges internationaux*, Alternatives Economiques, Hors-série n° 050, 1 octobre 2001 ; I. Bensidoun et D. Unal, *Echanges de services, le miroir d'un monde globalisé*, Alternatives Economiques, 19 avril 2018 ; R. Chemain, *Sanctions économiques*, Rép. international, 2017, n° 146 ; C. Domptin, *Libre circulation des capitaux : comment en est-on arrivé là ?*, Alternatives Economiques n° 151, 1 septembre 1997.

patrimonial³, mais elle est la principale cause de fluctuations pouvant occasionner la mise en œuvre de la subrogation réelle⁴. Ainsi, lorsque le bien est vendu à un acquéreur de bonne foi, la nullité de la vente ne lui est pas opposable⁵. Le propriétaire initial ne peut donc pas exercer son droit de revendication auprès du sous-acquéreur. Il n'est toutefois pas envisageable de faire obstacle à toute circulation de biens pour éviter un risque de déséquilibre patrimonial. Par conséquent, le droit de revendication est reporté sur le prix de vente⁶.

De la même façon, l'aliénation des biens de l'absent ne doit pas conduire à son appauvrissement. Pour autant, priver l'administrateur de toute possibilité de vendre les biens de l'absent pourrait également avoir des conséquences patrimoniales désavantageuses, et conduirait à bloquer tout échange économique dès lors qu'une administration spéciale des biens a été mise en place. La subrogation réelle permet donc de rétablir le patrimoine de l'absent : soit en reportant son droit de revendication sur le prix de vente, soit sur les biens acquis en emploi des capitaux ou revenus échus à son profit⁷. C'est ainsi que la subrogation trouve application dans un contexte de multiplication des échanges économiques.

La fonction économique de la subrogation. La multiplication des échanges conduit à deux souhaits en apparence antinomiques que sont le maintien du droit réel au profit de son titulaire, tout en permettant l'échange économique qui en menace l'existence. Il s'agit d'un contexte économique favorable à l'emploi de la subrogation, qui par sa fonction conservatrice, se révèle être un remède efficace : elle garantit la valeur du patrimoine malgré les échanges. En effet, les fluctuations juridiques sont directement liées aux échanges économiques, et la subrogation permet alors le maintien du droit réel lors de la circulation des biens⁸. Elle intervient lorsque deux patrimoines totalement distincts sont successivement amenés à détenir le bien, même lorsqu'ils sont administrés par une seule et même personne. Ainsi, au retour de l'absent, elle apporte une réponse aux changements économiques intervenus durant la période d'administration de ses biens : elle évite que les sommes correspondant au prix de l'aliénation ne soient fondues dans le patrimoine du possesseur.

³ Lorsque le bien transmis n'est pas assorti de sûreté, et qu'aucune revendication ne se voit empêchée, l'aliénation du bien ne produit aucun déséquilibre patrimonial. Ainsi, le prix de vente est analysé comme équivalent à la valeur du bien, sauf à ce qu'une rescision pour lésion ne soit exigée en présence d'une disproportion entre la valeur d'un bien immobilier et son prix de vente : C. civ, art. 1674.

⁴ Cf. *supra*, La fluctuation et l'impossibilité d'exercer le droit sur le bien initial, p. 93.

⁵ Civ, 3^{ème}, 30 mars 2017, n° 15-21.790.

⁶ C. civ, art. 1380.

⁷ C. civ, art. 130.

⁸ Cf. *supra*, La subrogation et la préservation de l'équilibre antérieur, p. 104.

L'équilibre patrimonial est alors rétabli par la reconstitution de son patrimoine⁹. Elle permet donc de concilier l'intérêt général de maintenir les échanges économiques, et l'intérêt de l'absent de recouvrer l'intégralité de son patrimoine¹⁰. Son rôle est analogue en matière d'emploi et de remplacement : la circulation du bien n'a pas d'incidence sur la valeur du patrimoine dont il est issu¹¹. L'ancrage économique de la subrogation est donc conséquent : elle est induite par un changement économique, par exemple une aliénation, et elle est guidée par une fonction économique de maintien de l'équilibre patrimonial.

2. Le recours au crédit

La subrogation conventionnelle trouve application en matière de crédit¹² lorsqu'une tierce personne est introduite dans le rapport juridique. Elle s'observe par exemple en matière de vente immobilière ou de vente de fonds de commerce où elle permet au prêteur de bénéficier de garanties issues du rapport juridique initial entre le vendeur et le débiteur ayant recours au crédit.

Le recours au crédit et la subrogation conventionnelle. Dès l'élaboration du Code civil, l'ancien article 1250 prévoyait l'application de la subrogation conventionnelle « *lorsque le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer sa dette, et de subroger le prêteur dans les droits du créancier* ». Une telle application n'est pas surprenante dans la mesure où le débiteur, en empruntant des fonds à un établissement de crédit, fait intervenir une tierce personne dans le rapport juridique. L'opération financière comporte alors trois acteurs : le créancier originaire de la dette, le débiteur et un tiers (par exemple un établissement bancaire) qui paie la dette du débiteur grâce au prêt contracté par celui-ci¹³. La répartition de la charge de la dette est conventionnellement modifiée et l'octroi d'une subrogation personnelle permet au prêteur d'agir contre l'emprunteur sur le fondement des droits dont disposait son créancier¹⁴.

La réforme du droit des obligations maintient le recours à la subrogation conventionnelle sous deux formes distinctes : celle-ci peut avoir lieu à l'initiative du créancier, lorsqu'il reçoit

⁹ C. civ, art. 130. Elle évite ainsi que les sommes correspondant au prix de l'aliénation ne soient fondues dans le patrimoine du possesseur.

¹⁰ H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, p. 388.

¹¹ C. civ, art. 1434.

¹² À titre d'exemple : Com, 8 janvier 2002, n° 98-10.691.

¹³ À titre d'exemple : Com, 8 janvier 2002, n° 98-10.691.

¹⁴ Il convient de noter qu'il dispose également d'une action personnelle fondée sur le contrat de prêt.

son paiement du prêteur, ou à l'initiative du débiteur, lorsqu'il reçoit les fonds empruntés et subroge le prêteur dans ses droits¹⁵. Elle trouve application dans un contexte de circulation des créances. Bien que majoritairement présente en droit privé, elle s'observe également en droit public, par exemple en matière d'affacturage¹⁶. Elle est en revanche exclue en matière de crédit à la consommation, où l'organisme de crédit n'est pas considéré comme tiers vis-à-vis du vendeur¹⁷.

Des exemples d'application de la subrogation en matière de crédit. Le crédit est aujourd'hui fortement employé en matière de vente immobilière, puisque rares sont les transactions qui s'effectuent sans l'intervention d'une banque ou d'un organisme spécialisé¹⁸. Ainsi, lors de l'acquisition d'un immeuble, le débiteur qui ne dispose pas des fonds nécessaires peut faire appel à un prêt pour financer son projet d'achat. Afin de garantir au prêteur le remboursement des sommes, une sûreté est généralement demandée telle qu'une caution ou une hypothèque. Toutefois, il peut également avoir tout intérêt à bénéficier des garanties dont disposait le vendeur, notamment lors d'un rachat de crédit immobilier assorti de sûretés réelles immobilières : il peut alors faire valoir leurs rangs et bénéficier d'économies au regard du coût d'inscription hypothécaire et notamment celle de la taxe de publicité foncière¹⁹. En outre, même si la subrogation permet uniquement la transmission des intérêts au taux légal²⁰, le prêteur subrogé peut, avec l'accord du débiteur, stipuler un nouvel intérêt. Le caractère spéculatif du prêt ne fait donc pas obstacle à la subrogation, qui permet d'offrir une garantie supplémentaire au prêteur.

Le recours au crédit s'observe également en matière de vente de fonds de commerce. De surcroît, il est possible de recourir à une assurance-crédit pour couvrir le risque d'insolvabilité de son débiteur ou ceux découlant de l'octroi d'un crédit. Elle est contractée par un créancier professionnel pour assurer le recouvrement de ses créances²¹. Elle n'est pas

¹⁵ C. civ, art. 1346-1 et 1346-2.

¹⁶ CAA Nancy, 3 avril 1990, *Société Soge-Factoring*, n° 89NC00317. Loi, n° 2019-486, 22 mai 2019, *relative à la croissance et la transformation des entreprises*, art. 106. Le juge administratif applique aussi bien la subrogation légale que la subrogation conventionnelle : R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 250. CE, 26 février 2016, n° 377117 ; CE, 5 novembre 2020, n° 427658.

¹⁷ C. cons, art. L 311-20 et L 311-25. Une telle vente est directement issue d'une opération tripartite et de l'interdépendance entre le contrat de prêt de vente.

¹⁸ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 234.

¹⁹ M. Mignard, *La subrogation est-elle toujours le mécanisme phare des opérations de refinancement ?*, *Revue des contrats*, n° 02, 02 juin 2018, p. 322.

²⁰ Débutant à compter de la mise en demeure du débiteur.

²¹ N. Leblond, *La subrogation de l'assureur-crédit*, *Gazette du Palais*, novembre 2010, n° 310, p. 12.

régie par le Code des assurances et ainsi, l'article L 121-12 prévoyant la subrogation de l'assureur ne s'applique pas²². Toutefois, l'article 22 de la loi de 1972 prévoit que « *l'assureur qui paie une indemnité ou un acompte sur indemnité en vertu d'une police d'assurance-crédit est subrogé dans les droits et actions de l'assuré du chef de l'opération ayant fait l'objet du paiement* »²³. Le crédit a ainsi vocation à régir largement les transactions, autant en présence de particuliers que de professionnels, et se révèle être un contexte économique favorable à l'emploi de la subrogation.

B. La subrogation et le crédit à court terme

Les exemples précédemment exposés traduisent principalement des opérations de crédit à long terme. La subrogation, en tant qu'instrument économique, trouve également application au sein des nouveaux modes de crédits. Elle permet la mobilisation des créances à court terme²⁴ en matière d'affacturage (1), ou en présence d'instruments de paiements et d'effets de commerce (2).

1. L'affacturage

L'affacturage est un nouveau mode de crédits à court terme qui fait intervenir trois acteurs : un créancier, un débiteur et un établissement d'affacturage chargé d'indemniser le créancier à la place du débiteur. Il est employé dans le milieu professionnel, et trouve application en droit privé²⁵ et en droit public²⁶.

Le principe de l'affacturage. Le principe de l'affacturage repose sur le paiement anticipé des créances d'une entreprise par un établissement de crédit ou une société de financement²⁷, en contrepartie d'une rémunération. L'entreprise peut alors disposer

²² « *L'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé, jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui, par leur fait, ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur* ».

²³ Loi, n° 72-650, 11 juillet 1972, *Portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, art. 22.

²⁴ L'affacturage permet la mobilisation de créances commerciales ou industrielles à court terme : R. Bonhomme, *Affacturage*, Rép. com, 2006, n° 8.

²⁵ Com, 23 septembre 2014, n° 13-14.815. C. mon. fin, art. R 313-16 ; C. cons, art. R 314-6. Application internationale : Décret, n° 95-846, 18 juillet 1995, *Portant publication de la convention sur l'affacturage international, faite à Ottawa le 28 mai 1988 et signée par la France le 7 novembre 1989*.

²⁶ Loi, n° 2019-486, 22 mai 2019, *relative à la croissance et la transformation des entreprises*, art. 106. CAA Nancy, 29 décembre 2015, n° 14NC00971.

²⁷ R. Bonhomme, *Affacturage*, Rép. com, 2006.

directement des fonds, sans attendre que les créances soient exigibles, et le risque d'insolvabilité du débiteur pèse sur le *factor*. L'affacturage repose généralement sur la technique de la subrogation conventionnelle ou de la cession de Dailly²⁸ qui permettent la transmission des créances au *factor*. Il s'agit d'une technique de crédit à court terme qui permet la mise à disposition de trésorerie, et peut même conduire à externaliser la gestion du poste client pour soulager l'entreprise des procédures de relances et de recouvrements. Les modalités sont prévues dans une convention-cadre établie entre le créancier et le *factor*.

Il est également possible de procéder à un affacturage inversé²⁹ : le débiteur obtient de l'affactureur qu'il accepte de payer à ses créanciers le montant de ses créances, diminuées des commissions et des frais divers définis dans la convention d'affacturage³⁰. À échéance, le *factor* se fait donc rembourser auprès de son client. Les fournisseurs et les Petites et Moyennes Entreprises peuvent ainsi obtenir une réduction des délais de paiement, ce qui se révèle particulièrement utile en période de crise où ils ont un besoin important de trésorerie. Ils obtiennent une garantie de paiement, rapide et sans recours³¹, tandis que l'acheteur de la fourniture ou le maître de l'ouvrage³² reste tenu par les délais de paiements stipulés lors de la formation du contrat de fourniture ou de prestations de service. L'acheteur peut donc fidéliser ses fournisseurs en soutenant leur trésorerie et obtenir un escompte ou une réduction du prix dû en contrepartie du paiement comptant assuré par l'affactureur³³. Ce procédé permet de

²⁸ Com, 20 janvier 2021, n° 19-10.493 : en l'espèce, la Cour d'appel retient que les créances avaient été « cédées » à l'affactureur en vertu d'une cession de « Dailly ». La Cour de cassation précise toutefois qu'« *en se déterminant ainsi, sans examiner la convention d'affacturage, spécialement sans rechercher quelles en étaient les stipulations relatives aux modalités du transfert des créances à l'affactureur et si celui-ci n'acquiescerait pas les créances par voie de subrogation, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». Com, 23 septembre 2010, n° 13-14.815. R. Bonhomme, *Affacturage*, Rép. com, 2006, n° 49. C. mon. fin, art. L 313-23. Loi, n° 2019-486, 22 mai 2019, *relative à la croissance et la transformation des entreprises*, art. 106.

²⁹ R. Bonhomme, *Affacturage*, Rép. com, 2006, n° 49. Loi, n° 2019-486, 22 mai 2019, *relative à la croissance et la transformation des entreprises*, art. 106 : « *Les acheteurs mentionnés à l'article L. 1210-1 du code de la commande publique peuvent, avec l'accord du fournisseur, demander à un établissement de crédit, une société de financement ou un FIA mentionné à l'article L. 313-23 du code monétaire et financier d'assurer le paiement anticipé de certaines de ses factures. L'acquisition des créances par l'établissement de crédit, la société de financement ou le FIA s'opère par cession de créance ou subrogation conventionnelle* ».

³⁰ C. civ, art. 1346-2 : « *La subrogation a lieu également lorsque le débiteur, empruntant une somme à l'effet de payer sa dette, subroge le prêteur dans les droits du créancier avec le concours de celui-ci. En ce cas, la subrogation doit être expresse et la quittance donnée par le créancier doit indiquer l'origine des fonds. La subrogation peut être consentie sans le concours du créancier, mais à la condition que la dette soit échue ou que le terme soit en faveur du débiteur. Il faut alors que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaire, que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le paiement, et que dans la quittance il soit déclaré que le paiement a été fait des sommes versées à cet effet par le nouveau créancier* ».

³¹ R. Bonhomme, *Affacturage*, Rép. com, 2006, n° 49.

³² C'est-à-dire le débiteur de l'adhérent à la convention d'affacturage

³³ A. Ghozi, *L'affacturage et la réforme du droit des obligations*, Revue de droit bancaire et financier, n° 2, mars-avril 2019.

financer des réseaux d'entreprises tissés autour d'activités complémentaires telles que les constructeurs automobiles ou les entreprises de distribution, qui ne peuvent produire et réaliser leurs prestations que par un faisceau de contrats conclus avec des prestataires divers³⁴.

Subrogation et affacturage. Afin de développer l'affacturage, il était nécessaire d'utiliser une technique permettant le transfert de créances. La prise en compte de la vie des affaires et le besoin de simplicité ont conduit à privilégier la subrogation³⁵. Contrairement à la cession de créance, les formalités de l'ancien article 1690 du Code civil n'ont jamais été exigées³⁶. Par conséquent, la notification de la subrogation au débiteur est suffisante pour l'obliger à payer directement l'affactureur³⁷. En outre, l'absence de caractère spéculatif de la subrogation ne fait pas obstacle à son emploi au sein des opérations financières³⁸. Le transfert de la créance est certes limité à la mesure du paiement effectué, mais une commission peut être mise en place au sein de la convention-cadre conclue entre le *factor* et l'entreprise adhérente. Le remboursement des sommes versées s'effectue donc par le biais de la subrogation et la rémunération du *factor* est établie dans une convention distincte. Pour finir, contrairement au cédant, le subrogeant bénéficie d'un droit de préférence³⁹. Il n'entre donc pas en concurrence avec le *factor* lorsqu'il n'obtient qu'un paiement partiel⁴⁰. La subrogation conventionnelle est, par conséquent, l'institution la plus adaptée pour ce type d'opération⁴¹ et devient un outil économique pour les entreprises.

Depuis la réforme du droit des obligations de 2016⁴², l'opportunité de recourir à ce mécanisme peut toutefois être remise en cause. En effet, les conditions d'opposabilité de la

³⁴ A. Ghozi, *L'affacturage et la réforme du droit des obligations*, Revue de droit bancaire et financier, n° 2, mars-avril 2019.

³⁵ R. Bonhomme, *Affacturage*, Rép. com, 2006, n° 49. Com, 23 septembre 2014, n° 13-14.815 ; Com, 22 octobre 1991, n° 90-10.671 ; Com, 10 octobre 2000, n° 96-22.412 ; Com, 16 juillet 1979, n° 77-12.099 ; Com, 14 octobre 1975, n° 74-13.938 ; CAA Nancy, 29 décembre 2015, n° 14NC00971 ; CAA Nancy, 3 avril 1990, n° 89NC01020 et 89NC00317.

³⁶ « *Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins, le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique* ».

³⁷ Maintenu avec la réforme du droit des obligations : C. civ, art. 1346-5.

³⁸ CAA Versailles, 11 juillet 2019, n° 18VE03991.

³⁹ C. civ, art. 1346-2. N. Litaize, *Plaidoyer pour le maintien de la subrogation ex parte creditoris*, Revue de Droit bancaire et financier, novembre 2015, n° 6, étude 26.

⁴⁰ C. civ, art. 1346-2. N. Litaize, *Plaidoyer pour le maintien de la subrogation ex parte creditoris*, Revue de Droit bancaire et financier, novembre 2015, n° 6, étude 26.

⁴¹ R. Bonhomme, *Affacturage*, Rép. com, 2006, n° 49 ; A. Ghozi, *L'affacturage et la réforme du droit des obligations*, Revue de droit bancaire et financier, n° 2, mars-avril 2019 ; E. Savaux, *subrogation personnelle*, Rep. civ. 2017, n° 175.

⁴² Ordonnance, n° 2016-131, 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

cession de créance ont été allégées et coïncident aujourd'hui avec celles applicables à la subrogation⁴³. La cession offre alors la même souplesse et s'adapte parfaitement aux opérations spéculatives : elle n'est pas limitée par le paiement effectué et s'apparente à une vente de créances⁴⁴. Toutefois, la subrogation semble avoir vocation à perdurer en matière d'affacturage⁴⁵, puisque le maintien de la subrogation *ex parte creditoris* au sein de la réforme répond spécifiquement aux craintes des organismes payeurs⁴⁶. Elle conserve donc son rôle d'auxiliaire du crédit et sert de mode de financement⁴⁷.

2. Les instruments de paiement et les effets de commerce

La subrogation a vocation à intervenir en matière d'instruments de paiement et d'effets de commerce⁴⁸, même si son domaine d'application peut donner lieu à controverse.

Subrogation et instruments de paiement. Les instruments de paiement peuvent aboutir à l'obtention d'un crédit à court terme, propice à l'emploi de la subrogation. Elle s'observe alors à travers le recours à la carte de crédit⁴⁹, qui permet de faire intervenir trois

⁴³ C. civ, art. 1323 et 1324.

⁴⁴ Com, 20 janvier 2021, n° 19-10.493 : « Dans le cas de l'affacturage, la subrogation opère le transfert de la créance entre les parties, laquelle ne se produit que dans la mesure exacte du paiement de la créance par la banque ; que dans le cas de la cession Dailly, la seule remise du bordereau entraîne de plein droit le transfert de la propriété des créances du cédant ».

⁴⁵ La pratique a jusqu'ici toujours eu recours à la subrogation : CAA Marseille, 16 septembre 2019, n° 19MA02184, CAA Marseille, 19 décembre 2018, n° 17MA02859 ; CAA Nancy, 29 décembre 2015, n° 14NC00971 ; Com, 11 avril 2018, n° 16-22.395 ; Com, 12 juillet 2017, n° 16-14.765 ; Com, 15 mars 2017, n° 15-16.292. A. Ghozi, *L'affacturage et la réforme du droit des obligations*, Revue de droit bancaire et financier, n° 2, mars-avril 2019 : « Les entreprises n'échappent pas à la standardisation de leurs conventions, car elle participe de l'allègement de leurs contraintes de gestion ».

⁴⁶ N. Litaize, *Plaidoyer pour le maintien de la subrogation ex parte creditoris*, Revue de Droit bancaire et financier, novembre 2015, n° 6, étude 26. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance, n° 2016-131, 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, sous-section 4 : le paiement avec subrogation : « Compte tenu de cette généralisation de la subrogation légale, il aurait pu être envisagé de supprimer la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris* (c'est-à-dire de la part du créancier), qui semblait dès lors inutile. Toutefois, les inquiétudes formulées par de nombreux professionnels, qui ont souligné la fréquence du recours à la subrogation conventionnelle dans la pratique des affaires, notamment dans des techniques de financement telles que l'affacturage, justifient de la maintenir, afin de ne pas créer d'insécurité juridique (article 1346-1) ».

⁴⁷ D. Legeais, *Affacturage, jeu du compte courant et portée de la subrogation*, RTD Com. 2005, p. 581.

⁴⁸ E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 79 ; J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 228.

⁴⁹ D. Gibirila, *Carte de paiement*, Rép. com. 2017, n° 17 : la carte « comporte un élément de crédit, dès lors qu'existe un décalage dans le temps entre le moment où intervient l'ordre du titulaire et celui où les comptes respectifs de l'acheteur et du vendeur sont débités et crédités ». En outre, un véritable crédit peut être accordé avec l'ouverture d'un crédit assortie à la carte : C. cons, art. L 311-1. L'utilisation de la carte de crédit est conséquente et celle-ci peut être employée par les personnes privées ou les personnes publiques : C. commande

acteurs : l'émetteur de la carte, le détenteur de la carte et le fournisseur. Deux contrats sont établis : le premier entre l'émetteur de la carte et le détenteur qui l'utilise, et le second entre l'émetteur et un fournisseur agréé, par exemple un commerçant⁵⁰. Ainsi, lorsque le détenteur de la carte procède à différents achats, il ne règle pas immédiatement le commerçant : c'est l'émetteur de la carte qui paye le fournisseur et assure le risque d'insolvabilité. Il paie au nom et pour le compte du détenteur et peut par conséquent agir contre lui pour obtenir le remboursement des sommes versées.

Le recours à la subrogation conventionnelle nécessite toutefois qu'après chaque opération, une quittance subrogative soit émise⁵¹, ce qui n'est pas le cas à l'heure actuelle. En revanche, la subrogation légale ne nécessite aucune formalité particulière : elle a lieu lorsque le paiement libère le débiteur définitif de la charge de la dette⁵². Elle semble donc trouver application autant en présence de carte de paiement que de carte de crédit. En effet, celles-ci confèrent un « *certain crédit dans la mesure où il existe un décalage dans le temps entre le moment où la banque reçoit, du banquier de l'accepteur, l'avis de l'ordre de paiement donné par le titulaire de la carte, et le moment où elle débite le compte de celui-ci* »⁵³.

Les auteurs font toutefois référence à la délégation⁵⁴ ou au mandat⁵⁵ pour traduire le mécanisme de la carte bancaire, et les textes législatifs prévoient la possibilité d'un recours de l'émetteur contre le client sans pour autant le nommer⁵⁶ : il semble alors s'agir d'un recours en responsabilité contractuelle contre le titulaire du compte⁵⁷. La subrogation reste toutefois envisageable en matière d'instrument de paiement, par exemple, lorsque la banque du bénéficiaire d'un chèque est subrogée dans les droits de son client contre le tireur sur le

publique, anc. art. R 2192-37 ; Décret, n° 2004-1144, 26 octobre 2004, *relatif à l'exécution des marchés publics par carte d'achat* ; C. mon. fin, art. L 314-1.

⁵⁰ Tel qu'un restaurant.

⁵¹ La subrogation conventionnelle doit être expresse et consentie en même temps que le paiement : C. civ, art. 1346-1 et 1346-2.

⁵² L'émetteur, bien que payant une dette propre, libère le débiteur définitif de la charge de la dette et ainsi s'inscrit dans l'extension apportée par le nouvel article 1346 du Code civil.

⁵³ D. Gibirila, *Carte de paiement*, Rép. com, 2017, n° 17.

⁵⁴ M. Billiau, *Délégation*, Rép. civ. 2017, n° 5. Toutefois, « *le délégué s'engage à payer le délégataire sans pouvoir opposer à ce dernier les exceptions et moyens de défense qu'il peut faire valoir contre le délégant. Ainsi, dans la mesure où le banquier émetteur de la carte peut opposer à l'accepteur une faute affectant le fonctionnement de la garantie, il ne sera pas tenu de payer, dès lors que le compte ne présentera pas un solde suffisant et disponible. La nature du paiement par carte ne peut donc être recherchée à travers le mécanisme de la délégation* » : P. Bouteiller, *Fasc. 930 : cartes de paiement, cartes de crédit*, JurisClasseur Banque, 2 novembre 2010, n° 10.

⁵⁵ C. civ, art. 1984 et s ; P. Bouteiller, *Fasc. 930 : cartes de paiement, cartes de crédit*, JurisClasseur Banque, 2 novembre 2010, n° 9.

⁵⁶ C. mon. fin. art. L 133-21 et L 133-25.

⁵⁷ D. Gibirila, *Carte de paiement*, Rép. com, 2017, n° 47.

fondement de la subrogation conventionnelle⁵⁸. Le chèque peut également être avalisé⁵⁹, c'est-à-dire assorti d'une garantie de paiement. Ainsi, lorsque le donneur d'aval paye le chèque, il acquiert « *les droits résultant du chèque contre le garanti et contre ceux qui sont tenus envers ce dernier* »⁶⁰. La subrogation trouve donc application en présence d'instruments de paiement : son rôle de garantie n'est alors pas dénué de tout lien avec son rôle économique, et tout établissement de crédit ou toute société de financement qui fournit une garantie bénéficie de la subrogation dans les droits du créancier⁶¹.

Subrogation et effets de commerce. Les effets de commerce constatent au profit du porteur une créance de somme d'argent et permettent son paiement⁶². Ils peuvent, de la même façon que le chèque, être avalisés. Lorsque le donneur d'aval paie le titre, il acquiert les droits du créancier contre le débiteur garanti et tous ceux qui étaient tenus envers ce dernier en vertu de la lettre de change ou du billet à ordre⁶³. Il n'est pas le seul à pouvoir acquérir les droits issus de l'effet de commerce puisque tout payeur obtient les droits contre celui pour lequel il a payé ou encore contre ceux qui sont tenus envers ce dernier⁶⁴. L'article L 525-2 Code de commerce prévoit alors que « *sont assimilés aux prêteurs de fonds les garants qui interviennent en qualité de caution, de donneur d'aval ou d'endosseur dans l'octroi des crédits d'équipements. Ces personnes sont subrogées de plein droit aux créanciers. Il en est de même des personnes qui endossent, escomptent, avalisent ou acceptent les effets créés en représentation desdits crédits* ».

⁵⁸ Com, 15 avr. 2008, n° 06-13.346. S. Benilsi, *Paiement*, Rép. civ. 2019, n° 99 : « *La banque du bénéficiaire devait, selon la Cour de cassation, être considérée comme tenue avec ou pour le tireur du chèque, ce qui pouvait passer pour une interprétation large de l'ancien article 1251, 3°* ». L'article L 131-83 du Code monétaire et financier prévoit que le « *tiré qui a payé un chèque en dépit de l'absence, de l'insuffisance ou de l'indisponibilité de la provision est, sauf dans le cas prévu au premier alinéa du II de l'article L. 131-81, subrogé dans les droits du porteur à concurrence de la somme dont il a fait l'avance* ».

⁵⁹ L'aval peut être souscrit pour tout effet de commerce, par exemple une lettre de change, un billet à ordre ou encore un chèque.

⁶⁰ C. mon. fin, art. L 131-30.

⁶¹ C. mon. fin, art. L 313-22-1 : « *Les établissements de crédit ou les sociétés de financement ayant fourni un cautionnement, un aval ou une garantie, que ces derniers soient d'origine légale, réglementaire ou conventionnelle, disposent de plein droit et dans tous les cas d'un recours contre le client donneur d'ordre de l'engagement, ses coobligés et les personnes qui se sont portées caution et, pour les paiements effectués au titre de leur engagement, de la subrogation dans les droits du créancier prévue à l'article 1346 du Code civil* ». C. ass, art. L 443-1 : « *Les entreprises d'assurance habilitées à pratiquer les opérations de caution ayant fourni un cautionnement, un aval ou une garantie, que ces derniers soient d'origine légale, réglementaire ou conventionnelle, disposent de plein droit et dans tous les cas d'un recours contre le client donneur d'ordre de l'engagement, ses coobligés et les personnes qui se sont portées caution et, pour les paiements effectués au titre de leur engagement, de la subrogation dans les droits du créancier prévue à l'article 1346 du Code civil* ».

⁶² D. Gibirila, *Escompte – Existence de l'escompte*, Rép. com. 2018, n° 23.

⁶³ C. com, art. L 511-21 (pour la lettre de change) et art. L 512-4 (pour le billet à ordre).

⁶⁴ C. com, art. L 511-70 et L 512-3.

La subrogation intervient donc aux côtés des outils économiques en accompagnant les opérations financières. Elle n'est cependant plus nécessaire en présence d'un billet à ordre dans la mesure où la Cour de cassation considère que son endossement emporte par lui-même, et en dehors de toute subrogation expresse, la transmission au porteur de la sûreté réelle qui en est l'accessoire, dès lors que la souscription du billet à ordre a été prévue par l'acte de vente lui-même et n'en constitue qu'une modalité⁶⁵. Elle conserve toutefois son intérêt lorsque la vente n'a pas été faite à ordre.

Paragraphe 2 : La subrogation, une réponse adaptée aux attentes économiques

La subrogation réelle et la subrogation personnelle se développent dans un contexte économique favorable, qu'il s'agisse de la circulation des biens ou des créances. Elles ont une utilité stratégique au regard de l'équilibre financier des personnes en cause. Ainsi, en présence d'une subrogation réelle, c'est le détenteur du droit menacé d'extinction qui se voit offrir la possibilité d'exercer celui-ci sur un bien de remplacement. L'objectif est de permettre le maintien du droit réel au profit de son titulaire, tout en permettant l'échange économique qui en menace l'existence. La conservation du droit en présence d'une subrogation personnelle permet, quant à elle, le recouvrement des sommes engagées. L'existence de garanties attachées à la créance transmise renforce alors l'efficacité du recours subrogatoire.

Deux exemples d'attentes économiques satisfaites par la subrogation seront mis en avant dans ce paragraphe. La subrogation personnelle est un mécanisme essentiel à l'obtention de crédit. La première attente économique se rapporte donc au besoin pour le prêteur d'obtenir des garanties dans le recouvrement de sa créance. L'exemple du prêteur de deniers met en lumière les garanties supplémentaires que peut apporter le recours subrogatoire, tout en prenant conscience de ses limites. Dès lors, il permet d'apercevoir l'utilité de la subrogation au sein des opérations financières.

La seconde attente économique se rapporte au besoin de refinancement, qui s'observe en présence de garantie d'indemnisation ou lors du recours au crédit. La subrogation n'a alors

⁶⁵ Note, Toujas, Civ, 19 février 1946, JCP 1946, II, n° 3113.

pour seul objectif que de permettre le refinancement du *solvens*, sans chercher à lui procurer un quelconque profit.

Il convient donc d'étudier successivement la subrogation comme protection juridique apportée au prêteur (A), et la subrogation en tant que technique de refinancement (B).

A. La subrogation, une protection juridique pour le prêteur

La subrogation permet d'apporter une protection juridique au prêteur de deniers. Ainsi, subrogé dans les droits du vendeur, il peut bénéficier des garanties et privilèges qui lui étaient attribués (1). Une telle protection se trouve cependant limitée par les règles strictes encadrant la mise en œuvre de la subrogation (2).

1. Une protection à travers le bénéfice de garanties et privilèges

Le prêteur de deniers dispose de deux recours contre l'emprunteur. Le premier est un recours personnel fondé sur le contrat de prêt. Il lui permet de bénéficier des privilèges légaux ou conventionnels qu'il a conclus avec le débiteur. Le second recours est subrogatoire et permet d'obtenir les privilèges appartenant au vendeur. L'utilité de la subrogation réside donc dans l'obtention d'un panel plus large de privilèges et garanties invocables.

Les avantages du recours personnel du prêteur. À première vue, le recours subrogatoire n'apparaît pas comme le recours le plus avantageux pour le prêteur, puisque celui-ci dispose déjà d'un certain nombre de garanties. En effet, en dehors de toute subrogation, il peut se prévaloir des garanties contractuelles issues du contrat de prêt. Il peut donc prévoir des sûretés réelles ou personnelles telles que l'hypothèque ou le cautionnement. En outre, il peut avoir recours à l'assurance-crédit⁶⁶, qui permet de couvrir le risque d'insolvabilité du débiteur. Évoquée précédemment comme contexte favorable à l'emploi de la subrogation, elle aboutit à l'octroi d'un recours subrogatoire à l'assureur.

Le prêteur de deniers, en revanche, ne bénéficie pas d'un tel recours puisqu'il est indemnisé sur le fondement du contrat d'assurance : il s'agit donc uniquement d'une garantie à son encontre. En dehors des précisions contractuelles, le prêteur bénéficie également de garanties légales. L'ancien article 2374 du Code civil prévoyait un privilège spécial au profit

⁶⁶ P. Casson, *Assurance crédit*, Rép. com, 2017. H. Rumeau-Maillot, *Assurances*, Rép. européen, 2011, n° 87 ; N. Leblond, *La subrogation de l'assureur-crédit*, Gazette du Palais. 6 novembre 2010, n° 310, p. 12.

de celui qui fournit des deniers pour l'acquisition d'un immeuble⁶⁷. Le remboursement du prêt était donc garanti en l'absence de toute subrogation⁶⁸, ce qui pouvait remettre en question son utilité dans le cadre de cette relation économique. Toutefois, depuis l'ordonnance du 15 septembre 2021, les privilèges mobiliers spéciaux sont transformés en hypothèques légales spéciales⁶⁹, qui prennent donc rang à leur date d'inscription⁷⁰. Il peut alors s'avérer plus avantageux d'obtenir les garanties détenues par le vendeur⁷¹ en exerçant un recours subrogatoire.

L'utilité pour le prêteur d'exercer un recours subrogatoire. Le droit commun offre au vendeur un certain nombre de garanties lui permettant de recouvrer sa créance. Il bénéficie par exemple d'un privilège mobilier⁷², ou encore de garanties particulières telles que le gage automobile⁷³, qui permet d'acheter une voiture à crédit en offrant une garantie à celui qui finance l'achat⁷⁴. Pour bénéficier de ces avantages, le prêteur doit alors être subrogé dans les droits du vendeur⁷⁵. De la même façon, seul le recours subrogatoire permet au prêteur d'exercer l'action en résolution et d'obtenir la restitution du bien⁷⁶. Celle-ci peut s'avérer être avantageuse par rapport à l'hypothèque légale dans la mesure où la vente judiciaire demeure une opération aléatoire. Le vendeur peut aussi bénéficier de garanties contractuelles, telles que la clause de réserve de propriété⁷⁷.

⁶⁷ C. civ, art. 2374 : « *Les créanciers privilégiés sur les immeubles sont : [...] 2° Même en l'absence de subrogation, ceux qui ont fourni les deniers pour l'acquisition d'un immeuble, pourvu qu'il soit authentiquement constaté, par l'acte d'emprunt, que la somme était destinée à cet emploi et, par quittance du vendeur, que ce paiement a été fait des deniers empruntés* ».

⁶⁸ J.-D. Pellier, *Privilèges immobiliers spéciaux*, Rép. civ. 2022, n° 40. L'article 2374 du Code civil prévoit alors que les créanciers privilégiés sur les immeubles sont « *même en l'absence de subrogation, ceux qui ont fourni les deniers pour l'acquisition d'un immeuble, pourvu qu'il soit authentiquement constaté, par l'acte d'emprunt, que la somme était destinée à cet emploi et, par quittance du vendeur, que ce paiement a été fait des deniers empruntés* ». Le privilège était alors autonome, dans la mesure où il existait même en l'absence de subrogation.

⁶⁹ Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés. C. civ, art. 2402.

⁷⁰ C. civ, art. 2418. L'ancien article 2379 du Code civil prévoit que « *le vendeur privilégié, ou le prêteur qui a fourni les deniers pour l'acquisition d'un immeuble, conserve son privilège par une inscription qui doit être prise, à sa diligence, en la forme prévue aux articles 2426 et 2428, et dans le délai de deux mois à compter de l'acte de vente ; le privilège prend rang à la date dudit acte* ».

⁷¹ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 231.

⁷² En vertu de l'article 2102 du Code civil.

⁷³ Loi, 29 décembre 1934, relative à la réglementation de la vente à crédit des véhicules ou tracteurs automobiles. C. civ, art. 2351 : il s'agit d'un gage sans dépossession

⁷⁴ Loi, n° 51-59, 18 janvier 1951, relative au nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement : le même principe s'applique en matière d'outillage et de matériel d'équipement, prévu par la loi du 18 janvier 1951

⁷⁵ Com, 13 septembre 2011, n° 10-18.323.

⁷⁶ C. civ, art. 1224 et suivants.

⁷⁷ C. civ, art. 2367 : « *La propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie* ».

L'intérêt de la subrogation réside alors dans la possibilité pour le prêteur d'obtenir la propriété du bien, de se faire payer par préférence par rapport aux autres créanciers ou encore d'éviter les taxes relatives à la publicité foncière. Le transfert de créance se révèle donc être avantageux dans la mesure où celui-ci est assorti de garanties.

2. Les contraintes du recours subrogatoire

L'emploi de la subrogation au sein des opérations économiques ne fait aucun doute. Elle se révèle être un recours avantageux puisqu'elle permet d'octroyer au prêteur les garanties dont disposait le créancier initial. Toutefois, la subrogation est strictement limitée au paiement, ce qui ne permet pas de l'utiliser comme instrument spéculatif.

En outre, en pratique, les sommes empruntées sont versées au débiteur qui effectue lui-même le paiement, ce qui n'est pas sans poser de difficultés pour l'application de la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris*. Or, le prêteur a tout intérêt à exercer un recours subrogatoire lorsque le vendeur a prévu une clause de réserve de propriété.

La subrogation et les intérêts légaux ou conventionnels. La subrogation est strictement limitée à hauteur du paiement effectué, ce qui peut poser des difficultés lorsqu'elle est mise en œuvre au sein d'une opération lucrative. Ainsi, lors d'un prêt ou d'un rachat de crédit, le recours subrogatoire ne peut pas porter sur les intérêts contractuellement établis entre le prêteur et le débiteur, de telle sorte que les sûretés détenues par le vendeur n'en garantissent pas le recouvrement. Le prêteur pourra donc uniquement invoquer les garanties contractuelles qu'il a intégrées au contrat de prêt, tel qu'un cautionnement ou une hypothèque dont le rang est établi au jour de l'inscription⁷⁸.

En tout état de cause, « *le subrogé n'a droit qu'à l'intérêt légal à compter d'une mise en demeure, s'il n'a convenu avec le débiteur d'un nouvel intérêt. Ces intérêts sont garantis par les sûretés attachées à la créance* »⁷⁹. Le principe est alors l'exclusion du bénéfice des intérêts conventionnels. Un nouvel intérêt peut toutefois être établi⁸⁰ : aucune forme particulière n'est exigée, seul le consentement du débiteur est requis. Il faut néanmoins tenir

⁷⁸ C. civ, art. 2426 et suivants. Com, 3 mai 2016, n° 14-21.556 ; CE, 1 octobre 2007, n° 296213.

⁷⁹ C. civ, art. 1346-4.

⁸⁰ R. Boffa, *Contrats et obligations – Les clauses relatives aux opérations translatives*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, avril 2016, n° 13, p. 1115, n° 6. E. Savaux, *Le subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 159.

compte de la limite selon laquelle une garantie accordée par un tiers ne peut excéder son engagement initial⁸¹.

La subrogation et la clause de réserve de propriété. Par principe, lorsque le prêteur verse entre les mains du vendeur les fonds destinés au paiement du prix de vente, il est subrogé dans ses droits. Il peut donc bénéficier des garanties attachées à la créance telle qu'une clause de réserve de propriété⁸², et revendiquer le bien lorsque le débiteur ne lui rembourse pas les sommes engagées⁸³. Toutefois, en pratique, les sommes sont versées au débiteur qui effectue lui-même le paiement. Or, l'article 1346-1 du Code civil prévoit que « *la subrogation conventionnelle s'opère à l'initiative du créancier lorsque celui-ci, recevant son paiement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits contre le débiteur* ».

La Cour de cassation, dans un avis du 28 novembre 2016⁸⁴, a alors considéré la clause de subrogation du prêteur dans les droits du vendeur comme abusive⁸⁵ : celui-ci ne peut être considéré comme une tierce personne puisqu'il se borne à verser les fonds empruntés au débiteur⁸⁶. La subrogation conventionnelle à l'initiative du créancier doit alors être exclue lorsque le paiement est effectué par le débiteur, même s'il est fait à partir de fonds empruntés⁸⁷.

L'établissement de crédit a pourtant tout intérêt à bénéficier des garanties attachées à la créance. Ainsi, en présence d'une procédure collective⁸⁸, une clause de réserve de propriété

⁸¹ C. civ, art. 2292 ; E. Savaux, *Le subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 159.

⁸² Com, 15 mars 1988, n° 86-13.687 : « *la subrogation conventionnelle a pour effet d'investir le subrogé, non seulement de la créance primitive, mais aussi de tous les avantages et accessoires de celle-ci ; qu'il en est ainsi de la réserve de propriété, assortissant la créance du prix de vente et affectée à son service exclusif pour en garantir le paiement* ».

⁸³ Com, 15 mars 1988, n° 85-18623.

⁸⁴ Cass, avis, 28 novembre 2016, n° 16-70.009.

⁸⁵ La clause laisse alors croire à l'acquéreur qu'il n'est pas le propriétaire du bien et doit être considérée comme abusive

⁸⁶ T. De Ravel d'Esclapon, *Crédit affecté à l'acquisition d'un véhicule : clauses abusives*, Dalloz actualité. 2016. M. Latina et E. Le Corre-Broly, *Le transfert de la réserve de propriété par la subrogation de l'article 1346-2, alinéa 1^{er}, du Code civil*, Dalloz, 2017, p. 877. Il convient toutefois de relever que l'ancien droit ne prévoyait pas la nécessité de la remise des sommes par le subrogé lui-même, dans la mesure où les fonds versés avaient servi à libérer le débiteur et étaient fournis par le subrogé : J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LDGJ, Paris, 1979, p. 69.

⁸⁷ P.-M. Le Corre, *Crédit-bail – L'acquisition de la propriété par le débiteur*, Revue des procédures collectives, novembre 2017, n° 6, dossier 22, n° 25 : « *le contrat de prêt consenti par un établissement de crédit n'est plus un contrat réel, mais consensuel. Sa perfection n'est pas trouvée dans la remise des fonds à l'emprunteur, mais dans la signature de ce dernier* » ; Com, 28 juin 2017, n° 15-27.605.

⁸⁸ C. com, art. L 624-9 : « *La revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de trois mois suivant la publication du jugement ouvrant la procédure* » et L 624-12 : « *Peuvent être revendiquées, si elles existent en nature, en tout ou partie, les marchandises dont la vente a été résolue antérieurement au jugement ouvrant la procédure soit par décision de justice, soit par le jeu d'une condition résolutoire acquise* » et L 624-16 alinéa 2 : « *Peuvent également être revendiqués, s'ils se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la*

lui permet d'être propriétaire du bien et d'obtenir sa restitution, alors que l'exclusion de la subrogation le relaye à un simple créancier chirographaire, ayant peu de chance de récupérer les sommes engagées. Il est alors apparu nécessaire de rechercher comment le prêteur pouvait bénéficier de cette garantie, qui se révèle être simple et peu coûteuse⁸⁹.

Le prêteur a la possibilité d'invoquer la subrogation *ex parte debitoris*. Ainsi, l'article 1346-2 du Code civil prévoit que « *la subrogation a lieu également lorsque le débiteur, empruntant une somme à l'effet de payer sa dette, subroge le prêteur dans les droits du créancier avec le concours de celui-ci. En ce cas, la subrogation doit être expresse et la quittance donnée par le créancier doit indiquer l'origine des fonds* ».

Pour éviter un tel formalisme, la question peut se poser de la mise en œuvre de l'article 1346 du Code civil, qui prévoit que « *la subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette* ». Elle n'est cependant accordée qu'à celui qui, par son paiement, libère le débiteur définitif. Or, la simple remise des fonds n'aboutit pas à un tel résultat, encore faut-il qu'il les utilise pour payer son créancier. La banque ne paye donc pas la dette du débiteur lorsqu'elle verse à celui-ci les deniers empruntés⁹⁰. En outre, lors de la réforme du droit des obligations⁹¹, seule la suppression de la subrogation *ex parte creditoris* a été envisagée⁹². Ainsi, la subrogation *ex parte debitoris* détient un domaine spécifique qui ne peut être confondue avec la subrogation légale, malgré l'extension de son domaine d'application. Dès lors, cette dernière semble être le seul moyen pour le prêteur, lorsque les fonds sont remis au débiteur, d'être subrogé dans les droits du vendeur et de bénéficier de la clause de réserve de propriété.

procédure, les biens vendus avec une clause de réserve de propriété. Cette clause doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit au plus tard au moment de la livraison. Elle peut l'être dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties ».

⁸⁹ E. Le Corre-Broly, *La condamnation à mort de la subrogation dans la clause de réserve de propriété*, Dalloz, 2017, p. 419.

⁹⁰ M. Latina et E. Le Corre-Broly, *Le transfert de la réserve de propriété par la subrogation de l'article 1346-2, alinéa 1^{er}, du Code civil*, Dalloz, 2017, p. 877.

⁹¹ Ordonnance, n° 2016-131, 10 février 2016, *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

⁹² Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance, n° 2016-131, 10 février 2016, *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

B. La subrogation, une technique de refinancement

La subrogation personnelle répond à un besoin de refinancement du *solvens*, qui s'observe particulièrement en présence de tiers payeurs. Elle n'est pas le seul mécanisme permettant au *solvens* d'agir contre le débiteur pour recouvrer les sommes engagées. Elle est toutefois la seule qui se cantonne à son refinancement, puisqu'elle ne peut, en elle-même, occasionner de profit⁹³. Dès lors, elle assure un rôle analogue en matière de garantie et de crédit.

Il convient donc d'étudier la subrogation comme réponse au besoin de refinancement des tiers payeurs (1), mais également comme outil de refinancement du prêteur (2).

1. Le besoin de refinancement des tiers payeurs

La subrogation répond à un besoin de refinancement du *solvens*. Ainsi, même lorsqu'elle accompagne la garantie, elle reste un outil économique. Elle s'impose comme un mécanisme stratégique pour l'équilibre financier de la Caisse primaire d'assurance maladie, des mutuelles, des assureurs, des fonds d'indemnisation ou encore de l'État.

L'indemnisation des victimes par les tiers payeurs. Les tiers payeurs ont vocation à intervenir quotidiennement dans l'indemnisation des dommages corporels. En effet, lorsque la victime est un assuré social, elle peut obtenir des prestations indemnitaires, par exemple une prise en charge de ses frais médicaux. De la même façon, des organismes sont spécialement conçus pour garantir l'indemnisation des victimes en présence de certains dommages. Ainsi, lors d'une contamination par le virus de l'hépatite C à la suite d'une transfusion sanguine, l'indemnisation peut faire intervenir l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM) qui se substitue à l'établissement français du sang, la Caisse primaire d'assurance Maladie (CPAM), le responsable de l'accident et son assureur⁹⁴. Les victimes d'infraction peuvent, quant à elles, obtenir une indemnisation de l'État lorsque les conditions de l'article 706-3 du Code de procédure pénale sont remplies⁹⁵.

⁹³ M. Mignard, *La subrogation est-elle toujours le mécanisme phare des opérations de refinancement ?* Revue des contrats, n° 02, 02 juin 2018, p. 322 ; M. Latina et E. Le Corre-Broly, *Le transfert de la réserve de propriété par la subrogation de l'article 1346-2, alinéa 1^{er}, du Code civil*, Dalloz, 2017, n° 6, p. 877 ; M. Grimaldi et C. Vernières, *Refinancement d'un prêt : quelle place pour la novation ?*, Défrénois, 7 septembre 2017, n° 228a3, p. 43.

⁹⁴ CA Limoges, 14 septembre 2011, n° 10/01518.

⁹⁵ C. proc. pen, art. 706-11 : le fonds d'indemnisation des victimes d'infractions peut ensuite agir contre le responsable du dommage.

Le coût de la prise en charge des dommages corporels pèse donc, dans un premier temps, sur les tiers payeurs, qui versent diverses prestations. Le rapport d'activité de 2021 met d'ailleurs en lumière le coût important pesant sur l'ONIAM, qui a dépensé 180 millions d'euros pour l'indemnisation des victimes, soit une hausse de 33.7 % par rapport à l'année précédente⁹⁶.

L'équilibre financier des organismes payeurs. Puisqu'ils sont amenés à indemniser les victimes, les tiers payeurs doivent disposer des fonds nécessaires. Les assureurs intègrent donc régulièrement, dans les contrats d'assurance, une clause subrogatoire, de telle sorte qu'une fois l'assuré indemnisé, ils puissent agir contre le responsable pour obtenir le remboursement des sommes engagées. La subrogation n'est toutefois pas le seul mode de financement des assureurs puisqu'ils perçoivent des primes en échange de la garantie qu'ils procurent. Bien qu'ils supportent le risque d'insolvabilité, ils se révèlent être des organismes lucratifs⁹⁷.

D'autres organismes payeurs, en revanche, ne bénéficient pas de ce financement. Ils dépendent alors principalement des deniers publics, ce qui constitue une ressource limitée ne devant pas faire peser une charge trop lourde sur la société. À titre d'exemple, la part des financements publics de l'ONIAM était de 92 % en 2021⁹⁸. Le recours subrogatoire leur permet donc d'obtenir le remboursement de tout ou partie des sommes engagées, auprès du responsable ou de son assureur, qui lui, bénéficie des primes d'assurances⁹⁹. La subrogation, tout en rétablissant les règles de la responsabilité civile ou administrative, se révèle donc être un moyen d'assurer l'équilibre financier des organismes payeurs.

⁹⁶ Rapport d'activité de l'ONIAM, communiqué du 12 juillet 2022 : <https://www.oniam.fr/indemnisation-accidents-medicaux/rapport-d-activite>.

⁹⁷ C. ass, art. R 422-4 : « *Le fonds de garantie est alimenté par une contribution assise sur les primes ou cotisations des contrats d'assurance de biens souscrits auprès d'une entreprise visée à l'article L. 310-2. Cette contribution est perçue par les entreprises d'assurance suivant les mêmes règles et sous les mêmes garanties et sanctions que la taxe sur les conventions d'assurance. Elle est recouvrée mensuellement par le fonds de garantie qui peut prévoir le versement d'acomptes. Le taux de la contribution est fixé, chaque année, par arrêté du ministre chargé des assurances* ».

⁹⁸ Rapport d'activité de l'ONIAM, communiqué du 12 juillet 2022 : <https://www.oniam.fr/indemnisation-accidents-medicaux/rapport-d-activite>.

⁹⁹ Rapport d'activité de l'ONIAM, communiqué du 12 juillet 2022 : <https://www.oniam.fr/indemnisation-accidents-medicaux/rapport-d-activite> : en 2021, les recettes propres de l'ONIAM s'élevaient à 16.5 Millions d'euros.

2. La subrogation, un outil de refinancement du prêteur

La subrogation s'impose comme un outil de refinancement en présence d'organismes payeurs, mais également lors des opérations économiques. Étant directement liée au paiement de la dette, elle ne peut conduire à procurer un profit au *solvens* : elle assure donc bien uniquement son refinancement.

L'exclusion de la cession de créance et de la novation comme outil de refinancement.

L'originalité de la subrogation tient à son lien indissociable avec le paiement. Là où la cession de créance tire son bénéfice de la possibilité de céder sa créance à un moindre coût, la subrogation permet le remboursement des sommes engagées par le *solvens*. C'est pourquoi elle a vocation à s'appliquer en présence de garantie d'indemnisation, alors que la cession de créance se cantonne aux opérations économiques telles que celles relatives aux crédits¹⁰⁰. Ainsi, bien que les deux mécanismes permettent une transmission de la créance, elles ne reposent pas sur la même technique : « *dans la subrogation, le transfert est entièrement tributaire du paiement qui la fonde. En cas de cession, c'est au contraire l'accord de volontés qui commande le transfert* »¹⁰¹.

Parler d'outil de refinancement suppose alors de privilégier la subrogation qui est limitée au paiement effectué : tout profit étant forcément extérieur. L'impossibilité pour le *solvens* de bénéficier des intérêts conventionnels témoigne d'ailleurs de la volonté de la cantonner à un mécanisme d'équilibre financier.

¹⁰⁰ La loi du 2 janvier 1981, dite « loi Dailly », prévoit que « *tout crédit qu'un établissement de crédit consent à une personne morale de droit privé ou de droit public, ou à une personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle, peut donner lieu au profit de cet établissement, par la seule remise d'un bordereau, à la cession ou au nantissement par le bénéficiaire du crédit, de toute créance que celui-ci peut détenir sur un tiers, personne morale de droit public ou de droit privé ou personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle* » : Loi, n° 81-1, 2 janvier 1981, *Facilitant le crédit aux entreprises*, art. 1. La mise en place de la cession de créance professionnelle par le bras d'un bordereau permet alors à une entreprise de les transférer à un établissement de crédit dans le but de garantir celui-ci. Le domaine reste toutefois limité, car seuls les établissements de crédit et les sociétés de financement peuvent être cessionnaire et le cédant doit être une personne morale ou une personne physique agissant dans le cadre d'une activité professionnelle. Ainsi, une telle cession se limite aux créances de nature professionnelle. A.-M. Toledo-Wolfsohn, *Compensation*, Rép. civ. 2017, n° 72 : « *La cession de créances professionnelles par bordereau, dite cession par bordereau Dailly ou cession Dailly, organise un mode de cession de créances simplifié entre professionnels* », « *Il est possible pour un professionnel, personne morale de droit privé ou de droit public ou personne physique, de céder à un établissement de crédit les créances qu'il a sur ses clients en signant un bordereau qui comprend les caractéristiques de ces créances, en contrepartie d'un crédit* ».

¹⁰¹ C. Gijsbers, *Quel habitat juridique pour l'affacturage : cession de créance ou subrogation conventionnelle ?* RTD civ. 2021, p. 184.

La novation¹⁰² a également pu être décrite comme une technique permettant le refinancement d'un prêt¹⁰³. Néanmoins, son application n'est pas unanime et M. Mignard considère que tout paiement risque de disqualifier la novation en opération de remboursement¹⁰⁴. À l'inverse, M. Grimaldi et C. Vernières considèrent que la nouvelle obligation a pour cause le remboursement de l'obligation initiale, mais que celle-ci ne s'éteint pas par l'effet du paiement puisque la somme perçue représente le prix de la novation¹⁰⁵.

La condition de sa reconnaissance dépend alors de la perception du paiement effectué : s'il est perçu comme un paiement pur et simple¹⁰⁶, la novation doit être exclue, alors que s'il s'analyse comme une condition de la novation, celle-ci doit être admise. Bien que la jurisprudence ait eu l'occasion d'admettre l'existence d'une novation au profit du prêteur¹⁰⁷, celle-ci n'a pas pour but premier d'assurer un refinancement, mais de créer une obligation nouvelle qui peut tout à fait être d'un montant différent. Par conséquent, la subrogation est le seul mécanisme qui aboutit uniquement au refinancement du prêteur.

La subrogation et le refinancement du prêteur. Prenons l'exemple d'un refinancement de prêt à la suite d'un achat immobilier s'élevant à 250 000 euros¹⁰⁸. Un premier prêt est contracté lors de l'acquisition à hauteur de 200 000 euros sur 20 ans. Le

¹⁰² C. civ, art. 1329. Elle aboutit donc, avec l'accord du débiteur, du prêteur originaire et du nouveau prêteur, à l'extinction de la créance et à la naissance d'une nouvelle obligation. Le créancier originaire est désintéressé par le second, qui devient alors titulaire de la nouvelle créance.

¹⁰³ M. Mignard, *La subrogation est-elle toujours le mécanisme phare des opérations de refinancement ?*, Revue des contrats, n° 02, 02 juin 2018, p. 322 ; M. Grimaldi et C. Vernières, *Refinancement d'un prêt : quelle place pour la novation ?*, Défrénois, 7 septembre 2017, n° 228a3, p. 43. La novation entrerait donc en concurrence avec la subrogation : le premier avantage tient au fait que le nouveau prêteur ne peut pas se voir opposer les exceptions qui étaient opposables au prêteur originaire. Il peut également, par le biais d'une clause spéciale, bénéficier des sûretés et privilèges qui étaient attachés à la créance initiale. La subrogation est néanmoins privilégiée, notamment au regard du risque de requalification de la novation, de la nécessité d'obtenir l'accord de toutes les parties en cause pour pouvoir bénéficier des sûretés attachées à la créance initiale et de l'impossibilité de se prévaloir des intérêts stipulés par le prêteur originaire.

¹⁰⁴ M. Mignard, *La subrogation est-elle toujours le mécanisme phare des opérations de refinancement ?*, Revue des contrats, n° 02, 02 juin 2018, p. 322.

¹⁰⁵ M. Grimaldi et C. Vernières, *Refinancement d'un prêt : quelle place pour la novation ?*, Défrénois, 7 septembre 2017, n° 228a3, p. 43.

¹⁰⁶ Le paiement est égal au montant de la dette et effectué par le débiteur lui-même. En outre, c'est en vertu du contrat de prêt que le client devient débiteur du nouveau prêteur et non de l'extinction de la créance originaire : une telle opération court le risque d'être requalifiée en subrogation et les conditions légales ne seraient pas réunies : M. Mignard, *La subrogation est-elle toujours le mécanisme phare des opérations de refinancement ?*, Revue des contrats, n° 02, 02 juin 2018, p. 322.

¹⁰⁷ Com, 26 juin 2001, n° 98-15.905.

¹⁰⁸ J. Huet, *Un bienfait de l'histoire : la subrogation opérée par le débiteur pour le remboursement anticipé d'un prêt d'argent en cas de baisse des taux d'intérêt (art. 1250, 2°, c. civ.)*, Dalloz, 1999, p. 303 : « *Le remboursement d'un prêt d'argent en période de baisse des taux d'intérêts est une faculté, exorbitante du droit commun mais justifiée par l'équité qu'offre le Code civil en permettant à l'emprunteur de placer dans les droits de son prêteur — dans sa créance et dans ses sûretés — une tierce personne qui, pour désintéresser ce créancier, avance à son tour à l'emprunteur les fonds nécessaires, mais à meilleur coût* ».

prêteur exige alors une garantie qui se révèle être une hypothèque conventionnelle couvrant l'intégralité du prêt. Au bout de 10 ans, le propriétaire souhaite refinancer partiellement son endettement. Il effectue donc un nouveau prêt bancaire s'élevant à 50 000 euros auprès d'un autre établissement et subroge celui-ci dans les droits de son créancier. Le nouveau prêteur dispose alors d'une action subrogatoire envers son client¹⁰⁹, qui se limite au paiement effectué : elle a donc pour seul objectif de permettre au prêteur d'obtenir le remboursement des sommes engagées, et le profit occasionné ne peut résulter que du contrat de prêt. La subrogation s'impose donc comme un outil de refinancement et peut même être source d'économies au regard du coût d'établissement d'une nouvelle hypothèque¹¹⁰.

¹⁰⁹ Le subrogé bénéficiera de l'hypothèque conventionnelle pour le recouvrement des 50 000 euros versés au créancier originaire : C. civ, art. 2430 : « Sont publiées au fichier immobilier, sous forme de mentions en marge des inscriptions existantes, les subrogations aux privilèges et hypothèques, mainlevées, réductions, cessions d'antériorité et transferts qui ont été consentis, prorogations de délais, changements de domicile et, d'une manière générale, toutes modifications, notamment dans la personne du créancier bénéficiaire de l'inscription, qui n'ont pas pour effet d'aggraver la situation du débiteur ». Le rôle de cette mention est toutefois informatif et non d'opposabilité aux tiers : Civ, 3^{ème}, 16 juillet 1987, n° 85-10541 et Civ, 3^{ème}, 20 décembre 1989, n° 88-11904.

¹¹⁰ M. Mignard, *La subrogation est-elle toujours le mécanisme phare des opérations de refinancement ?*, Revue des contrats, n° 02, 02 juin 2018, p. 322.

Conclusion du chapitre 1

Le présent chapitre avait pour objectif de déterminer l'utilité de la subrogation en s'interrogeant sur son contexte de développement ainsi que sur les raisons pratiques de sa mise en œuvre. Il ressort que la subrogation personnelle est un mécanisme qui a vocation à intervenir aux côtés des garanties de paiement et des opérations financières. La subrogation réelle, quant à elle, intervient à la suite d'échanges économiques ou en réaction à un évènement factuel qui ne peut être évité. Quelles que soient les raisons de sa mise en œuvre, la subrogation a une utilité économique directement induite par la volonté de maintenir l'équilibre antérieur. Elle permet d'ailleurs de faire le lien entre deux souhaits en apparence antinomiques, qui consistent à permettre les changements juridiques tout en maintenant un certain équilibre économique.

C'est en revenant au point de départ justifiant sa mise œuvre, c'est-à-dire aux fluctuations juridiques, que le contexte de développement de la subrogation peut être déterminé. L'étude s'est alors faite autour de deux axes. Le premier a porté uniquement sur la subrogation personnelle et a révélé son utilité grandissante en tant qu'auxiliaire de la garantie. Le second, transversal, a permis de faire apparaître la subrogation comme un véritable outil économique.

La subrogation trouve tout d'abord application dans l'existence de ce système mixte entre garanties de paiement et responsabilité, qui consiste à distinguer l'imputabilité du dommage de la causalité. Ce système permet dans un premier temps de faire peser le risque d'insolvabilité sur un des débiteurs, ou d'avoir recours à un débiteur spécifiquement créé pour indemniser la victime. Ce n'est que dans un second temps que le recours en contribution peut être mis en œuvre pour faire supporter la charge de la dette sur le débiteur définitif. La subrogation n'est donc pas en elle-même une garantie d'indemnisation, mais a vocation à intervenir en parallèle pour permettre de rétablir l'équilibre rompu. Son utilité est principalement guidée par la volonté d'offrir une garantie de paiement au créancier, tout en s'assurant que la charge de la dette pèsera, *in fine*, sur le débiteur définitif¹¹¹.

¹¹¹ Le nouvel article 1346 du Code civil traduit d'ailleurs parfaitement l'utilité principale de la subrogation personnelle qui consiste à faire peser la charge de la dette sur le débiteur définitif.

Un régime spécifique favorable à la victime peut toutefois se heurter au fonctionnement de la subrogation. Il fallait alors aborder l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation. La volonté d'apporter une protection particulière à ces victimes aboutit à l'impossibilité pour le subrogé de se prévaloir de la loi de 1985. Il entre donc en contradiction avec le principe même de la subrogation qui consiste à transmettre les droits de la victime au subrogé.

La subrogation a également vocation à intervenir aux côtés d'opérations économiques, qu'il s'agisse de la circulation de biens ou de créances. Elle intervient une réaction à un risque de déséquilibre patrimonial, mais n'est pas pour autant un outil de blocage des échanges économiques. Elle permet de garantir la valeur d'un patrimoine, d'accorder une protection particulière à travers le bénéfice de garanties et privilèges, ou encore d'assurer le refinancement du *solvens*. Elle est guidée par une fonction économique de maintien de l'équilibre patrimonial, dont la détermination dépend également de considérations économiques. Les opérations financières offrent alors un contexte favorable à son développement, et elle s'impose comme un mécanisme de refinancement incontournable, notamment face à l'émergence des organismes payeurs.

Chapitre 2 :

Le rayonnement de la subrogation

Une approche scindée du mécanisme subrogatoire. Ce second chapitre consacre une scission entre la subrogation réelle et la subrogation personnelle, précisément parce qu'elles se distinguent à travers leur domaine d'application. La subrogation personnelle, mécanisme du droit des obligations, a vocation à intervenir en présence d'un rapport tripartite, dès lors que celui qui paie la dette n'en est pas le débiteur définitif. En revanche, la subrogation réelle intervient en droit des biens pour conserver un droit qui ne peut plus sur le bien d'origine. Ces deux applications se réalisent donc dans des hypothèses fort distinctes, ce qui justifie que leur champ d'application n'ait pas connu la même évolution.

L'ouverture de la subrogation personnelle issue de la réforme du droit des obligations de 2016 ne se retrouve pas en matière de subrogation réelle. Celle-ci reste alors soumise aux cas limitativement énumérés. Cela ne signifie pas que la subrogation réelle n'a pas vocation à intervenir dans de nombreuses situations. L'utilité pratique de ce mécanisme a naturellement conduit à étendre son domaine d'application. L'objectif de maintien de l'équilibre préétabli et l'originalité de son effet translatif de droit ont donc fait de la subrogation un outil juridique incontournable, quelle que soit son application.

Les limites à l'effectivité du mécanisme subrogatoire. L'étude du rayonnement de la subrogation consiste également à s'interroger sur son effectivité. Il s'agit alors de se demander dans quelle mesure la subrogation est à même de produire des effets. L'extension du domaine de la subrogation n'aboutit donc pas nécessairement à une application plus importante du mécanisme. Son effectivité dépend de divers facteurs conditionnant à la fois sa mise en œuvre et ses conséquences.

Les facteurs d'influence de l'effectivité de la subrogation sont liés à la volonté du titulaire du droit, dépendent de dispositions législatives, proviennent de difficultés dans l'établissement de la preuve, ou résultent de contraintes pratiques. Il ne s'agit donc pas de mettre en avant le manque d'efficacité de la subrogation, mais de prendre conscience de ses limites.

Une parfaite convergence entre le rayonnement de la subrogation réelle et celui de la subrogation personnelle ne s'impose donc pas, et il convient d'aborder successivement l'élargissement du domaine de la subrogation (Section 1), et son effectivité (Section 2).

Section 1 :

L'élargissement contenu du domaine de la subrogation

L'étude auparavant unitaire du mécanisme laisse place à une approche scindée, dont le point commun est un élargissement notable du domaine des deux formes de subrogation. Dès 1979, J. Mestre parlait d'éclatement du domaine de la subrogation personnelle et d'élargissement de ses conditions¹. Son emploi a été étendu en réponse à son utilité pratique grandissante. La réforme de 2016 consacre alors une telle évolution², et va même jusqu'à soulever la question de l'élaboration d'un principe général. La subrogation réelle reste, pour sa part, cantonnée à des hypothèses d'applications limitativement énumérées. Elles ont certes augmenté au fil du temps, mais ne peuvent pas aboutir à une généralisation.

Le mouvement d'élargissement du domaine n'a pas la même intensité dans la subrogation réelle et dans la subrogation personnelle. Il convient donc d'étudier successivement l'élargissement du domaine de la subrogation personnelle (A) et le domaine contenu de la subrogation réelle (B).

Paragraphe 1 : L'élargissement du domaine de la subrogation personnelle

Il convient de rappeler que le Code civil prévoyait, à l'origine, quatre cas de subrogation légale de plein droit³. Ainsi, elle avait lieu tout d'abord « *au profit de celui qui étant lui-même créancier paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques* », ensuite « *au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son*

¹ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, préface.

² Ordonnance, n° 2016-131, 10 février 2016, *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, art. 1346 et suivants.

³ C. civ., anc. art. 1251.

acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué », puis « au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter », et enfin « au profit de l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession ». Une cinquième application a été ajoutée en 2006⁴ prévoyant la subrogation « au profit de celui qui a payé de ses deniers les frais funéraires pour le compte de la succession ».

Elle était donc, en apparence, limitée à des applications déterminées, et aucune extension ne semblait envisageable. Néanmoins, son champ d'application n'a eu de cesse de s'étendre, que ce soit en droit commun ou à travers l'instauration de régimes spéciaux (A). L'évolution a d'ailleurs été telle, qu'elle a abouti à la consécration d'un principe général de subrogation (B).

A. L'extension du champ d'application de la subrogation personnelle

C'est d'abord au sein de la jurisprudence civile que le domaine d'application de la subrogation s'est étendu. Le juge administratif n'a cependant pas hésité à transposer une telle extension en droit public (1). En outre, la mise en œuvre de régimes spéciaux de responsabilité a également conduit à intensifier le recours à la subrogation (2).

1. Une extension de l'application de l'ancien article 1251 alinéa 3 du Code civil transposée en droit public

L'extension jurisprudentielle du champ d'application de la subrogation est issue du droit civil, mais s'observe également en droit public.

L'extension jurisprudentielle de la subrogation légale en droit civil. Les termes généraux de l'alinéa 3 de l'ancien article 1251 du Code civil ont permis d'étendre les hypothèses d'application de la subrogation⁵, allant jusqu'à lui conférer une portée considérable⁶. À l'origine, cet article accordait un recours subrogatoire uniquement au *solvens*

⁴ Loi, n° 2006-728, 23 juin 2006, *portant réforme des successions et des libéralités*, art. 29.

⁵ L'ancien article 1251-3° du Code civil, dans sa rédaction, limite cependant les hypothèses à la présence d'une dette unique dont le *solvens* était tenu avec d'autres ou pour d'autres. Une lecture exégétique de ce texte conduisait par conséquent la jurisprudence à en faire une stricte application.

⁶ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 225.

tenu avec d'autres ou pour d'autres⁷. L'assureur ne pouvait donc pas en bénéficier à l'encontre de son assuré, puisqu'il est tenu en vertu d'une obligation contractuelle et que sa dette est distincte de celle du responsable⁸. Sa situation n'est cependant pas si éloignée de celle de la caution qui paye une dette pour le compte du débiteur et qui ne doit pas en supporter la charge définitive. En outre, l'objet de la dette de l'assureur est le même que celui de la dette qui pèse sur le responsable : la réparation du préjudice subi par la victime. Il était également à craindre que l'assureur, ne pouvant récupérer une partie des sommes engagées auprès du responsable, augmente considérablement les primes d'assurances. La jurisprudence a alors étendu l'application de la subrogation⁹, et l'a admise en matière d'assurance-crédit¹⁰ et au profit des assurances de dommages¹¹. La même extension a pu être faite au profit du notaire responsable du défaut de remboursement du prêt¹².

L'alinéa 3 devient alors le fondement d'un mécanisme autonome de subrogation légale, dépassant le cadre initialement fixé¹³. En effet, à l'origine, quatre conditions étaient nécessaires à l'octroi de la subrogation : le *solvens* devait tout d'abord être obligé à la dette, cette obligation devait découler soit de sa qualité de coobligé soit de garant, de plus, la dette devait être la même que celle des autres débiteurs, et pour finir il devait avoir intérêt à

⁷ Par exemple, en matière de cautionnement il n'existe qu'une seule dette, c'est-à-dire, celle dont le cautionné est débiteur et la caution le garant.

⁸ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 179.

⁹ Civ. 21 décembre 1943, JCP 1945, II, n° 2779, note Besson. Civ, 1^{ère}, 7 novembre 1995, n° 93-16148. CAA Lyon, 18 septembre 1997, *Min. de l'équipement des transports et du logement c/MACIF*, AJDA. 1997, pp. 919 et 846.

¹⁰ Civ, 14 décembre 1943, *L'urbaine et la Seine c/Société du petit Casino de Vichy et Colas*, Rev. gén. ass. terr. 1944, p. 63 : « le seul fait que la garantie donnée au paiement d'une lettre de chance a son origine dans un contrat d'assurance ne suffit pas pour que soit nécessairement exclue toute possibilité d'un recours de l'assureur, qui a payé la traite, contre les débiteurs, qu'il incombait au juge du fond de rechercher en ayant égard aux stipulations de la police, à celles de l'avenant, à la forme sous laquelle s'était exprimée la garantie et à toutes les circonstances de l'espèce, quelle avait été la volonté des parités quant à l'objet, la nature et l'étendue aussi bien des obligations contractées par l'assureur que des droits qui lui ont été reconnus ; qu'en s'inspirant de tous les documents et faits de la cause, la Cour d'appel devait indiquer les raisons de fait ou de droit qui s'opposaient à ce que l'assureur pût être considéré comme tenu pour d'autres ou avec d'autres du paiement de l'effet et, en conséquence, investi du bénéfice de la subrogation qu'il invoquait ».

¹¹ Civ, 2^{ème}, 30 juin 1975, n° 74-14562 : « L'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé jusqu'à concurrence de cette indemnité dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui, par leur fait, ont causé les dommages ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur ». Codifié par la suite, C. ass, art. L 121-12.

¹² Civ, 1^{ère}, 2 octobre 1985, n° 84-13947 : « Le notaire était responsable du défaut de remboursement du prêt, parce qu'ayant omis, lors de la réalisation de celui-ci, en méconnaissance de son devoir de conseil, d'informer les prêteurs de l'insolvabilité de l'emprunteuse, les juges du fond ont pu en déduire que l'officier public se trouvait tenu au paiement de la dette et qu'il avait intérêt à acquitter celle-ci, de sorte qu'il réunissait les conditions requises par l'article 1251-3° du Code civil pour bénéficier de la subrogation légale ». De la même façon, la banque du bénéficiaire d'un chèque peut bénéficier de la subrogation dans les droits de son client contre le tireur sur le fondement de l'article 1251-3° du Code civil : Com, 15 avril 2008, n° 06-13.346.

¹³ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 179 et suivantes.

l'acquitter¹⁴. La Chambre commerciale considère alors que « *celui qui s'acquitte d'une dette qui lui est personnelle peut néanmoins prétendre bénéficier de la subrogation s'il a, par son paiement, libéré envers leur créancier commun ceux sur qui doit peser la charge définitive de la dette* »¹⁵. La pluralité de dettes ayant été admise, il ne restait plus que trois conditions, sachant que l'intérêt au paiement a toujours été admis largement¹⁶. Le domaine de la subrogation a alors une portée considérable puisqu'il permet d'englober le recours des assureurs, celui des coobligés, et de façon plus générale celui de toute personne payant une dette dont il ne doit pas en supporter la charge définitive¹⁷.

Une extension applicable en droit administratif. La subrogation a été transposée en droit administratif et le juge fait régulièrement référence au Code civil¹⁸, de telle sorte que rien ne semblait justifier que le droit public ne connaisse pas à son tour ce mouvement d'extension¹⁹. La subrogation trouve alors application en présence d'une pluralité de dettes²⁰, ou encore lorsque l'État engage sa responsabilité aux côtés ou pour le compte d'un de ses agents²¹. Ainsi, lorsqu'il engage sa responsabilité vis-à-vis du propriétaire en cas de refus de concours de la force publique en matière d'expulsion²², il peut être subrogé dans les droits de la victime contre le responsable de l'occupation illégale.

¹⁴ E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 63.

¹⁵ Com, 9 mai 1990, n° 88-18125.

¹⁶ Cf. *supra*. La prise en compte de l'intérêt au paiement, p. 215.

¹⁷ Civ, 1^{ère}, 27 janvier 2004, n° 01-12.984 : « *Attendu que le débiteur qui s'acquitte d'une dette qui lui est personnelle peut néanmoins prétendre bénéficier de la subrogation s'il a, par son paiement, libéré envers leur créancier commun celui sur qui devait peser la charge définitive de la dette* ».

¹⁸ Cf. *supra*. L'incorporation de la subrogation personnelle en droit public, p. 57.

¹⁹ B. Magerand, *La surprenante subrogation de l'État dans les droits du bailleur en cas de refus d'expulsion des locataires*, Petites affiches. n° 68, 4 avril 2002, p. 4. CAA Nantes, 10 mai 2019, n° 18NT03984 : la Cour administrative d'appel de Nantes a considéré qu'un « *établissement de santé condamné par la juridiction judiciaire à indemniser la victime d'une contamination transfusionnelle peut exercer contre l'Établissement français du sang, en tant que co-auteur du dommage, l'action subrogatoire dont il est détenteur en vertu des dispositions de l'article 1251 du Code civil* ». L'application de la subrogation en droit public découle par conséquent de ce troisième alinéa.

²⁰ CAA Lyon, 9 mars 2017, n° 15LY02795 : tout comme le juge judiciaire, il reconnaît le recours subrogatoire de l'assureur. CAA Lyon, 18 septembre 1997, *Min. de l'équipement des transports et du logement c/MACIF*, AJDA. 1997, pp. 919 et 846.

²¹ Cf. *infra*. La place grandissante du recours subrogatoire en droit public, p. 486. B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Éditions Panthéon Assas, Paris, 2003, p. 516 : il qualifie l'apparition de l'obligation *in solidum* en droit public de « *[p]hénomène de l'utilisation du droit civil aux fins d'amélioration de la situation juridique des seuls administrés* ».

²² C.E., 13 avril 1983, *ministre d'État, ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation c/Poux*, Rec. Leb. 1983, p. 868 : sans se fonder expressément sur l'article 1251-3°, subordonne « *le paiement des sommes mises à la charge de l'État à la subrogation de celui-ci, à concurrence desdites sommes, dans les droits que détient la propriétaire à l'égard des occupants sans titre* » ; responsabilité reconnue dans l'arrêt du Conseil d'État, du 30 novembre 1923, *Couitéas*, n° 38284 48688.

Dans cette hypothèse, deux dettes coexistent : celle de la personne publique envers le propriétaire en raison de son inaction, et celle de la personne dont l'expulsion est demandée envers le propriétaire des lieux. Le montant de ces dettes n'est d'ailleurs pas identique puisque l'indemnité d'occupation est supérieure à la dette personnelle de l'État. Néanmoins, le paiement effectué par l'État libère le débiteur de son obligation envers le propriétaire dédommagé. Par conséquent, dans la mesure où le paiement de la dette par l'assureur ou par la personne publique entraîne une fluctuation juridique susceptible de causer un déséquilibre patrimonial, la subrogation personnelle trouve application et permet le maintien des règles de répartition de la charge de la dette. L'extension ne découle pas uniquement d'une réponse à un besoin pratique, mais répond également à l'esprit de la subrogation qui n'est autre que la conservation d'un droit dans le but de maintenir l'équilibre préétabli.

2. Une extension par la création de régimes spéciaux de réparation

La multiplication des régimes spéciaux ayant recours à la subrogation. Le développement des organismes bénéficiant de la subrogation est directement lié à la socialisation des risques²³ qui s'observe à la fois en droit privé et en droit public²⁴. La mise à la charge de l'administration ou d'un organisme garant de l'indemnisation de tout ou partie du préjudice subi par la victime ne doit pas conduire à ce qu'ils en supportent la charge définitive. Dès lors, la création d'un nouveau régime d'indemnisation conduit très souvent à offrir aux tiers payeurs un recours subrogatoire contre l'auteur du dommage²⁵. Ainsi, la garantie offerte par les fonds d'indemnisation, les assurances ou encore la Sécurité sociale contribue à l'extension du champ d'application de la subrogation²⁶. Le législateur a donc recours à la subrogation chaque fois qu'il créait un organisme garant de l'indemnisation, sans

²³ Cf. *supra*. Le phénomène de socialisation des risques, p. 293.

²⁴ R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 224 : en droit administratif, ces régimes font intervenir la puissance publique comme garant de l'indemnisation

²⁵ CSP, art. L 1142-15 ; CSP, art. L 1142-17 ; CSP, art. L 3111-9, L 3122-4, L 1221-14 et L 1142-3. Loi, n° 91-1406, 31 décembre 1991, *portant diverses dispositions d'ordre social*, art. 47, IX. C. ass, art. L 422-1 : « Pour l'application de l'article L. 126-1, la réparation intégrale des dommages résultant d'une atteinte à la personne est assurée par l'intermédiaire du fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions [...]. Pour l'application de l'article L. 126-1, la réparation intégrale des dommages résultant d'une atteinte à la personne est assurée par l'intermédiaire du fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions ». C. proc. pen, art.706-11. C. ass, art. R 421-16. Comme en matière de vaccinations obligatoires : Loi, n° 91-1406, 31 décembre 1991, *portant diverses dispositions d'ordre social*, art. 47, IX.

²⁶ C. sec. soc, art. L 376-1 ; C. ass, art. L 121-12 et L 131-2.

renoncer à faire peser la charge de la dette sur le débiteur définitif. La multiplication des régimes spéciaux de réparation a donc conduit à augmentation l'emploi de la subrogation.

L'aide sociale constitue alors un domaine privilégié de la subrogation²⁷. Les prestations versées aux personnes prises en charge par la collectivité sont nombreuses. Cette dernière ne peut toutefois pas systématiquement en supporter la charge intégrale. En outre, elles ne doivent pas conduire à libérer le débiteur définitif de sa dette. Un recours subrogatoire sera alors accordé aux organismes payeurs pour obtenir le remboursement des sommes engagées. L'article L 132-10 du code de l'aide sociale et des familles prévoit d'ailleurs que « *l'État ou le département sont, dans la limite des prestations allouées, subrogés dans les droits de l'allocataire en ce qui concerne les créances pécuniaires de celui-ci contre toute personne physique ou morale en tant que ces créances ne sont ni incessibles, ni insaisissables et que la subrogation a été signifiée au débiteur* ». De la même façon, l'article L581-2 du code de la sécurité sociale prévoit que « *l'organisme débiteur des prestations familiales est subrogé dans les droits du créancier, dans la limite du montant de l'allocation de soutien familial ou de la créance d'aliments si celle-ci lui est inférieure* ». Par conséquent, l'augmentation des prestations versées au titre de l'aide sociale conduit également à l'augmentation du recours à la subrogation personnelle.

Le recours subrogatoire et les tiers payeurs. La loi de 1985 a été mise en œuvre afin d'améliorer la situation des victimes d'accidents de la circulation et d'accélérer les procédures d'indemnisation²⁸. Parmi ces dispositions, certaines régissent le recours des tiers payeurs envers le responsable du dommage une fois la victime indemnisée. L'article 30 consacre alors pleinement le recours subrogatoire en excluant la possibilité pour les tiers payeurs de mettre en œuvre tout autre recours.

En posant le principe d'un recours subrogatoire, le législateur a donc entendu augmenter le recours à celui-ci, et éviter tout autre procédé d'entrer en concurrence avec son application. En outre, cette réglementation dépasse le cloisonnement entre le droit privé et le droit public. Ainsi, aucun recours personnel ne peut être exercé par les tiers payeurs, alors même que celui-ci entre parfois en concurrence avec le recours subrogatoire en matière d'indemnisation des victimes. Leur champ d'application n'est d'ailleurs pas précisément défini, malgré un régime

²⁷ E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 82.

²⁸ Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*.

juridique distinct²⁹. Le recours privilégié à la subrogation en présence de garant de l'indemnisation œuvre donc à l'extension de son domaine d'intervention. Il se justifie au regard de l'utilité pratique de la subrogation, qui s'impose comme un mécanisme de refinancement³⁰.

B. Un principe général de subrogation personnelle issu de l'article 1346 du Code civil

L'article 1346 du Code civil issu de la réforme de 2016 s'impose comme l'aboutissement de l'évolution jurisprudentielle. Élaboré en droit privé, mais non dépourvu de conséquences en droit public, il étend largement le champ d'application de la subrogation³¹. Dès lors, il convient de s'intéresser à l'apport de ce nouvel article (1) et à l'éventuelle émergence d'un principe général de subrogation légale (2).

1. L'apport du nouvel article 1346 du Code civil

La réforme de 2016 conduit à s'interroger sur une possible extension supplémentaire du champ d'application de la subrogation et de son impact en droit public.

Entre extension et consécration d'une évolution antérieure. Avant l'entrée en vigueur de la réforme de 2016, le domaine d'application de la subrogation avait été largement étendu, et la formulation du nouvel article 1346 du Code civil se rapproche considérablement de celle adoptée par la Cour de cassation. En effet, celui-ci dispose que « *la subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette* ». La Cour de cassation, pour sa part, avait retenu que « *le débiteur qui s'acquitte d'une dette qui lui est personnelle peut néanmoins prétendre bénéficier de la subrogation s'il a, par son paiement, libéré envers leur créancier commun celui sur qui devait peser la charge définitive de la dette* »³². À première vue, les conditions de nouvel article 1346 sont les mêmes que celles posées par la jurisprudence : le paiement doit émaner

²⁹ Cf, *infra*, L'articulation entre le recours subrogatoire et le recours personnel, p. 490.

³⁰ Cf, *supra*, Le besoin de refinancement des tiers payeurs, p. 326.

³¹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance, n° 2016-131, 10 février 2016, *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

³² Civ, 1^{ère}, 27 janvier 2004, n° 01-12.984 ; C. civ, art. 1346.

d'un autre que le débiteur définitif, et doit libérer celui-ci envers le créancier³³. La pluralité de dettes ne fait donc plus obstacle à la subrogation, et il est alors clair que la codification poursuit l'œuvre jurisprudentielle³⁴.

Toutefois, la jurisprudence fait référence au paiement d'une dette propre, et laisse supposer que la subrogation légale ne peut avoir lieu que si le *solvens* est tenu au paiement, analyse d'ailleurs suivie par la doctrine³⁵. Le nouvel article 1346 du Code civil, en revanche, ne consacre pas cette condition : seule la nécessité d'un intérêt légitime au paiement est retenue. Une atténuation jurisprudentielle s'observait déjà, puisqu'un recours subrogatoire est accordé lorsque le *solvens* acquitte une dette avant d'y avoir été contraint par un jugement de condamnation, car il est en mesure d'établir que les conditions de sa responsabilité sont réunies ou qu'il est exposé à une condamnation *in solidum*³⁶. Néanmoins, la consécration de la subrogation en présence du paiement d'une dette totalement étrangère au *solvens* résulte bel et bien du nouvel article 1346 du Code civil³⁷. Le rapport du président de la République relatif à l'ordonnance de 2016 met d'ailleurs en avant une possible suppression de la subrogation *ex parte creditoris* en raison de la généralisation de la subrogation légale³⁸. La réforme s'impose donc comme une seconde extension de son champ d'application³⁹.

³³ Civ, 1^e, 30 novembre 2016, n° 16-50024.

³⁴ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance, n° 2016-131, 10 février 2016, *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* : « répond à la jurisprudence actuelle, très libérale dans son interprétation des textes ».

³⁵ Dans le même sens : J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 225 prévoit que « le bénéficiaire de l'article 1251-3° du Code civil doit être accordé à celui qui, tenu au paiement d'une dette envers un créancier, aura, en l'acquittant, libéré le débiteur définitif ». Également E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 63 : « le solvens ait été juridiquement obligé à la dette à l'égard de l'accipiens ». Civ. 2^{ème}, 2 déc. 2010, n° 09-17.194 : « Le fait que la société Clauni ait conclu un accord avec l'administration des douanes aux termes duquel elle s'engageait à payer l'intégralité de la somme due par les codébiteurs solidaires au titre des condamnations prononcées par les arrêts correctionnels, pour les droits et taxes éludés, ne la privait pas du bénéfice de la subrogation légale résultant des dispositions de l'article 1251, 3° du Code civil ».

³⁶ E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 65. Autrement dit, le paiement spontané d'une dette qui n'a pas encore été judiciairement constatée n'est pas un obstacle à la subrogation légale du *solvens* : Civ, 1^{ère}, 13 décembre 2001, n° 99-18.327 et Civ, 1^{ère}, 12 juillet 2006, n° 04-16.916.

³⁷ J. Lebourg et C. Quézel-Ambrunaz (dir.), *Sens et non-sens de la responsabilité civile*, Université Savoie Mont Blanc, CDPPOC, 2018, p. 19. N. Litaize, *Plaidoyer pour le maintien de la subrogation ex parte creditoris*, Revue de Droit bancaire et financier, n° 6, Novembre 2015, étude 26. E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 75.

³⁸ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance, n° 2016-131, 10 février 2016, *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* : « répond à la jurisprudence actuelle, très libérale dans son interprétation des textes » : la subrogation légale du nouvel article 1346 du Code civil englobe désormais les hypothèses autrefois mises en œuvre par le biais de la subrogation conventionnelle *ex parte creditoris*, alors même que l'extension jurisprudentielle de l'ancien article 1251 du Code civil ne conduisait pas à une telle extension.

³⁹ E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 64 : « Dans tous les cas, à défaut d'obligation au paiement, il appartient au solvens de sauvegarder ses intérêts en obtenant une subrogation par le créancier ou par le débiteur ».

Une extension injustifiée ? Le nouvel article 1346 du Code civil ne doit cependant pas conduire à une extension injustifiée du champ d'application de la subrogation. Or, dans un arrêt de 2018⁴⁰, la Cour de cassation a accordé un recours subrogatoire au fonds qui a remboursé à l'assureur les sommes versées à la victime. En l'espèce, l'assureur avait transigé avec la victime alors même qu'il invoquait une exception de garantie aboutissant à l'annulation postérieure du contrat d'assurance⁴¹. L'article L 421-3 du Code des assurances prévoit la subrogation du fonds « *dans les droits que possède le créancier de l'indemnité contre la personne responsable de l'accident ou son assureur* », or le fonds n'avait pas payé la victime mais l'assureur, et devait alors être subrogé dans les droits de celui-ci. Cependant, la Cour de cassation prévoit ici la subrogation du fonds « *dans les droits du créancier de l'indemnité contre l'auteur de l'accident lorsqu'il a remboursé à l'assureur les sommes que ce dernier avait versées* ».

Deux solutions peuvent alors être mises en avant. La première supposerait que l'assureur ait payé la victime pour le compte du fonds⁴². Celle-ci doit toutefois être écartée dans la mesure où c'est en raison du contrat d'assurance que le paiement est effectué. La seconde solution suppose une double subrogation en ce que l'assureur se trouve subrogé dans les droits de la victime envers le responsable, non plus en vertu du contrat d'assurance⁴³, mais de l'article 1346 du Code civil. Par conséquent, le fonds, en payant cette dette au créancier, se trouve à son tour subrogé dans les droits qu'il avait acquis de la victime. Le fonds paye alors la dette du responsable : non celle qu'il devait à la victime, mais celle qu'il devait à l'assureur en raison de sa subrogation dans les droits de la victime. Il s'agit alors d'une application très extensive du mécanisme subrogatoire.

L'impact de la réforme en droit administratif. Le juge administratif ne fait plus systématiquement référence au Code civil lorsqu'il met en œuvre la subrogation, mais reste

⁴⁰ Civ, 2^{ème}, 4 juin 2018, n° 17-16.950 : « *Les dispositions de l'article R. 421-12 du Code des assurances régissent seulement les conditions des demandes d'indemnités adressées au FGAO par une victime ou ses ayants droit et ne peuvent faire obstacle à la subrogation du FGAO dans les droits du créancier de l'indemnité contre l'auteur de l'accident lorsqu'il a remboursé à l'assureur les sommes que ce dernier avait versées, pour le compte de qui il appartiendra, à une victime ou à ses ayants droit* ».

⁴¹ C. ass, art. R 421-4 : « *Lorsqu'un contrat d'assurance a été souscrit pour garantir les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile de l'auteur de dommages résultant d'atteintes aux personnes nés d'un accident mentionné à l'article L. 421-1, le fonds de garantie ne peut être appelé à payer l'indemnité allouée à la victime ou à ses ayants droit qu'en cas de nullité du contrat, de suspension du contrat ou de la garantie de non-assurance ou d'assurance partielle, opposables à la victime ou à ses ayants droit* ». C. ass, art. L 421-1.

⁴² H. Lécuyer, *Subrogation personnelle : un domaine en constante expansion*, Lextenso. Défrénois, 22 novembre 2018, n° 142n1, p. 35.

⁴³ Celui-ci étant annulé par la suite.

toutefois sujet à procéder à la même extension⁴⁴. La doctrine n'est cependant pas unanime en la matière. B. Magerand considère alors qu'en matière d'expulsion, la dette pesant sur la puissance publique en raison du refus du concours de la force publique et celle incombant à l'occupant « *sont totalement distinctes dans le sens où elles n'ont pas le même montant* »⁴⁵. Le recours n'est alors pas subrogatoire mais récursoire⁴⁶, et le propriétaire reste titulaire de ses droits.

Une telle argumentation ne semble toutefois pas pouvoir opérer dans la mesure où la subrogation peut n'être que partielle.⁴⁷ Une telle analyse part en effet du postulat selon lequel la subrogation ne peut avoir lieu en présence de dettes distinctes lorsqu'elles n'ont pas le même montant. Or, l'ampleur du recours subrogatoire est définie uniquement par rapport aux sommes versées, étant entendu qu'il ne peut aboutir à demander au débiteur plus que ce qu'il doit, en définitive, payer. En outre, l'action récursoire ne répond pas au même objectif que la subrogation, c'est-à-dire le maintien de l'équilibre préétabli.

2. La consécration d'un principe général de subrogation légale

La réforme de 2016 conduit à la reconnaissance d'un principe général de subrogation légale, sans pour autant diminuer l'utilité de la subrogation conventionnelle.

⁴⁴ Tout comme l'extension de l'article 1251 du Code civil a vocation à s'appliquer en droit administratif, l'extension légale de l'article 1346 du Code civil semble également pouvoir être invoqué par le juge administratif : CAA Douai, 8 avril 2021, n° 19DA02618, 19DA02623, 20DA00468 : sur les marchés et contrats administratifs, les rapports entre l'architecte, l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage : responsabilité des constructeurs à l'égard du maître de l'ouvrage : « *La société Bouygues Bâtiment Grand Ouest se prévaut de la subrogation légale visée par l'article 1346 du Code civil. Mais d'une part, elle n'allègue pas avoir notifié cette subrogation aux autres constructeurs ou qu'ils en aient pris acte, conformément aux dispositions de l'article 1346-5 du Code civil. D'autre part, la garantie décennale des constructeurs, qui appartient au seul maître d'ouvrage ou à son acquéreur comme indiqué au point 5, constitue un droit exclusivement attaché à la personne du créancier et relève de l'exception visée par l'article 1346-4 du Code civil. Par suite, le recours d'un constructeur contre un autre constructeur ne peut être fondé sur la garantie décennale, mais sera de nature contractuelle si ces constructeurs sont contractuellement liés, et de nature quasi délictuelle s'ils ne le sont pas* ». ; CAA Douai, 22 décembre 2020, n° 19DA01610 : dommage accidentel causé à des tiers par un ouvrage public. CAA Marseille, 11 juillet 2019, n° 18MA02037 : la caisse régionale d'assurances mutuelles agricoles méditerranée demande au tribunal administratif de condamner la commune de La Tour sur Orb une indemnité en réparation des préjudices subis par Mme E : « *Elle est subrogée dans les droits de son assurée à concurrence de ces montants en application des dispositions de l'article L. 121-12 du Code des assurances, puis dans les droits respectifs de la caisse et de la victime en application de celles des articles 1346 et 1346-1 du Code civil* ».

⁴⁵ B. Magerand, *La surprenante subrogation de l'État dans les droits du bailleur en cas de refus d'expulsion des locataires*, Petites affiches. n° 68, 4 avril 2002, p. 4.

⁴⁶ B. Magerand, *La surprenante subrogation de l'État dans les droits du bailleur en cas de refus d'expulsion des locataires*, Petites affiches. n° 68, 4 avril 2002, p. 4 : il met en avant la difficulté d'une double condamnation de l'occupant sans titre, ce qui justifie que « *les tribunaux se trouvent confrontés à une situation quasiment inextricable : soit ils respectent le juridique au détriment de l'équité, soit ils respectent l'équité, mais ne disposent alors pas de mécanismes juridiques satisfaisants permettant de justifier la position qu'ils souhaitent adopter* ».

⁴⁷ Cf. *supra*. La détermination de l'ampleur du transfert de la créance, p. 182.

La reconnaissance d'un principe général de subrogation légale ? La question d'un principe général de subrogation légale découle directement de l'extension de son champ d'application et de la clarification de son régime⁴⁸. J. Mestre parlait déjà, en 1979, de faveur jurisprudentielle dans la création d'un principe général de subrogation légale par le biais de l'extension de l'application de l'article 1251-3° du Code civil⁴⁹. En effet, « *la jurisprudence ne s'était plus contentée d'appliquer, elle avait véritablement créé, créé un mécanisme autonome de subrogation légale, certes induit de l'article 1251-3° du Code civil, mais soumis à des critères d'application entièrement différents de ceux posés en 1804* »⁵⁰. Le nouvel article 1346 du Code civil a ensuite généralisé le bénéfice de la subrogation « *à toute personne, qui, y ayant un intérêt légitime, paie la dette d'autrui, dès lors que ce paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette* »⁵¹. Par conséquent, dès lors que les trois conditions sont remplies, c'est-à-dire qu'un paiement est effectué, qu'il libère le débiteur définitif et que le *solvens* a un intérêt légitime à l'effectuer, la subrogation trouve application.

Il convient toutefois de préciser que le paiement de la dette d'autrui ne permet pas, à lui seul, la mise en œuvre de ce mécanisme⁵². « *Il ne suffit [donc] pas d'acquitter la dette d'un tiers pour bénéficier de la subrogation* »⁵³. À titre d'exemple, si le paiement est effectué dans une intention libérale, le *solvens* ne dispose d'aucun recours⁵⁴. En outre, la subrogation

⁴⁸ C. civ, art. 1346-3 et s ; Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance, n° 2016-131, 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

⁴⁹ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 148.

⁵⁰ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 209.

⁵¹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance, n° 2016-131, 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ; C. civ, art. 1346.

⁵² C. civ, art. 1342-1. E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 15 et 76. N. Litaize, *Plaidoyer pour le maintien de la subrogation ex parte creditoris*, Revue de Droit bancaire et financier, n° 6, Novembre 2015, étude 26.

⁵³ E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 76.

⁵⁴ Civ, 1^{ère}, 2 juin 1992, n° 90-19.374 : « *Qu'il incombe à celui qui a sciemment acquitté la dette d'autrui sans être subrogé dans les droits du créancier de démontrer que la cause dont procédait ce paiement impliquait pour le débiteur l'obligation de lui rembourser les sommes versées* ». En outre, le paiement de la dette d'autrui peut être fait dans le cadre d'une gestion d'affaires, et le *solvens* disposera alors d'un recours personnel contre le débiteur : S. Benlisi, *Paiement*, Rép. civ. février 2019, n° 10. Il peut également s'agir d'un paiement par erreur. Dans ce cas, le *solvens* dispose d'un recours pour paiement de l'indu. S. Benlisi, *Paiement*, Rép. civ. février 2019, n° 99 : « *Si le projet d'ordonnance de réforme du droit des obligations envisageait d'ouvrir la subrogation légale à tous les paiements pour autrui (cf. art. 1324 du projet : "la subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette"), la réforme a, finalement, élargi la subrogation légale sans aller aussi loin, respectant certaines réticences exprimées en doctrine à une subrogation automatique en cas de paiement pour autrui* ». E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 75.

peut avoir lieu alors même que *le solvens* paye une dette qui lui est propre⁵⁵. Dès lors, le paiement de la dette d'autrui n'est pas déterminant dans la mise en œuvre de la subrogation. La portée générale de l'article 1346 du Code civil permet alors d'appliquer la subrogation en cas de paiement, soit de la dette d'autrui, soit d'une dette propre, dans la mesure où celui-ci libère le débiteur définitif de la dette envers le créancier⁵⁶. Ainsi, la libéralité modifie la charge de la dette qui ne doit plus peser sur le débiteur, mais sur le *solvens* qui choisit d'en assumer le coût ; dès lors, aucun déséquilibre patrimonial n'en résulte.

En droit public, la question d'un principe général pose cependant plus de difficulté en ce qu'aucune théorie du droit des obligations n'a été élaborée. Bien que le champ d'application de la subrogation ait également connu un essor considérable, un paiement libérant le débiteur définitif de la charge de la dette peut ne pas donner lieu à un recours subrogatoire. Ainsi dans un arrêt de 2020, la Cour administrative d'appel de Versailles accorde une action récursoire à l'administration (qui indemnise la victime), contre son agent en raison de sa faute personnelle⁵⁷. Dès lors, la confusion entre l'action récursoire et le recours subrogatoire et la difficulté rencontrée pour établir leurs champs d'applications respectifs ne permettent pas de définir avec précision son domaine d'application en droit public⁵⁸. Aucun principe général ne peut donc être consacré⁵⁹.

Le maintien de la subrogation conventionnelle. L'extension du champ d'application de la subrogation légale n'a pas conduit à l'exclusion de la subrogation conventionnelle. La subrogation *ex parte creditoris* répond à un formalisme simple : elle doit être expresse et concomitante au paiement⁶⁰. Les exigences de sa validité sont donc faciles à mettre en œuvre⁶¹ et la jurisprudence s'est également montrée libérale⁶². La volonté première était de

⁵⁵ Cf. *supra*. Les aménagements aux modalités du paiement, p. 171.

⁵⁶ E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 76. Il faut néanmoins tenir compte de la condition tenant à l'intérêt légitime au paiement.

⁵⁷ CAA Versailles, 10 décembre 2020, n° 18VE00341.

⁵⁸ Cf. *intra*. Le choix de la nature du recours en contribution, p. 482.

⁵⁹ S. Buffa, *La distinction du champ d'application des actions subrogatoire et récursoire en droit administratif*, Droit administratif n° 11, 2012, étude 17.

⁶⁰ C. civ, art. 1346-1 : « *La subrogation conventionnelle s'opère à l'initiative du créancier lorsque celui-ci, recevant son paiement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits contre le débiteur. Cette subrogation doit être expresse. Elle doit être consentie en même temps que le paiement, à moins que, dans un acte antérieur, le subrogeant n'ait manifesté la volonté que son cocontractant lui soit subrogé lors du paiement. La concomitance de la subrogation et du paiement peut être prouvée par tous moyens* ». Le consentement du débiteur n'est pas requis.

⁶¹ C. civ, art 1346-5.

⁶² Cf. *supra*. L'effet translatif, un effet conditionné au paiement, p. 168. Soc, 4 octobre 1962, Bull. civ, IV, n° 689, p. 570 : jurisprudence libérale dans la formule employée pour définir le caractère expresse de la subrogation.

supprimer cette dernière, mais les inquiétudes des praticiens et son emploi considérable dans la pratique ont conduit à son maintien⁶³. La subrogation *ex parte debitoris* permet, quant à elle, la transmission de la créance, sous l'impulsion du débiteur, soit avec l'accord du créancier, soit sans son concours. Les conditions d'application sont alors plus strictes⁶⁴. Ainsi, en dehors de la subrogation de plein droit, il ne faut pas oublier la possibilité de recourir à une subrogation conventionnelle permettant une application plus importante du mécanisme. Il convient d'ailleurs de rappeler que cette possibilité est présente autant en droit privé qu'en droit public.

Par conséquent, l'évolution jurisprudentielle a conduit à dépasser le cantonnement de l'ancien article 1251 du Code civil, qui ne prévoyait que des cas d'application de la subrogation légale limitativement énumérés. Le nouvel article 1346 du Code civil a alors consacré un principe général selon lequel « *la subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime paie, dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette* ». Il n'est cependant pas totalement applicable au droit public dans la mesure où le juge administratif va parfois fonder le recours du *solvens* sur une action personnelle alors même que les conditions de l'article 1346 du Code civil sont remplies et qu'il a fait sienne l'extension du champ d'application de l'ancien article 1251⁶⁵.

Paragraphe 2 : Un domaine contenu de la subrogation réelle

Il ressort de l'évolution légale et jurisprudentielle que la subrogation personnelle a connu un essor considérable. Dans une moindre mesure, la subrogation réelle suit le même chemin.

⁶³ N. Litaize, *Plaidoyer pour le maintien de la subrogation ex parte creditoris*, Revue de Droit bancaire et financier, n° 6, Novembre 2015, étude 26 : la subrogation conventionnelle offre alors une consolidation efficace de la subrogation légale.

⁶⁴ C. civ. art. 1346-2 : « *La subrogation a lieu également lorsque le débiteur, empruntant une somme à l'effet de payer sa dette, subroge le prêteur dans les droits du créancier avec le concours de celui-ci. En ce cas, la subrogation doit être expresse et la quittance donnée par le créancier doit indiquer l'origine des fonds. La subrogation peut être consentie sans le concours du créancier, mais à la condition que la dette soit échue ou que le terme soit en faveur du débiteur. Il faut alors que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaire, que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le paiement, et que dans la quittance il soit déclaré que le paiement a été fait des sommes versées à cet effet par le nouveau créancier* ».

⁶⁵ Cf. *infra*, La nécessité d'une répartition symétrique des recours en contribution, p. 462.

Elle n'a pas toujours été strictement limitée aux dispositions textuelles, et elle a vocation à s'appliquer dans de nombreuses hypothèses. Toutefois, le Code civil ne comporte aucune référence générale en la matière⁶⁶. La seule définition exhaustive semble alors être celle qui consiste à citer toutes les applications du mécanisme⁶⁷. Plusieurs tentatives de généralisation ont vu le jour. Certaines, extensives, ont conduit à voir l'application de la subrogation là où elle ne présente aucune utilité technique. D'autres en revanche sont parvenus à regrouper ses applications en plusieurs catégories, sans pour autant consacrer un principe général de subrogation réelle.

Il convient donc dans un premier temps de s'interroger sur le domaine extensif de la subrogation réelle (A), pour ensuite aborder le domaine limité qui doit lui être consacré (B).

A. Le domaine extensif de la subrogation réelle

L'application de la subrogation réelle a été consacrée de plein droit au sein des universalités. Les réformes sur les liquidations matrimoniales et successorales⁶⁸ ont conduit à évoquer la subrogation réelle dans de nouvelles hypothèses, telles que le calcul des récompenses⁶⁹ ou encore la réduction des libéralités⁷⁰. Cela traduit une volonté d'extension du domaine d'application de la subrogation réelle (1) qui n'est cependant pas en accord avec l'objectif même de ce mécanisme. La subrogation réelle doit alors uniquement remplir une fonction technique de conservation d'un droit (2).

1. Des volontés d'extension du domaine de la subrogation réelle

La subrogation réelle répond à un objectif de conservation et permet le maintien de l'équilibre préétabli. Elle a dès lors une fonction technique permettant la survie du droit. La volonté d'étendre le domaine de la subrogation réelle a alors conduit à son application extensive, en dehors de toute conservation d'un droit, et même en dehors de tout remplacement de biens.

⁶⁶ E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 8 et suivants.

⁶⁷ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 17.

⁶⁸ Loi, n° 2006-728, 23 juin 2006, *Portant réforme des successions et des libéralités*. F. Chapuisat, *Vers une utilisation extensive de la subrogation réelle, à propos des lois du 13 juillet 1965 et 3 juillet 1971*, RTD civ. 1973, p. 644.

⁶⁹ C. civ, art. 1469.

⁷⁰ C. civ, art. 922.

La subrogation réelle au sein des universalités. La subrogation réelle a pu être considérée comme permettant d'attirer le bien nouveau dans une universalité de droit⁷¹. Elle est alors dépourvue de toute fonction conservatoire puisqu'elle ne permet pas de transmettre sur un bien nouveau un droit issu d'un ancien. Cela justifie l'adage *In judiciis singularibus, pretium non succedit loco rei, nec res loco pretii* et *In judiciis universalibus, pretium succedit loco rei, et res loco pretii* (dans les matières réelles, il n'y a pas subrogation du prix à la chose, ni de la chose au prix et dans les actions universelles, le prix tient lieu de la chose et la chose du prix)⁷². Ainsi, la subrogation à titre universel a lieu de plein droit alors que la subrogation à titre particulier est limitée aux cas légalement prévus. Elle ne présente donc aucune utilité technique et peut être fondée sur la fongibilité générale des éléments du patrimoine⁷³. Toutes les fois qu'un bien intègre une universalité de bien sans que les droits de l'ancien ne lui soient transmis, la subrogation réelle semble donc avoir une simple fonction descriptive.

La subrogation réelle et le calcul d'une dette de valeur. La subrogation réelle semble également avoir vocation à intervenir pour le calcul d'une dette de valeur⁷⁴. Ainsi, dans la mesure où la dette de valeur a pour objet une valeur incluse dans un bien ou représente la valeur de celui-ci, la subrogation trouve application⁷⁵. La créance à liquider se calcule alors sur le dernier bien figurant dans le patrimoine du débiteur et la date d'appréciation de la valeur diverge selon le mécanisme en cause. Dès lors, l'article 922 du Code civil relatif à la réduction de libéralités prévoit que « *s'il y a eu subrogation, il est tenu compte de la valeur des nouveaux biens au jour de l'ouverture de la succession, d'après leur état à l'époque de l'acquisition* ». En outre, l'article 860 du Code civil relatif au rapport de valeur en matière de partage prévoit que « *si un nouveau bien a été subrogé au bien aliéné, on tient compte de la valeur de ce nouveau bien à l'époque du partage, d'après son état à l'époque de*

⁷¹ G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LGDJ, Paris, 1996, p. 331.

⁷² ; P. De Renusson, *Traité des propres réels, réputez réels et conventionnels, où sont traitées les notables questions du droit français*, Guillaume David, 4^{ème} éd. Paris, 1733, Chap 1^{er}, section X, pp. 65 et suivantes.

⁷³ G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LGDJ, Paris, 1996, p. 332.

⁷⁴ E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 9 ; V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 41.

⁷⁵ G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LGDJ, Paris, 1996, p. 348.

l'acquisition ». La même constatation peut être faite en matière de récompense⁷⁶ ou de donation où l'on tient compte de la valeur du bien nouveau subrogé à l'ancien⁷⁷.

Dans ces applications, seule la valeur du bien de remplacement est importante et la subrogation permet de réévaluer la dette. Elle assure alors la survie de la dette de valeur lorsque le bien, dont la valeur sert de mesure, disparaît⁷⁸. Elle est ainsi décrite comme ayant une fonction liquidative. Dans cette hypothèse, la subrogation réelle est alors dite imparfaite en ce sens qu'« *il n'existe pas à proprement parler de droit dont l'existence est menacée par la disparition du bien sur lequel il porte. Le créancier de la récompense, ou le bénéficiaire du rapport ou de la réduction ont un droit portant uniquement et directement sur une valeur*⁷⁹. À la différence de la subrogation parfaite qui protège en nature les droits menacés⁸⁰, la subrogation imparfaite permet la survie des droits en valeur⁸¹, et un transfert de l'assiette du calcul se fait d'un bien sur un autre.

Une subrogation en l'absence de remplacement de biens. Bien qu'aucun droit ne soit conservé lorsque la subrogation réelle permet le calcul d'une dette de valeur, celle-ci donne souvent lieu à un remplacement de biens⁸². Ainsi, elle s'applique lorsque le bien sur lequel se mesure la valeur de la créance est acquis en emploi ou remploi. Le bien nouvellement acquis vient alors remplacer le bien d'origine au sein d'une masse de biens déterminée. L'article 1469 du Code civil prévoit d'ailleurs que l'aliénation d'un bien ne peut donner lieu à subrogation que si le prix a été remployé. Dans le cas contraire, l'évolution se fait au jour de l'aliénation⁸³.

⁷⁶ L'article 1469 du Code civil dispose que « *si un nouveau bien a été subrogé au bien aliéné, le profit est évalué sur ce nouveau bien* ».

⁷⁷ C. civ, art. 1099-1.

⁷⁸ G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LGDJ, Paris, 1996, p. 350.

⁷⁹ E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 10 : à l'inverse, la subrogation est dite parfaite lorsque « *le droit de celui qui en bénéficie porte directement ou indirectement sur un bien, et la disparition de celui-ci menace l'existence de son droit* ».

⁸⁰ À titre d'exemple, la subrogation protège le droit de propriété menacé d'extinction en raison de la destruction du bien sur lequel il porte à la suite d'un incendie : C. ass, art. L 121-13.

⁸¹ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 231 : lorsque le bien disparaît, la dette de valeur ne peut plus fonctionner puisqu'elle comportait dans sa base de calcul le bien en question. La subrogation en assure donc la survie.

⁸² V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, pp. 163 et s : l'auteur exclut alors les pseudo-subrogations imparfaites en ce qu'elles n'entraînent aucun remplacement de biens

⁸³ C. civ, art. 1469, alinéa 3 : « *Elle ne peut être moindre que le profit subsistant, quand la valeur empruntée a servi à acquérir, à conserver ou à améliorer un bien qui se retrouve, au jour de la liquidation de la communauté, dans le patrimoine emprunteur. Si le bien acquis, conservé ou amélioré a été aliéné avant la liquidation, le profit est évalué au jour de l'aliénation ; si un nouveau bien a été subrogé au bien aliéné, le profit est évalué sur ce nouveau bien* ». V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 167.

La subrogation réelle trouve cependant application lorsque le bien intègre la masse uniquement pour la valeur qu'il représente. Tel est alors le cas de l'alinéa 2 de l'article 922 du Code civil où les biens dont il a disposé par donation sont fictivement réunis à la masse de biens existant au décès du donateur. Il n'y a alors aucun remplacement de biens dans les phénomènes d'inclusion de valeur. De la même façon, la subrogation réelle au sein des universalités a vocation à s'appliquer en l'absence de tout remplacement de biens, dès lors qu'un bien nouveau intègre le patrimoine. Il s'agit alors d'une application très extensive du mécanisme.

2. Le maintien de sa fonction technique uniquement

L'extension du domaine de la subrogation précédemment exposée est infondée, celle-ci ne pouvant trouver application que lorsqu'elle remplit un rôle technique.

L'exclusion de la fonction descriptive de la subrogation. L'exclusion de la fonction descriptive de la subrogation réelle n'est pas récente. Capitant considérait déjà que « *toutes choses qui entrent dans le patrimoine, aussi bien celles qui y entrent à titre gratuit ou par l'effet de l'occupation que les valeurs de remplacement, deviennent le gage des créanciers, ce qui prouve que la subrogation réelle n'a rien à faire ici* »⁸⁴. La notion de fongibilité des éléments du patrimoine rend donc inutile le recours au mécanisme de la subrogation réelle⁸⁵.

En outre, ses conditions essentielles ne sont pas présentes dans une telle hypothèse. Lorsqu'un bien entre dans une universalité, il n'y a aucun transfert de droit d'un bien à un autre ou d'une masse de biens à une autre. La subrogation ne peut avoir lieu qu'en ce qui concerne le maintien du bien dans une masse déterminée, comme c'est le cas en matière de biens propres. Il faut alors exclure toute fonction descriptive en ce que la subrogation ne peut être qu'un mécanisme technique visant à répondre à un objectif particulier. Dès lors, un droit doit nécessairement être menacé d'extinction en raison d'une fluctuation juridique, et la subrogation permet de maintenir l'équilibre préétabli par la conservation de celui-ci⁸⁶. Les études successives ont définitivement rejeté l'utilité de la subrogation pour expliquer le

⁸⁴ H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, p. 392.

⁸⁵ E. Savaux considère qu'« *il est inutile de recourir à la subrogation réelle pour expliquer le remplacement des biens au sein du patrimoine, car celui-ci découle naturellement de la fongibilité de ses éléments* » : *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 26.

⁸⁶ Cf. *supra*, Une fonction régulatrice tribulaire de la disparition du droit, p. 127.

remplacement des biens au sein du patrimoine, et la fongibilité de ses éléments en est le seul fondement⁸⁷.

L'exclusion de la fonction liquidative de la subrogation. En outre, la fonction liquidative de la subrogation ne convainc pas davantage, et les hypothèses précédemment citées⁸⁸ mettent uniquement en avant une prise en compte de la subrogation dans le calcul d'une dette de valeur. Les auteurs n'ont d'ailleurs pas totalement adhéré à une telle fonction et alors même qu'E. Savaux classe ses applications au sein de la subrogation, il considère que la valeur « *se calcule simplement d'après des modalités différentes selon que le bien qui sert de référence se retrouve en nature, qu'il a été aliéné ou qu'il a été remplacé par un autre* »⁸⁹. Il consacre alors exclusivement son étude à la subrogation réelle dite parfaite, en considérant que les techniques liquidatives diffèrent, en ce qu'il n'existe pas de droit dont l'existence est menacée par la disparition du bien sur lequel il porte.

La même constatation peut être faite au regard de l'analyse de F. Chapisat qui considère certes que la subrogation permet de « *rétablir l'équilibre qui doit régner entre les copartageants mais que la dépréciation monétaire met en péril* »⁹⁰, en permettant la conservation de droits et à travers eux de valeurs ; mais que la subrogation ne fonde cependant pas la dette de valeur. Ainsi, la valeur empruntée, par exemple à la communauté, peut avoir servi à améliorer, conserver ou acquérir un bien. L'évaluation de la récompense doit alors en tenir compte. Ce n'est donc pas la valeur empruntée qui est utilisée, mais le profit qui en résulte. Dès lors, la subrogation n'est pas sans rapport avec la dette de valeur ; mais elle sert uniquement de base au calcul.

La fonction liquidative de la subrogation doit alors être exclue, car l'objectif de conservation d'un droit menacé d'extinction n'est pas rempli. Aussi, dans l'exemple des régimes matrimoniaux, une distinction doit être faite entre la vie communautaire et la liquidation. Au stade de la vie matrimoniale, la subrogation a pour but de maintenir l'équilibre

⁸⁷ H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, p. 391 ; A. Cerban, *Nature et domaine d'application de la subrogation réelle*, RTD civ. 1939, p. 47 ; M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t.1, p. 20. G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LDGJ, Paris, 1996, n° 354, p. 331 : la subrogation réelle à une fonction purement descriptive lorsqu'elle se justifie par la fongibilité générale des biens du patrimoine. Dès lors, elle n'a aucune fonction technique et n'est donc pas nécessaire en la matière. E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 26. Cf. *supra*. Une fonction régulatrice tributaire de la disparition du droit, p. 127.

⁸⁸ C. civ, art. 860, 922, 1099-1 et 1469.

⁸⁹ E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 10.

⁹⁰ F. Chapisat, *Vers une utilisation extensive de la subrogation réelle, à propos des lois du 13 juillet 1965 et 3 juillet 1971*, RTD civ. 1973, p. 647.

préétabli entre les différentes masses de biens⁹¹. L'époux peut alors conserver la pleine propriété de ses biens propres ainsi que des biens acquis en emploi ou remploi⁹². La subrogation assure donc bien un rôle de conservation d'un droit en permettant le maintien de celui-ci dans la masse de biens propres. Dès lors, c'est le droit propre qui est menacé d'extinction, et il ne fait aucun doute qu'une telle application s'apparente à une subrogation réelle, permettant le maintien d'un droit par le transfert de celui-ci d'une masse de biens à un autre.

À l'inverse, au stade de la liquidation, les récompenses portent uniquement sur un calcul de valeur et ses modalités. Ce calcul prend en compte les biens présents en nature dans le patrimoine, le prix de vente de ceux aliénés ou encore le bien de remplacement acquit par subrogation⁹³. Ainsi, au moment du calcul, le patrimoine est figé et ce sont les variations ayant eu lieu pendant la vie matrimoniale qui sont prises en compte. La subrogation a donc lieu antérieurement, et seule sa constatation est nécessaire au stade du calcul des récompenses. Ce n'est donc pas le droit qui est menacé d'extinction, mais la valeur qui en est l'objet⁹⁴. V. Ranouil précise d'ailleurs elle-même que le bien « *sert seulement de nouvelle enveloppe à une valeur* »⁹⁵, alors que la subrogation réelle suppose, au contraire, que le droit soit menacé d'extinction.

La subrogation réelle doit alors uniquement être consacrée dans les hypothèses où elle est qualifiée de subrogation parfaite et qu'elle assure un rôle technique⁹⁶. Ainsi, elle ne peut être occasionnée que par une fluctuation juridique menaçant le droit d'extinction, et ne peut avoir pour fonction que de permettre la conservation du droit par son transfert sur un bien nouveau. Le remplacement de biens est donc primordial, car il conditionne le transfert de droit.

⁹¹Cf. *supra*. La subrogation et la préservation de l'équilibre antérieur, p. 104. F. Chapuisat, *Vers une utilisation extensive de la subrogation réelle, à propos des lois du 13 juillet 1965 et 3 juillet 1971*, RTD civ. 1973, p. 647.

⁹² C. civ, art. 1434.

⁹³ C. civ, art. 1467 : « *La communauté dissoute, chacun des époux reprend ceux des biens qui n'étaient point entrés en communauté, s'ils existent en nature, ou les biens qui y ont été subrogés. Il y a lieu ensuite à la liquidation de la masse commune, active et passive* ».

⁹⁴ F. Chapuisat, *Vers une utilisation extensive de la subrogation réelle, à propos des lois du 13 juillet 1965 et 3 juillet 1971*, RTD civ. 1973, p. 656.

⁹⁵ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 232.

⁹⁶ E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 10.

B. Le domaine limité de la subrogation réelle

Le champ d'application de la subrogation réelle est vaste, et a connu plusieurs extensions. Il ne peut toutefois pas faire l'objet d'une généralisation globale. Dès lors, il convient d'étudier successivement l'étendue du champ d'application de la subrogation réelle (1) et l'absence de principe général en la matière (2).

1. L'étendue du champ d'application de la subrogation réelle

L'extrême diversité des hypothèses d'application de la subrogation⁹⁷ et l'acceptation étendue des biens remplacements offrent un vaste champ d'application à la subrogation réelle.

Un champ d'application étendu de la subrogation réelle. La subrogation réelle est prévue dans de nombreuses hypothèses et a ainsi vocation à s'appliquer largement. Dès lors, en matière de propre de communauté, les créances et indemnités qui remplacent le bien propre, ainsi que les biens acquis en emploi, remploi ou échange de bien propres peuvent donner lieu à une subrogation réelle. Nombreux sont alors les biens pouvant venir en remplacement. En outre, sous réserve du respect des formalités légales, la subrogation réelle peut se répéter si l'opération de remplacement se renouvelle⁹⁸.

La même constatation peut se faire en matière de biens indivis⁹⁹. Cette application témoigne d'ailleurs d'une extension jurisprudentielle du domaine de la subrogation réelle en raison de sa consécration initiale en dehors de toute disposition législative¹⁰⁰. De surcroît, la subrogation réelle s'applique en matière de report du droit de restitution sur le prix de vente¹⁰¹, dans la mesure où, si le bien est vendu de bonne foi, seul le prix de la vente est

⁹⁷ Par exemple : C. civ, art. 1434, 1406, 815-10, 130, 2372 ; C. ass, art. L 121-13 ; C. rur, art. L 123-15 ; C. com, art. L 642-18.

⁹⁸ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 102.

⁹⁹ C. civ, art. 815-10 : « Sont de plein droit indivis, par l'effet d'une subrogation réelle, les créances et indemnités qui remplacent des biens indivis, ainsi que les biens acquis, avec le consentement de l'ensemble des indivisaires, en emploi ou remploi des biens indivis ».

¹⁰⁰ Ch. Réun, 5 décembre 1907, *Chollet-Dumoulin, Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, n° 117, DP 1908, p. 113, note A. Colin.

¹⁰¹ L'article L. 624-18 dispose : « peut être revendiqué le prix ou la partie de prix des (marchandises consignées au débiteur, soit à titre de dépôt, soit pour être vendues pour le compte du propriétaire, et des biens vendus avec une clause de réserve de propriété subordonnant le transfert de propriété au paiement intégral du prix, qui se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure) qui n'a été ni payé, ni réglé en valeur, ni compensé en compte courant entre le débiteur et l'acheteur à la date du jugement ouvrant la procédure ». L'article 2372 du Code civil affirme maintenant que « [l]e droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ».

restitué¹⁰². Le recouvrement de ses biens par l'absent permet également d'obtenir le remplacement de nombreux biens puisqu'il porte sur le prix de vente de ses biens qui auraient été aliénés ou les biens acquis en emploi des capitaux ou revenus échus à son profit. Bien qu'aucune mention ne soit faite des biens acquis en remploi ou des créances du prix de vente, l'esprit de l'article 130 du Code civil et de l'ensemble des dispositions relatives à l'absence permet d'admettre la subrogation dans ces hypothèses¹⁰³.

La position jurisprudentielle est alors extensive en ce qu'elle ne s'est pas toujours tenue à la lettre du texte. En outre, bien qu'aucune disposition légale ne le prévoie expressément, la subrogation réelle peut également être mise en œuvre conventionnellement. Ainsi, les parties peuvent par exemple faire figurer une clause prévoyant que la chose initialement gagée peut être remplacée par une autre, de nature et de qualités différentes¹⁰⁴. C'est ce qui ressort d'un arrêt de la Cour de cassation de 2010, où il existait un accord antérieur aux livraisons revendiquées entre le gagiste et sa débitrice, prévoyant que les deux produits litigieux, à savoir les noix de jambons livrées comme produits finis et les jambons livrés à affiner, pouvaient être assimilés pourvu que la valeur de chaque pièce soit identique.

Les limites à l'extension du champ d'application de la subrogation réelle. Le caractère subsidiaire de la subrogation réelle délimite son champ d'application puisqu'elle ne peut être appliquée que lorsqu'aucun autre procédé n'est à même d'atteindre un résultat analogue. Ainsi, lorsqu'un droit de suite peut être exercé, la subrogation perd toute utilité, dans la mesure où celui-ci permet de garantir le droit de préférence d'un créancier hypothécaire par la possibilité de saisir le bien en quelque main qu'il se trouve.

De la même façon, la subrogation réelle doit être exclue en présence d'un droit de rétention, car il permet à celui qui le détient de refuser de se dessaisir de l'immeuble avant l'entier paiement¹⁰⁵. Une consignation des deniers représentant le bien de remplacement peut également être prévue protégeant ainsi le droit des créanciers. L'article R. 13-65 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique prévoit une consignation du montant de l'indemnité « *lorsque sont révélées des inscriptions de privilèges, d'hypothèques ou d'un nantissement grevant le bien exproprié du chef du propriétaire et, le cas échéant, des précédents propriétaires désignés par l'expropriant dans sa réquisition* ». Ainsi, la question

¹⁰² L'article 1352-2 qui prévoit que « *si celui qui a reçu de bonne foi a vendu la chose, il ne doit restituer que le prix de la vente* ».

¹⁰³ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 106.

¹⁰⁴ Com, 26 mai 2010, n° 09-65.812. E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 13 : l'auteur classe une telle application dans les subrogations réelles conventionnelles.

¹⁰⁵ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 80.

du maintien du droit de préférence par le report sur le bien acquis en remplacement ne se pose plus, les sommes étant immobilisées dans le but de désintéresser les créanciers inscrits sur le bien exproprié.

Certaines règles particulières aux institutions limitent également la possibilité d'élargir le champ d'application de la subrogation réelle. L'article L 121-13 du Code des assurances détermine précisément les biens de remplacement et exclut alors la subrogation pour tout autre bien¹⁰⁶. En outre, l'indemnité due par l'assureur perd toute individualité dans le patrimoine et ne peut donner lieu au report du droit de préférence des créanciers privilégiés sur le bien acquis à partir des sommes versées. Le report se fait donc uniquement entre la chose et le prix de l'aliénation¹⁰⁷. De la même façon, lorsque le bien de remplacement est immeuble, les droits réels se reporteront sur celui-ci et pourront s'exercer en quelques mains qu'il se trouve en raison du droit de suite¹⁰⁸. Aucun renouvellement de subrogation en cas de vente n'est alors nécessaire.

2. L'absence de principe général de subrogation réelle

La subrogation réelle a toujours été considérée comme rétive à son emprisonnement au sein d'une théorie générale¹⁰⁹, malgré la multiplication de ses cas d'application.

Une généralisation des cas d'application de la subrogation réelle. La question de la reconnaissance d'un principe général de subrogation réelle a pu se poser au regard de l'admission extensive de ce mécanisme en dehors de toute disposition légale, comme en matière de biens indivis¹¹⁰. Elle a vocation à s'appliquer largement, ainsi le droit du bénéficiaire de l'attribution préférentielle peut être reporté sur le prix de la vente du bien

¹⁰⁶ « Les indemnités dues par suite d'assurance contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité du bétail, ou les autres risques, sont attribuées sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang. Néanmoins, les paiements faits de bonne foi avant opposition sont valables.

Il en est de même des indemnités dues en cas de sinistre par le locataire ou par le voisin, par application des articles 1733 et 1240 du Code civil. En cas d'assurance du risque locatif ou du recours du voisin, l'assureur ne peut payer à un autre que le propriétaire de l'objet loué, le voisin ou le tiers subrogé à leurs droits, tout ou partie de la somme due, tant que lesdits propriétaires, voisin ou tiers subrogé n'ont pas été désintéressés des conséquences du sinistre, jusqu'à concurrence de ladite somme ».

¹⁰⁷ H. Capitant, *Essaie sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, pp. 415 et 416.

¹⁰⁸ Par exemple, en cas de report du bail sur l'immeuble reconstruit : C. rur., art. L 123-15.

¹⁰⁹ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 18.

¹¹⁰ Ch. Réun, 5 décembre 1907, *Chollet-Dumoulin, Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, n° 117, DP 1908, p. 113, note A. Colin.

attribué¹¹¹. De même, le droit de propriété réservé du vendeur peut être reporté sur l'indemnité d'assurance compensant la perte de la chose vendue¹¹². Ainsi, il semblerait que dès lors qu'une chose « *constitue la contre-valeur d'une autre chose, elle a vocation à la remplacer en fait et en droit* »¹¹³. La Cour de cassation a également étendu la lettre du texte en acceptant le report de l'ancien droit de retour de l'ascendant donateur sur les biens acquis en emploi des sommes données alors même que l'ancien article 747 du Code civil prévoyait celui-ci uniquement sur la créance du prix de vente ou sur l'action en reprise¹¹⁴.

Les auteurs ont alors tenté de clarifier le régime de la subrogation réelle sans pour autant parvenir à consacrer un principe général permettant de faire le lien entre toutes ses applications¹¹⁵. Capitant faisait émerger des applications générales à travers trois exemples¹¹⁶.

¹¹¹ Civ, 1^{ère}, 4 avril 1991, Bull. civ, I, n° 118 : « *la vente, pendant les opérations de partage du bien attribué préférentiellement par une décision devenue irrévocable n'a pas pour effet de rendre caduque cette attribution, le bien ou la créance de prix qui lui est subrogé ayant été nécessairement et définitivement placé dans le lot de l'attributaire dont les héritiers ont recueilli les droits de sorte que, par l'effet du partage, ils en seront propriétaires depuis l'origine de l'indivision donnant lieu au partage* » ; F. Zénati, *Subrogation du bien attribué préférentiellement et vendu pendant le partage*, RTD civ. 1992, p. 791 : « *le bénéficiaire de l'attribution préférentielle ne peut se prévaloir de l'aliénation du bien qui lui a été affecté pour remettre en cause ladite attribution. Par l'effet déclaratif du partage succédant à l'attribution préférentielle, il est réputé avoir été propriétaire exclusif de la chose attribuée depuis le commencement de l'indivision, d'où il suit que la vente du bien est censée avoir été consentie par lui seul, lui avoir seul profité et procuré un prix se substituant à la chose attribuée dans les opérations de partage. L'attributaire ne peut pas dire qu'il n'a plus rien : la créance du prix tient lieu de bien, préférentiellement attribué* ».

¹¹² Com, 6 juillet 1993, Bull. civ, IV, n° 282 : « *attendu que pour prononcer la nullité du règlement et condamner la société Centrale Bardes à en verser le montant au liquidateur, l'arrêt retient que la société anonyme Centrale Bardes n'aurait pu revendiquer l'indemnité d'assurance substituée aux marchandises détruites que si une assurance spécifique avait été souscrite par l'acheteur et, qu'en conséquence, cette société n'a aucun droit propre sur l'indemnité due par l'assureur, la société Staviex. Attendu qu'en statuant ainsi, en l'absence de contestation sur la détermination des marchandises garanties par le contrat d'assurance et détruites par l'incendie ou sur le montant de l'indemnité correspondant à ces biens, alors que le versement de l'indemnité d'assurance subrogée aux marchandises détruites n'était pas soumis aux nullités de la période suspecte, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ». F. Zénati, *Subrogation réelle*, RTD civ. 1995, p.397 : « *en cas de perte de biens livrés sous le bénéfice d'une clause de réserve de propriété, l'indemnité d'assurance subrogée aux biens dont le vendeur était demeuré propriétaire n'entre pas dans le patrimoine de l'acheteur* ». Ainsi, « *le paiement de l'indemnité n'a pas été fait par l'assureur pour le compte de l'assuré, mais directement entre les mains du vendeur qui se trouve de plein droit titulaire de la créance indemnitaire stipulée par l'acheteur par suite du report du droit de propriété dont les marchandises étaient l'objet sur la créance de garantie résultant de leur perte* ». Il s'agit alors d'une consécration de la subrogation réelle en dehors des textes. En effet, l'article L 121-13 du Code des assurances ne peut être appliqué puisque la propriété n'est ni un privilège ni une hypothèque. En outre, le report du droit de propriété du vendeur est prévu sur la créance du prix de revente de l'acheteur et non sur l'indemnité d'assurance due à l'acheteur.

¹¹³ F. Zénati, *Subrogation réelle*, RTD civ. 1995, p. 651. Civ, 3^{ème}, 12 octobre 1994, Bull. civ. III, n° 180, p. 114: « *l'opération d'arrachage ne s'analysait pas en une vente puisqu'elle ne transférait pas la propriété des ceps enlevés et que la prime allouée pour inciter à l'arrachage n'était pas la représentation de la valeur de la vigne détruite et ne constituait pas le prix des produits, la Cour d'appel en a justement déduit que le CRCAM du Gard n'avait pas de droit de préférence sur cette prime en sa qualité de créancier hypothécaire* ».

¹¹⁴ Civ, 1^{ère}, 11 mai 1959, Bull. civ. I, n° 232, p. 196 ; Civ, 1^{ère}, 12 mars 1968, Dalloz. 1968. p. 85.

¹¹⁵ R. Saleilles, Note sous Civ, 30 juin 1893, *Recueil général des lois et des arrêts*, Sirey, 1894, p. 185 et R. Saleilles notes sous Civ, 29 avril 1901, Sirey, 1903, p. 321. R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901 ; H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ.

Ainsi, tout créancier qui a sur un bien un droit de préférence qui ne serait pas prolongé par le droit de suite peut, lorsque le bien est vendu, exercer son droit sur la créance du prix de vente¹¹⁷. Il considère également que « dans tous les cas où une masse de biens appartenant à autrui se trouve entre les mains d'un tiers détenteur (héritier apparent, par exemple), il y aura lieu d'appliquer la subrogation réelle aux aliénations valablement faites par le possesseur »¹¹⁸. En outre, « le prix se trouve toujours subrogé à la chose aliénée, au profit de celui qui avait sur cette chose un droit de propriété qui s'est éteint par le fait de l'aliénation »¹¹⁹.

Demogue offre une analyse plus globale en s'interrogeant sur un principe de subrogation dès lors que le bien entre dans le patrimoine en raison de la disparition d'un autre¹²⁰. Selon M. Lauriol, l'exercice de droit de préférence doit être reconnu possible sur toutes les créances de sommes d'argent, dans la mesure où elles représentent le bien grevé de sûreté¹²¹. G. Wicker, quant à lui, met en avant que la subrogation devrait alors jouer de plein droit dans tous les cas où l'équité et la cohérence technique justifient de sauvegarder un droit ou de maintenir un équilibre entre des masses patrimoniales¹²². Ainsi, le droit de restitution a vocation à se reporter automatiquement sur le prix de vente.

1919 ; M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1 et 2 ; A. Cerban, *Nature et domaine d'application de la subrogation réelle*, RTD civ. 1939. A. Henry, *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*, Thèse, A. Rousseau, Paris, 1913, p. 375 : l'auteur tente toutefois de synthétiser les hypothèses d'application de la subrogation réelle et considère que « la subrogation réelle intervient chaque fois qu'une valeur indisponible a été aliénée malgré l'indisponibilité qui la frappe et remplacée par une contre-valeur ». Il pose alors deux conditions : « il faut que l'on se trouve tout d'abord en présence de biens indisponibles. Cette indisponibilité pouvant résulter soit de la volonté des parties qui affectent un bien à un usage déterminé, soit de l'autorité de la loi qui considère une personne comme n'étant pas le véritable propriétaire ou au moins comme n'étant pas le propriétaire immuable des biens qu'elle possède ». Et « il faut en second lieu qu'il s'agisse de biens envisagés dans leur valeur pécuniaire et non pas dans leur individualité physique ».

¹¹⁶ Les trois exemples d'application mis en avant par H. Capitant sont : l'absent qui recouvre ses biens et ceux qui lui ont été subrogés, les propres de communauté et les privilèges mobiliers ne donnant pas de droit de suite sur le meuble grevé. H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, p. 387 et suivantes.

¹¹⁷ H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, p. 409.

¹¹⁸ H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, p. 388.

¹¹⁹ H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, p. 390. F. Zénati considère que « le prix, ce n'est rien d'autre que la chose elle-même en valeur : cela est suffisant pour admettre qu'il lui succède et qu'il peut, par suite, lui être subrogé. A fortiori doit-il en aller de même lorsque la contrepartie de la chose a lieu en nature. La chose contre laquelle a lieu l'échange, mieux qu'une contre-valeur, constitue une réplique de la chose » : F. Zénati, *Subrogation du bien attribué préférentiellement et vendu pendant le partage*, RTD civ. 1992, p. 791.

¹²⁰ R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, p. 353.

¹²¹ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 396.

¹²² G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LGDJ, Paris, 1996, pp. 342 et 343. F. Zénati-Castaing et T. Revet, *Les biens*, 3^{ème} éd. PUF, 2008, n° 159 : favorables à un principe général de subrogation du prix ou de l'indemnité à la chose. E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 39 : « La question de l'existence d'un principe général de subrogation réelle paraît finalement se réduire, comme Capitant l'avait vu, à celle de la subrogation de la créance de prix, ou de la créance d'indemnité

L'impossible reconnaissance d'un principe général de subrogation réelle. Aucune réforme législative n'a conduit à faire émerger un article général consacré à la subrogation réelle. Face à ses multiples visages, son appréhension est difficile¹²³. Alors qu'elle peut revêtir des fonctions supplémentaires pour certains auteurs¹²⁴, d'autres la décrivent uniquement au regard de son rôle technique¹²⁵. La généralisation de la subrogation ne semble alors pouvoir s'effectuer que par l'extension de certaines de ses applications, sans parvenir à consacrer un principe général. Elle reste alors limitativement prévue par la loi ou la convention¹²⁶, et la plupart des extensions jurisprudentielles ont d'ailleurs été codifiées¹²⁷. Une décision spéciale de subrogation réelle est alors nécessaire¹²⁸ et G. Wicker va même jusqu'à renoncer à l'idée que la subrogation réelle puisse être une notion uniforme¹²⁹.

Il est cependant possible d'établir les conditions de mises en œuvre de la subrogation réelle. E. Savaux considère d'ailleurs que chaque fois que le droit est menacé d'extinction en raison de la disparition du bien sur lequel il porte, et que son transfert sur un autre bien est rendu possible, la subrogation réelle pourrait être invoquée¹³⁰. Toutefois, le remplacement d'un bien ne peut avoir lieu par n'importe quel autre¹³¹ et ne doit pas conduire à surprendre les tiers, notamment les créanciers¹³².

*d'assurance ou de responsabilité au profit du propriétaire dépossédé, ou du titulaire d'une garantie dépourvue du droit de suite sur la chose (le paiement du prix ou de l'indemnité fait en principe obstacle à la subrogation faute d'individualisation du bien de remplacement, les deniers payés se confondant avec les autres biens dans le patrimoine) » ; E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 33.*

¹²³ Elle s'applique aussi bien en matière de masses de bien que de biens individuels. Quelques exemples d'application : C. civ, art. 1434, 1406, 815-10, 130, 2372 ; C. ass, art. L 121-13 ; C. rur, art. L 123-15 ; C. com, art. L 642-18.

¹²⁴ G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LGDJ, Paris, 1996, p. 348 ; V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 41.

¹²⁵ E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 10.

¹²⁶ F. Chapuisat, *Vers une utilisation extensive de la subrogation réelle, à propos des lois du 13 juillet 1965 et 3 juillet 1971*, RTD civ. 1973, p. 643 : l'extrême diversité de ses applications interdit même toute généralisation.

¹²⁷ Codification de la subrogation réelle en matière de biens indivis : C. civ, art. 815-10.

¹²⁸ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 2, p. 289. G. Rives, *Subrogation réelle à titre particulier et propriété immobilière*, RTD civ. 1968, p. 642.

¹²⁹ G. Wicker, *Les fictions juridiques, contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LGDJ, Paris, 1996, p. 330.

¹³⁰ E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 41.

¹³¹ À titre d'exemple, l'article L 121-13 du Code des assurances détermine précisément les biens de remplacement.

¹³² E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 34.

Les applications restent donc directement dépendantes de la loi en ce qu'elles ont vocation à s'appliquer dans des domaines variés, répondant parfois à des règles propres¹³³, et ne pouvant être synthétisés autour d'un article unique. Il faut ainsi, pour se prévaloir de la subrogation, que l'application de celle-ci soit légalement prévue. La reconnaissance d'un principe général n'est donc pour l'heure pas envisageable, et la détermination du bien de remplacement, de sa valeur et de son origine sont autant de données qu'il faut prendre en compte pour mettre en œuvre la subrogation réelle.

¹³³ Des formalités supplémentaires peuvent être prévues : C. civ, art. 1434 et 1435. Les biens de remplacement peuvent être précisément déterminés : C. ass, art. L 121-13. Le nombre de reports peut être restreint : la subrogation au premier degré : C. rur, art. L 123-15.

Section 2 :

L'effectivité de la subrogation

Lorsque l'on parle de capacité de la subrogation à produire ses effets, deux idées principales se dégagent. La première concerne tout d'abord l'effectivité d'un tel mécanisme au regard de sa mise en œuvre. Ainsi, pour que la subrogation assure son rôle au sein du système juridique, encore faut-il définir ses modalités de mise en œuvre. Il n'est pas question de préciser les conditions nécessaires pour bénéficier de ce mécanisme, mais de s'intéresser à la place de la volonté dans la mise en œuvre de la subrogation, et à l'impact de la complexité de la preuve.

La seconde idée consiste à mesurer la capacité de la subrogation à produire ses effets au regard de ses conséquences. Ainsi, même lorsque la subrogation est mise en œuvre, elle ne parvient pas toujours au maintien de l'équilibre préétabli. Il s'agit d'un support de la responsabilité dont elle ne parvient toutefois pas toujours à assurer l'effectivité.

Il convient donc de s'intéresser dans un premier temps à l'effectivité dans la mise en œuvre de la subrogation (paragraphe 1), pour ensuite mettre en avant l'effectivité relative de la subrogation personnelle (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'effectivité dans la mise en œuvre de la subrogation

Les modalités de mise en œuvre d'un mécanisme juridique sont déterminantes pour définir son effectivité. Celui-ci ne peut alors produire ses effets juridiques qu'autant qu'il est directement employé. La subrogation est un mécanisme d'opportunité où la volonté du titulaire de s'en prévaloir occupe une place importante, et principalement en matière de subrogation personnelle (A). Cette dernière a une influence conséquente sur la mise en œuvre du mécanisme et vient en complément des conditions juridiques imposées.

En outre, pour se prévaloir d'un droit, encore faut-il pouvoir le prouver. Ainsi, la preuve de la subrogation doit également être abordée pour déterminer son effectivité (B).

A. L'opportunité dans la mise en œuvre de la subrogation

La mise en œuvre de la subrogation personnelle est directement liée à la volonté du *solvens* d'exercer le recours subrogatoire. Dès lors, l'équilibre patrimonial antérieur ne sera pas systématiquement maintenu. Il peut donc en résulter une utilisation suboptimale¹ de la subrogation personnelle (1).

La subrogation réelle, quant à elle, présente un caractère automatique qui renforce son effectivité. Il est alors possible de parler de mise en œuvre optimisée, bien que celle-ci ne puisse être totalement déconnectée de la volonté du titulaire du droit menacé d'extinction (2).

1. Une mise en œuvre suboptimale de la subrogation personnelle

En tant que mécanisme technique, la subrogation remplit une fonction précise au sein du système juridique et un emploi suboptimal conduit nécessairement à en réduire les effets. Se pose alors la question de l'opportunité de rendre le recours subrogatoire obligatoire.

L'impact du choix du titulaire du recours sur l'efficacité de la subrogation. Il convient tout d'abord de rappeler que le recours subrogatoire relève d'un choix du titulaire de l'action. Désormais détenteur des droits du créancier originaire, il peut librement décider d'effectuer ou non un tel recours². Il faut alors s'intéresser à la fonction principale de la subrogation pour déterminer quel est l'impact de son utilisation suboptimale. Aussi, puisque sa fonction conservatrice aboutit au maintien de l'équilibre préétabli³, chaque fois qu'un tel recours n'est pas mis en œuvre, un ou plusieurs débiteurs sont libérés de leur obligation. En effet, une fluctuation résulte du paiement effectué, en tout ou partie, par un autre que le débiteur définitif de la dette. Dès lors, ce dernier se trouve totalement libéré de son obligation lorsqu'aucun recours n'est exercé à son encontre. Le contribuable peut alors être appauvri

¹ Suboptimale : ne permettant pas d'employer ce mécanisme de façon optimale, c'est-à-dire chaque fois que sa mise en œuvre est possible.

² CA Paris, 20 novembre 2019, n° 17/17327 : « *M. et Mme A ne sauraient tirer aucune conséquence de la production par l'intimé de quittances subrogatives, nécessaires pour démontrer le montant de ses règlements mais qui ne présume pas du fondement de son action ni ne lui impose d'exercer le recours subrogatoire que lui ouvre l'article 2306 du même code* ».

³ Cf. *supra*. La subrogation et la préservation de l'équilibre antérieur, p. 104.

lorsque le *solvens* garant de l'indemnisation est financé par la collectivité publique⁴. Toute fluctuation ouvrant droit à un recours subrogatoire ne bénéficie donc pas d'un effet correctif, celui-ci dépendant directement du choix laissé au titulaire d'exercer ce recours.

La contrainte comme garantie de l'effectivité du recours subrogatoire ? Il peut alors être envisagé de contraindre la mise en œuvre du recours subrogatoire afin de lui assurer une effectivité certaine et par voie de conséquence, garantir le maintien de l'équilibre préexistant. La mise en œuvre obligatoire d'un tel recours permettrait de faire systématiquement peser la charge de la dette sur le débiteur définitif. Dès lors, l'absence d'effectivité de la subrogation serait réduite aux seules hypothèses où un tel recours n'a aucune chance d'aboutir à un remboursement des sommes engagées⁵. Certains auteurs ont d'ailleurs pu envisager d'inciter, voire de contraindre la mise en œuvre du recours subrogatoire⁶ notamment à propos des organismes de solidarité qui ne doivent en aucun cas devenir assureurs de dommages.

Plusieurs objections à une telle contrainte peuvent toutefois être mises en avant. La première concerne le principe même de la subrogation. Il s'agit d'un mécanisme permettant le transfert de droit du créancier originaire au *solvens*⁷. La transmission de la créance implique que le *solvens*, désormais titulaire des droits du créancier est astreint aux mêmes obligations que celui-ci. Or, lorsque l'on se met dans la position du créancier originaire, celui-ci n'est en aucun cas contraint d'effectuer un recours en recouvrement de sa créance. Contraindre le *solvens* reviendrait alors à lui imposer une charge supplémentaire et risquerait de lui faire

⁴ A. Frank, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, Thèse, Paris I, L'Harmattan, 2008, n° 503, p. 354.

⁵ Par exemple, lorsque le responsable est inconnu ou insolvable, le recours subrogatoire ne peut parvenir à rétablir l'équilibre préétabli. Cf. *infra*. Les obstacles pratiques à l'efficacité de la subrogation personnelle, p. 375.

⁶ C'est principalement en ce qui concerne les fonds d'indemnisation que l'engagement systématique du recours subrogatoire a pu être préconisé : A. Frank, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, Thèse, Paris I, L'Harmattan, 2008, n° 503 et suivants, p. 354 : « *Rendre obligatoire la technique de l'action récursoire permettrait de renforcer la responsabilisation des différents auteurs faisant du partage final de la répartition un véritable élément de moralité administrative* ». D'autres auteurs, sans parler d'obligation d'effectuer le recours, mettent en avant son importance : S. De la Royère, « *Indemnisation des victimes de l'amiante : création d'un fonds, le FIVA* », *Environnement*, n° 3, mars 2002 : « *Le Fonds n'a d'avenir que si les indemnisations sont suffisantes pour réparer intégralement tous les préjudices et s'il exerce efficacement son recours subrogatoire contre les responsables* ». G. Dériot et J.-P. Godefroy, *Rapport d'information sur le bilan et les conséquences de la contamination par l'amiante*, Doc. Sénat, 2005-2006, n° 37, pp. 181 et suivantes. A. D'Hauteville, *L'esprit de la loi du 6 juillet 1990 relative aux victimes d'infractions*, *Rev. sc. crim.* 1991, p. 149. A. Van Lang, *Droit de l'environnement*, Puf, 5^{ème} éd. 2021, n° 473, p. 337 : l'auteur met en avant l'importance de l'action récursoire du fonds à l'encontre de l'auteur réel de la pollution. Dans le même sens : M. Prieur, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 5^{ème} éd. 2004, n° 1348, p. 1147.

⁷ Son bénéfice est par conséquent déjà optimisé par le nouvel article 1346 du Code civil qui entraîne un transfert automatique des droits du créancier au *solvens*.

perdre le caractère avantageux d'un tel recours⁸. En effet, exercer le recours subrogatoire peut s'avérer plus onéreux que les sommes qu'il est possible de récupérer, ce qui peut paraître inopportun, notamment lorsque de l'argent public est en jeu. Il convient toutefois de relever que le recours peut être mis en œuvre pour d'autres considérations telles que la volonté politique de ne pas exonérer le responsable de son obligation. Dès lors, l'équilibre des institutions n'est pas figé, et la subrogation offre une opportunité de parvenir au maintien de celui-ci en accordant au patrimoine appauvri un recours contre le patrimoine enrichi. Le législateur n'a alors jamais entendu contraindre la mise en œuvre de la subrogation⁹.

D'autres objections résultant de considérations sociales peuvent également être soulevées, par exemple le lien unissant le débiteur et le *solvens*. À titre d'exemple, une caution qui a un lien familial avec le débiteur peut choisir d'assumer la charge de sa dette. Il peut également s'agir de considérations disciplinaires lorsque l'État exerce un recours subrogatoire contre son agent¹⁰. En outre, les fonds d'indemnisation ne sont pas uniquement créés dans le but de fournir une avance sur l'indemnisation, mais permettent également d'apaiser certaines situations et d'éviter les recours en cascade¹¹. Dès lors, contraindre un tel recours risquerait

⁸ Ainsi, en droit romain, les jurisconsultes ont admis le bénéfice de la cession d'action qui permet à la caution d'agir contre le débiteur. Une telle solution était considérée comme dictée par l'équité en ce qu'elle apparaissait comme utile au fidéjusseur : J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, pp. 22 et suivantes. Dans le même sens : R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 50 ; E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 2.

⁹ L'ancien article 1251 du Code civil et le nouvel article 1346 du Code civil ne font figurer aucune obligation d'exercer un tel recours. L'avant-projet de réforme du droit des obligations ne prévoyait pas non plus une telle contrainte : Rapport P. Clément (garde des sceaux), 22 septembre 2005. En outre, aucun texte spécial régissant la subrogation ne parvient à une telle obligation, la loi Badinter régissant le recours des tiers payeurs ne traite d'ailleurs pas de l'opportunité d'exercer le recours subrogatoire : Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*. Dès lors, le législateur n'a pas entendu rendre obligatoire l'exercice du recours subrogatoire.

¹⁰ A. Frank, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, Thèse, Paris I, L'Harmattan, 2008, n° 502, p. 353 : « *L'insuffisante utilisation du mécanisme de l'action récursoire est le fait de l'administration elle-même, qui refuse son emploi systématique ainsi que la condamnation pécuniaire et personnelle des agents qui la composent* ». L'action récursoire étant ici entendue comme englobant l'action personnelle et l'action subrogatoire. C. Moniolle rappelle que l'action de l'administration est une pure question d'opportunité : *Actions en garantie : actions récursoires et actions subrogatoires*, Rép. resp. puiss. Publ. Janvier 2014, n° 32. F. Roques, *L'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité*, AJDA. 1991, p. 75 : l'auteur met en avant que « *les agents publics peuvent adopter une attitude passive redoutant d'éventuelles représailles* » ou encore que la faute personnelle devienne « *une faute de subalterne* ». Dès lors, « *l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire qui confine à l'arbitraire. Elle peut user ou non de l'action récursoire à l'encontre de l'agent fautif* ».

¹¹ J. Knetsch, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation : Analyse en droits français et allemand*, Thèse, Université Panthéon-Assas Paris II, 2011, n° 524, p. 385 : « *Un exercice systématique et généralisé des recours subrogatoires pourrait même avoir des effets néfastes sur le fonctionnement des fonds* » ; n° 530, p. 388 : « *La mise en place d'un fonds d'indemnisation est, le plus souvent, le résultat d'une difficile recherche de compromis qui a abouti sur une amélioration de la situation des victimes par un effort collectif des responsables potentiels* ». A. Frank, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, Thèse, Paris I, L'Harmattan, 2008, n° 1, p. 15.

« d'entretenir un climat de suspicion », « de compliquer encore l'accès des personnes transfusées à leur dossier médical et d'entraver les enquêtes transfusionnelles, avec un résultat finalement préjudiciable aux victimes »¹².

Le recours subrogatoire peut être perçu comme indispensable uniquement lorsqu'il présente un intérêt pour la victime ; c'est-à-dire qu'il peut conduire à lui procurer un complément d'indemnisation¹³. Ainsi, les différentes situations dans lesquelles se trouve le *solvens* permettent de voir diverses opportunités de mise en œuvre du recours subrogatoire sans qu'une règle commune ne soit établie¹⁴. La liberté d'exercice d'un tel recours reste alors la règle, quand bien même l'effectivité de la subrogation pourrait en être affaiblie.

2. Une mise en œuvre optimisée de la subrogation réelle

La subrogation réelle se produit, dans la plupart des hypothèses, de façon automatique, de telle sorte que la prise en compte de la volonté reste plus largement cantonnée à la subrogation conventionnelle.

L'opportunité dans la mise en œuvre de la subrogation réelle légale. Invoquer l'opportunité de mise en œuvre de la subrogation réelle revient tout d'abord à s'interroger sur le bénéficiaire de celle-ci. Dès lors, déterminer à qui profite la subrogation permet également de déterminer qui peut l'invoquer. La subrogation réelle permet le transfert d'un droit d'un bien sur un autre ou d'une masse de biens à une autre. Toutefois, le détenteur du bien originaire n'est pas nécessairement le bénéficiaire de la subrogation en ce qu'elle n'a de « *raison d'être que pour le titulaire du droit conservé* »¹⁵.

La subrogation peut alors se révéler avantageuse pour les tiers à l'opération de remplacement qui ont un droit sur le bien d'origine. Par exemple, lors de la revendication

¹² Ministère de l'Emploi et de la Solidarité, *Rapport annuel sur le dispositif d'indemnisation des hémophiles et transfusés contaminés par le virus de l'immunodéficience humaine (VIH)*, Mars 1997 à février 1998.

¹³ G. Dériot et J.-P. Godefroy, *Rapport d'information sur le bilan et les conséquences de la contamination par l'amiante*, Doc. Sénat, 2005-2006, p. 130 ; Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante FIVA, *4^{ème} rapport d'activité au Parlement et au Gouvernement*, Juin 2004/mai 2005, pp. 57 et suivantes. Dans le même sens : C. Moniolle, *Responsabilité et indemnisation à l'égard des personnes contaminées par le virus du sida lors de transfusions sanguines*, RDSS. 1999, p. 91.

¹⁴ J. Knetsch, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation : Analyse en droits français et allemand*, Thèse, Université Panthéon-Assas Paris II, 2011, n° 529, p. 387 : « Il faudrait se demander si une obligation d'engager des recours subrogatoires n'est pas contre-productive dans la mesure où les fonds sont souvent les mieux placés pour mesurer les avantages et les inconvénients d'un recours, notamment au regard du coût qu'implique toute demande d'indemnisation ».

¹⁵ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t.2, p. 150.

d'un bien, la subrogation profite à un tiers à la convention de vente¹⁶. Ainsi, l'absent revendiquant est réputé avoir toujours été propriétaire du bien, mais n'en avait pas la détention au moment de la vente. De la même façon, le créancier muni d'une sûreté tire avantage de la subrogation en ce qu'il peut reporter son droit de préférence sur le bien de remplacement¹⁷. C'est donc uniquement le titulaire du droit conservé qui peut se prévaloir de la subrogation réelle. Aborder l'opportunité revient alors à faire référence à la place accordée au choix de celui-ci dans la mise en œuvre de la subrogation.

La subrogation est, dans la plupart des hypothèses, détachée de la volonté du titulaire des droits conservés en ce qu'elle a lieu automatiquement¹⁸. À titre d'exemple, lorsque le prix de vente succède au bien, le report du droit de préférence est automatique. Ainsi, l'article 815-10 du Code civil prévoit que sont « *de plein droit indivis, par l'effet d'une subrogation réelle, les créances et indemnités qui remplacent des biens indivis, ainsi que les biens acquis, avec le consentement de l'ensemble des indivisaires, en emploi ou remploi des biens indivis* ». Les créances et indemnités sont donc indivises en dehors de toute expression de volonté, alors que les biens acquis en emploi ou remploi nécessitent le consentement de l'ensemble des indivisaires pour l'acquisition du bien nouveau¹⁹.

Ainsi, l'effectivité de la subrogation est renforcée lorsqu'elle a lieu automatiquement, et seule une renonciation expresse du titulaire du droit permet d'y faire obstacle. Cette application majoritairement automatique permet alors d'optimiser la mise en œuvre concrète de la subrogation réelle. En outre, étant dans l'intérêt du titulaire du droit et ne dépendant pas d'une action en justice, la renonciation reste exceptionnelle. Par conséquent, l'effectivité de la

¹⁶ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 33.

¹⁷ Par exemple, l'article L 121-13 du Code des assurances prévoit que « *les indemnités dues par suite d'assurance contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité du bétail, ou les autres risques, sont attribuées sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang* ». De la même façon en matière de remembrement rural : C. urb., art. L 322-5 et L 322-6.

¹⁸ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 186.

¹⁹ C. civ., art. 815-10. Civ, 1^{ère}, 19 mars 2014, n° 13-12.578 : la cour d'appel a porté à l'actif de la communauté la valeur d'un véhicule automobile (2 000 euros) qui avait été accidenté au cours de l'indivision postcommunautaire et avait donné lieu au versement d'une indemnité d'assurance d'un montant de 2 872.63 euros après sa destruction. La Cour de cassation considère que « *selon les articles 1467 et 815-10 du Code civil, l'indivision postcommunautaire se compose des biens qui figuraient dans la communauté lors de sa dissolution ainsi que des biens qui leur sont subrogés ; que sont de plein droit indivis, par l'effet d'une subrogation réelle, les indemnités qui remplacent des biens indivis ; qu'en arrêtant à 2. 000 euros la somme figurant à l'actif indivis alors que l'indemnité d'assurance subrogée au véhicule détruit s'élevait à 2. 872, 63 euros, la cour d'appel a violé, par refus d'application, les textes susvisés* ». Civ, 1^{ère}, 5 octobre 1994, n° 92-21.920 : en l'espèce, une indivisaire a fait l'acquisition d'immeubles entièrement financée par les revenus provenant du fonds de commerce dépendant de l'indivision. La Cour de cassation considère alors que « *la circonsstance que des revenus de l'indivision aient éventuellement servi à rembourser des emprunts contractés, en son seul nom, par Mme X... pour financer l'acquisition d'immeubles pour son compte, n'était pas de nature à conférer un caractère indivis à ces biens et ne pouvait que constituer Mme X... débitrice de l'indivision* ».

subrogation est renforcée lorsque le droit est transféré automatiquement. Reste toutefois la question de savoir si le titulaire du droit va souhaiter s'en prévaloir.

L'opportunité dans la mise en œuvre de la subrogation réelle conventionnelle. La subrogation réelle conventionnelle dépend entièrement de la volonté du titulaire du droit de conserver celui-ci malgré la fluctuation juridique. Son effectivité est alors purement conditionnelle. Elle permet cependant de renforcer l'efficacité de la subrogation réelle en augmentant les possibilités d'y recourir. À titre d'exemple, elle peut s'appliquer lorsque les parties prévoient qu'une chose gagée peut être remplacée par une autre de nature et qualité différentes²⁰.

Des difficultés apparaissent néanmoins lorsque la subrogation réelle risque d'aller à l'encontre des règles préétablies, telles qu'en matière de retour conventionnel²¹. Ce dernier permet de rétablir les choses comme si la donation n'avait jamais eu lieu. Ainsi, « *l'exécution du droit de retour a eu pour effet de remettre les parties dans la même situation que si la donation n'était jamais intervenue* »²². À première vue, rien ne semble s'opposer à l'intégration d'une clause de subrogation réelle qui entraînera le retour non pas du bien originaire objet de la donation, mais du bien de remplacement. Toutefois, la subrogation ne semble pas être en accord avec la définition du retour conventionnel qui consiste à faire revenir au donateur le bien donné²³. Par conséquent, lorsqu'il s'agit uniquement de préserver un bien de famille, la subrogation n'a pas vocation à s'appliquer. À l'inverse, si c'est un équilibre patrimonial qui est recherché, la subrogation a tout intérêt à pouvoir se prévoir conventionnellement.

La Cour de cassation le 14 mars 2018²⁴ semble alors admettre une telle possibilité en acceptant le retour du terrain acquis avec les deniers provenant de la donation²⁵. Ainsi, le bien

²⁰ Com, 26 mai 2010, n° 09-65.812 : « *La substitution de nouvelles marchandises, de nature et de qualité différentes de celles initialement gagées, ne peut résulter que de l'exécution d'une clause de substitution conventionnelle, résultant d'un accord de volontés des parties, disposant que les biens substitués seront remplacés par le débiteur constituant par la même quantité de choses équivalentes* ».

²¹ C. civ, art. 951 : « *Le donateur pourra stipuler le droit de retour des objets donnés soit pour le cas du prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants. Ce droit ne pourra être stipulé qu'au profit du donateur seul* » ; art. 952 : « *L'effet du droit de retour est de résoudre toutes les aliénations des biens et des droits donnés, et de faire revenir ces biens et droits au donateur, libres de toutes charges et hypothèques, exceptée l'hypothèque légale des époux si les autres biens de l'époux donataire ne suffisent pas à l'accomplissement de ce retour et que la donation lui a été faite par le contrat de mariage dont résultent ces charges et hypothèques* ».

²² Civ, 1^{ère}, 7 juin 1995, n° 93-14.620.

²³ M. Grimaldi, *Le retour conventionnel est-il compatible avec la subrogation réelle ?*, RTD civ. 2019, p. 164.

²⁴ Civ, 1^{ère}, 14 mars 2018, n° 17-15.589 : « *Mais attendu, qu'après avoir constaté que la donation-partage, qui stipulait un droit de retour conventionnel, en cas de prédécès du donataire, comprenait une somme donnée à*

est compris dans la donation partage alors même qu'il n'a jamais appartenu au donateur²⁶. L'effectivité de la subrogation réelle conventionnelle dépend donc uniquement de la volonté des parties de faire produire des effets réels à ce mécanisme afin de maintenir un équilibre patrimonial défini par elles.

B. La preuve de la subrogation

La preuve est un acte ou un fait juridique versé au soutien d'une prétention pour fonder les allégations des parties au litige²⁷. Ainsi, les moyens de preuve de la subrogation personnelle viennent directement influencer l'effectivité de celle-ci (1). La même constatation peut être faite en matière de transmission de droits d'un bien à un autre ou d'une masse de biens à une autre. Or, l'établissement de la preuve en matière de subrogation réelle s'avère parfois plus complexe (2).

1. Les moyens de preuve de la subrogation personnelle

La subrogation ne peut maintenir l'équilibre préétabli que si elle est démontrée. Ainsi, son effectivité est renforcée lorsque la preuve est simple à rapporter. Une optimisation peut alors être faite par le biais d'un cumul entre la subrogation légale et la subrogation conventionnelle.

Le lien entre la preuve de la subrogation et son effectivité. L'effectivité de la subrogation consiste à ce qu'elle produise un effet concret. Le simple fait que la subrogation ait lieu et que le *solvens* souhaite s'en prévaloir ne suffit pas, encore faut-il pouvoir prouver la

titre de don manuel consenti en avancement d'hoirie, la cour d'appel en a exactement déduit, hors toute dénaturation, que la parcelle acquise avec la somme donnée se substituait à celle-ci dans la donation-partage de sorte que le droit de retour conventionnel s'appliquait à ce bien ».

²⁵ Toutefois, Grimaldi considère qu'il s'agit uniquement de l'application de l'article 1078-1 du Code civil qui prévoit que « le lot de certains gratifiés pourra être formé, en totalité ou en partie, des donations, soit rapportables, soit faites hors part, déjà reçues par eux du disposant, eu égard éventuellement aux emplois et emplois qu'ils auront pu faire dans l'intervalle ». Le nouvel article 1352 du Code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme des obligations, prévoit expressément cette alternative : « La restitution d'une chose autre que d'une somme d'argent a lieu en nature ou, lorsque cela est impossible, en valeur, estimée au jour de la restitution ».

²⁶ Le donateur, avec une clause subrogatoire, peut prévoir soit de récupérer le bien en nature, soit par équivalent c'est-à-dire une somme d'argent ou le bien acquis en remplacement selon si le bien se trouve encore dans le patrimoine ou a été aliéné par le donataire : F. Derème (dir), *Patrimoine et œuvres d'art*, A. De Meeûs, Chapitre 3 : *Les donations d'œuvres d'art*, Larcier, Bruxelles, 2016, p. 91.

²⁷ Fiches d'orientation, *Preuve*, Dalloz, 2021.

mise en œuvre des droits transférés. Plus la preuve est simple à apporter, plus la mise en œuvre de la subrogation sera facilitée.

Le Code civil ne prévoit aucune modalité particulière pour établir la preuve de la subrogation légale, et il suffit alors de prouver le paiement subrogatoire²⁸. Ainsi, la preuve de la subrogation passe par la preuve de l'origine du paiement et doit être apportée par celui qui souhaite s'en prévaloir²⁹. Elle répond au droit commun et peut être apportée par tout moyen³⁰. L'effectivité n'est donc pas affectée par un mode de preuve complexe.

En revanche, la subrogation conventionnelle à l'initiative du créancier suppose en plus de la preuve du paiement, la preuve du moment de celui-ci³¹ et celle de la volonté de subroger. La date de la subrogation est primordiale en ce qu'elle détermine le moment du transfert de droit et l'opposabilité aux tiers³². La subrogation peut alors être octroyée pour la totalité de la créance, ou limitée dans ses effets. Ainsi, en matière d'assurance, elle peut être limitée aux seuls éléments mobiliers³³. La preuve est généralement fournie par le biais d'une quittance subrogatoire, c'est-à-dire un acte par lequel le créancier reconnaît avoir reçu une certaine somme d'argent³⁴. Celle-ci n'est pas exigée,³⁵ mais la preuve devra toutefois être faite par écrit pour les sommes ou valeurs dépassant 1500 euros³⁶. En outre, le recours à un

²⁸ Dans le même sens, on peut également relever que son opposabilité est peu contraignante, ce qui accentue davantage la possibilité de s'en prévaloir : Cf. *infra*. Une protection accordée à travers les conditions d'opposabilité de la subrogation, p. 226.

²⁹ C. civ, art. 1315. Civ, 3^{ème}, 12 avril 2018, n° 17-17542. La preuve en matière de subrogation conventionnelle incombe également au subrogé : Civ, 1^{ère}, 12 juillet 2006, n° 04-16.916.

³⁰ C. civ, art. 1342-8. CE, 5 octobre 2005, n° 252317. Civ, 3^{ème}, 9 mars 2017, n° 16-10.593.

³¹ Civ, 1^{ère}, 12 juillet 2006, n° 04-16.916 : « *La concomitance nécessaire du paiement et de la subrogation conventionnelle, dont la preuve incombe au subrogé, est souverainement appréciée par les juges du fond* ».

³² C. civ, art. 1346-5, al 2 : « *La subrogation est opposable aux tiers dès le paiement* » ; CAA Nantes, 14 mars 1990, n° 89NT00415. Cf. *supra*. Le moment du paiement et l'état de la créance transmise, p. 186.

³³ Civ, 2^{ème}, 7 juillet 2011, n° 10-18.596 : « *La double mention manuscrite "biens mobiliers" limitait, tant dans le titre que dans le texte, les effets de la quittance subrogative à cette catégorie de dommages* ».

³⁴ S. Guinchard et T. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 21^{ème} éd. 2014, p. 768, v° « Quittance ». Il convient toutefois de relever que « *la quittance subrogative ne fait pas preuve par elle-même de la concomitance de la subrogation et du paiement, laquelle doit être, aux termes de l'article 1250.1° du Code civil, spécialement établie* » : Civ, 1^{ère}, 23 mars 1999, n° 97-11.685. La Cour de cassation le rappelle dans un arrêt de la 2^{ème} chambre civile du 8 février 2018, n° 16-28398. La concomitance se prouvant par tous moyens, la quittance peut permettre d'établir cette preuve, ainsi que tout document même antérieur, lorsqu'il en ressort de façon expresse une volonté de subroger son cocontractant dans ses créances au moment du paiement : Com, 29 janvier 1991, n° 89-10085.

³⁵ CAA Douai, 30 décembre 2020, n° 19DA00472. CAA Nancy, 4 août 2005, n° 00NC00727 : « *Si les compagnies d'assurance sont susceptibles, même pour la première fois en appel, d'exercer l'action subrogatoire prévue à l'article L 172-29 susmentionné du Code des assurances, cette action n'est toutefois recevable que dans la limite de la quittance subrogative, ou de tout document suffisamment probant pour en tenir lieu, produite devant le juge aux fins d'attester la date et l'effectivité du paiement de l'indemnité d'assurance* ». CE, 5 octobre 2005, n° 252317.

³⁶ C. civ, art. 1359.

acte notarié présente l'avantage de la force probante et exécutoire, et s'impose lorsque la subrogation conventionnelle est initiée par le débiteur et consentie sans le concours du créancier. Deux déclarations doivent alors être faites : la première concerne l'acte d'emprunt qui doit préciser que la somme sert à payer la dette et la seconde est relative à l'origine des fonds³⁷.

Ainsi, la preuve de la subrogation légale est largement facilitée, alors que la subrogation conventionnelle renforçant les hypothèses d'application est plus contraignante dans sa mise en œuvre. Elle ne fait toutefois pas obstacle à l'effectivité de la subrogation, mais permet de déterminer avec certitude le moment du transfert de droits³⁸.

L'articulation entre la preuve de la subrogation légale et conventionnelle : l'exemple de l'assureur. L'assureur bénéficie d'une subrogation légale spéciale fixée par l'article L. 121-12 du Code des assurances et peut également prévoir une subrogation conventionnelle insérée dans le contrat d'assurance³⁹. La preuve de la subrogation légale de l'assureur suppose alors d'établir qu'une obligation particulière a bien été remplie : le paiement doit être fait en exécution d'une obligation contractuelle⁴⁰. Ainsi, chaque fois que le paiement ne peut être rattaché à une telle obligation, la subrogation légale ne peut être mise en œuvre. Dès lors, *« l'assureur doit démontrer l'existence du contrat d'assurance et son contenu afin de démontrer que le sinistre entre bien dans l'objet de la garantie, puis le lien entre le paiement et le sinistre, qui relève cette fois de la liberté de la preuve »*⁴¹.

Afin de contourner une telle contrainte, il peut insérer dans le contrat une subrogation conventionnelle pour laquelle l'origine du paiement est indifférente⁴². Ainsi, seule la

³⁷ C. civ, art. 1346-2, al 2 : *« La subrogation peut être consentie sans le concours du créancier, mais à la condition que la dette soit échue ou que le terme soit en faveur du débiteur. Il faut alors que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaire, que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le paiement, et que dans la quittance il soit déclaré que le paiement a été fait des sommes versées à cet effet par le nouveau créancier »*.

³⁸ La subrogation a lieu par l'effet du paiement, dès lors, elle ne peut être faite *a posteriori*. La nécessité de rapporter la preuve du paiement et la concomitance entre celle-ci et la subrogation conventionnelle accordée est donc primordiale pour assurer le respect des conditions de la subrogation personnelle. Le transfert s'effectue au moment du paiement et l'ampleur des droits transmis est définitivement établie à ce moment-là. En l'absence de subrogation, le paiement entraîne alors une extinction de la créance.

³⁹ Un tel cumul est d'ailleurs fréquent.

⁴⁰ Com, 16 juin 2009, n° 07-16.840 : *« C'est à bon droit, s'agissant de la subrogation légale invoquée par les assureurs de la société Vuitton, que l'arrêt retient qu'il leur appartient de démontrer qu'ils étaient tenus contractuellement de régler l'indemnité invoquée en exécution de la police d'assurance »*.

⁴¹ A. Pélissier, *Preuve de la subrogation de l'assureur : il n'y a que le résultat qui compte !*, Revue générale du droit des assurances, n° 11, novembre 2018, p. 503.

⁴² Com, 16 juin 2009, n° 07-16.840 : *« La subrogation conventionnelle de l'assureur dans les droits de l'assuré résulte de la volonté expresse de ce dernier, manifestée concomitamment ou antérieurement au paiement reçu de*

concomitance entre la subrogation et le paiement doit être prouvée. À titre d'exemple, lorsque l'assureur n'applique pas la franchise, une clause subrogatoire lui permet d'exercer le recours pour la somme correspondant, alors même qu'aucune obligation contractuelle ne contraignait l'assureur à payer de telles sommes⁴³. La jurisprudence a d'ailleurs confirmé que la subrogation légale du droit des assurances n'avait pas pour conséquence d'exclure celle de droit commun⁴⁴ ou la responsabilité conventionnelle⁴⁵.

Dès lors, un tel cumul a pour effet de renforcer l'effectivité de la subrogation personnelle en contournant la condition supplémentaire posée par l'article L 121-12 du Code des assurances. Le choix laissé à l'assureur entre la subrogation légale et conventionnelle contribue donc à optimiser le recours subrogatoire.

2. Les difficultés rencontrées en matière de subrogation réelle

De la même façon qu'en matière de subrogation personnelle, la subrogation réelle ne peut conduire à la préservation du droit menacé d'extinction que si elle peut être démontrée⁴⁶. Lorsqu'elle est impossible à prouver, elle perd alors toute son effectivité.

Les éléments nécessaires à la preuve de la subrogation réelle. La preuve de la subrogation réelle doit conduire à démontrer le transfert du droit d'un bien sur un autre bien. Dès lors, le bien de remplacement doit être lié au bien remplacé ; ce qui est communément appelé la condition de provenance⁴⁷. Elle s'explique au regard du caractère conservatoire de la subrogation : puisqu'elle a vocation à conserver un droit par son transfert d'un bien vers un autre, ce maintien ne peut avoir lieu que lorsque le bien de remplacement est apparu en raison

l'assureur, qui n'a pas à établir que ce règlement a été fait en exécution de son obligation contractuelle de garantie ».

⁴³ Com, 16 juin 2009, n° 07-16840.

⁴⁴ Civ, 1^{ère}, 27 novembre 2013, n° 12-25.399 : « *Celui qui s'acquitte d'une dette personnelle peut prétendre bénéficier de la subrogation s'il a, par son paiement, libéré envers leur créancier commun celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette ; qu'en relevant, pour écarter la subrogation dans les droits de la CAISSE, contre les époux X..., dont se prévalait l'assureur du notaire, que l'assureur n'avait pas payé la dette d'autrui, mais sa propre dette née du contrat d'assurance responsabilité civile le liant à l'officier ministériel, bien que l'acquittement d'une dette personnelle ne fasse pas, en soi, échec au mécanisme de la subrogation, la Cour d'appel a statué par des motifs inopérants et ainsi violé l'article 1251 du Code civil ».*

⁴⁵ Civ, 2^{ème}, 17 novembre 2016, n° 15-25.409. Com, 21 octobre 2020, n° 19-16.206 : l'assurée peut consentir à son assureur une cession de ses droits et actions nés des dommages. Ainsi, l'assureur peut agir en responsabilité contre le commissionnaire de transporteur sur le fondement de cette seule cession et non par voie de subrogation.

⁴⁶ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1, p. 478 ; V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 245.

⁴⁷ Notamment, M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1, p. 250 : « *La disparition du bien rattaché à un patrimoine déterminé doit être, sur un plan strictement réel, la cause de l'apparition du bien nouveau dans le même patrimoine ».* V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 171 : l'auteur parle de rapport de filiation entre le bien original et le bien remplacé.

de la disparition de l'ancien, ou de l'impossibilité pour le droit d'être maintenu sur celui-ci. À titre d'exemple, lorsqu'elle intervient au sein d'une masse de biens, elle n'a pas vocation à l'étendre : un bien ne peut donc être propre par subrogation que dans la mesure où il provient d'un bien propre. La vente permet alors avec certitude de considérer que l'apparition du bien nouveau est la cause directe de la disparition du bien initial au sein du patrimoine du vendeur. La même constatation peut être faite en matière d'indemnité d'assurance versée à la suite de la destruction d'un immeuble : la disparition de l'immeuble entraîne l'apparition d'une créance indemnitaire sur laquelle le droit de préférence, autrefois attaché à l'immeuble peut se reporter.

Le bien de remplacement n'apparaît pas nécessairement dans le même patrimoine que le bien remplacé. Ainsi, lorsqu'une vente est accompagnée d'une clause de réserve de propriété, les droits du vendeur peuvent se reporter sur le prix de revente. La créance du prix de revente naît dans le patrimoine de l'acheteur alors que le bien, en raison de la clause de réserve de propriété, figure toujours dans le patrimoine du vendeur initial⁴⁸. La condition de provenance est cependant remplie en ce que la créance de prix de vente a vocation à remplacer le bien qui a disparu du patrimoine de l'acheteur par l'effet de la revente.

Pour déterminer le lien entre le bien initial et le bien de remplacement, ceux-ci doivent être identifiables et individualisés⁴⁹. En outre, celui qui se prévaut de la subrogation doit prouver qu'il possède le droit donc il revendique le transfert sur le bien nouveau. Ainsi, le créancier hypothécaire doit pouvoir démontrer qu'il est bien titulaire de l'hypothèque et également déterminer le rang de celle-ci, afin de pouvoir faire valoir ses droits en priorité par rapport aux créanciers de rangs inférieurs. Cette démonstration n'est toutefois pas propre à la subrogation, dans la mesure où le droit revendiqué doit toujours pouvoir être prouvé en cas de contestation⁵⁰. Dès lors, c'est la preuve de la provenance qui fait l'efficace de la subrogation réelle.

⁴⁸ E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 45.

⁴⁹ Dès lors, en matière de deniers de remplacement, le caractère fongible peut rendre impossible leur identification au sein du patrimoine.

⁵⁰ Ainsi, même en l'absence de subrogation, le requérant doit être en mesure de prouver l'existence de son hypothèque et le rang de celle-ci. Il convient de relever que par principe, la charge de la preuve incombe au demandeur : C. proc. civ., art. 9 : « *Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ». C. civ., art. 1315 : « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver* ». Toutefois : CE, 26 novembre 2012, n° 354108 : « *Il appartient au juge de l'excès de pouvoir de former sa conviction sur les points en litige au vu des éléments versés au dossier par les parties ; que s'il peut écarter des allégations qu'il jugerait insuffisamment étayées, il ne saurait exiger de l'auteur du recours que ce dernier apporte la preuve des faits qu'il avance ; que, le cas échéant, il revient au juge, avant de se prononcer sur une requête assortie d'allégations sérieuses non démenties par les éléments produits par l'administration en défense, de mettre en œuvre ses pouvoirs généraux d'instruction des requêtes et de prendre toutes mesures*

La preuve de la provenance. C'est à celui qui se prévaut de la subrogation d'en apporter la preuve⁵¹. Cette dernière peut être apportée par le biais d'un acte juridique tel qu'un contrat d'assurance, ou de faits juridiques tels que la destruction d'un bien. Lorsque la subrogation réelle est immédiate, la preuve se trouve simplifiée. L'acte de vente peut alors suffire à prouver le lien de provenance entre le bien initial et le prix de vente venant en remplacement⁵². Toutefois, lorsque la subrogation se produit en plusieurs étapes, la preuve se complexifie. Ainsi, en matière de bien propre, l'acte de vente doit permettre d'établir que la vente est faite de deniers propres ou provenus de l'aliénation d'un propre⁵³. La subrogation est alors différée au moment de l'acquisition du bien de remplacement.

La subrogation réelle peut également résulter de plusieurs actes successifs, de sorte que le transfert du droit a vocation à se produire plusieurs fois⁵⁴. Elle se produit alors en cas de remplacements répétés, et la preuve de la provenance doit se faire entre les biens successifs. La nature du bien en cause peut également conduire à complexifier la preuve de la subrogation réelle. Ainsi, lorsque le droit se reporte sur une somme d'argent, le prix perd son individualité en entrant dans le patrimoine, en raison de la fongibilité par nature des sommes d'argent.

En matière de régime matrimonial ou d'indivision, la preuve nécessite alors l'identification et l'individualisation des deniers employés ou remployés. Malgré leur caractère fongible, il faut établir que ces sommes ne se sont pas confondues avec la masse de biens communs ou celle de biens personnels de l'indivisaire. Le besoin d'identification conduit également à accorder au créancier la possibilité de faire opposition au paiement du

propres à lui procurer, par les voies de droit, les éléments de nature à lui permettre de former sa conviction, en particulier en exigeant de l'administration compétente la production de tout document susceptible de permettre de vérifier les allégations du demandeur ».

⁵¹ C. civ, art. 1358 : « *Hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen* ». C. civ, art. 1359 : « *L'acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique. Il ne peut être prouvé outre ou contre un écrit établissant un acte juridique, même si la somme ou la valeur n'excède pas ce montant, que par un autre écrit sous signature privée ou authentique. Celui dont la créance excède le seuil mentionné au premier alinéa ne peut pas être dispensé de la preuve par écrit en restreignant sa demande. Il en est de même de celui dont la demande, même inférieure à ce montant, porte sur le solde ou sur une partie d'une créance supérieure à ce montant* ». C. civ, art. 1360 et suivantes.

⁵² Par exemple, lorsqu'un bien est vendu avec réserve de propriété et que le second acquéreur est de bonne foi, le droit de revendication peut être reporté sur le prix de vente. Le lien entre le prix de vente et le bien vendu découle alors directement de l'acte de vente.

⁵³ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1, p. 478 : « *C'est pour créer [d]es garanties que le législateur a imposé les formalités prévues par l'article 1434 du Code civil* ».

⁵⁴ Par exemple, en matière d'indivision, un bien acquis par remploi peut à son tour donner lieu à un remploi s'il est à son tour vendu et que la somme est remployée pour l'acquisition d'un bien nouveau. L'article 815-10 du Code civil ne limite donc pas la possibilité d'effectuer un remploi de biens indivis.

prix entre les mains du sous-acquéreur en matière de report sur le prix de vente du droit de préférence. La charge de la preuve peut alors être facilitée lorsque la subrogation a lieu à l'occasion d'un remplacement de biens contrôlé par l'autorité publique⁵⁵, ou encore lorsque les sommes ont été consignées⁵⁶.

Dès lors, la possibilité de se prévaloir de la subrogation, qu'il s'agisse du choix dans sa mise en œuvre ou de la preuve de son application, joue un rôle sur sa capacité à produire ses effets.

Paragraphe 2 : L'effectivité relative de la subrogation personnelle

L'effectivité de la subrogation entretient un lien étroit avec son efficacité. En effet, l'effectivité traduit sa capacité à produire un effet réel et sa prise en compte par le droit. Dès lors, il s'agit de s'interroger sur l'application dans les faits du mécanisme subrogatoire. L'efficacité, quant à elle, se rapporte à l'appréciation des conséquences de son application et leur adéquation avec le résultat visé. Ainsi, même lorsque la subrogation est mise en œuvre, elle ne parvient pas toujours au maintien de l'équilibre préétabli. Parler d'effectivité revient donc également à s'interroger sur l'efficacité du mécanisme.

Il faut alors mettre en avant, que la subrogation est influencée par des facteurs légaux ou pratiques qui viennent faire obstacle à sa mise en œuvre, ou à ses chances de parvenir au résultat attendu dans toute sa plénitude (A). Néanmoins, malgré son utilisation suboptimale et les atteintes à son efficacité, elle est un support efficace de la responsabilité (B).

A. Les obstacles à l'efficacité de la subrogation personnelle

La mise en œuvre suboptimale de la subrogation personnelle ne découle pas uniquement de la volonté du titulaire de l'action d'exercer ou non le recours subrogatoire. D'autres facteurs doivent également être pris en compte.

⁵⁵ Ainsi, dans les hypothèses où l'objet porteur de la sûreté est vendu par autorité de justice, le rapport de provenance est assuré par la vente par voie de justice. Le titulaire de la sûreté devra uniquement prouver celle-ci ainsi que son rang. Par exemple : C. proc. civ. ex, art. L 322-1 et s : vente de l'immeuble saisi.

⁵⁶ Par exemple, en matière d'expropriation lorsque le bien de remplacement est une somme consignée : C. expropriation, art. R 13-65.

Premièrement, des obstacles pratiques conduisent à faire échec à la subrogation, ou à rendre son recours infructueux (1). Deuxièmement, des obstacles légaux viennent limiter sa mise en œuvre en l'excluant totalement ou en la contournant par le biais d'un remboursement qui ne répond pas aux mêmes objectifs (2).

1. Les obstacles pratiques à l'efficacité de la subrogation personnelle

En pratique, l'exercice du recours subrogatoire est loin d'être systématique et contribue peu à alimenter les ressources des Fonds⁵⁷. Des obstacles à la mise en œuvre d'un tel recours ainsi qu'à son aboutissement viennent dès lors limiter l'efficacité de la subrogation personnelle qui, dans bon nombre d'hypothèses, ne parvient pas à rétablir l'équilibre préétabli.

Les obstacles dans la mise en œuvre du recours subrogatoire. La faible mise en œuvre du recours subrogatoire s'explique au regard des moyens insuffisants dont bénéficient les organismes payeurs. Bien qu'un tel recours œuvre à leur refinancement, il ne faut pas négliger les frais humains et de gestion liés à sa mise en œuvre. Ainsi, une balance des intérêts est faite entre les frais engagés et la somme qu'il est possible d'obtenir en remboursement⁵⁸. À titre d'exemple, le rapport d'information sur les risques et les conséquences de l'exposition à l'amiante de 2006⁵⁹ préconise une augmentation du nombre de juristes traduisant le manque de moyens humains. Il met en avant que les recours sont principalement effectués lorsqu'il s'agit de rechercher une faute inexcusable de l'employeur permettant d'octroyer à la victime un complément d'indemnisation⁶⁰.

⁵⁷ Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante, *Rapport 2020 d'activité*, p. 31 : relate 659 recours subrogatoires exercés par le FIVA en 2020 : http://www.fiva.fr/documents/Rapport_FIVA_2020.pdf ; G. Dériot et J.-P. Godefroy, *Rapport d'information sur le bilan et les conséquences de la contamination par l'amiante*, Doc. Sénat, 2005-2006, n° 37, p. 181. J. Le Garrec (sous la dir.), *Rapport d'information sur les risques et les conséquences de l'exposition à l'amiante*, Assemblée nationale, n° 2884, 2006. En outre, sur 261 millions d'euros de recette, seulement 16 millions correspondent aux recours contre les auteurs du dommage pour le FGAO ; et sur 719 millions d'euros de recette, 75 millions correspondent aux recours subrogatoires pour le FGTI en 2019 : <http://rapportdactivite.fondsdegarantie.fr/2019/le-fonds-en-chiffres/#chiffres-financiers> : site fonds de garantie des victimes, chiffre pour l'année 2019. J. Knetsch, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: Analyse en droits français et allemand*, Thèse, Université Panthéon-Assas Paris II, 2011.

⁵⁸ J. Knetsch, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: Analyse en droits français et allemand*, Thèse, Université Panthéon-Assas Paris II, 2011, p. 397.

⁵⁹ G. Dériot et J.-P. Godefroy, *Rapport d'information sur le bilan et les conséquences de la contamination par l'amiante*, Doc. Sénat, 2005-2006, n° 37, pp. 181 et suivantes.

⁶⁰ Loi, n° 2000-1257, 23 décembre 2000, *De financement de la sécurité sociale pour 2001*, art. 53 VI : modifiée par la loi n° 2016-41, 26 janvier 2016, *De modernisation de notre système de santé*, art. 199 : « Le fonds intervient devant les juridictions civiles, y compris celles du contentieux de la sécurité sociale, notamment dans

Davantage de moyens conduiraient alors à faire dépendre la subrogation personnelle uniquement du choix du titulaire au lieu d'être tributaire des difficultés pratiques rencontrées⁶¹. Il convient de relever que sur 261 millions d'euros de recettes perçus par le fonds de garantie des assurances obligatoires, seulement 16 millions correspondent aux recours contre les auteurs du dommage en 2019⁶². La subrogation, en tant que mécanisme de refinancement, est donc loin d'être optimisée.

On peut s'interroger sur l'opportunité d'exercer un tel recours lorsque le défendeur est en même temps contributaire du fonds⁶³. Le rapport d'information sur les risques et les conséquences de l'exposition à l'amiante de 2006 met en avant l'inutilité d'effectuer un recours contre les employeurs publics ou contre la branche AT-MP, puisqu'ils sont les principaux financeurs⁶⁴. De la même façon, en matière de dommages à la suite d'une transfusion sanguine, la responsabilité en l'absence de faute est celle des centres de transfusions pour fourniture de produits viciés. Dès lors, le payeur reste en dernier ressort la

les actions en faute inexcusable, et devant les juridictions de jugement en matière répressive, même pour la première fois en cause d'appel, en cas de constitution de partie civile du demandeur contre le ou les responsables des préjudices ; il intervient à titre principal et peut user de toutes les voies de recours ouvertes par la loi. Si le fait générateur du dommage a donné lieu à des poursuites pénales, le juge civil n'est pas tenu de surseoir à statuer jusqu'à décision définitive de la juridiction répressive. La reconnaissance de la faute inexcusable de l'employeur, à l'occasion de l'action à laquelle le fonds est partie, ouvre droit à la majoration des indemnités versées à la victime ou à ses ayants droit en application de la législation de sécurité sociale. L'indemnisation à la charge du fonds est alors révisée en conséquence ». Un rapport de 2009 sur la prise en charge des victimes de l'amiante met en avant que depuis 2006, le FIVA a engagé 2171 actions subrogatoires : G. Lefrand, *Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la commission des affaires sociales sur la prise en charge des victimes de l'amiante*, Assemblée nationale, n° 2090, 18 novembre 2009. Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante FIVA, *4^{ème} rapport d'activité au Parlement et au Gouvernement*, Juin 2004/mai 2005, pp. 57 et s : Le rapport constate également que 65 % des dossiers ne font pas l'objet d'un recours subrogatoire en raison de la prescription du recours au moment de la décision d'archivage. Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante, *Rapport 2020 d'activité*, p. 31 : relate 659 recours subrogatoires exercés par le FIVA en 2020 : http://www.fiva.fr/documents/Rapport_FIVA_2020.pdf.

⁶¹ Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante FIVA, *4^{ème} rapport d'activité au Parlement et au Gouvernement*, Juin 2004/mai 2005, p. 55. Dans le même sens : A. D'HAUTEVILLE (sous la dir.), *La réparation du dommage – Bilan de l'activité des Fonds d'indemnisation*, 2009, p. 69.

⁶² En outre ; sur 719 millions d'euros de recette, 75 millions correspondent aux recours subrogatoires pour le FGTI en 2019 : <http://rapportdactivite.fondsdegarantie.fr/2019/le-fonds-en-chiffres/#chiffres-financiers> : site fonds de garantie des victimes, chiffre pour l'année 2019.

⁶³ Les fonds reçoivent des financements divers. Par exemple, le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages reçoit « *une triple contribution des sociétés d'assurances, des responsables d'accidents et des assurés* » : S. Abravanel-Jolly, *Fonds de garantie*, Rép. civ. janvier 2012, n° 43.

⁶⁴ G. Dériot et J.-P. Godefroy, *Rapport d'information sur le bilan et les conséquences de la contamination par l'amiante*, Doc. Sénat, 2005-2006, n° 37, p. 181 : « *Ces recours mobilisent les services du FIVA, des CPAM, et encombrant les tribunaux, mais ne présentent pas d'intérêt pour les finances publiques* ». J. Knetsch, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: Analyse en droits français et allemand*, Thèse, Université Panthéon-Assas Paris II, 2011, n° 531, p. 389 : « *le fonds peut opportunément décider de ne pas se retourner contre certains responsables potentiels pour des raisons qui tiennent tantôt à l'origine des ressources affectées aux fonds, tantôt à l'absence d'impact réel sur le responsable* ».

collectivité publique et le paiement pourra alors être perçu comme étant effectué deux fois par le contribuable.

Deux argumentations s'opposent alors : la première consiste à dire que la contribution ne correspond pas à des primes d'assurance de responsabilité, et qu'exclure le recours contre un contribuable du fonds peut laisser penser qu'en payant, ils obtiennent le droit de causer un dommage. Le second se rapporte à l'origine des fonds et revient à considérer que le recours s'avère peu judicieux dès lors que le créancier est la même personne que le débiteur.

Les obstacles à l'aboutissement du recours subrogatoire. Même si le recours subrogatoire est mis en œuvre, il peut aboutir à une absence de remboursement des sommes engagées, ou à un remboursement inférieur. En effet, lorsque le *solvens* est subrogé dans les droits du débiteur, il rencontre les mêmes obstacles que celui-ci aurait pu rencontrer s'il n'avait pas bénéficié d'un créancier supplémentaire⁶⁵ ou d'un créancier de substitution⁶⁶. Dès lors, d'autres éléments viennent s'opposer à la systématisation du recours subrogatoire et rendent son application pratique inutile.

Il peut s'agir de l'impossibilité d'identifier le responsable, ou encore de son insolvabilité. En outre, au stade de la contribution à la dette, la preuve du préjudice, du fait générateur ainsi que de lien de causalité doit être apportée⁶⁷. Les fonds d'indemnisation jouent parfois un rôle subsidiaire, c'est-à-dire qu'ils ont vocation à intervenir lorsque la mise en jeu de la responsabilité de l'auteur du dommage n'est pas possible⁶⁸. Un tel rôle rend alors pratiquement impossible l'action subrogatoire puisque la victime doit démontrer qu'elle ne parvient pas à recevoir d'indemnisation du responsable. L'action exercée dans ces hypothèses semble davantage procéder d'un caractère moral que financier⁶⁹.

2. Les obstacles légaux à l'efficacité de la subrogation personnelle

En dehors des difficultés pratiques, certaines règles ou conventions viennent faire obstacle à l'exercice du recours subrogatoire. Le déséquilibre peut alors résulter d'un choix du

⁶⁵ Par exemple, un fonds d'indemnisation.

⁶⁶ Par exemple : Loi, 5 avril 1937, *modifiant les règles de la preuve en ce qui concerne la responsabilité civile des instituteurs et l'art. 1384 (paragraphe 5, dernier al.) du Code civil relatif à la substitution de la responsabilité de l'État à celle des membres de l'enseignement public.*

⁶⁷ J. Knetsch, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: Analyse en droits français et allemand*, Thèse, Université Panthéon-Assas Paris II, 2011, n° 532, p. 390.

⁶⁸ Par exemple, le Fonds national de garantie des calamités agricoles ou le dispositif d'indemnisation des dommages causés aux récoltes par le gibier.

⁶⁹ M. Sousse, *La notion de réparation de dommage en droit administratif français*, Thèse, LGDJ, 1994, p. 107.

législateur ou de dispositions conventionnelles qui viennent modifier la répartition de la charge de la dette.

L'exclusion légale du recours subrogatoire. Dans certaines hypothèses, le recours subrogatoire est limité. Ainsi, en matière d'accident du travail, si le dommage est imputable à la fois à un tiers à l'entreprise et à l'employeur de la victime, la victime doit agir contre le tiers, sauf faute intentionnelle de son employeur. La Cour de cassation a dès lors précisé que « *dans le cas d'un accident du travail, aucune action de droit commun ne saurait être exercée contre l'employeur de la victime, vu le caractère forfaitaire de la réparation prévue par la loi, ou l'un de ses coprésosés* »⁷⁰. Ainsi, l'employeur responsable du dommage n'en supportera pas la charge définitive, à moins qu'il ait commis une faute intentionnelle. Cette interdiction reste toutefois conforme à l'effet translatif de la subrogation dans la mesure où la victime et le *solvens* sont soumis à la même restriction.

En outre, « *le recours en garantie, exercé par le coauteur d'un accident de la circulation contre le parent d'un mineur victime d'un dommage imputable à cet accident ayant pour effet de priver directement ou indirectement cette victime de la réparation intégrale de son préjudice, prévue par les dispositions d'ordre public de la loi du 5 juillet 1985, est irrecevable* »⁷¹. Ce principe ne s'applique cependant pas en l'absence de communauté de vie entre la victime et le proche parent⁷², ou encore lorsque le recours est effectué contre l'assureur⁷³. Bien que contraire à l'effet translatif de la subrogation⁷⁴, cette restriction reste toutefois limitée en pratique aux hypothèses de défaut d'assurance. Cette exclusion du recours ne s'applique pas en droit public, puisque le juge administratif refuse de condamner la personne publique au tout lorsque le dommage résulte d'un fait impliquant une personne publique et un proche parent de la victime⁷⁵.

D'autres limitations légales viennent également conditionner le maintien de l'équilibre préétabli à des hypothèses déterminées. Ainsi, certains régimes spéciaux limitent l'exercice du

⁷⁰ Ass. Plen, 31 octobre 1991, n° 89-11.514.

⁷¹ Civ. 2^{ème}, 20 avril 1988, n° 87-13.135 et n° 86-16.355.

⁷² Civ. 2^{ème}, 27 février 1991, n° 89-15.862.

⁷³ Civ. 2^{ème}, 2 février 1994, n° 92-14.864 ; Civ. 2^{ème}, 17 juillet 1991, n° 89-13.388.

⁷⁴ La victime dispose d'un tel recours, celui-ci aurait donc dû par principe être transmis au subrogé.

⁷⁵ Dans cette hypothèse, le juge administratif accorde un effet partiellement libératoire au fait du tiers : A. Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Orléans, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, 2019, n° 413, p. 359. CE, 2 février 1977, n° 00280 ; CE, 30 mars 1990, n° 81174. CAA Lyon, 27 décembre 2001, *M. Mousse*, n° 97LY02216.

recours subrogatoire à des hypothèses de faute⁷⁶ ou de manquement caractérisé⁷⁷, alors que d'autres l'excluent totalement⁷⁸. Ces limitations rendent certes impossible le recours subrogatoire, mais n'affectent pas véritablement son efficacité dans la mesure où le législateur prévoit spécifiquement un tel déséquilibre patrimonial ; ce qui n'est cependant pas le cas lorsque l'exclusion du recours provient de conventions.

Le contournement du recours subrogatoire par les conventions interassurances. Le recours subrogatoire se trouve affaibli par la mise en place de conventions interassurances, qui est un mode alternatif de règlement des différends, dont l'effet est simplificateur et régulateur. Ces conventions permettent d'éviter le recours entre assureurs en établissant des barèmes et critères d'indemnisation équivalents⁷⁹. Par ce biais, les assurances établissent entre elles les règles régissant le règlement de leurs litiges et évitent ainsi les frais engendrés par le recours subrogatoire. De la même façon, le protocole d'assureurs-organismes sociaux⁸⁰ prévoit des normes d'évaluation spécifiques s'appliquant dans les rapports entre caisses et entreprises d'assurances adhérentes.

La répartition de la charge de la dette peut alors différer du droit commun, et les conventions ne permettent pas d'assurer le maintien de l'équilibre préétabli par le législateur. Elles sont toutefois avantageuses pour les signataires en ce qu'une telle déjudiciarisation leur permet de recevoir rapidement un remboursement. À titre d'exemple, la convention d'indemnisation et de recours corporel automobile (IRCA) a été créée dans le domaine de l'indemnisation des dommages corporels.

⁷⁶ Pour le FITH : C. sant. publ, art. L 3122-4 : « L'office est subrogé, à due concurrence des sommes versées dans les droits que possède la victime contre la personne responsable du dommage ainsi que contre les personnes tenues à un titre quelconque d'en assurer la réparation totale ou partielle dans la limite du montant des prestations à la charge desdites personnes. Toutefois, l'office ne peut engager d'action au titre de cette subrogation que lorsque le dommage est imputable à une faute ».

⁷⁷ C. sant. publ, art. L 1142-17 : « Si l'office qui a transigé avec la victime estime que la responsabilité d'un professionnel, établissement, service, organisme ou producteur de produits de santé mentionnés au premier alinéa de l'article L. 1142-14 est engagée, il dispose d'une action subrogatoire contre celui-ci. Cette action subrogatoire ne peut être exercée par l'office lorsque les dommages sont indemnisés au titre de l'article L. 1142-1-1, sauf en cas de faute établie de l'assuré à l'origine du dommage, notamment le manquement caractérisé aux obligations posées par la réglementation en matière de lutte contre les infections nosocomiales ».

⁷⁸ C. sant. publ, art. L 1142-22 ; C. ass, art. L 425-1.

⁷⁹ C. Bloch et P. Le Tourneau, *Chapitre 6214 : Réalisation du droit à réparation des victimes d'accidents de la circulation*, Dalloz, Droit de la responsabilité et des contrats, 2021-2022, n° 6214.82. B. Beignier et S. Ben Hadj Yahia, *Le contrat d'assurance, contrat institutionnalisé, issue de Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019, p. 106.

⁸⁰ R. Bigot, *Accident causé par un VTAM soumis à l'obligation d'assurance : possibilité pour le tiers responsable d'opposer le PAOS à la Caisse*, Dalloz Affaires assurances, 7 décembre 2021 ; E. Coyault, *Recours des organismes sociaux - Champ d'application du protocole d'accord assureurs-organismes sociaux : la Cour de cassation refuse de s'en mêler !*, Resp. civ et ass. n° 1, janvier 2022, comm. 4.

Ces conventions permettent à la fois de contourner les obstacles pratiques précédemment mis en avant, d'économiser le coût des recours et d'offrir aux assureurs une prévisibilité dans le règlement de leurs litiges. Elles sont toutefois inopposables à l'assuré et aux victimes et ne peuvent pas réduire leur droit à indemnisation⁸¹. Ces derniers peuvent donc en tout état de cause effectuer un recours contre le responsable pour obtenir le complément d'indemnisation pour la part du préjudice qui n'est pas réparé par l'assureur, quelle que soit la somme que celui-ci aurait pu recevoir de l'assureur du responsable.

Malgré le contournement des règles légales de répartition, l'assureur est à la fois demandeur dans certaines instances et défendeur dans d'autres, ce qui conduit, *in fine*, au maintien d'un certain équilibre. Néanmoins, le recours subrogatoire, par le maintien de l'équilibre préétabli, vise à faire supporter la charge du dommage au débiteur définitif. Les conventions, en revanche, conduisent à faciliter le règlement des sinistres, et n'ont pas pour objectif premier la recherche du responsable et le rétablissement des règles de la responsabilité.

B. L'effectivité de la subrogation personnelle en tant qu'auxiliaire de la responsabilité

La subrogation personnelle a vocation à intervenir en matière de coresponsabilité, où elle se révèle être avantageuse pour toutes les parties en cause (1). Sa capacité à produire des effets juridiques suppose alors qu'elle parvienne à rétablir la responsabilité dans toutes ses fonctions (2).

1. L'application de la subrogation en matière de coresponsabilité

La subrogation, en tant que mécanisme de maintien, a vocation à être avantageuse pour toutes les parties en cause. Son application est toutefois affaiblie en matière délictuelle, où le *solvens* ne bénéficie pas de garanties de remboursement.

Un recours avantageux pour les parties en causes. En matière de coresponsabilité, la subrogation est précédée de deux fluctuations successives : la première résulte du dommage et entraîne un appauvrissement de la victime. Elle se résout indépendamment de la subrogation. La seconde résulte du paiement effectué, par un autre que le débiteur, de tout ou

⁸¹ Civ, 2^{ème}, 15 novembre 2001, n° 99-16.888.

partie de la dette. Elle peut alors être corrigée par la mise en œuvre de la subrogation. Ainsi, trois parties sont en cause : la victime, le responsable et le *solvens*⁸².

La subrogation a tout d'abord été considérée comme équitable vis-à-vis du *solvens*⁸³ qui ne doit pas *in fine* supporter la charge définitive de la dette. Derrière ce besoin d'équité, c'est le rétablissement de l'équilibre patrimonial qui est recherché⁸⁴. Le recours subrogatoire permet alors au *solvens* de récupérer les sommes engagées. Il garantit également les droits de la victime puisque la transmission se fait uniquement dans la limite du paiement effectué. Ainsi, la victime conserve son droit d'agir contre le responsable pour la part lui restant due. Elle ne peut d'ailleurs en aucun cas être désavantagée par la subrogation en vertu du principe « *nemo contra se subrogasse consetur* » qui signifie que la subrogation ne peut nuire au subrogeant qui bénéficie d'une priorité dans le recouvrement de sa créance⁸⁵. Il convient toutefois de rappeler que le transfert de la créance suppose que la victime ne peut recevoir plus que le montant de sa créance, les droits et actions correspondant à la part du préjudice déjà indemnisé étant transmis au *solvens*.

La création de mécanismes garants de l'indemnisation apparaît comme acceptable dans la mesure où ces derniers bénéficient d'un recours contre le responsable du dommage. Dès lors, la mise en œuvre de garantie d'indemnisation suppose une prise en compte des intérêts du *solvens*, réponse apportée par le mécanisme subrogatoire et son effet régulateur. En outre, la responsabilité du débiteur définitif est rétablie dans la limite de la dette lui incombant. Même si la subrogation ne parvient pas toujours à rétablir l'équilibre antérieur⁸⁶, elle ne peut conduire à la création d'un nouveau déséquilibre patrimonial. Dès lors, seule la subrogation, qui permet le transfert de la créance dans la limite du paiement effectué, est à même de protéger tous les intérêts en présence. Son effet purement translatif explique d'ailleurs qu'elle ne nuise pas aux tiers.

⁸² Le *solvens* peut être en partie responsable à titre définitif de la dette ou au contraire agir en tant que garant de l'indemnisation.

⁸³ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 23 ; P-V Beauregard, *Paiement avec subrogation : ses origines en droit romain, sa nature et ses effets dans le droit français*, Thèse, A. Parent, Paris, 1876, p. 1 ; M. Gauthier, *Traité de la subrogation de personnes ou du paiement avec subrogation*, Librairie du Conseil d'État, Cotillon, Paris, 1853, p. 6 ; P. De Renusson, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, Paris, Jérôme Bodin, 1685, Chap I, XV, p. 13 ; A. Lelong, *Droit romain : de la subrogation en générale, Droit français : de la subrogation légale*, Jean Delamare, Saint-lô, 1880, p. 2.

⁸⁴ Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971, p. 326 : la subrogation répond à une double préoccupation : la première étant d'éviter une double indemnisation au profit de la victime et la seconde d'obliger le véritable responsable à contribuer à la réparation du dommage.

⁸⁵ C. civ, art. 1346-3.

⁸⁶ Cf. *supra*, Les obstacles à l'efficacité de la subrogation personnelle, p. 374.

Le recours subrogatoire affaibli en matière délictuelle. En matière contractuelle, le transfert de la créance permet au nouveau créancier de bénéficier des sûretés attachées à la créance et ainsi de maximiser ses chances d'obtenir le remboursement des sommes engagées. *A contrario*, en matière délictuelle, aucune sûreté n'est associée à la créance résultant du dommage et le *solvens* se trouve directement soumis au risque d'insolvabilité du responsable.

Des mesures sont toutefois mises en place. Ainsi, la victime doit indiquer sa qualité d'assuré social ou appeler en cause les tiers payeurs⁸⁷. Toutefois, les garanties de paiement accordées à la victime ne bénéficient pas au *solvens* subrogé dans ses droits. Ainsi, il ne peut pas exercer un recours contre les autres tiers payeurs ni se prévaloir de la responsabilité *in solidum*⁸⁸. Cette limitation des droits du *solvens* se justifie tout d'abord par la motivation du législateur, à travers la création de mécanismes garants. Elle trouve également son fondement dans la jurisprudence lors de la reconnaissance de l'obligation *in solidum*, où seule l'indemnisation de la victime a vocation à être garantie⁸⁹. Ainsi, il ne fait aucun doute que le législateur entend faire supporter le risque d'insolvabilité aux organismes payeurs ou aux coresponsables d'un même dommage.

Au stade de la contribution à la dette, il faut donc tenir compte des règles de répartition de la charge de la dette entre les différents responsables⁹⁰. Ainsi, lorsque le coauteur est non fautif, il peut se prévaloir de l'article 1242 du Code civil. Un tel recours est cependant exclu pour le coauteur fautif s'il souhaite l'invoquer contre un autre auteur non fautif⁹¹. Il s'agit donc davantage de la volonté de sanctionner l'auteur fautif⁹², ce qui dépend directement de l'application des règles de la responsabilité civile ou administrative. Par conséquent, bien que la subrogation soit avantageuse pour toutes les parties en cause, elle ne procure pas une protection accrue du *solvens* qui, en matière délictuelle, ne bénéficie d'aucune garantie d'indemnisation.

⁸⁷ C. sec. soc, art. L 376-1 et L 452-4 ; Ordonnance, n° 59-76, 7 janvier 1959, *relative aux actions en réparation civile de l'État et de certaines autres personnes publiques*, art. 3.

⁸⁸ E. Savaux, *La subrogation personnelle*, Rép. civ. 2017, n° 162 ; C. civ, art. 2310 et 875. Civ, 2^{ème}, 17 janvier 2013, n° 12-12158.

⁸⁹ M. Sousse, *La notion de réparation de dommage en droit administratif français*, Thèse, LGDJ, 1994, p. 108 : les organismes garants n'ont donc pas vocation à garantir la dette du responsable.

⁹⁰ Ainsi, d'autres exclusions du recours tiennent en réalité de la règle de répartition de la charge du dommage qui sont communes au droit privé et au droit public, et ne permettent pas à l'auteur fautif d'agir contre le responsable non fautif : CE, 30 avril 2003, *Société Sovico*, n° 183110 ; CE, 28 juillet 1951, *Delville*, n° 04032, Rec. p. 465, ou encore en fonction de la gravité de la faute : Civ, 1^{ère}, 13 février 2001, n° 98-17.957.

⁹¹ Civ, 2^{ème}, 23 février 1983, n° 80-14.495 ; civ, 2^{ème}, 10 avril 1991, n° 89-21.158 ; CE, 10 février 1988, *Commune d'Hyères et autres c/Consorts Gennet*, n° 70750 ; CE, 30 avr. 2003, *Société Sovico*, n° 183110.

⁹² A. Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Orléans, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, 2019, n° 505, p. 434.

2. La subrogation assurant l'efficacité de la responsabilité

Assurer l'efficacité de la responsabilité suppose le maintien de son rôle régulateur, mais également de sa fonction préventive. L'exercice du recours subrogatoire est alors de nature à rétablir de manière satisfaisante la responsabilité dans ses fonctions⁹³.

Le maintien du rôle régulateur de la responsabilité. La responsabilité civile ou administrative, contractuelle ou délictuelle, a un rôle régulateur en ce qu'elle permet de corriger un déséquilibre patrimonial. En matière délictuelle, la victime a subi un appauvrissement en raison du dommage⁹⁴, le rétablissement de l'équilibre se fait alors par le biais d'une indemnisation. Cette dernière doit couvrir tout le préjudice et rien que le préjudice, et le responsable du dommage doit en supporter la charge. En matière contractuelle, c'est le débiteur qui se trouve appauvri, et le maintien de l'équilibre préétabli peut se faire par l'exécution en nature ou par équivalent du contrat⁹⁵.

Bien que les dettes des tiers payeurs et du responsable soient distinctes, car elles n'ont pas le même objet, elles se rejoignent dans leurs effets puisque l'une comme l'autre ont vocation à satisfaire la victime créancière. Aussi, de même que la subrogation personnelle a un effet régulateur en rétablissant les règles de la responsabilité, la responsabilité assure un rôle régulateur en corrigeant le déséquilibre patrimonial issu d'une fluctuation comme un dommage ou une inexécution contractuelle⁹⁶. Lorsque le recours subrogatoire n'est pas mis en œuvre, il résulte un risque de déresponsabilisation⁹⁷. La subrogation permet également d'alléger la charge financière du contribuable⁹⁸.

⁹³ F. Roques, *L'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité*, AJDA. 1991, p. 75 : « L'action récursoire permet de rétablir l'effectivité de la responsabilité de l'auteur ».

⁹⁴ La responsabilité a pour objectif de rétablir la victime dans la situation qui était la sienne avant la survenance du dommage, réparation allouée par le responsable d'un tel dommage : C. civ, art. 1240 : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

⁹⁵ C. civ, art. 1231 et suivants.

⁹⁶ La responsabilité est l'obligation de réparer le préjudice, celui-ci pouvant résulter de l'inexécution d'un contrat, ou encore d'un dommage causé à autrui par son fait personnel, ou du fait des choses dont on a la garde ou des personnes dont on doit répondre : S. Guinchard et T. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 21^{ème} éd. 2014, p. 824, v° « Responsabilité civile ».

⁹⁷ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, pp. 257 et s ; A. Frank, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, Thèse, Paris I, L'Harmattan, 2008, n° 2, p. 17 : l'auteur met en avant que « *la volonté de " responsabiliser " les acteurs sociaux conserve une importance toute particulière* ».

⁹⁸ A. Frank, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, Thèse, Paris I, L'Harmattan, 2008, n° 503, p. 353 : « *On peut d'ailleurs se demander si l'action récursoire ne pourrait pas déjà être considérée comme étant une obligation de la part de la puissance publique obligée à la dette. En effet, l'on a rappelé que la jurisprudence " mergui " du 19 mars 1971 impose à l'administration de ne pas payer des sommes qu'elle ne doit pas. Il serait logique de considérer, a contrario, que l'Administration a le devoir de*

La fonction préventive de la responsabilité. La fonction préventive de la responsabilité s'entend comme l'effet de celle-ci sur la prévention du dommage en raison de la crainte légitime de la sanction pécuniaire qu'elle entraîne⁹⁹. Ayant conscience qu'il devra payer pour réparer le dommage causé, l'individu s'efforce de l'éviter. La responsabilité autrefois tournée vers le responsable et la volonté de lui faire supporter les conséquences de sa faute est aujourd'hui principalement tournée vers la victime. « *Ce n'est que dans un deuxième temps, donc subsidiaire, celui de la contribution à la dette, que la recherche d'un responsable réapparaît, lorsque l'indemnisation de la victime n'est plus en cause* »¹⁰⁰. Ainsi, le responsable n'est pas toujours l'auteur du fait dommageable, et peut être une personne morale. La responsabilité tend d'ailleurs à désigner un responsable solvable et généralement assuré.

Le développement de l'assurance a alors fortement atténué un tel sentiment de crainte dans la mesure où le responsable ne supporte, qu'à titre exceptionnel, les conséquences pécuniaires de ses actes¹⁰¹. L'extension de la couverture assurantielle à des domaines de plus en plus importants affaiblit donc considérablement la fonction préventive de la responsabilité¹⁰². Bien qu'elle soit atténuée, une telle fonction reste toutefois présente dans la mesure où toutes les fautes ne sont pas assurées¹⁰³, telles que celles intentionnelles. En outre, certaines assurances font intervenir des clauses de bonus-malus ou encore une franchise conduisant alors à réintroduire une sanction pécuniaire. Dans ces hypothèses, le patrimoine du responsable est directement atteint, ce qui permet de conserver la fonction préventive de la responsabilité.

Bien que l'on assiste de plus en plus à une déconnexion entre l'indemnisation et l'imputation du dommage, le système n'aboutit pas aujourd'hui à détacher la question de la réparation de celle de la sanction ou de la prévention. La subrogation permet donc de

recupérer les sommes qu'elle a légitimement garanties dans un premier temps, mais qu'elle supporte indûment de façon définitive ».

⁹⁹ P. Le tourneau, *Responsabilité : généralité*, Rép. civ. 2009, n° 124. D'autres auteurs mettent en avant la fonction préventive de la responsabilité telle que V. Viney, *Introduction à la responsabilité*, p 151.

¹⁰⁰ J. Lebourg, C. Quezel-Ambrunaz (dir.), *Sens et non-sens de la responsabilité civile*, Université Savoie Mont Blanc, CDPPOC, 2018, p. 15.

¹⁰¹ J. Knetsch, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation : Analyse en droits français et allemand*, Thèse, Université Panthéon-Assas Paris II, 2011, p. 387, n° 529.

¹⁰² M. Sousse, *La notion de réparation de dommage en droit administratif français*, Thèse, LGDJ, 1994, p. 47. À titre d'exemple : C. ass, art. L 211-1 ; C. sant. publ, art. L 1222-9.

¹⁰³ L'assurance requière un caractère aléatoire, dès lors les dommages qui ne le sont pas ne semblent pas pouvoir être assurés : H. Belrhali, *Responsabilité administrative*, LGDJ, 2017, pp. 225 et suivantes.

conserver le lien entre responsabilité et causalité, seul moyen de garantir l'effet préventif de la responsabilité¹⁰⁴.

¹⁰⁴ J. Knetsch, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: Analyse en droits français et allemand*, Thèse, Université Panthéon-Assas Paris II, 2011, n° 524, p. 384 : « Dans la mesure où les fonds se retournent contre l'auteur du dommage, cette voie aurait pour effet de rétablir l'effet normatif que l'on reconnaît à la responsabilité civile et qui s'est perdu en déconnectant l'indemnisation de l'imputation du dommage ».

Conclusion du chapitre 2

L'étude du rayonnement de la subrogation a permis de déceler des divergences entre la subrogation personnelle et la subrogation réelle. Elles sont applicables dans des domaines distincts, dès lors, il n'est pas surprenant que leur champ d'application et l'évolution de celui-ci soient également différenciés.

La subrogation personnelle a, pour sa part, connu une extension considérable, d'abord à travers l'alinéa 3 de l'ancien article 1251 du Code civil, et ensuite par la création de l'article 1346 issu de la réforme de 2016. Elle s'impose d'ailleurs comme le recours privilégié en présence de garant de l'indemnisation. En droit commun, un principe général de subrogation légale a été consacré. Un tel principe n'est pas reconnu en droit public dans la mesure où le juge écarte parfois l'application de la subrogation, alors que ses conditions de mise en œuvre sont réunies. Le juge a toutefois augmenté ses hypothèses d'application en faisant sienne l'expansion fondée sur l'ancien article 1251 alinéa 3 du Code civil.

A contrario, la subrogation réelle a toujours été cantonnée à des hypothèses limitativement énumérées, et aucune étude n'a jamais conduit à faire émerger un principe général en la matière. Les tentatives d'extension ne sont d'ailleurs pas justifiées lorsqu'elles conduisent à qualifier de subrogation réelle des hypothèses où elle serait dépourvue d'utilité technique. Celle-ci ne peut donc être envisagée qu'en présence d'un remplacement de bien, puisqu'il s'agit d'une condition essentielle au transfert de droit. Son rôle technique est d'ailleurs renforcé par son caractère subsidiaire qui fait d'elle le seul mécanisme à même de parvenir au maintien de l'équilibre préétabli. Si, la subrogation réelle connaît un domaine contenu, elle tend néanmoins à gagner du terrain depuis quelques années, et offre donc un vaste champ d'application.

La subrogation peut être décrite comme un mécanisme d'opportunité en ce qu'elle dépend principalement de la volonté du titulaire d'exercer son droit. Présentée comme un avantage, il n'est pas opportun d'en forcer l'application. Une renonciation semble alors possible chaque fois qu'elle produit ses effets automatiquement. Sa mise en œuvre peut néanmoins être rendue plus complexe, dès lors que la preuve de la subrogation est difficile à rapporter, ou soumise à un formalisme strict.

Il convient également de relever que la particularité du recours subrogatoire rend parfois inopportune sa mise en œuvre. En effet, il s'agit d'un recours en contribution exposé à des difficultés pratiques telles que l'insolvabilité du débiteur ou les frais d'exercice d'une action judiciaire. En outre, les règles particulières applicables en présence de tiers payeurs ou encore les conventions en matière d'assurance ne permettent pas toujours de rétablir l'équilibre préétabli, ou dans une moindre mesure.

La subrogation reste toutefois un auxiliaire indispensable de la responsabilité puisque la question de la réparation n'est aujourd'hui pas totalement détachée de celle de la sanction ou de la prévention du dommage. La volonté de faire peser la dette sur le responsable reste donc intacte, bien qu'en pratique il ne supporte qu'à titre exceptionnel une telle charge.

Conclusion titre 1

L'analyse approfondie de la subrogation a permis de démontrer que son hétérogénéité n'est en rien un frein à la démonstration d'une notion unique de subrogation regroupant une réalité propre. Il ne faut toutefois pas en conclure que toutes les hypothèses d'application auront également une utilité commune. Au contraire, sa richesse découle de son hétérogénéité. L'étude de l'emploi du mécanisme révèle alors une subrogation adaptée à son terrain d'intervention.

La subrogation personnelle est un auxiliaire incontournable de la garantie où elle s'inscrit parfaitement dans le phénomène de socialisation des risques. Elle a également vocation à intervenir en matière de crédit où son rôle économique est d'autant plus visible. Elle s'impose alors comme un mécanisme de refinancement du *solvens*. La subrogation réelle, quant à elle, est induite par la circulation des biens. La volonté de maintenir le droit réel au profit de son titulaire, tout en permettant les échanges économiques qui en menacent l'existence, offre alors un contexte économique favorable à son emploi. L'utilité du mécanisme subrogatoire est d'ailleurs directement liée à sa fonction conservatrice.

Face à la multiplication des échanges économiques, le domaine d'application de la subrogation n'a eu de cesse de s'étendre. Il reste toutefois contenu en matière de subrogation réelle, dans la mesure où ses hypothèses d'application sont limitativement prévues par la loi. À l'inverse, un principe général de subrogation personnelle légale a vu le jour à travers l'article 1346 du Code civil.

La mise en œuvre de la subrogation dépend directement du choix du titulaire du droit d'exercer celui-ci. Même lorsqu'elle produit ses effets automatiquement, elle ne semble pouvoir être imposée au bénéficiaire, de telle sorte qu'elle reste un mécanisme d'opportunité. Ainsi, la subrogation personnelle ne parvient à assurer l'équilibre juridique défini par la responsabilité civile ou administrative, que si le *solvens* choisit d'exercer un recours contre le débiteur définitif. L'efficacité d'un tel recours peut également dépendre de considérations

externes, puisque des difficultés pratiques viennent perturber les chances pour le *solvens* de récupérer l'intégralité des sommes engagées dont il ne devait pas en supporter la charge. L'effectivité de la subrogation est donc relative dans la mesure où elle dépend directement d'un choix d'opportunité, et peut être diminuée par des dispositions légales qui viennent faire obstacle à sa mise en œuvre.

Titre 2 :

Les règles applicables aux différentes composantes du mécanisme subrogatoire

Une logique unitaire autour de la notion de subrogation a émergé. Le rapprochement entre les deux applications de ce mécanisme ne fait cependant pas obstacle à l'existence de règles spécifiques à la subrogation réelle et à la subrogation personnelle. En revanche, les divergences entre les deux corpus juridiques relatifs à la subrogation personnelle nuisent à l'uniformisation de son régime, dont l'existence de régimes spéciaux compromettrait déjà l'unité.

Une pluralité de régimes en fonction de l'application du mécanisme. Le régime désigne l'ensemble des règles applicables à une notion¹. Il est d'autant plus facile à synthétiser qu'il ne souffre pas d'exceptions aux principes, ou de règles dérogatoires. Il peut également être impossible d'établir un régime unique regroupant toutes les hypothèses d'application d'une notion. Ne pourront alors être mises en avant que certaines conditions indispensables, ayant vocation à s'appliquer largement.

Étudier la subrogation impliquait donc de s'interroger sur l'existence d'un régime unique au sein de chacune de ses applications, réelle ou personnelle. Elles doivent être distinguées en ce qu'elles n'ont pas vocation à régir les mêmes situations². La subrogation réelle est celle dont le régime juridique est le plus difficile à établir en raison de la diversité de ses

¹ S. Guinchard et T. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 21^e édition, 2014, p 794, v^o « régime (d'une notion) ».

² Ces dernières s'appliquant dans des domaines distincts : en droit des personnes et en droit des biens.

hypothèses d'application. Néanmoins, l'uniformité apparente de la subrogation personnelle laisse en réalité place à des règles juridiques dérogatoires de droit commun.

Seules certaines conditions sont applicables à toutes les hypothèses de subrogation réelle, qui reste majoritairement régie pas des textes particuliers. En revanche, la subrogation personnelle dispose d'un régime irréductible, qui n'est pas remis en cause par l'existence de régimes spéciaux. Le régime spécial de recours des tiers payeurs aboutit d'ailleurs à une certaine harmonisation, bien qu'il ne soit pas toujours conciliable avec la logique de la subrogation personnelle de droit commun. Il est également source d'incertitudes ou d'incohérences, et souffre de règles dérogatoires qui en affaiblissent l'unité.

L'importance de la qualification sur le régime juridique. Pour définir le régime juridique applicable, il est essentiel de qualifier juridiquement une situation. La qualification n'est donc pas neutre, ce qui ressort précisément des difficultés rencontrées pour établir la nature de l'action mise en œuvre par le *solvens*.

Le juge judiciaire et le juge administratif ne font pas nécessairement la même application du recours subrogatoire. Ce dernier entre en concurrence avec le recours dit personnel, fondé sur un droit propre du *solvens* envers le ou les débiteurs définitifs de la dette. Leurs régimes sont totalement distincts, bien qu'ils aient vocation à s'appliquer dans des situations similaires. Il faut donc définir la place qu'occupe la subrogation personnelle au stade de la contribution à la dette. Qualifier le recours de subrogatoire impose de constater un transfert de droit du créancier originaire au *solvens*, et d'en tirer toutes les conséquences juridiques. Or, l'absence de critère de répartition rend parfois difficile la détermination en amont de la nature du recours exercé, et donc du régime applicable.

En outre, l'application de règles distinctes en droit privé et en droit public pose des difficultés, dès lors que les deux recours sont identiques au sein des deux ordres juridiques. Faire émerger un critère de répartition permettrait de tendre vers une meilleure transversalité de la subrogation personnelle, et d'obtenir davantage d'information sur la raison d'être des recours accordés au *solvens*³.

Seront alors étudiés successivement les limites à l'uniformisation des régimes de la subrogation (Chapitre 1), et le manque d'uniformisation dans l'application du recours subrogatoire (Chapitre 2).

³ S. Buffa, *La distinction du champ d'application des actions subrogatoire et récursoire en droit administratif*, Droit administratif. n° 11, novembre 2012, étude 17.

Chapitre 1 :

Les limites à l'uniformisation des régimes de la subrogation

La diversité de l'objet d'étude a été la principale cause d'une approche toujours scindée entre les deux applications du mécanisme subrogatoire. Il existe donc des limites à son uniformisation.

La double application du mécanisme subrogatoire. La notion de « subrogation » regroupe une réalité propre et représente le dénominateur commun entre la subrogation réelle et la subrogation personnelle. De cette même appellation ressort donc une définition commune, ainsi qu'un objectif et des effets juridiques identiques. En revanche, l'ajout des termes « réelle » et « personnelle » implique nécessairement de différencier les deux applications du mécanisme. Ainsi, évoluant dans des domaines forts distincts, elles disposent de leurs propres conditions de mises en œuvre.

La subrogation réelle a toujours posé plus de difficultés dans la mesure où elle recoupe une réalité hétérogène qui semble difficilement se prêter à une conceptualisation d'ensemble. Il est toutefois possible de faire émerger ses éléments essentiels ou d'exclure ceux qui lui sont sans importance. En ce qui concerne la subrogation personnelle, la détermination de ses conditions irréductibles est facilitée par la consécration d'un principe général¹. Il ne faut cependant pas en conclure que cette dernière est exempte de tout régime dérogatoire.

Une harmonisation en dépit des divergences. L'étude globale de la subrogation devait nécessairement passer par une analyse distincte de chacune des applications du mécanisme. Ainsi, au sein même de la subrogation réelle et de la subrogation personnelle, il est possible de faire émerger des éléments essentiels. Dès lors, l'harmonisation du mécanisme ne se fait plus de façon globale, mais à travers le régime propre à chaque application.

¹ C. civ, art. 1346.

De la même façon, l'élaboration du régime juridique spécial de subrogation personnelle instauré par la loi de 1985, n'aboutit pas nécessairement à un manque d'homogénéité des règles applicables². En effet, ce régime spécifique est à la fois une marque d'harmonisation et de divergences. Il a vocation à s'appliquer à tous les recours en contribution des tiers payeurs, quel que soit le domaine juridique en cause. En revanche, il prévoit un recours subrogatoire particulier distinct du principe général mis en place par l'article 1346 du Code civil.

L'identification du régime de la subrogation personnelle ne pouvait pas se faire sans étudier ce régime spécifique application aux tiers payeurs. Il dispose d'un large champ d'application³, et se révèle d'autant plus incontournable qu'il fait primer le recours subrogatoire⁴. Ainsi, avant la loi de 1985, les tiers payeurs étaient parfois considérés comme subissant un préjudice propre du fait du simple versement des prestations indemnitaires. Ils pouvaient donc effectuer un recours personnel⁵ contre le responsable, étant eux-mêmes considérés comme des victimes par ricochet⁶. Ils bénéficiaient également d'un recours subrogatoire, tel que celui découlant de l'application de l'ordonnance du 7 janvier 1959⁷, ou celui accordé par le juge en matière d'accident de la circulation⁸. Dorénavant, seul le recours subrogatoire est accordé aux tiers payeurs.

Il convient donc de mettre en avant cette harmonisation nuancée au sein même de la subrogation réelle et de la subrogation personnelle, en étudiant dans un premier temps le

² Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*.

³ Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, art 28 et suivants.

⁴ Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, art. 30.

⁵ Une telle analyse a toutefois été vivement critiquée, le versement des prestations trouvant sa cause dans le statut même de ces organismes : Y. Faivre-lambert, *Le lien entre la subrogation et le caractère indemnitaire des prestations des tiers payeurs*, Dalloz. 1987, chronique XVIII, p. 97.

⁶ Ass. Plén, 30 avril 1964, n° 61-13.793 : « *Constatant en outre que ce sont les blessures reçues par Rivière qui ont motivé la cessation de son travail, les juges en ont légitimement déduit que le préjudice subi par l'Électricité de France du fait du paiement des charges sociales afférentes au salaire maintenu à cet agent durant la période de son invalidité se trouve bien en relation directe de cause à effet avec la faute du tiers génératrice de l'interruption de travail* » ; Civ, 2^{ème}, 21 octobre 1965, Bull. civ. 1965, n° 775 ; Civ, 1^{ère}, 7 juin 1977, n° 76-10.143 : « *Le coauteur qui a payé l'intégralité de l'indemnité dispose aussi d'une action personnelle contre son coauteur, qui peut subsister malgré la renonciation de la victime* ».

⁷ Ordonnance, n° 59-76, 7 janvier 1959, *relative aux actions en réparation civile de l'État et de certaines autres personnes publiques*, art 1 ; Crim, 22 octobre 1985, n° 84-93.766.

⁸ Civ, 2^{ème}, 4 novembre 1964, Bull. civ. 1964, n° 684 : Il résulte des anciens articles 397 et 398 du Code de la sécurité sociale que « *lorsque l'accident ou la blessure dont l'assuré est victime, est imputable à un tiers, les caisses de sécurité sociale sont admises, comme subrogé de plein droit à l'intéressé ou à ses ayants droit, à poursuivre contre le tiers responsable, à due concurrence de l'indemnité mise à la charge du tiers, le remboursement des dépenses que leur ont occasionnées l'accident et la blessure* » ; Chr. Mixte, 18 juin 1971, n° 67-14.632.

régime propre à chaque application (Section 1), pour dans un second temps se consacrer à l'impact des régimes spéciaux en matière de subrogation personnelle (Section 2).

Section 1 :

Un régime propre à chaque application

L'unité du mécanisme n'impose pas une parfaite adéquation des régimes de la subrogation réelle et personnelle. Même au sein de chaque application, l'uniformisation se révèle parfois délicate. Il est toutefois nécessaire de faire émerger des conditions essentielles propres à chaque application du mécanisme.

Le régime de la subrogation personnelle s'articule autour de la notion de paiement, et l'article 1346 du Code civil offre le socle irréductible des conditions permettant de le qualifier de subrogatoire. Ces conditions s'appliquent à toutes subrogations légales de droit commun, et également en matière de régimes spéciaux ou de subrogation conventionnelle. Loin de se cantonner au domaine privé, elles s'appliquent également en droit public.

La notion de remplacement est au cœur de la subrogation réelle, car la disparition de l'objet initialement porteur du droit laisse une place vacante qu'un autre objet peut occuper. Dans la mesure où l'objet est individualisé et s'avère équivalent à l'objet initialement porteur du droit (tout du moins dans son utilité), un remplacement peut être envisagé. Il convient de rappeler que la mise en œuvre de la subrogation réelle suppose une disposition légale, puisqu'aucun principe général n'a pour l'heure été consacré.

En présence de masses de bien, une difficulté apparaît. Dans les rapports entre époux, c'est uniquement l'appartenance à un patrimoine qui est modifiée par le passage du droit de propriété d'une masse à une autre. L'effet translatif de la subrogation conduit donc à transmettre le droit de propriété nouvellement acquis à la suite de la vente d'un bien propre, de la masse commune à la masse propre. Lorsque la subrogation aboutit à la modification de l'objet du droit, le remplacement de biens s'impose comme une évidence. En revanche, lorsqu'elle aboutit à la modification de l'appartenance du bien à un patrimoine déterminé, il

est possible de s'interroger sur la présence d'un tel remplacement, qui a pourtant toujours été décrit comme l'élément central de la subrogation réelle¹.

Il convient donc d'étudier successivement l'élaboration complexe des conditions de la subrogation réelle (Paragraphe 1), et le régime clairement établi de la subrogation personnelle (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'élaboration complexe des conditions de la subrogation réelle

Bien que « *l'extrême diversité des applications de la subrogation réelle interdit de donner une vue complète de son régime* »², des conditions indispensables peuvent être mises en avant. Ainsi, la subrogation réelle suppose un remplacement de biens (A), où le bien nouveau devient porteur du droit conservé. Il peut être appréhendé en fonction de la valeur qu'il représente ou de son utilité pratique. La prise en compte de la valeur n'est donc pas primordiale en matière de subrogation réelle, bien qu'elle ne lui soit pas totalement étrangère pour autant (B).

A. Le remplacement, condition de la subrogation réelle

La subrogation résulte d'une fluctuation juridique et aboutit à la transmission d'un droit. Dans la mesure où le droit est attaché à un bien, la fluctuation juridique rend impossible le maintien du droit sur le bien d'origine. La subrogation réelle suppose donc nécessairement un remplacement de biens. Il convient donc d'étudier le remplacement (1) et les modalités de celui-ci (2).

¹ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1, p. 239 ; V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, pp. 147 et suivantes.

² E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 40.

1. Un remplacement portant sur un bien

La subrogation et la notion de remplacement. La subrogation réelle, principalement perçue comme une substitution de biens³, entretient un lien étroit avec la notion de remplacement⁴. Le premier élément mis en avant par la doctrine et unanimement admis réside d'ailleurs dans le remplacement d'un bien par un autre⁵. Pour que le transfert de droit ait lieu, un bien doit donc sortir du patrimoine et un autre, à l'inverse, l'intégrer⁶. Ainsi, en matière de destruction d'un immeuble, l'hypothèque ne peut plus porter sur le bien d'origine, et le droit se reporte sur la créance indemnitaire⁷. La subrogation aboutit donc à la modification de l'objet du droit⁸.

L'hypothèse de la subrogation réelle au sein de masses de biens. En présence de deux masses de biens, le droit de propriété se reporte d'une masse à une autre et conduit à modifier l'appartenance du bien à un patrimoine déterminé⁹. Au moment du transfert de droit, la subrogation réelle ne nécessite aucun remplacement de bien. En effet, le droit de propriété qui

³ La subrogation est la substitution d'une chose à une autre ou d'une personne à une autre : J. Flach, *De la subrogation réelle*, Auguste Durand et Pedone Lauriel, Paris, 1870, p. 2. Dans le même sens : H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, p. 387 ; P. De Renusson, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers*, Jérôme Bodin, Paris, 1685, Discours, p. 1 ; P. De Renusson, *Traité des propres réels, réputés réels et conventionnels, où sont traitées les notables questions du droit français*, Guillaume David, 4^{ème} éd. Paris, 1733, Chap I, sect X, p. 50.

⁴ Sa mise en œuvre suppose la disparition du bien d'origine ou l'impossibilité pour celui-ci d'être porteur du droit: Cf. *supra*. La fluctuation et l'impossibilité d'exercer le droit sur le bien initial, p. 93.

⁵ J. Flach, *De la subrogation réelle*, Auguste Durand et Pedone Lauriel, Paris, 1870 : L'auteur aborde la notion de remplacement au sein de chaque application de la subrogation réelle qu'il met en avant. P. De Renusson, *Traité des propres réels, réputés réels et conventionnels, où sont traitées les notables questions du droit français*, Guillaume David, 4^{ème} éd. Paris, 1733, pp. 50 et suivantes ; E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 1 et 44 et suivants ; M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1, pp. 345 et suivantes ; H. Capitant, *Essai sur la subrogation réelle*, RTD civ. 1919, p. 387 ; A. Cerban, *Nature et domaine d'application de la subrogation réelle*, RTD civ. 1939, p. 55 ; V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, pp. 78 et suivantes ; R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, pp. 240 et suivantes.

⁶ Cf. *supra*. Les apparentes barrières à l'effet translatif de la subrogation réelle, p. 174.

⁷ La même constatation peut être faite en matière d'aliénation qui consiste à faire sortir un bien du patrimoine, tout en y intégrant une valeur nouvelle. Ainsi, à la suite d'une vente d'immeuble, le droit de l'absent peut se reporter sur le prix de vente et la somme d'argent perçue en échange du bien vendu vient remplacer l'immeuble au sein du patrimoine du vendeur.

⁸ Pour qu'un droit soit transféré, un nouveau bien doit en devenir le support. Éric Savaux met en avant deux conditions de la subrogation réelle : le droit doit être menacé d'extinction et il doit se reporter sur un autre objet. La première traduit alors la fluctuation entraînant le recours à la subrogation réelle et la seconde met en lumière la nécessité d'un bien de remplacement : *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 41.

⁹ Cf. *supra*. Les apparentes barrières à l'effet translatif de la subrogation réelle, p. 174. Par exemple, la subrogation peut faire échec à la présomption de communauté et permettre le transfert du droit de propriété dans le patrimoine propre de l'époux. L'époux ayant acquis une maison par emploi de deniers propres se voit alors attribuer la propriété de celle-ci.

se reporte d'une masse de biens à une autre, reste attaché au bien nouvellement acquis¹⁰. Ainsi, la conservation du droit de propriété s'analyse par le transfert de celui-ci, et par voie de conséquence le transfert du bien nouvellement acquis, du patrimoine commun des époux au patrimoine propre de l'un d'entre eux.

Un remplacement a bien eu lieu, mais ce dernier est intervenu en amont lors de l'opération de vente réalisée entre l'époux et une tierce personne. Par conséquent, la notion de remplacement n'est pas étrangère à la subrogation réelle au sein des masses de biens puisqu'elle est directement liée à la fluctuation juridique qui intervient en amont¹¹. Cependant, le second mouvement de valeur ne suppose pas l'apparition d'un bien nouveau, mais le transfert du droit d'une masse de biens à une autre. Le transfert n'a donc plus lieu par le biais du remplacement d'un bien, mais à la suite de celui-ci.

2. Les modalités du remplacement

Le remplacement de biens est la clé de voûte de la subrogation réelle dans la mesure où il intervient systématiquement au côté de tout transfert de droit : soit le transfert a lieu grâce au remplacement, soit ce dernier est intervenu en amont. Il convient par conséquent d'en définir les modalités.

Les modalités relatives au bien de remplacement. La première modalité du remplacement s'analyse à travers la notion de nouveauté¹², puisqu'il suppose l'intégration d'une valeur nouvelle. Elle peut intégrer directement le patrimoine du détenteur du droit, comme c'est le cas en matière d'indemnité d'assurance¹³, ou apparaître entre les mains d'un autre détenteur, par exemple lorsque le droit de propriété se reporte sur la créance du prix de vente d'un bien assorti d'une réserve de propriété¹⁴. Dans cette seconde hypothèse, le bien initial fait toujours partie du patrimoine du vendeur tant que le prix de vente n'a pas été entièrement payé. Toutefois, le prix de revente peut être versé à l'acquéreur qui est un simple détenteur. Dès lors, la subrogation réelle, en permettant le report du droit de revendication, lie

¹⁰ Cf. *supra*. Le transfert de droits entre différentes masses de biens, p. 178.

¹¹ Cf. *supra*. L'occasion de la subrogation : la fluctuation, p. 92.

¹² Le bien de remplacement est souvent établi par la loi. Par exemple : C. ass, art. L 121-13 ; C. rur, art. L 123-15 et L 123-13 ; C. civ, art. 1434 et 1935 ; C. com, art, L 624-18.

¹³ C. ass, art. L 121-13.

¹⁴ C. civ, art. 2372 : « *Le droit de propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ou sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien* ».

la valeur nouvelle au patrimoine du vendeur. Le critère de nouveauté a donc une définition économique à travers la prise en compte des valeurs intégrant le patrimoine¹⁵.

Le bien de remplacement doit également présenter des similitudes avec le bien d'origine, car il doit être à même de porter le droit qui lui était autrefois attaché¹⁶. Ainsi, le droit de bail supposant la jouissance d'un bien peut se reporter sur l'immeuble reconstruit, mais pas sur l'indemnité d'assurance acquise en échange¹⁷. Dès lors, toute valeur nouvelle intégrant le patrimoine ne suffit pas à caractériser un bien de remplacement.

Un rapport de provenance doit alors être établi entre le bien d'origine et le bien nouveau, c'est-à-dire que l'apparition du bien nouveau doit avoir pour cause la disparition de l'ancien¹⁸. À titre d'exemple, l'indemnité d'assurance provient directement de la destruction du bien initial, ce qui signifie que tant que le bien n'est pas détruit, la valeur nouvelle issue de l'indemnité ne peut pas intégrer le patrimoine du propriétaire.

En matière de transfert du droit d'une masse de biens à une autre, le remplacement se produit en amont. Le lien entre le bien initial et le bien nouvellement acquis s'analyse donc à travers le contrat de vente. Ainsi, la disparition des deniers propres est la cause de l'apparition du bien nouveau au sein d'une masse distincte de celle où figure le bien d'origine. Dès lors, la masse de biens propres risque d'être appauvrie, et la masse de biens communs enrichie.

Le rapport de provenance s'analyse donc au regard de l'acquisition du bien nouveau et du mouvement de valeur entre deux masses de biens déterminées. Il suppose de définir l'origine des fonds employés pour l'acquisition du bien de remplacement. Ainsi, dès lors que les deniers employés appartiennent à une masse distincte de celle où la valeur nouvelle est intégrée, la subrogation réelle peut produire ses effets pour maintenir le droit propre de l'époux sur le bien nouvellement acquis.

Distinction entre la volonté de remplacer un bien et la volonté de subroger. Le remplacement peut être indépendant de la volonté du titulaire du droit portant sur le bien. Ainsi, le propriétaire réservataire n'a aucune prise sur la destruction matérielle du bien si elle

¹⁵ Cette dimension économique s'accorde parfaitement avec la subrogation réelle qui traduit une volonté de maintenir un équilibre patrimonial. Il ne faut cependant pas réduire le bien uniquement à la valeur qu'il représente, car la subrogation réelle ne suppose pas l'existence d'une contre-valeur : Cf. *infra*. L'indifférence de la valeur dans la subrogation réelle, p. 403.

¹⁶ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 149.

¹⁷ L'indemnité ne permettrait pas au droit de bail de s'exercer dans ses prérogatives principales. C. rur, art. L 123-15.

¹⁸ R. Demogue, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Rev. crit. Législ. et jurispr. 1901, p. 304 ; M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1, pp. 248 et suivantes ; V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, pp. 171 et suivantes.

survient à la suite d'un incendie. Le remplacement aura cependant lieu grâce à l'apparition d'une indemnité d'assurance.

A *contrario*, le remplacement peut directement découler de la volonté des parties et présenter un caractère intentionnel par exemple lors de la vente de bien propre par l'époux. Toutefois, la volonté d'effectuer un remplacement de biens ne doit pas être confondue avec l'intention de subroger celle-ci, n'étant pas une condition générale de la subrogation réelle. « *Cela signifie que, dans la quasi-totalité des cas, l'accomplissement de la subrogation réelle ne dépend pas de l'intention qu'elle ait lieu de celui qui procède ou consent au remplacement de biens* »¹⁹. En matière d'indivision, l'article 815-10 du Code civil prévoit que « *sont de plein droit indivis, [...] les biens acquis, avec le consentement de l'ensemble des indivisaires, en emploi ou remploi des biens indivis* ». Le consentement requis par l'ensemble des indivisaires porte alors sur l'acquisition d'un bien nouveau et donc sur le remplacement du bien, en vertu de la règle d'unanimité régissant leurs rapports²⁰.

Certains auteurs voient toutefois dans cet article une condition supplémentaire de la subrogation, qui supposerait alors l'intention manifeste des indivisaires d'acquérir pour le compte de l'indivision²¹. Il semble cependant que ce soit la vente du bien qui puisse être annulée, et donc le remplacement. Cela aura évidemment pour conséquence de couper court à toute subrogation. Toutefois, il ne s'agit pas d'une intention de subroger, mais uniquement de la nécessité d'un remplacement de biens pour que la subrogation produise ses effets.

¹⁹ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 186.

²⁰ C. civ, art. 815-3 : « *Le ou les indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis peuvent, à cette majorité : 1° Effectuer les actes d'administration relatifs aux biens indivis ; 2° Donner à l'un ou plusieurs des indivisaires ou à un tiers un mandat général d'administration ; 3° Vendre les meubles indivis pour payer les dettes et charges de l'indivision ; 4° Conclure et renouveler les baux autres que ceux portant sur un immeuble à usage agricole, commercial, industriel ou artisanal. Ils sont tenus d'en informer les autres indivisaires. À défaut, les décisions prises sont inopposables à ces derniers. Toutefois, le consentement de tous les indivisaires est requis pour effectuer tout acte qui ne ressortit pas à l'exploitation normale des biens indivis et pour effectuer tout acte de disposition autre que ceux visés au 3°. Si un indivisaire prend en main la gestion des biens indivis, au su des autres et néanmoins sans opposition de leur part, il est censé avoir reçu un mandat tacite, couvrant les actes d'administration, mais non les actes de disposition ni la conclusion ou le renouvellement des baux* ». C. civ, art. 815-16 : « *Est nulle toute cession ou toute licitation opérée au mépris des dispositions des articles 815-14 et 815-15. L'action en nullité se prescrit par cinq ans. Elle ne peut être exercée que par ceux à qui les notifications devaient être faites ou par leurs héritiers* ».

²¹ E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 50. Argument réfuté par V. Ranouil : *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 193.

B. L'indifférence de la valeur dans la subrogation réelle

Le maintien de l'équilibre patrimonial comme résultat de la subrogation suppose de s'interroger sur la prise en compte de la valeur du bien. Celle-ci est parfois nécessaire pour individualiser le bien de remplacement (1). Toutefois, l'équivalence de valeur entre le bien initial et le bien nouveau ne s'impose pas comme une condition de la subrogation réelle (2).

1. L'individualisation et la valeur du bien

La subrogation réelle a pour objectif de conserver un droit par le report de celui-ci d'un bien à un autre. Une individualisation s'impose donc concernant les biens successifs et le droit conservé. Or, lorsque celle-ci porte sur des deniers, c'est la valeur du bien qui permet d'en délimiter les contours.

La subrogation et la notion d'individualisation. Individualiser signifie distinguer quelque chose par rapport à autre chose²². En matière de subrogation réelle, cela signifie que le bien initial doit être distingué des autres biens composant le patrimoine ou de ceux composant une masse de biens déterminée. On peut remplacer que ce qui est individualisé²³, par conséquent, le droit doit porter sur un bien identifiable²⁴. Il n'est cependant pas nécessaire que le bien soit corporel : une créance indemnitaire individualise une valeur pécuniaire et peut être attribuée par préférence aux créanciers privilégiés.

De la même façon, pour que le droit se reporte sur le bien nouveau, celui-ci doit également être individualisé. La loi vient parfois définir expressément le bien de remplacement tel qu'en matière de destruction, où l'indemnité d'assurance a vocation à remplacer le bien détruit²⁵. Il convient toutefois de rappeler que la simple individualisation d'un bien ne suffit pas à le définir comme bien de remplacement dans la mesure où ce dernier doit également pouvoir porter le droit menacé d'extinction. Dès lors, l'immeuble peut être porteur d'un droit de propriété, d'un droit de bail ou encore d'un droit de préférence. En revanche, l'indemnité d'assurance ne permet pas de conserver le droit de bail. C'est pourquoi identifier le droit que la subrogation réelle vise à conserver est primordial.

²² ATILF, CNRS et Université de Lorraine, *Trésor de la langue Française informatisé*, v° « individualiser ».

²³ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1, p. 347.

²⁴ E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 42.

²⁵ C. ass, art. L. 121-13.

Une individualisation à travers la valeur du bien. D'apparence simple, une telle identification se complexifie en matière de chose de genre, et l'exemple de l'absent traduit parfaitement cette difficulté. Lorsque l'absent réapparaît, il recouvre l'ensemble de ses biens dans l'état où ils se trouvent dans le patrimoine, c'est-à-dire ceux acquis en emploi des capitaux, les revenus échus à son profit, ou le prix de ceux qui ont été aliénés²⁶. L'individualisation du prix de vente au sein du patrimoine de l'ancien détenteur de la masse de biens de l'absent s'avère alors délicate au regard du caractère fongible des deniers. Il ne peut en réalité récupérer qu'une somme égale à la valeur du prix reçu en échange de l'aliénation des biens.

Toute revendication du prix de vente suppose donc de réclamer la valeur de celui-ci, conventionnellement établie par l'acte de vente. Le prix de vente remplace le bien vendu, ainsi l'absent n'a pas besoin d'individualiser une telle somme au sein du patrimoine de l'ancien détenteur, mais uniquement la valeur qu'elle représente. Dans la mesure où l'absent retrouve ses biens dans l'état où ils se trouvent, la perte d'un bien semble pouvoir lui être opposable, puisqu'en l'absence de bien de remplacement, la subrogation réelle ne peut avoir lieu. La question se pose alors de pouvoir également lui opposer une dissipation du prix de vente²⁷. Une telle dissipation n'est toutefois pas aisée à démontrer dans la mesure où seule la valeur du bien peut être individualisée. En revanche, si le prix de vente est employé à l'acquisition d'un bien nouveau, ce dernier est remis à l'absent²⁸. L'individualisation du bien peut donc se faire en référence à une valeur, et la fongibilité d'une somme d'argent ne fait pas obstacle à l'exercice de la subrogation réelle.

Entre l'acquisition du bien nouveau et sa remise à l'absent, la valeur de celui-ci peut avoir varié²⁹. L'expression monétaire de la valeur du bien est prise en compte au moment de

²⁶ C. civ, art. 130 : « L'absent dont l'existence est judiciairement constatée recouvre ses biens et ceux qu'il aurait dû recueillir pendant son absence dans l'état où ils se trouvent, le prix de ceux qui auraient été aliénés ou les biens acquis en emploi des capitaux ou des revenus échus à son profit ».

²⁷ M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1, p. 349 : L'auteur considère qu'il y a un inversement de la charge de la preuve et que c'est alors au détenteur de déterminer qu'il n'a pas dissipé les sommes perçues en échange.

²⁸ F. Laroche-Gisserot, *Absence*, Rép. civ. 2016, n° 270.

²⁹ Distinction entre une dette de valeur et une obligation purement monétaire : le montant de la dette de valeur est fixé « non pas à l'avance par un certain chiffre, mais en fonction d'une valeur réelle, appréciée à l'échéance ». Ainsi, « à la différence de l'obligation purement monétaire, dont la monnaie constitue l'objet, la dette de valeur a pour objet, dit-on, une valeur, non de la monnaie. Elle ne trouve son expression monétaire qu'au stade de son exécution ». « Puisque ce qui est dû est une valeur, la dépréciation monétaire ne l'atteint pas dans son objet. La valeur traverse les turbulences monétaires en demeurant identique à elle-même et son expression monétaire s'adapte automatiquement à l'évolution du pouvoir d'achat de la monnaie » : F. Grua, *Paiement - Fasc. 10 : Régime général des obligations - Paiement des obligations de sommes d'argent - Évaluation des obligations de sommes d'argent*, JCl Notarial, septembre 2017.

son acquisition³⁰, et ne s'adapte donc pas aux variations postérieures. Par conséquent, aucune soulte ne sera due à l'absent en cas de diminution postérieure de la valeur du bien, et le bien remis sera le bien de substitution, même si celui-ci a une valeur supérieure à celle évaluée au jour de l'acquisition. Les fluctuations de valeur des biens donnés n'ont donc aucune influence sur le jeu de la subrogation, qui reporte uniquement le droit de propriété sur le bien nouveau. En présence d'un emploi de deniers appartenant à l'absent, la valeur du bien est donc uniquement prise en compte pour individualiser les sommes remployées pour l'acquisition du bien nouveau.

2. L'équivalence entre le bien initial et le bien de remplacement

Une parfaite équivalence entre le bien initial et le bien de remplacement supposerait que les deux biens soient identiques et limiterait considérablement les hypothèses de subrogation réelle. Elle n'est donc pas exigée et se révèle être une simple modalité du remplacement. La subrogation réelle se distingue alors de la subrogation personnelle pour laquelle la valeur du paiement détermine l'ampleur du transfert.

L'équivalence, une simple modalité du remplacement. L'équivalence supposerait que le bien de remplacement soit l'exacte contre-valeur du bien initial pour permettre le jeu de la subrogation réelle³¹. Cela reviendrait alors à considérer le bien uniquement dans sa valeur et non véritablement dans son individualité et sa capacité à être porteur de droit. Ce n'est toutefois pas la solution retenue par le législateur, qui en matière d'emploi et remploi, n'opère pas une subrogation partielle, mais qualifie le bien nouveau de bien propre même si une partie des deniers d'acquisition provenait de la masse commune³².

L'équivalence peut alors être considérée comme une simple modalité du remplacement et non comme une condition de sa mise en œuvre³³. Dès lors, la subrogation peut aboutir à une équivalence entre le bien initial et le bien de remplacement, mais cette

³⁰ « *Le prix de vente d'un bien est à la mesure de la valeur de ce bien* » : F. Grua, *Paiement - Fasc. 10 : Régime général des obligations - Paiement des obligations de sommes d'argent - Évaluation des obligations de sommes d'argent*, JCI Notarial, septembre 2017. Il faut alors définir le moment de l'évaluation du bien.

³¹ En prenant en compte la valeur du bien au moment de la réalisation de la subrogation puisque cette dernière n'est pas figée dans le temps et les valeurs peuvent par la suite être amenées à évoluer, telles que par exemple suite à une variation du prix de l'immobilier.

³² C. civ, art. 1436 : « *Quand le prix et les frais de l'acquisition excèdent la somme dont il a été fait emploi ou remploi, la communauté a droit à récompense pour l'excédent. Si, toutefois, la contribution de la communauté est supérieure à celle de l'époux acquéreur, le bien acquis tombe en communauté, sauf la récompense due à l'époux* ».

³³ V. Ranouil, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985, p. 173 ; M. Lauriol, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, Paris, 1954, t. 1, p. 345 : équivalence désirée, mais non requise.

dernière n'est pas nécessaire à son accomplissement. Même lorsque les valeurs sont supposées égales, l'équivalence n'est d'ailleurs pas nécessairement atteinte. Ainsi, l'indemnité d'assurance venant en remplacement du bien détruit aura par principe une valeur équivalente à celui-ci. Néanmoins, il faut tenir compte des franchises imposées ou encore des plafonds de garantie qui peuvent venir réduire le montant de l'indemnité. De la même façon, en présence d'une revendication, l'équivalence est imparfaite puisque le prix de vente relève d'une estimation subjective³⁴.

La notion d'équivalence n'est donc pas étrangère au mécanisme subrogatoire puisqu'elle permet d'atteindre le résultat attendu, c'est-à-dire le maintien de l'équilibre préétabli. Néanmoins, il ne s'agit pas de rétablir exactement l'enrichissement ou l'appauvrissement subi, mais avant tout de permettre au droit de continuer à s'exercer dans ses prérogatives principales³⁵. C'est pourquoi la subrogation permet la conservation d'un droit et non d'une valeur.

Une distinction avec la subrogation personnelle. L'équivalence est une simple modalité de remplacement en matière de subrogation réelle alors qu'elle détermine l'ampleur du transfert en matière de subrogation personnelle. L'équilibre patrimonial attendu suppose donc une parfaite équivalence entre le paiement effectué par le *solvens* et la créance du subrogé.

Une telle distinction peut s'expliquer par la nature même de chaque application. En matière de subrogation personnelle, le droit qui est conservé est un droit de créance. L'équilibre attendu par sa mise en œuvre vise principalement au remboursement des sommes engagées par le *solvens* lorsqu'il ne doit pas en supporter la charge définitive. Ne pas tenir compte de la valeur du paiement entraînerait donc systématiquement un enrichissement ou un appauvrissement à son profit, alors que c'est principalement ce que la subrogation tente d'éviter.

En revanche, la subrogation réelle suppose la conservation de divers droits dont le bien est uniquement le support. Cette dernière s'intègre alors au sein d'autres mécanismes régulateurs et agit de concert avec eux. Dès lors, lorsque l'acquisition d'un bien nouveau est faite en partie à partir de deniers communs, l'équilibre en valeur des masses de biens

³⁴ E. Savaux, *Subrogation réelle*, Rép. civ. 2014, n° 48 : La notion de contre-valeur « ne signifie pas que la subrogation réelle est subordonnée à une équivalence objective de valeur des biens ».

³⁵ Cf. *supra*. L'étendue des droits transmis, p. 201.

s'effectue à la dissolution du mariage par le biais des récompenses³⁶. Il s'agit du versement d'une indemnité lorsque des opérations résultant de la vie matrimoniale ont provoquées un enrichissement d'une masse au détriment d'une autre. Elle n'a cependant pas pour objectif la conservation d'un droit déterminé et d'ailleurs, aucun transfert de droit ne se produit. Il s'agit uniquement de faire les comptes entre les différentes masses de bien, d'où naîtra une créance indemnitaire.

Paragraphe 2 : Le régime clairement établi de la subrogation personnelle

La réforme du droit des obligations de 2016 a confirmé les conditions irréductibles de la subrogation personnelle en droit privé, qui s'articulent autour du paiement dit subrogatoire. La constatation d'une uniformisation de son régime, quel que soit son domaine d'application, permettrait alors de renforcer la présence d'une notion unique.

Il convient donc d'étudier successivement les conditions de la subrogation personnelle en droit privé (A) et l'uniformisation de son régime (B).

A. Les conditions de la subrogation personnelle en droit privé

Les conditions de mise en œuvre de la subrogation personnelle sont, depuis 2016³⁷, légalement établies par l'article 1346 du Code civil. La subrogation trouve sa source dans un paiement, qui définit à la fois l'occasion et les conditions de sa mise en œuvre. Il est alors possible de faire émerger les conditions essentielles de la subrogation personnelle (1) qui caractérisent son régime irréductible (2).

1. Les conditions essentielles de la subrogation personnelle

La subrogation personnelle suppose nécessairement un paiement qui, dès lors qu'il remplit des modalités particulières, peut occasionner, à lui seul, la mise en œuvre d'un tel mécanisme.

³⁶ C. civ, art. 1436 : cet article prévoit un droit à récompense. C. civ, art. 1468 et suivants.

³⁷ Ordonnance, n° 2016-131, 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Subrogation personnelle et paiement. La subrogation personnelle a toujours eu pour condition essentielle un paiement, qui a pour effet d'occasionner un déséquilibre patrimonial. Il est nécessairement effectué par un autre que le débiteur définitif de la dette, sans intention libérale, et aboutit à libérer ce dernier envers le créancier initial. Le *solvens* est alors appauvri, dans la mesure où il ne devrait pas supporter la charge définitive de la dette.

Il convient de rappeler que le paiement peut être effectué par toute personne, qu'elle soit tenue à la dette avec d'autres, pour d'autres, ou bien qu'elle lui soit étrangère. La qualité de tiers n'est plus exigée et la motivation du *solvens* importe peu, à partir du moment où il est considéré comme ayant un intérêt légitime au paiement. Ainsi, lorsque la caution est actionnée par le créancier, elle paie à la place du débiteur défaillant. Bien qu'elle soit tenue à la dette, elle libère le débiteur envers le créancier initial. Il résulte alors un déséquilibre patrimonial que le mécanisme subrogatoire vise à corriger.

Aucune autre condition n'est nécessaire en droit commun pour que la subrogation légale produise ces effets³⁸, c'est-à-dire qu'elle conduise à la transmission de la créance avec toutes ses garanties, accessoires et exceptions. Le paiement est donc la cause directe de la fluctuation et il conditionne également le transfert de la créance et son ampleur. Il ne s'agit donc pas uniquement d'une condition de la subrogation, mais se révèle également être sa source.

Une consécration ancienne des conditions essentielles de la subrogation personnelle. Bien que la réforme du droit des obligations³⁹ semble avoir établi un régime clair au mécanisme subrogatoire⁴⁰, les conditions de sa mise en œuvre étaient en réalité déjà définies. Le lien entre la subrogation et le paiement d'une dette a toujours été clairement reconnu, et J. Mestre établissait déjà, dans sa thèse en 1979, la nécessité d'un paiement émanant d'un autre que le débiteur définitif et ayant vocation à libérer celui-ci de la charge de la dette⁴¹. La condition de paiement légitime n'était, quant à elle, pas nécessaire en raison de la limitation des hypothèses de subrogation personnelle, et cette dernière repose toujours sur les solutions jurisprudentielles antérieurement retenues⁴².

³⁸ Exception faite de la condition implicite tenant à ce que l'action soit possible : l'action peut par exemple être prescrite : Civ, 1^{ère}, 4 février 2003, n° 99-15.717. La subrogation conventionnelle nécessite cependant des conditions supplémentaires : C. civ, art. 1346-1 et 1346-2.

³⁹ Ordonnance, n° 2016-131, 10 février 2016, *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.

⁴⁰ C. civ, art. 1346.

⁴¹ J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LDGJ, Paris, 1979, pp. 209 et suivantes.

⁴² Cf. *supra*. La prise en compte de l'intérêt au paiement, p. 215.

À l'heure de la réforme, la question portait donc uniquement sur la possibilité de consacrer un régime de subrogation automatique, produisant ses effets dès que le paiement est effectué par un tiers. Or, tel ne peut être le cas, en raison de l'impossibilité de concilier le fondement même du paiement subrogatoire avec la diversité des hypothèses de paiements émanant d'un tiers, comme le paiement avec intention libérale. Le nouvel article 1346 du Code civil ne pose donc au sein de la jurisprudence aucune difficulté particulière d'application, car les conditions essentielles de la subrogation sont maintenues.

2. L'émergence du régime irréductible de la subrogation personnelle

Les conditions essentielles de la subrogation personnelle ont vocation à s'appliquer à toutes les hypothèses de subrogation légales ou conventionnelles.

Conditions irréductibles et régime légal de subrogation personnelle. La condition centrale de la subrogation personnelle réside dans le paiement, qui doit remplir trois conditions : il doit être effectué par un autre que le débiteur définitif de la dette, sans intention libérale ; il doit conduire à libérer celui qui doit en assumer la charge définitive ; et enfin, il doit être considéré comme légitime. Le nouvel article 1346 du Code civil codifie ces conditions en prévoyant que « *la subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette* ». Il résulte alors un régime irréductible qui se retrouve quelle que soit l'application du mécanisme. Ainsi, les régimes spéciaux peuvent poser des conditions supplémentaires,⁴³ mais restent en tout état de cause tenus aux trois conditions essentielles du paiement. Le caractère légitime sera systématiquement reconnu en matière de recours des tiers payeurs, car ces derniers sont tenus au paiement, et qu'ils n'ont pas vocation à supporter la charge définitive de la dette. Ainsi, ils bénéficient d'un recours subrogatoire.

Il convient également de relever qu'une seconde condition a vocation à s'appliquer autant en droit commun qu'en droit spécial⁴⁴. Il s'agit de la priorité accordée au subrogeant dans le recouvrement de sa créance⁴⁵. L'article 1346-3 du Code civil prévoit alors que « *la*

⁴³

Cf.

infra.

L'impact des régimes spéciaux en matière de subrogation personnelle, p. 416.

⁴⁴ Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.*

⁴⁵ Loi, n° 2006-1640, 21 décembre 2006, *de financement de la sécurité sociale pour 2007* ; C. civ., art. 1346-3.

subrogation ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie ; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel ». Le droit commun a donc vocation à définir les conditions irréductibles de la subrogation personnelle. Les régimes spéciaux peuvent certes modifier ses effets, ou en limiter l'application, mais ne peuvent s'affranchir de ses conditions principales.

Les conditions irréductibles et la subrogation conventionnelle. Ces conditions sont d'autant plus irréductibles qu'on ne peut y déroger conventionnellement. Ainsi, la subrogation conventionnelle à l'initiative du créancier s'opère « *lorsque celui-ci, recevant son paiement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits contre le débiteur* ». Un paiement subrogatoire est donc exigé, c'est-à-dire un paiement qui a vocation à libérer en tout ou partie le débiteur de la charge définitive de sa dette. Le caractère légitime découle directement de la volonté de subroger.

Des conditions supplémentaires sont toutefois exigées pour que la subrogation puisse être mise en œuvre : celle-ci doit être expresse et consentie en même temps que le paiement. De même, la subrogation à l'initiative du débiteur suppose un paiement subrogatoire puisqu'elle « *a lieu [...] lorsque le débiteur, empruntant une somme à l'effet de payer sa dette, subroge le prêteur dans les droits du créancier avec le concours de celui-ci* ». Le paiement effectué par le prêteur a donc pour objectif de libérer le débiteur de sa dette envers son créancier initial. Loin d'être effectué dans une intention libérale, un tel paiement s'opère dans le cadre d'un contrat de prêt où le prêteur n'entend pas supporter la charge définitive de la dette. Comme la volonté de subroger émane du débiteur, les conditions supplémentaires exigées sont plus strictes. La subrogation doit être expresse et la quittance donnée par le créancier doit indiquer l'origine des fonds.

La subrogation personnelle doit donc, en tout état de cause, résulter d'un paiement légitime, qui n'émanant pas du débiteur définitif de la dette, et qui conduit à le libérer sans intention libérale. C'est à cette condition uniquement que le paiement pourra être considéré comme subrogatoire.

B. L'uniformisation du régime de la subrogation personnelle en droit privé et en droit public

La subrogation personnelle a été abordée durant cette étude de façon transversale laissant apparaître une certaine uniformité. Il convient donc de mettre en lumière une possible

uniformisation des conditions d'application de ce mécanisme (1), qui n'est pas remise en cause par les règles spécifiques du droit public (2).

1. Un régime unique de subrogation personnelle

Établir un régime unique de subrogation personnelle suppose que les conditions irréductibles définies en droit privé trouvent également application en droit public.

Les conditions de la subrogation personnelle en droit public. Quel que soit le domaine d'application de la subrogation, ses conditions s'articulent autour du paiement. Ainsi, le juge administratif accorde un recours subrogatoire à l'État qui indemnise une victime en raison du refus de concours de la force publique⁴⁶. La subrogation est alors conditionnée au paiement par l'État de l'indemnité d'occupation, car il libère le débiteur définitif de sa dette envers le créancier initial. Le refus de recours à la force publique est fondé sur des motifs légitimes tels que le maintien de l'ordre public. Il engage la responsabilité sans faute de l'État, qui n'est pas l'auteur du dommage, il n'a donc pas vocation, *in fine*, à en supporter la charge. Le paiement a pour effet de libérer envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette.

De la même façon, lorsque l'État intervient en tant que garant de l'indemnisation, son paiement libère le débiteur définitif de sa dette⁴⁷. Les conditions du paiement subrogatoire sont donc remplies.

La même constatation peut être faite lorsque l'État indemnise intégralement la victime, alors qu'il n'est pas le seul responsable du dommage. Le paiement libère alors l'agent de sa dette envers le créancier⁴⁸. Bien que le juge administratif ne fasse pas directement référence à la condition d'un paiement légitime, il ressort de ces hypothèses d'application que le paiement était légalement dû par l'État et ne peut donc qu'être considéré comme légitime.

⁴⁶ CE, 26 octobre 2017, n° 407693. Voir également : CE, 8 juin 2011, n° 322515 : « *Subordonner d'office le paiement de la somme que l'État peut être condamné à verser au créancier gagiste à la suite de la délivrance d'une attestation de non-gage erronée, à la subrogation de l'État, par le créancier gagiste, aux droits qui résultent ou qui pourraient résulter pour ce dernier des condamnations prononcées à son profit par les tribunaux judiciaires* ».

⁴⁷ À titre d'exemple, le Code minier prévoit, en son article 75-1, la subrogation de l'État en tant que garant de la réparation des dommages consécutifs à une exploitation minière.

⁴⁸ CE, 28 juillet 1951, *Laruelle*, n° 01074 ; CE, 28 juillet 1951, *Delville*, n° 04032 ; CE, 23 décembre 1987, n° 37090 ; CE, 27 février 1981, n° 13906. Entre coauteurs fautifs d'un même dommage : CE, 9 novembre 2015, *Mutuelle Assurance des Instituteurs de France (MAIF) et autres*, n° 342468.

Un régime irréductible identique en droit privé et en droit public. Les conditions du paiement subrogatoire sont applicables en droit public⁴⁹. Le juge administratif a d'ailleurs eu l'occasion de se référer directement aux dispositions du Code civil ou aux principes posés par celui-ci. Cela laisse supposer qu'il applique les mêmes conditions⁵⁰. « *La jurisprudence se devait, en effet, de faire preuve d'une certaine logique : à partir du moment où elle admettait que les obligations administratives pouvaient faire l'objet d'une transmission par la voie de la subrogation personnelle (...), il lui était difficile de refuser d'appliquer les principes essentiels régissant le fonctionnement de ces mécanismes* »⁵¹. La même constatation peut se faire en matière de subrogation conventionnelle⁵² où le Conseil d'État, dans un arrêt de 2016, s'est référé directement aux règles du Code civil pour déterminer la validité du recours subrogatoire⁵³.

Il convient toutefois de relever que l'émergence d'un régime uniforme ne s'oppose pas à certaines adaptations du mécanisme en droit public⁵⁴, à partir du moment où les conditions irréductibles de la subrogation sont appliquées. Ainsi, des divergences peuvent porter sur l'ampleur de l'effet translatif, et sont liées, par exemple, à l'intransmissibilité des prérogatives particulières accordées à la personne publique⁵⁵. De la même façon, les atteintes directes à l'effet translatif, tel qu'en matière de décompte définitif⁵⁶, n'ont aucun effet sur les conditions

⁴⁹Principe confirmé par la doctrine : Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971, p. 330. Aucune condition de forme n'est exigée et le paiement peut être prouvé par tout moyen de preuve de droit commun.

⁵⁰ CE, 30 juillet 2003, n° 244051 ; CE, 26 février 2016, n° 377117 ; CAA Paris, 18 avril 1989, n° 89PA00399 ; CAA Douai, 2 juillet 2002, n° 99DA20378 ; CAA Marseille, 16 novembre 2000, n° 97MA05489 ; CE, 6 février 1987, *Cie nationale Air France*, n° 36586 ; CE, 31 décembre 2008, *Société Foncière Ariane*, n° 294078.

⁵¹ R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 289 ; CE, 16 octobre 2013, n° 362139.

⁵² De la même façon, les conditions sont identiques en matière de subrogation conventionnelle : Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971, p. 328 ;

⁵³ CE, 16 octobre 2013, n° 362139.

⁵⁴ De la même façon, la cession de créance issue des anciens articles 1689 et suivants du Code civil, ainsi que la cession par bordereau Dailly sont des outils reconnus et utilisés en droit administratif dont la transposition a nécessité quelques adaptations : R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 307. Ainsi, les règles relatives aux marchés publics doivent être respectées : CAA Lyon, 19 juin 1997, n° 94LY00774 : en l'espèce, la personne publique cédée avait agréé et payé des sous-traitants sans respecter la procédure instituée par le Code des marchés publics. Elle a donc été contrainte de payer deux fois les mêmes travaux. Il résulte que la personne publique cédée doit respecter l'ensemble des procédures et formalités du Code des marchés publics et s'assurer que ses cocontractants les respectent également.

⁵⁵ Cf. *supra*. Les effets de la présence d'une personne publique, p. 252.

⁵⁶Cf. *supra*. Les obstacles à l'exercice du recours subrogatoire, p. 252.

du paiement subrogatoire. Il est donc possible de faire émerger des conditions irréductibles de la subrogation personnelle, identiques en droit privé et en droit public⁵⁷.

2. L'articulation entre les règles spécifiques du droit public et le recours subrogatoire

Les règles spécifiques au droit public peuvent intervenir dans la sphère du recours subrogatoire et influencer son octroi ou sa mise en œuvre.

Les règles spécifiques du droit public et l'octroi du recours subrogatoire. Toute subrogation suppose un paiement. Or le juge administratif doit prendre en compte le caractère public des deniers engagés. Ainsi, par principe, « *les personnes morales de droit public ne peuvent jamais être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas* »⁵⁸. Cet arrêt de principe portait sur une demande d'indemnisation relative au refus de concours de la force publique pour l'exécution d'une ordonnance d'expulsion. Dans le cas d'espèce, le tribunal administratif aurait dû refuser de condamner l'État, car celui-ci était amené « *à payer une indemnité calculée sans qu'en soit déduit le montant de loyers versés par [le locataire au propriétaire] et qui correspondait ainsi à une fraction de préjudice que [le propriétaire] n'avait pas subi* ». La valeur de l'indemnisation accordée ne peut donc excéder le montant du préjudice réellement subi⁵⁹.

Le recours subrogatoire s'inscrit parfaitement dans cette volonté de ne pas faire peser sur l'administration une dette dont elle ne doit pas en supporter la charge. En effet, il lui permet de récupérer les sommes engagées auprès du débiteur définitif de la dette⁶⁰. Le juge administratif subordonne d'ailleurs souvent l'indemnisation de la victime à l'octroi d'un

⁵⁷ Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971, p. 330 ; A. Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019, pp. 468 et suivantes. CE, 26 février 2016, n° 377117 ; CE, 16 octobre 2013, n° 362139 ; CE, 3 novembre 1972, *Ministre de l'Équipement et du Logement c/Houillères du bassin du centre et du midi*, n° 83338 ; CE, 6 octobre 1976, *Caisse régionale d'assurance mutuelle agricole du Pas-de-Calais c/Commune de Peines-en-Artois*, n° 95091 ; CE, 30 juillet 2003, *GIE Soccrum Dalkia et Société ACE Europe c/le Département de Seine-Saint-Denis*, n° 244051.

⁵⁸ CE, 19 mars 1971, *Mergui*, n° 79962 : « *Cette interdiction est d'ordre public et doit être soulevée d'office par la juridiction à laquelle une telle condamnation est demandée* ».

⁵⁹ CAA Lyon, 18 janvier 2000, n° 95LY01329.

⁶⁰ Dès lors, une telle limite incite l'exercice du recours subrogatoire qui a d'abord été octroyé afin d'éviter un cumul d'indemnité par la victime, et a ensuite permis le recours de l'administration contre son agent ou inversement. CE, 26 juillet 1918, *Epoux Lemonnier*, n° 49595 55240 : Le Conseil d'État subordonne le paiement de la commune à sa subrogation dans les droits de la victime, mais aucun recours n'est toutefois prévu contre le responsable ; Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971, p. 334.

recours subrogatoire⁶¹. Ainsi, lorsqu'il alloue une indemnité au titre de l'occupation irrégulière, il subordonne son versement à la subrogation de l'État dans les droits que les intéressés peuvent détenir sur le responsable⁶². Alors que, par principe, le paiement est la condition centrale de la subrogation, cette dernière devient à son tour la condition du paiement. La nature publique des deniers engagés a donc conduit le juge administratif à mettre en place une indemnité conditionnée à la possibilité, pour l'État, d'exercer un recours subrogatoire. Cela ne fait que renforcer l'importance d'un tel mécanisme pour le refinancement du *solvens*, et sa capacité à protéger à la fois la victime et le patrimoine public.

Les règles spécifiques du droit public et la mise en œuvre du recours subrogatoire. La prise en compte des règles spécifiques du droit administratif peut avoir une influence sur la mise en œuvre du recours subrogatoire. Pour que le *solvens* puisse agir contre le débiteur définitif de la dette, l'action que détenait le créancier envers ce dernier ne doit pas être prescrite. Or, le délai pour engager une action subrogatoire est de cinq ans en droit privé⁶³, alors que la prescription est quadriennale en droit public. Le recours subrogatoire est alors soumis, comme toute action, à une condition de recevabilité relevant de la prescription.

Il s'agit uniquement de la prise en compte des règles particulières de droit public. La prescription quadriennale est donc une exception opposable autant au subrogeant qu'au subrogé. Ainsi, seule la durée de la prescription change⁶⁴, non son opposabilité au *subrogé*⁶⁵. Les hypothèses d'interruptions du délai de prescription effectuées par le subrogeant profitent

⁶¹ CE, 27 décembre 2017, n° 410143 ; CE, 22 novembre 2017, n° 414421 ; CE, 3 octobre 2016, n° 389451.

⁶² CE, 8 juillet 2019, n° 420287 : « *Il y a lieu de subordonner le versement de l'indemnité que la présente décision accorde à M. C... et autres à la subrogation de l'État, dans la limite du montant de cette indemnité, dans les droits que les intéressés peuvent détenir sur la société Le Lunick au titre de l'occupation irrégulière de leur bien entre le 18 octobre 2014 et le 5 mars 2015* ».

⁶³ Par principe, « *les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* » : C. civ, art. 2224. Voir également C. civ, art. 2225 et suivants.

⁶⁴ Loi, n° 68-1250, 31 décembre 1968, *relative à la prescription des créances sur l'État, les départements, les communes et les établissements publics*, art. 1. Divergence par rapport au droit privé : C. civ, art. 2224.

⁶⁵ CE, 26 septembre 2008, *CH Flers*, n° 272690 : « *Le délai de quatre ans prévu par les dispositions précitées de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1968 court, en ce qui concerne les dépenses de santé remboursées à la victime par la caisse de sécurité sociale avant la date de consolidation des dommages au premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle les dépenses ont été exposées ; qu'à compter de la date de consolidation, et sous réserve de l'apparition ultérieure de nouveaux dommages non encore révélés à cette date, le point de départ du délai de prescription de la créance que détient la caisse au titre des frais de santé qu'elle devra exposer pour l'avenir d'une façon certaine au vu de la situation de la victime est, au même titre que les préjudices permanents résultant, pour la victime ou la caisse de sécurité sociale qui lui est subrogée, des conséquences de l'accident, le premier jour de l'année suivant celle de la consolidation ; que dans cette hypothèse, la prescription est interrompue par un acte de la caisse sans que celle-ci ait à demander, à ce stade, le remboursement effectif des dépenses qui ne seront exposées qu'à l'avenir* ». Dans le même sens : CE, 25 février 1970, n° 73557.

par la suite au subrogé⁶⁶. Les règles de droit public vont donc parfois intervenir dans la sphère du recours subrogatoire, mais n'ont pas nécessairement une influence sur ses conditions essentielles et ainsi ne portent donc pas atteinte à l'unité du mécanisme⁶⁷.

⁶⁶CE, 19 mars 1969, n° 71682 71 686 : « *Les effets susceptibles de s'attacher, quant au cours de la déchéance quadriennale, à un acte accompli par le subrogeant peuvent être valablement invoqués par le subrogé* ». CE 6 février 2013, *Centre hospitalier de Châteauroux*, n° 344188 : « *La caisse ne pouvait utilement invoquer des circonstances tenant à sa situation propre pour soutenir qu'elle aurait eu connaissance de sa créance à une date postérieure à celle à laquelle les représentants légaux de la victime devaient eux-mêmes être regardés comme ayant disposé de connaissances suffisantes sur l'existence de leur créance* ».

⁶⁷ Contrairement aux atteintes à l'effet translatif précédemment observé : Cf. *supra*. Les limites de l'effet translatif de la subrogation, p. 237.

Section 2 :

L'impact des régimes spéciaux en matière de subrogation personnelle

Les conditions irréductibles de la subrogation personnelle s'observent quelle que soit l'application du mécanisme. Cela ne signifie cependant pas que toute subrogation personnelle est soumise au même régime juridique. Il est alors nécessaire d'aborder les régimes spéciaux qui en régissent l'application, et plus particulièrement celui mis en place par la loi de 1985¹. Il s'applique en matière de recours des tiers payeurs, c'est-à-dire à toutes les « *relations entre le tiers payeur et la personne tenue à réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à la personne, quelle que soit la nature de l'événement ayant occasionné ce dommage* »². Sont alors concernés, les organismes versant des prestations qui ne sont pas nécessairement appréciées en référence à la réparation intégrale du dommage, mais qui contribuent à l'indemnisation de la victime³.

Largement appliqué, ce régime issu de la loi de 1985 n'est pas limité par la nature privée ou publique du litige⁴. Le Conseil d'État a d'ailleurs considéré que le recours prévu par l'ordonnance de 1959 entraine dans le champ d'application des dispositions de l'article 31 de la

¹ Elle a été complétée par la loi de 2006 qui intègre le droit de préférence de la victime et le recours poste par poste de préjudice : Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation* ; Loi, n° 2006-1640, 21 décembre 2006, *de financement de la sécurité sociale pour 2007*.

² Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, art 28 et suivants : Le chapitre s'intitule : Des recours des tiers payeurs contre les personnes tenues à réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à la personne (Articles 28 à 34).

³ C. Quezel Ambrunaz, *Deux ans d'application de la réforme du recours des tiers payeurs*, Gazette du Palais. 03 mars 2009, n° 62, p. 10

⁴ . Le projet de réforme du droit de la responsabilité prévoit également d'aborder l'indemnisation en matière de dommage corporel de façon transversale et aurait par conséquent vocation à s'appliquer en droit privé et en droit public : Projet de réforme de la responsabilité civile, 13 mars 2017, Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la Justice ; *Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile*, enregistrée à la Présidence du Sénat le 29 juillet 2020.

loi de 1985⁵. Cette loi permet donc d'harmoniser le recours des tiers payeurs autour d'un régime unique.

L'harmonisation n'est cependant pas totale. Des divergences apparaissent entre le droit privé et le droit public en ce qui concerne la délimitation des différents postes de préjudices et l'imputation des prestations sur les droits de la victime. En outre, les règles spécifiques applicables à certains tiers payeurs doivent être prises en compte, car la loi de 1985 n'a pas gommé toutes spécificités.

Il convient donc d'aborder dans un premier temps, l'harmonisation du recours subrogatoire des tiers payeurs (Paragraphe 1), puis dans un second temps, les divergences persistantes et leurs impacts sur le recours subrogatoire (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'harmonisation du recours subrogatoire des tiers payeurs entre le droit privé et le droit public

La loi de 1985 est venue établir un régime particulier applicable aux tiers payeurs. Elle ne s'applique pas au recours des fonds d'indemnisation, qui disposent de leurs propres règles juridiques. Ils ne seront donc pas directement abordés dans la suite des développements. Les règles régissant le recours des fonds ne sont toutefois pas totalement étrangères à celles accordées aux tiers payeurs. Ainsi, seul le recours subrogatoire leur est ouvert, et il ne peut être exercé que pour obtenir le remboursement des prestations effectivement versées, dans la limite des sommes dues par le responsable.

La loi de 1985 a instauré des règles restrictives qui commandent l'octroi du recours subrogatoire. Il en résulte un impact direct sur l'indemnisation de la victime, puisque l'imputation des prestations sur l'indemnité due par le responsable est directement liée au bénéfice du recours subrogatoire. La possibilité pour la victime de recevoir des prestations de la part des tiers payeurs conduit alors à s'interroger sur l'incidence d'un tel versement sur son droit à réparation.

La subrogation permet d'éviter un cumul d'indemnisation au profit de la victime. L'imputation des prestations doit donc nécessairement être liée à son octroi. Ce seul critère ne

⁵ CE, 6 mars 2013, n° 338383.

peut néanmoins pas suffire, dans la mesure où les prestations versées par les tiers payeurs n'ont pas forcément un caractère indemnitaire. Il faut donc établir le lien entre l'imputation des prestations versées par les tiers payeurs et le recours subrogatoire (A).

La loi de 2006, qui est venue compléter la loi de 1985, a opéré un rapprochement avec les règles de droit commun. Elle a permis aux tiers payeurs de récupérer les prestations versées uniquement pour un poste de préjudice qu'ils ont effectivement indemnisé. Ainsi, le recours subrogatoire reste conditionné au paiement effectif de la dette. En outre, elle a accordé un droit de préférence à la victime dans le recouvrement de sa créance. Elle aboutit même à lui octroyer une indemnisation plus complète que celle qu'elle aurait pu obtenir en droit de la responsabilité. La ventilation des postes de préjudice lors du recours subrogatoire aura alors un impact à la fois sur les droits des tiers payeurs, et sur ceux de la victime (B).

A. L'imputation des prestations et le recours subrogatoire

Imputer une prestation sur l'indemnité due par le responsable revient à diminuer la créance indemnitaire de la victime en ce qu'elle a déjà, pour partie, bénéficié d'une indemnisation de son préjudice. Les juges doivent alors déduire les prestations versées par les tiers payeurs de la créance de réparation de la victime⁶. La détermination des prestations imputables dépend à la fois de l'octroi aux tiers payeurs d'un recours subrogatoire et du caractère indemnitaire de la prestation versée⁷.

Il convient donc, dans un premier temps, de s'intéresser à la nouvelle assiette du recours subrogatoire des tiers payeurs établie par la loi de 1985 (1), pour ensuite établir le lien entre la subrogation et l'imputation des prestations (2).

⁶ Crim, 15 avril 2008, n° 07-84.487 : « Les prestations versées par la sécurité sociale doivent être déduites poste par poste des indemnités auxquelles le responsable est tenu envers la victime pour réparer les atteintes à son intégrité physique ». Principe de réparation intégrale : C. Quezel-Ambrunaz, *Deux ans d'application de la réforme du recours des tiers payeurs*, Gazette du Palais. 2009, n° 62, p. 10.

⁷ Y. Lambert-Faivre, *Le lien entre la subrogation et le caractère indemnitaire des prestations de tiers payeurs* : Dalloz. 1987, chron. p. 97. CE, 23 mars 2012, n° 352290 : « La quittance subrogative attestant du versement de cette somme n'indiquait pas qu'elle présentait un caractère indemnitaire seul à même de justifier la subrogation ».

1. La nouvelle assiette du recours subrogatoire

Le droit commun n'a eu de cesse d'augmenter le champ d'application de la subrogation personnelle⁸, de telle sorte qu'elle est accordée chaque fois que le paiement libère le débiteur définitif de la charge de la dette⁹. Néanmoins, la loi de 1985 délimite strictement ses contours et offre une application plus restreinte à la subrogation accordée aux tiers payeurs¹⁰.

Le champ d'application restreint du recours subrogatoire. L'article 33 de la loi de 1985 prévoit qu' « *hormis les prestations mentionnées aux articles 29 et 32, aucun versement effectué au profit d'une victime en vertu d'une obligation légale, conventionnelle ou statutaire n'ouvre droit à une action contre la personne tenue à réparation du dommage ou son assureur* ». Par conséquent, un paiement, même lorsqu'il libère le débiteur définitif de la dette, ne peut pas donner lieu à une subrogation, sauf s'il porte sur les prestations limitativement énumérées. Tous les tiers payeurs ne peuvent donc pas bénéficier d'un tel recours.

La délimitation de ces prestations par l'article 29 nécessite la prise en compte de deux critères¹¹. Premièrement, le recours peut être fondé sur la qualité des organismes indemnisant la victime. Dès lors, « *les prestations versées par les organismes, établissements et services gérant un régime obligatoire de sécurité sociale et par ceux qui sont mentionnés aux*

⁸ La réforme du droit des obligations pose un principe général de subrogation à l'article 1346 du Code civil : Ordonnance, n° 2016-131, 10 février 2016, *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. Cf. *supra*. La consécration d'un principe général de subrogation légale, p. 344.

⁹ La seule limite réside dans l'impossibilité pour le subrogé d'invoquer des droits exclusivement attachés à la victime : Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, art. 31.

¹⁰ Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*. CE, 18 mai 2011, n° 3438823 : « *Les dispositions de l'article 29 de la loi du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, applicables en vertu de l'article 28 de la même loi aux relations entre le tiers payeur et la personne tenue à réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à la personne, quelle que soit la nature de l'événement ayant occasionné ce dommage, énumèrent la liste des prestations versées à la victime ouvrant droit à un recours contre la personne tenue à réparation ou son assureur* ».

¹¹ Le Conseil d'État a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative au principe d'égalité devant la loi au regard de l'article 29 de la loi de 1985 limitant le recours des tiers payeurs suite à l'impossibilité pour le département d'effectuer un recours contre le responsable pour obtenir le remboursement de la prestation de compensation du handicap versé à la victime : CE, 7 décembre 2016, n° 403514. Le Conseil constitutionnel déclare l'article 29 conforme à la constitution. Il considère que lorsque le département verse « *la prestation de compensation du handicap, qui est une prestation d'aide sociale reposant sur la solidarité nationale, limitée à certaines dépenses découlant du handicap, il n'est pas placé dans la même situation que les autres tiers payeurs qui versent les prestations énumérées à l'article 29 de la loi du 5 juillet 1985* ». « *Les dispositions contestées se bornent à limiter à certains tiers payeurs et à certaines prestations les possibilités de recours subrogatoire consécutif à la réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à la personne. Elles n'instaurent pas, par elles-mêmes, une différence de traitement, s'agissant de l'indemnisation reçue, entre les victimes de tels dommages* » : QPC, 24 février 2017, n° 2016-613.

articles 1106-9, 1234-8 et 1234-20 du code rural » ouvrent droit à un recours subrogatoire. Deuxièmement, l'octroi du recours dépend de la nature des prestations versées et sera accordé, quel que soit l'organisme ayant versé ses prestations. À titre d'exemple, la subrogation s'opère pour le « *remboursement des frais de traitement médical et de rééducation* », ou encore « *les salaires et les accessoires du salaire maintenus par l'employeur pendant la période d'inactivité consécutive à l'événement qui a occasionné le dommage* »¹². L'article 32 de la loi de 1985 introduit également un recours subrogatoire à l'employeur pour le remboursement des charges patronales¹³.

L'octroi d'une action subrogatoire est donc cantonné à des hypothèses prédéfinies. Deux exceptions permettent toutefois d'élargir son champ d'application. Premièrement, l'article 31 permet aux tiers payeurs de se faire rembourser les prestations versées en matière de préjudices extrapatrimoniaux, lorsqu'ils apportent la preuve qu'ils ont effectivement et préalablement indemnisé ce poste de préjudice¹⁴. Il convient toutefois de constater que la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile¹⁵ laisse supposer une volonté future de limiter davantage le recours, puisqu'elle propose la suppression d'une telle possibilité.

¹² Également « *les indemnités journalières de maladie et les prestations d'invalidité versées par les groupements mutualistes régis par le Code de la mutualité, les institutions de prévoyance régies par le Code de la sécurité sociale ou le Code rural et les sociétés d'assurance régies par le Code des assurances* », et les « *prestations énumérées au II de l'article 1er de l'ordonnance n° 59-76 du 7 janvier 1959* », c'est à dire : « *Le traitement ou la solde et les indemnités accessoires pendant la période d'interruption du service ; les frais médicaux et pharmaceutiques ; le capital-décès ; les arrérages des pensions et rentes viagères d'invalidité ainsi que les allocations et majorations accessoires ; les arrérages des pensions de retraite et de réversion prématurées, jusqu'à la date à laquelle la victime aurait pu normalement faire valoir ses droits à pension, ainsi que les allocations et majorations accessoires [et les] arrérages des pensions d'orphelin* » : Ordonnance, n° 59-76, 7 janvier 1959, relative aux actions en réparation civile de l'État et de certaines autres personnes publiques, art. 1, II.

¹³ « *Les employeurs sont admis à poursuivre directement contre le responsable des dommages ou son assureur le remboursement des charges patronales afférentes aux rémunérations maintenues ou versées à la victime pendant la période d'indisponibilité de celle-ci. Ces dispositions sont applicables à l'État par dérogation aux dispositions de l'article 2 de l'ordonnance n° 59-76 du 7 janvier 1959 précitée* ». De la même façon, l'article L 825-4 du Code général de la fonction publique prévoit que l'action subrogatoire concerne notamment : « *les charges patronales afférentes à la rémunération maintenue ou versée au fonctionnaire pendant la période de son indisponibilité* ».

¹⁴ Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, art 31 : « *Si le tiers payeur établit qu'il a effectivement et préalablement versé à la victime une prestation indemnisant de manière incontestable un poste de préjudice personnel, son recours peut s'exercer sur ce poste de préjudice* ».

¹⁵ Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, 29 juillet 2020, Sénat, n° 678, art. 1278 : Elle perpétue la règle du recours subrogatoire poste par poste, mais la restreint aux seuls postes de préjudice patrimoniaux.

Deuxièmement, l'article 33 alinéa 3¹⁶ permet d'accorder un recours conventionnel pour les avances sur indemnités versées par les assureurs. Le contrat doit prévoir expressément à l'assureur le bénéfice d'un recours subrogatoire, et son remboursement ne peut avoir lieu qu'après celui des tiers payeurs visés par l'article 29 de la loi de 1985¹⁷. Elle instaure ainsi une sorte de priorité entre les tiers payeurs, puisque l'assureur bénéficie d'une subrogation subsidiaire. Cette dernière ne peut intervenir qu'à partir du moment où tous les autres créanciers sont désintéressés. En revanche, la répartition entre les autres tiers payeurs se fait sur le même principe qu'en droit commun : au marc le franc. Un tel désavantage pour l'assureur peut s'expliquer au regard de la spécificité du contrat d'assurance, qui implique le versement de primes de la part de l'assuré. Les pertes financières semblent alors plus acceptables que pour les tiers payeurs indemnisant au titre de la solidarité nationale.

Les incohérences résultant de la nouvelle assiette du recours subrogatoire. Des incohérences dans l'articulation entre le critère organique et celui reposant sur la nature des prestations peuvent être constatées. Ces dernières remettent en cause la pertinence d'une telle répartition, puisqu'une prestation peut parfois donner lieu à un recours subrogatoire lorsqu'elle est versée par un des organismes cités dans l'article 29 de la loi de 1985¹⁸, et, à l'inverse, ne pas pouvoir faire l'objet d'un tel recours lorsqu'elle est versée par un autre organisme n'y figurant pas.

¹⁶ « *Lorsqu'il est prévu par contrat, le recours subrogatoire de l'assureur qui a versé à la victime une avance sur indemnité du fait de l'accident peut être exercé contre l'assureur de la personne tenue à réparation dans la limite du solde subsistant après paiements aux tiers visés à l'article 29. Il doit être exercé, s'il y a lieu, dans les délais impartis par la loi aux tiers payeurs pour produire leurs créances* ». Voir également l'article L 211-25 du Code des assurances prévoit que « *lorsqu'il est prévu par contrat, le recours subrogatoire de l'assureur qui a versé à la victime une avance sur indemnité du fait de l'accident peut être exercé contre l'assureur de la personne tenue à réparation dans la limite du solde subsistant après paiements aux tiers visés à l'article 29 de la même loi du 5 juillet 1985. Il doit être exercé, s'il y a lieu, dans les délais impartis par la loi aux tiers payeurs pour produire leurs créances* »

¹⁷ Exception : Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, art. 14 : « *Dès lors que l'assureur n'a pu, sans qu'il y ait faute de sa part, savoir que l'accident avait imposé des débours aux tiers payeurs visés aux articles 29 et 33 de la présente loi, ceux-ci perdent tout droit à remboursement contre lui et contre l'auteur du dommage. Toutefois, l'assureur ne peut invoquer une telle ignorance à l'égard des organismes versant des prestations de sécurité sociale. Dans tous les cas, le défaut de production des créances des tiers payeurs, dans un délai de quatre mois à compter de la demande émanant de l'assureur, entraîne déchéance de leurs droits à l'encontre de l'assureur et de l'auteur du dommage. Dans le cas où la demande émanant de l'assureur ne mentionne pas la consolidation de l'état de la victime, les créances produites par les tiers payeurs peuvent avoir un caractère provisionnel* ».

¹⁸ Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

À titre d'exemple, le capital-décès¹⁹ ouvre droit à un recours subrogatoire lorsqu'il est versé par la sécurité sociale²⁰, alors que tout recours est exclu, lorsqu'il est versé par la Mutualité accident de la confédération générale des œuvres laïques²¹. En outre, les institutions de prévoyances et de retraites complémentaires ne figurent pas parmi les organismes disposant d'un recours subrogatoire contre le responsable. Cependant, elles ont un rôle comparable et peuvent être amenées à verser des prestations similaires aux mutuelles ou encore aux organismes gérant l'assurance complémentaire en matière d'accident du travail des exploitants agricoles, qui bénéficient du recours subrogatoire. De plus, la nature subrogatoire du recours accordé aux employeurs semble difficilement justifiable dans la mesure où les charges patronales ne sont pas directement versées au fonctionnaire, mais aux organismes sociaux²². Elles n'entrent donc pas en principe dans les préjudices réparables du fonctionnaire.

Il convient également de se demander si d'autres prestations, non comprises dans la liste limitative, peuvent être considérées comme ouvrant droit à un recours subrogatoire. L'article L 132-10 du Code de l'action sociale et des familles prévoit en effet que *« l'État ou le département sont, dans la limite des prestations allouées, subrogés dans les droits de l'allocataire en ce qui concerne les créances pécuniaires de celui-ci contre toute personne physique ou morale en tant que ces créances ne sont ni incessibles ni insaisissables et que la subrogation a été signifiée au débiteur »*. Cet article étant intervenu postérieurement à la loi

¹⁹ Indemnité qui garantit le versement d'un capital aux ayants droit d'un salarié décédé sous certaines conditions. Elle peut être versée par la sécurité sociale, mais également par l'assurance décès complémentaire.

²⁰ Crim, 7 janvier 1993, n° 92-80.657 : *« Qu'il résulte de l'article 29-1 de la loi du 5 juillet 1985 que le capital-décès versé à l'ayant droit de la victime d'un accident mortel par un organisme gérant un régime obligatoire de sécurité sociale figure au nombre des prestations donnant droit à recours subrogatoire au profit du tiers payeur »*. Crim, 21 septembre 2010, n° 09-87.683 : La caisse primaire d'assurance maladie a versé un capital-décès à la victime et la Cour de cassation considère qu'il n'a pas de caractère indemnitaire. Dès lors, il ne doit pas être déduit de l'indemnité réparant le préjudice économique de la victime. Civ, 2^{ème}, 17 mars 2011, n° 10-19.718 : *« Le capital-décès servi par une caisse de sécurité sociale dépendant, selon l'article L. 361-1 du Code de sécurité sociale, du montant des revenus du défunt, indemnise la perte de revenus »*.

²¹ Civ, 2^{ème}, 28 mars 1994, n° 92-19.897 : *« L'arrêt retient exactement que la prestation versée par la Mutualité accident de la confédération générale des œuvres laïques (la MAC) au titre du capital-décès ne figure pas sur la liste limitative des prestations ouvrant droit à un recours subrogatoire contre la personne tenue à réparation définie par l'article 29 de la loi du 5 juillet 1985, que cette loi de portée générale exclut toute disposition contraire et que la portée de la loi postérieure du 25 juillet 1985 est limitée par les dispositions de la loi du 5 juillet 1985 »*. La loi, n° 2006-1640, du 21 décembre 2006, de financement de la sécurité sociale pour 2007, n'est pas venue modifier l'assiette du recours subrogatoire issue de la loi de 1985 : Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

²² Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, art 32. La même observation peut être faite concernant l'article L 825-4 du Code général de la fonction publique.

de 1985²³, la question peut se poser de son application aux centres d'action sociale, qui ne figure pas parmi les organismes énumérés à l'article 29.

Le Conseil d'État considère que le département peut certes être subrogé, « *dans la limite des prestations qu'ils allouent, dans les droits de l'allocataire en ce qui concerne les créances pécuniaires de celui-ci contre toute personne physique ou morale* », mais que « *cette subrogation est exclue dans le cas particulier où la créance de l'allocataire procède de son droit à réparation en tant que victime d'un dommage résultant d'atteintes à sa personne* »²⁴. Une telle décision confirme l'application stricte de l'assiette du recours subrogatoire établie par la loi de 1985. La solution inverse est cependant retenue pour l'article L 1221-14 du Code de la santé publique à propos de prestations versées par la Mutualité Finistère et Morbihan²⁵ puisque le Conseil d'État lui a accordé un recours subrogatoire fondé sur l'ancien article 1251 du Code civil et donc sur le droit commun.

2. Le lien entre la subrogation et l'imputation des prestations

Lorsqu'un recours subrogatoire est accordé aux tiers payeurs, la prestation est dite imputable²⁶, c'est-à-dire qu'elle vient diminuer la créance indemnitaire de la victime. En

²³ Codifié par la loi, n° 2002-2, 2 janvier 2002, *Rénovant l'action sociale et médico-sociale*.

²⁴ CE, 7 décembre 2016, n° 403514.

²⁵ CE, 9 novembre 2018, n° 413206 : « *Considérant que, pour rejeter la demande de la Mutualité Finistère et Morbihan, la cour administrative d'appel de Nantes a retenu que le recours subrogatoire prévu par l'article L. 1221-14 du Code de la santé publique à l'encontre de l'Établissement français du sang n'était ouvert qu'au bénéfice des tiers payeurs énumérés à l'article 29 de la loi du 5 juillet 1985 visée ci-dessus, au nombre desquels la requérante ne figure pas ; qu'en statuant ainsi, alors que la Mutualité Finistère et Morbihan, qui avait indemnisé la victime de la contamination transfusionnelle, pouvait à ce titre exercer un recours subrogatoire contre l'Établissement français du sang en application de l'article 1251 du Code civil cité ci-dessus, la cour a commis une erreur de droit* ». Voir également CE, 24 mai 2017, n° 395490 : « *Considérant, par ailleurs, qu'il résulte des travaux parlementaires de la loi du 17 décembre 2012 que, lorsque le législateur a subordonné les recours subrogatoires des "tiers payeurs" dirigés contre l'EFS, en application de l'article L. 1221-14 du Code de la santé publique, ou contre l'ONIAM, en application du IV de l'article 67 de la loi du 17 décembre 2008, à la condition que la couverture d'assurance d'un établissement de transfusion sanguine puisse être mise en jeu, il n'a entendu viser que les seuls "tiers payeurs" débiteurs des prestations énumérées à l'article 29 de la loi du 5 juillet 1985 visée ci-dessus ; que le recours subrogatoire exercé en application de l'article L. 121-12 du Code des assurances contre l'ONIAM ou l'EFS par un assureur de responsabilité civile, lorsque celui-ci est subrogé à la fois dans les droits de la victime et dans ceux d'un tiers payeur, n'est, en conséquence, subordonné à une telle condition qu'en tant qu'il vise au remboursement des sommes versées au tiers payeur, mais non en tant qu'il vise au remboursement des sommes versées à la victime* ».

²⁶ Civ, 2^{ème}, 14 octobre 2021, n° 19-24.456 : « *Il résulte des articles 29 et 31 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 que le juge, après avoir fixé l'étendue du préjudice résultant des atteintes à la personne et évalué celui-ci indépendamment des prestations indemnitaires qui sont versées à la victime, ouvrant droit à un recours subrogatoire contre la personne tenue à réparation ou son assureur, doit procéder à l'imputation de ces prestations, poste par poste* ». Crim, 29 octobre 2002, n° 01-87.181 ; CAA Paris, 17 janvier 2019, n° 17PA03656.

l'absence de subrogation, c'est la nature indemnitaire des prestations versées qui permet de déterminer les prestations imputables.

Le recours subrogatoire et la nature indemnitaire de la prestation versée. La délimitation légale des prestations ouvrant droit à un recours subrogatoire se faisait, à l'origine, en référence à la nature indemnitaire des prestations versées²⁷ : ces dernières s'imputaient sur la dette du responsable alors que les prestations forfaitaires étaient cumulables²⁸.

La Cour de cassation a tout d'abord attribué un caractère forfaitaire aux prestations lorsque leur calcul était fait en fonction d'éléments prédéterminés par les parties, indépendamment du préjudice subi²⁹. Elle a ensuite considéré que pour être indemnitaires, les prestations ne devaient pas être « *indépendantes dans leurs modalités de calcul et d'attribution de celles de la réparation du préjudice selon le droit commun* »³⁰. Toutefois, « *le mode de calcul des prestations versées à la victime en fonction d'éléments prédéterminés n'est pas à lui seul de nature à empêcher ces prestations de revêtir un caractère indemnitaire* »³¹. L'octroi du recours subrogatoire aux tiers payeurs résulte dorénavant d'une prédétermination légale, issue de la loi de 1985. Ainsi, la Cour de cassation a considéré que les prestations versées par une institution de prévoyance qui ne gère pas un régime de sécurité sociale obligatoire n'entrent pas dans les prévisions de l'article 29 de la loi de 1985 et ne sont donc pas déductibles de l'indemnité due à la victime³².

Il convient de se demander si la nature indemnitaire ne serait pas attribuée, par détermination de la loi, aux prestations ciblées à l'article 29³³. Il faut toutefois écarter cette analyse puisqu'une même prestation pourrait être considérée comme indemnitaire, lorsqu'elle

²⁷ Civ, 2^{ème}, 4 mai 1960, Bull. civ. 1960, n° 276 ; Ass. Plen, 30 juin 1960, Bull. Cour de cassation ass. Plen. n° 1 : « *Attendu qu'en cas d'accident du travail dont un de ses agents a été victime, le Service national "Électricité de France", par application des textes susvisés de sécurité sociale, est fondé à demander au tiers responsable, dans la limite du montant du préjudice subi par la victime et mis à la charge de ce tiers, le remboursement des prestations présentant un caractère indemnitaire qu'il a versées à l'occasion de l'accident* » ; Soc, 29 octobre 1975, n° 74-13.977 ; CE, 14 février 1990, n° 78667.

²⁸ CE, 14 mars 1986, n° 49860 : « *La somme que la compagnie d'assurances a versée à M. X... en exécution du contrat et qui ne revêt pas un caractère indemnitaire peut être acquise indépendamment des réparations dues par l'auteur de l'accident et n'a pas à être déduite du montant de l'indemnité due à la victime par l'État* ».

²⁹ Civ, 1^{ère}, 17 mars 1993, n° 91-13.438 et n° 91-11.665 ; Crim, 18 septembre 1996, n° 95-84.808 : « *Dès lors qu'il n'est ni démontré ni allégué par la demanderesse que cette prestation, même calculée en fonction de certaines bases prédéterminées, était en définitive fixée indépendamment du préjudice subi* ».

³⁰ Plén, 19 décembre 2003, n° 01-10.670.

³¹ Plén, 19 décembre 2003, n° 01-10.670.

³² Crim., 31 mars 2020, n° 19-80772. Voir également Crim, 21 mars 1991, n° 89-86.882.

³³ D. Asquinazi-Bailleur, *Régime général : accidents du travail et maladies professionnelles – Recours des tiers payeurs*, Jurisclasseur Protection sociale Traité, 2012, fasc 314-20 ; Civ, 2^{ème}, 12 juillet 2007, n° 06-16.084.

est versée par un organisme mentionné dans l'article, et non indemnitaire, lorsqu'elle est versée par un autre³⁴.

Il s'agit donc uniquement d'une détermination légale des prestations donnant lieu à un recours subrogatoire, écartant la prise en compte de la nature indemnitaire de la prestation. Celle-ci conserve toutefois une utilité en ce que « *les prestations ne présentant pas de caractère indemnitaire, notamment celles qui sont versées au titre de l'aide sociale, restent [...] exclues de l'exercice du recours subrogatoire* »³⁵. La Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler à propos des prestations versées par un employeur à son salarié, victime d'un enlèvement terroriste, en considérant que la Cour d'appel devait vérifier que les prestations ne provenaient pas d'une intention libérale³⁶ faisant obstacle à leur déduction³⁷.

Ainsi, seules les prestations à caractère indemnitaire peuvent être imputées sur l'indemnité due par le responsable quand bien même ces prestations seraient versées par un organisme figurant à l'article 29 de la loi de 1985³⁸. La Cour de cassation a donc exclu l'imputation de l'allocation d'éducation de l'enfant handicapé et son complément³⁹, l'allocation aux adultes handicapés⁴⁰ versée au titre de l'aide sociale, ou encore les indemnités chômage⁴¹.

La subrogation implique l'imputation, mais l'imputation se détache de la subrogation. L'équation « subrogation = imputation »⁴² est essentielle dans la mesure où la subrogation doit permettre d'éviter une double indemnisation de la victime. En effet, la réparation du dommage ne doit pas excéder le montant du préjudice. La Cour de cassation a

³⁴ Il convient toutefois de relever que le recours subrogatoire ne peut être exercé par le tiers payeur que dans la mesure où la prestation versée à un lien de causalité avec le fait générateur du dommage et donc destinée à réparer le préjudice subi à la suite de celui-ci : Crim, 1^{er} juin 1994, n° 93-82.257.

³⁵ CE sect, avis, 4 juin 2007, n° 303422.

³⁶ Civ, 2^{ème}, 7 mars 2019, n° 17-27139.

³⁷ La Cour de renvoi, s'appuyant sur les déclarations de l'employeur, a caractérisé l'intention libérale, et confirmé le jugement en ce qu'il avait jugé que la somme n'était pas déductible : CA Paris, 17 février 2020, n° 19/07108.

³⁸ CE sect, avis, 4 juin 2007, n° 303422 : « *Une prestation ne peut être regardée comme prenant en charge un préjudice, au sens du troisième alinéa de l'article L. 376-1, qu'à la condition d'avoir pour objet cette réparation, d'être en lien direct avec le dommage corporel et d'être versée en application du livre 3 du Code de la sécurité sociale. Les prestations ne présentant pas de caractère indemnitaire, notamment celles qui sont versées au titre de l'aide sociale, restent donc exclues de l'exercice du recours subrogatoire* ». P. Jourdain, *Retour sur la pertinence de l'équation subrogation = imputation*, Gazette du Palais. 09 janvier 2017, n° hors-série 1, p. 10. Toutes les prestations visées par la loi de 1985 imposent donc l'imputation.

³⁹ Civ, 1^{ère}, 2 juin 2021, n° 20-10.995.

⁴⁰ Civ, 2^{ème}, 14 mars 2002, n° 00-12.716. Dans le même sens : l'allocation d'éducation spécialisée versée par les caisses d'allocations familiales Crim, 29 octobre 2002, n° 01-87.181 ; CE, 16 décembre 2005, n° 251543.

⁴¹ Crim, 8 février 2011, n° 10-86.045.

⁴² Équation employée par P. Jourdain, *Retour sur la pertinence de l'équation subrogation = imputation*, Gazette du Palais. 09 janvier 2017, n° hors-série 1, p. 10.

alors considéré que « *les prestations versées par les caisses de sécurité sociale à une victime doivent être déduites de l'indemnité à laquelle le tiers responsable est tenu envers la victime pour réparer les atteintes à son intégrité physique* »⁴³. *A contrario*, l'absence de recours semble autoriser le cumul d'indemnité⁴⁴, ce qui signifie que l'imputation ne s'attache plus à la nature des prestations versées, mais à l'existence d'un recours subrogatoire⁴⁵. Le risque est alors d'entraîner une fluctuation, à la hausse ou à la baisse, des indemnités versées à la victime selon qu'elles proviennent d'organismes payeurs bénéficiant ou non d'un tel recours. Ces propos peuvent néanmoins être modérés, car l'absence de subrogation ne conduit pas nécessairement à un cumul d'indemnités.

Par principe, l'imputation a lieu lorsque le recours est autorisé. La Cour de cassation a donc jugé non-imputables les allocations chômage versées par Pôle emploi au motif qu'elles ne figurent pas dans la liste des prestations ouvrant droit à un recours subrogatoire⁴⁶. Toutefois, certains textes dérogatoires prévoient expressément une telle imputation malgré l'absence de recours⁴⁷. À titre d'exemple, suite à une demande d'indemnisation auprès de la commission d'indemnisation des victimes d'infraction, la Cour de cassation a opté pour que le capital-décès versé par une institution de prévoyance soit imputé en raison de son caractère indemnitaire⁴⁸. La même constatation peut être faite au sujet de l'office national d'indemnisation des victimes d'accidents médicaux⁴⁹. Il qui doit tenir compte de l'allocation de retour à l'emploi pour fixer les sommes dues, en raison de son caractère indemnitaire⁵⁰.

⁴³ Civ, 2^{ème}, 12 juillet 2007, n° 05-21.309.

⁴⁴ D. Krajewski et P. Le Tourneau, *Objet du recours*, Droit de la responsabilité et des contrats, 2021, chapitre 5222, n° 5222.12.

⁴⁵ Y. Faivre, *Le lien entre la subrogation et le caractère indemnitaire des prestations des tiers payeurs*, Recueil Dalloz. 1987, Chronique XVIII, p. 97.

⁴⁶ Civ, 2^{ème}, 26 mars 2015, n° 14-16011. Dans le même sens : Civ, 2^{ème}, 28 mars 1994, n° 91-17.165 ; Crim, 11 avril 1996, n° 95-83.351.

⁴⁷ Ainsi, l'article 706-9 du Code de procédure pénale prévoit qu'il faut tenir compte, dans le montant des sommes allouées à la victime par la commission d'indemnisation au fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et autres infractions, « *des indemnités de toute nature reçues ou à recevoir d'autres débiteurs au titre du même préjudice* ». Pour le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante : L'article 53 de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000, *de financement de la sécurité sociale pour 2001*. L'article L. 1142-17 du Code de la santé publique, pour l'office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales. L'article L 931-11 du Code de la sécurité sociale prévoit la subrogation des organismes de prévoyance pour les prestations indemnitaires versées : Civ, 2^{ème}, 12 septembre 2019, n° 18-13.791 : caractère indemnitaire, car la rente d'éducation et le capital-décès « *constituaient un revenu de substitution dont les modalités de calcul étaient en relation directe avec les revenus salariaux de la victime* ».

⁴⁸ Civ, 2^{ème}, 16 avril 2015, n° 14-17605.

⁴⁹ C. sant. publ, art. L. 1142-14, L. 1142-17, L. 1221-14, L. 1142-24-7 et L. 3122-5.

⁵⁰ Alors même qu'elle ne figure pas parmi les prestations visées à l'article 29 de la loi de 1985 : Civ, 2^{ème}, 3 juin 2010, n° 09-67.357.

Les tiers payeurs ayant versé cette allocation ne bénéficient d'aucun recours, alors même que l'allocation est déduite de l'indemnité due par le fonds actionné.

L'imputation est alors indépendante de l'octroi d'un recours subrogatoire, mais dépend de la nature indemnitaire de la prestation versée⁵¹. Cette dernière est imputable lorsque le défendeur indemnise au titre de la solidarité nationale. En revanche, elle est cumulable lorsqu'il s'agit du responsable ou de son assureur, puisque la Cour de cassation, dans le but de favoriser la victime plutôt que le responsable, privilégie l'absence d'imputation⁵² en dehors des hypothèses légales. Le Conseil d'État a toutefois eu l'occasion d'imputer la prestation de compensation du handicap en dehors de textes dérogeant⁵³. Par conséquent, l'équation « subrogation = imputation » n'est que partielle. L'imputation peut donc avoir lieu même si aucun recours subrogatoire n'est possible ; puisque le caractère indemnitaire des prestations est toujours un critère de l'imputation⁵⁴.

B. La ventilation des postes de préjudice lors du recours subrogatoire des tiers payeurs

Le recours poste par poste de préjudice instauré par la loi de 2006⁵⁵ interdit aux tiers payeurs de récupérer des sommes versées, lorsqu'elles ne sont pas en lien avec un poste de préjudice effectivement indemnisé. Cette évolution se révèle être en accord avec la logique fonctionnelle de la subrogation personnelle puisque le transfert de la créance est conditionné au paiement effectif de la dette⁵⁶. Cette nouvelle imputation est favorable à la victime, notamment lorsque cette dernière a concouru à la réalisation de son dommage. En effet, la

⁵¹ CE, 23 septembre 2013, *Centre Hospitalier Universitaire de Saint-Etienne*, n° 350799. La rente éducation n'est pas imputable, car elle ne revêt pas un caractère indemnitaire : Civ, 2^{ème}, 20 octobre 2016, n° 15-24.812 : la « rente éducation revêtait un caractère forfaitaire et qu'il n'y avait pas lieu de la prendre en compte dans le calcul du préjudice ».

⁵² Civ, 2^{ème}, 20 octobre 2016, n° 15-17507 : « Attendu que pour fixer le préjudice d'assistance par tierce personne de Mme X..., l'arrêt soustrait de ce poste l'allocation personnalisée d'autonomie versée à celle-ci au motif qu'elle en est par nature déductible, ayant pour objet d'indemniser la perte d'autonomie ; Qu'en statuant ainsi, alors que cette allocation, versée par le conseil départemental et non mentionnée par l'article 29 de la loi du 5 juillet 1985, ne donne pas lieu à un recours subrogatoire contre la personne tenue à réparation, la cour d'appel a violé les textes susvisés » ; Civ, 2^{ème}, 11 juin 2015, n° 13-18459.

⁵³ CE, 23 septembre 2013, *Centre Hospitalier Universitaire de Saint-Etienne*, n° 350799. Cf. *infra*. Un manque d'harmonisation entre le droit privé et le droit public, p. 434.

⁵⁴ P. Jourdain, *Retour sur la pertinence de l'équation subrogation = imputation*, Gazette du Palais. n° hors-série 1, 9 janvier 2017, p. 10.

⁵⁵ Loi, n° 2006-1640, 21 décembre 2006, *de financement de la sécurité sociale pour 2007*.

⁵⁶ Cf. *supra*. La source du transfert de créances : le paiement, p. 168.

priorité qui lui est accordée dans le recouvrement de sa créance en droit commun⁵⁷ a été transposée en matière de recours des tiers payeurs. Ces derniers ne peuvent alors exercer leur recours contre le responsable du dommage que sur le reliquat.

Seront donc étudiés successivement l'instauration du recours subrogatoire poste par poste de préjudices (1) et le droit de préférence accordé à la victime (2).

1. L'instauration du recours subrogatoire poste par poste de préjudices

La loi de 2006 est venue poser les derniers jalons de l'encadrement du recours des tiers payeurs⁵⁸, qui « s'exercent [dorénavant] poste par poste sur les seules indemnités qui réparent des préjudices qu'elles ont pris en charge »⁵⁹.

La mise en place d'une imputation poste par poste de préjudices. À l'origine, le recours subrogatoire des tiers payeurs pouvait s'exercer sur l'ensemble des indemnités auxquelles la victime pouvait prétendre dans la limite du montant de la réparation due par le responsable⁶⁰. La loi de 1973⁶¹ a posé une première restriction en permettant le recours des caisses de la sécurité sociale uniquement pour le remboursement des prestations réparant l'atteinte à l'intégrité physique de la victime, exclusion faite des indemnités ayant un caractère personnel. Cette restriction a ensuite été harmonisée à tous les recours des tiers payeurs par la loi du 5 juillet 1985⁶². En droit administratif, une exception existait également puisque l'article 5 de la loi du 2 janvier 1968⁶³ prévoyait que le recours subrogatoire « ne [pouvait] s'exercer sur la part des dommages et intérêts correspondant à des préjudices qui, en raison de leur nature, ne se [trouvaient] pas au moins partiellement couverts par les prestations visées à l'article 1^{er} ».

⁵⁷C. civ, art. 1346-3.

⁵⁸ Loi, n° 2006-1640, 21 décembre 2006, de financement de la sécurité sociale pour 2007.

⁵⁹ Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, Art. 31.

⁶⁰ Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971, p. 341.

⁶¹ Loi, n° 73-1200, 27 décembre 1973, relative à l'étendue de l'action récursoire des caisses de sécurité sociale en cas d'accident occasionné à un assuré social par un tiers.

⁶² Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, anc. art. 30 : « Ces recours s'exercent dans les limites de la part d'indemnité qui répare l'atteinte à l'intégrité physique de la victime, à l'exclusion de la part d'indemnité de caractère personnel correspondant aux souffrances physiques ou morales par elle endurées et au préjudice esthétique et d'agrément ou, s'il y a lieu, de la part d'indemnité correspondant au préjudice moral des ayants droit ».

⁶³ Ordonnance, n° 59-76, 7 janvier 1959, relative aux actions en réparation civile de l'État et de certaines autres personnes publiques ; Civ, 2^{ème} 26 janvier 1984, n° 82-11. 543.

La loi de 2006⁶⁴ est alors venue étendre le besoin de concordance entre les chefs de préjudices indemnisés et les prestations servies à l'ensemble des tiers payeurs, rejetant l'imputation globale qui permettait à ces derniers de récupérer les prestations versées pour un poste de préjudice qu'ils n'avaient pourtant pas indemnisé⁶⁵. La simple distinction entre le préjudice patrimonial ou extra patrimonial ne suffit donc plus et c'est au regard des sommes effectivement versées que le recours subrogatoire est effectué. La Cour de cassation considère que « *l'imputation des sommes versées par les tiers payeurs [...] ne peut excéder l'indemnité allouée à la victime au titre du poste de préjudice qu'ils ont pris en charge [...] et qui constitue l'assiette du recours subrogatoire* »⁶⁶.

En outre, chaque prestation doit être rattachée à un chef de préjudice. À titre d'exemple, « *ne réparent pas le poste des pertes de gains professionnels actuels des indemnités journalières versées pour une période non comprise dans celle de l'incapacité temporaire de travail due au fait dommageable* »⁶⁷. Dès lors, le recours subrogatoire ne peut s'exercer que sur les indemnités que les tiers payeurs ont effectivement versées lorsque celles-ci n'ont pas un caractère personnel où, lorsqu'ils peuvent établir qu'ils ont effectivement et préalablement versé à la victime une prestation indemnisant un tel poste de préjudice⁶⁸.

Une imputation pouvant se révéler être défavorable à la victime. L'imputation poste par poste de préjudices est en principe favorable à la victime, car elle prive les tiers payeurs du recours subrogatoire pour les postes de préjudice qu'ils n'ont pas indemnisés. Elle s'accorde parfaitement avec le mécanisme subrogatoire subordonnant la transmission de la créance à son paiement effectif. Toutefois, elle peut se révéler être défavorable à la victime⁶⁹.

Prenons l'exemple où pour un poste de préjudice, le montant de la prestation versée par le tiers payeur ajouté au montant de la dette du responsable est inférieur au dommage

⁶⁴ Loi, n° 2006-1640, 21 décembre 2006, *de financement de la sécurité sociale pour 2007*.

⁶⁵ L. Derepas, *Regards croisés sur une innovation*, Gazette du Palais. 9 janvier 2017, hors-série n 1, p. 14.

⁶⁶ Crim, 23 juin 2020, n° 19-83.953

⁶⁷ Crim, 5 novembre 2019, n° 18-86.609. En outre : « *la fibromyalgie dont souffrait Mme L... ne devait pas être prise en compte dans l'évaluation du préjudice et que le retentissement sur la profession de Mme L... ne pouvait être imputé à l'accident qu'à hauteur de 10 %, de sorte que la rente invalidité qui indemnisait les pertes de revenus liées à l'ensemble des pathologies de la victime ne pouvait être déduite en totalité du préjudice indemnisable au titre de l'accident* » : Civ, 2^{ème}, 21 novembre 2019, n° 18-21.272.

⁶⁸ Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, Art. 31. Ass. plén. 20 janvier 2023, n° 20-23.673 : la Cour a considéré qu'« *il ressort des décisions des juges du fond que les victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles éprouvent parfois des difficultés à administrer la preuve de ce que la rente n'indemnise pas le poste de préjudice personnel du déficit fonctionnel permanent* » : Cf. *infra*. Les difficultés liées à l'imputation de prestations hybrides, p. 439.

⁶⁹ H. Goutel, *Le recours des tiers payeurs : on recolle les morceaux*, Resp. civ. et ass. n° 3, mars 2007, étude 4.

subi⁷⁰. Pour un premier dommage subi s'élevant à 50 ($D1 = 50$), la prestation des tiers payeurs est de 15 ($P1 = 15$) et la responsabilité à hauteur de 50 % est de 25 ($R1 = 25$). La victime peut alors obtenir le cumul de l'indemnité due par le responsable et de la prestation versée par le tiers soit : $R1 + P1 = 25 + 15 = 40$. Un second dommage cette fois s'élève à 40 ($D2 = 40$), le tiers payeur verse 35 ($P2 = 35$) et le responsable est tenu d'indemniser à hauteur de 20 ($R2 = 20$). La victime peut alors obtenir le cumul entre l'indemnité due par le responsable et celle versée par le tiers payeur dans la limite du préjudice subi. Ainsi, $P2 + R2 = 55$. Toutefois le préjudice subi étant de 40, la victime ne peut obtenir davantage. Elle reçoit donc 40 au titre du premier préjudice et 40 au titre du second soit 80. En revanche, si l'imputation avait été globale, la victime aurait pu obtenir davantage. En effet, l'imputation globale suppose d'ajouter les prestations reçues par les tiers payeurs soit $P1 + P2 = 15 + 35 = 50$, avec celles que la victime peut obtenir du responsable $R1 + R2 = 25 + 20$ soit 45. La seule limite est le préjudice global subi par la victime c'est-à-dire $D1 + D2 = 90$. Ainsi, l'indemnisation de la victime s'élève à $(P1 + P2) + (R1 + R2) = 50 + 45 = 95$.

L'imputation poste par poste de préjudice se révèle donc désavantageuse lorsque le montant de la prestation versée par le tiers payeur, ajouté au montant de la dette du responsable, sont inférieurs au dommage subi. Toutefois dans la majorité des cas l'imputation poste par poste est plus favorable à la victime et notamment lorsqu'elle a participé à la réalisation de son dommage.

2. Le droit de préférence accordé à la victime

La loi de 2006 se révèle être favorable à la victime qui a participé à la réalisation de son dommage et réduit alors l'assiette du recours des tiers payeurs.

L'absence d'incidence de la faute de la victime sur les prestations versées par les tiers payeurs. Par principe, la faute de la victime vient diminuer la dette du responsable à son encontre. Ainsi, lorsque cette dernière a participé à 30 % dans la réalisation de son dommage, elle ne pourra demander la réparation que des 70 % restant au responsable. Appliquer ce partage de responsabilité en matière de recours des tiers payeurs conduirait alors à déduire chaque poste de préjudice à hauteur de 30 %. Toutefois, la Cour de cassation a considéré que *« dans le cas d'une limitation du droit à indemnisation de la victime, le droit de préférence de celle-ci sur la dette du tiers responsable a pour conséquence que son préjudice corporel,*

⁷⁰ C. Quezel-Ambrunaz, *Deux ans d'application de la réforme du recours des tiers payeurs*, Gazette du Palais, n° 62, 2009, p. 10.

évalué poste par poste, doit être intégralement réparé pour chacun de ces postes dans la mesure de l'indemnité laissée à la charge du tiers responsable, et que le tiers payeur ne peut exercer son recours, le cas échéant, que sur le reliquat »⁷¹.

Cette solution est également retenue par le Conseil d'État qui considère que « *l'indemnité mise à la charge du tiers qui correspond à une partie des conséquences dommageables de l'accident, doit être allouée à la victime tant que le total des prestations dont elle a bénéficié et de la somme qui lui est accordée par le juge ne répare pas l'intégralité du préjudice qu'elle a subi* »⁷². La victime indemnisée pour partie par le tiers payeur peut donc agir contre le responsable à hauteur de sa dette et dans la limite du préjudice subi, et seule la dette du responsable est impactée par le partage de responsabilité⁷³. « *La victime, en dépit de sa responsabilité, pourra voir, par l'addition des prestations et de la somme versée par le responsable, son préjudice réel entièrement réparé* »⁷⁴.

Ce n'était pas le cas avant la réforme de 2006 puisque la priorité était accordée aux tiers payeurs. Ainsi, la victime ne pouvait recevoir que la différence entre le montant que les tiers payeurs avaient versé, et le montant qu'elle pouvait récupérer auprès du responsable⁷⁵. Dorénavant, l'indemnité versée par les tiers payeurs s'impute d'abord sur la part du préjudice relevant de la faute de la victime, puis, dans un second temps, sur celle imputable au responsable⁷⁶. Ainsi, lorsque la faute de la victime représente 50 % du dommage, si le tiers

⁷¹ Civ, 2^{ème}, 25 juin 2020, n° 19-15.208. Dans le même sens : Civ, 2^{ème}, 24 septembre 2009, n° 08-14.515.

⁷² CE sect, avis, 4 juin 2007, n° 303422 : « *La priorité accordée à la victime sur la caisse pour obtenir à son profit des indemnités mises à la charge du tiers responsable (...), s'applique notamment lorsque le tiers n'est déclaré responsable que d'une partie des conséquences dommageables de l'accident. Dans ce cas, l'indemnité mise à la charge du tiers qui correspond à une partie des conséquences dommageables de l'accident, doit être allouée à la victime tant que le total des prestations dont elle a bénéficié et de la somme qui lui est accordée par le juge ne répare pas l'intégralité du préjudice qu'elle a subi. Quand cette réparation est effectuée, le solde de l'indemnité doit, le cas échéant, être alloué à la caisse* » ; CE, 24 octobre 2008, n° 290733.

⁷³ La faute de la victime n'a d'incidence qu'au regard des règles de la responsabilité civile ou administrative. Une telle imputation vaut également en cas de perte de chance : CE, 24 octobre 2008, *Centre hospitalier d'Orléans*, n° 290733 ; Civ, 2^{ème}, 24 septembre 2009, n° 08-14515 ; Civ, 2^{ème}, 13 juin 2013, n° 12-10145. Ces décisions sont discutables en ce que la perte de chance est un préjudice distinct du dommage corporel et ne représente donc pas une indemnisation partielle dans la mesure où elle est pleinement réparée.

⁷⁴ H. Groutel, *Le recours des tiers payeurs : rapport d'étape (décembre 2006 — février 2008)*, Resp. civ. et ass. n° 2, Février 2008, étude 2.

⁷⁵ Civ, 2^{ème}, 7 octobre 1992, n° 91-19.705 ; Civ, 2^{ème}, 23 juin 1993, n° 91-19.703.

⁷⁶ Civ, 2^{ème}, 14 janvier 2010, n° 08-17.293 : « *Selon le deuxième alinéa de l'article 31 de la loi du 5 juillet 1985, conformément à l'article 1252 du Code civil, la subrogation ne peut nuire à la victime subrogeante, créancière de l'indemnisation, lorsqu'elle n'a été indemnisée qu'en partie ; qu'en ce cas, elle peut exercer ses droits contre le responsable, pour ce qui lui reste dû, par préférence au tiers payeur dont elle n'a reçu qu'une indemnisation partielle ; qu'il en résulte que le droit de préférence de la victime doit s'exercer, poste par poste, sur l'indemnité due par le responsable, pour la part du poste de son préjudice que ne réparent pas les prestations versées, le solde de l'indemnité étant, le cas échéant, alloué au tiers payeur* ».

payeur l'indemnise à hauteur de 60 % de son préjudice, la victime peut toujours agir contre le responsable à hauteur de 40 %.

La priorité qui est accordée à la victime sur la créance de réparation lui permet donc d'obtenir une meilleure indemnisation que si elle s'était uniquement placée sous les règles de la responsabilité civile ou administrative⁷⁷. L'assiette du recours des tiers payeurs se trouve alors restreinte⁷⁸.

Les conséquences pratiques du projet de réforme de la responsabilité civile. Lorsque l'indemnisation provient de la législation sociale, la faute de la victime ne joue aucun rôle⁷⁹. Ainsi, pour un dommage à hauteur de 1000 euros dont la victime est responsable à 50 %, cette dernière ne peut obtenir que 500 euros auprès du responsable du dommage⁸⁰. Supposons maintenant qu'elle reçoive une prestation de 600 euros de la part des tiers payeurs. Si la faute de la victime avait été prise en compte, les tiers payeurs auraient pu agir contre le responsable à hauteur de 500 euros, puisque la victime a déjà été indemnisée à hauteur de 60 % de son préjudice.

A contrario, l'absence de déduction de la faute de la victime conduit cette dernière à obtenir la réparation intégrale de son préjudice. En effet, elle bénéficie d'un droit de préférence qui lui permet d'agir en priorité contre le responsable. Elle peut ainsi obtenir 400 euros auprès de ce dernier, et voir son préjudice de 1000 euros entièrement indemnisé. Les tiers payeurs ne peuvent alors agir que sur le reliquat, c'est-à-dire 100 euros⁸¹. Cela traduit un

⁷⁷ Étant entendu que cela n'a pas pour conséquence de décaler la date de la subrogation, celle-ci a bien lieu au moment du paiement ou le subrogé est définitivement titulaire des droits transmis. Seule l'action est bloquée le temps que la victime obtienne une indemnisation intégrale.

⁷⁸ Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971, p. 333 : L'auteur rappelle que l'action subrogatoire est subordonnée à l'indemnisation totale de la victime. C. Quezel-Ambrunaz, *Deux ans d'application de la réforme du recours des tiers payeurs*, Gazette du Palais. n° 62, 2009, p. 10. Civ, 2^{ème}, 16 octobre 2008, n° 07-12.880 et 07-16.484. P. Berlioz, *Recours des tiers payeurs : la subrogation dénaturée ?*, Petites affiches. n° 78, 20 avril 2010, p. 6 : Le recours subrogatoire des tiers payeurs ne semble pouvoir être reconnu que si celui-ci n'empêche pas la victime « d'obtenir une indemnisation la plus complète possible de son préjudice, quelle que soit sa part de responsabilité dans l'existence de celui-ci ».

⁷⁹Le montant des prestations indemnifiant un poste de préjudice est déduit sans qu'il ne soit tenu compte du partage de responsable entre le tiers responsable et la victime. Y. Lambert-Faivre et S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel*, 9^{ème} éd. Dalloz. 2022. n° 364, p. 368 : la Cour de cassation a opté pour l'approche selon laquelle : « il n'y a atteinte à la réparation intégrale que si la victime reçoit une somme supérieure à l'intégralité de la créance de réparation. Dans cette limite maximum, le droit de préférence peut en revanche toujours s'exercer ». Ainsi, « le droit de préférence lui permet [...] d'être indemnisée de la totalité de son préjudice, nonobstant l'existence du partage ».

⁸⁰ En matière de responsabilité civile ou administrative, la faute de la victime diminue la dette du responsable : Civ, 1^{ère}, 16 avril 2015, n° 14-13.440 ; CE, 10 février 2014, n° 361280.

⁸¹ La dette du responsable ne pouvant excéder 500 euros.

détachement entre la réparation automatique résultant des prestations versées par les tiers payeurs et les règles de la responsabilité civile⁸², dont le recours subrogatoire assure le lien.

Le projet de réforme de la responsabilité civile vient toutefois affaiblir le droit de préférence accordé à la victime en prévoyant la possibilité de réduire son indemnisation en raison de sa faute sur la part de son préjudice qui n'a pas été réparé par les prestations du tiers payeur⁸³. Ainsi, la victime ne pourra obtenir que 200 auprès du responsable, puisque sa faute vient réduire son droit à indemnisation sur la part non réparée du responsable, c'est-à-dire $1000 - 600 = 400$. Au total, elle n'aura donc obtenu que 800, et le tiers payeur pourra récupérer 300 auprès du responsable. La subrogation ne nuirait donc pas en tant que telle à la victime qui reçoit plus que ce qu'elle aurait pu obtenir par la seule responsabilité, c'est-à-dire 500. Néanmoins, la faute de la victime viendrait réduire son droit à indemnisation.

Paragraphe 2 : Les divergences persistantes et leurs impacts sur le recours subrogatoire

En permettant aux tiers payeurs d'exercer un recours subrogatoire poste par poste sur les seules indemnités réparant des préjudices qu'ils ont pris en charge, la loi de 2006 rend nécessaire la clarification des différents postes de préjudice et leur imputation sur la créance de réparation de la victime. Ainsi, bien que des règles uniques soient applicables en présence de tiers payeurs, des distinctions apparaissent entre les deux ordres juridiques civil et administratif. La volonté d'uniformiser le recours subrogatoire de façon transversale laisse alors place à certaines incohérences dans l'application même du régime juridique établi.

⁸² M. Bacache, *Pratique de l'imputation poste par poste et du droit de préférence de la victime*, Gazette du Palais. 9 janvier 2017, Hors-série n° 1, p. 50 : « *Le concours de la victime subrogeante et de la sécurité sociale subrogée contre le tiers responsable, la victime assurée sociale doit primer sur la caisse tiers payeur. Cela est d'autant plus justifié que les prestations reçues trouvent leur contrepartie dans les cotisations sociales versées* ».

⁸³ Projet de réforme de la responsabilité civile, 13 mars 2017, Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la Justice, art. 1276 ; *Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile*, enregistrée à la Présidence du Sénat le 29 juillet 2020, art. 1278 : « *Les prestations donnant lieu à recours subrogatoire s'imputent poste par poste sur les seules indemnités dues par le responsable pour les chefs de préjudices pris en charge par le tiers payeur, à l'exclusion des préjudices extrapatrimoniaux. Lorsque l'insolvabilité du responsable empêche l'indemnisation intégrale de la victime, celle-ci est préférée au tiers payeur pour ce qui lui reste dû par le responsable. La faute de la victime ne peut réduire son droit à indemnisation que sur la part de son préjudice qui n'a pas été réparée par les prestations du tiers payeur. Celui-ci a droit au reliquat de la dette mise à la charge du responsable* ». Le projet de réforme du droit de la responsabilité prévoit d'aborder l'indemnisation en matière de dommage corporel de façon transversale et aurait par conséquent vocation à s'appliquer en droit privé et en droit public.

Le manque d'harmonisation ne s'observe pas uniquement entre les deux ordres de juridiction, mais également entre les différents tiers payeurs. Ainsi, la spécificité du recours subrogatoire accordée, ou encore l'influence des règles particulières qui leur sont applicables ne permettent pas une harmonisation complète de leur recours en contribution.

Il convient donc d'étudier successivement le manque d'harmonisation entre le droit privé et le droit public (A) et l'instauration de règles particulières à certains tiers payeurs (B).

A. Un manque d'harmonisation entre le droit privé et le droit public

Des difficultés apparaissent concernant l'imputation des prestations versées et entraînent des distinctions d'applications entre le droit privé et le droit public. Ainsi, une nécessaire clarification des postes de préjudices s'impose (1).

En outre, dès lors que la prestation est hybride, c'est-à-dire qu'elle peut s'imputer sur plusieurs postes de préjudices, la détermination de cette imputation pose des difficultés, telles que c'est le cas en matière de rente d'accident du travail (2). La victime se voit alors opposer une solution différente selon qu'elle agisse devant les juridictions judiciaires ou administratives.

1. Une nécessaire clarification des postes de préjudices

La loi de 2006 n'a pas été complétée par une table de concordance entre les différents postes de préjudices et les prestations versées⁸⁴. Dès lors, des divergences apparaissent entre le droit privé et le droit public.

L'absence d'homogénéisation des postes de préjudices. Le Conseil d'État prévoit la possibilité de conserver une imputation globale lorsqu'aucun recours n'est envisageable sur les différents chefs de préjudices⁸⁵. Toutefois, la ventilation des postes de préjudice par les juridictions en matière de dommage corporel est devenue impérative pour le recours des tiers payeurs, et une clarification aurait alors été nécessaire.

⁸⁴ V. Rivollier, *Le droit commun de la réparation comme complément au régime AT-MP en cas de faute inexcusable*, Resp. civ. ass. n° 5, mai 2023, étude 6 : l'auteur propose de synthétiser la nomenclature Dintilhac et les prestations éventuellement considérées comme équivalentes dans le droit des risques professionnels. Il élabore alors un tableau de concordance entre les préjudices du droit commun et les prestations du régime AT-MT.

⁸⁵ CE sect, avis, 4 juin 2007, n° 303422.

Pour commencer, la loi de 2006 ne pose aucune définition de la notion de poste de préjudices⁸⁶. Le Conseil d'État considère alors qu'il s'agit d'« *un ensemble de préjudices de même nature directement liés aux dommages corporels subis par la victime directe* »⁸⁷. Cette définition manque cependant de précision et reste largement attachée à une approche globale. Par ailleurs, les juridictions, les fonds d'indemnisation ou encore les assureurs ont recours à des nomenclatures différentes qui ne permettent pas de définir de manière précise les différents postes de préjudices à retenir⁸⁸ ; et bien que certains outils viennent en aide au juge⁸⁹, ils n'ont aucune valeur normative.

En outre, il semble nécessaire d'établir clairement la concordance entre les postes de préjudices et les prestations versées afin d'assurer l'exercice du recours subrogatoire⁹⁰. Aujourd'hui, en l'absence de nomenclature ou de tableau de concordance légalement fixé⁹¹,

⁸⁶ H. Groutel, *Le recours des tiers payeurs : une réforme bâclée*, Resp. civ. et ass. n° 1, Janvier 2007, étude 1 ; *Le recours des tiers payeurs : on recolle les morceaux ?*, Resp. civ. et ass. n° 3, Mars 2007, étude 4. La notion de chef de préjudice semble alors identique et employée indistinctement. Le législateur lui-même utilise tour à tour chacun des termes dans le Code des assurances ou dans le Code de la sécurité sociale. C. ass, art. R 211-40 : Cet article régleme la procédure d'offre de l'assureur automobile. Il prévoit, par exemple, que ce dernier doit indiquer « *l'évaluation de chaque chef de préjudice* ». L'article R 422-8 du Code des assurances prévoit également une évaluation pour chaque chef de préjudice.

⁸⁷ CE sect, avis, 4 juin 2007, n° 303422.

⁸⁸ A. Vignon-Barrault, *Quelle typologie des postes de préjudices ? La notion de poste de préjudice*, Resp. civ. et ass. n° 3, mars 2010, dossier 5.

⁸⁹ Notamment la nomenclature Dintilhac et l'avis Lagier : CE sect, avis, 4 juin 2007, n° 303422.

⁹⁰ C. Quezel-Ambrunaz, *Deux ans d'application de la réforme du recours des tiers payeurs*, Gazette du Palais. n° 62, 2009, p. 10 : Les tiers payeurs peuvent éprouver plus de difficulté à les différencier lorsque le juge administratif et le juge judiciaire ne retiennent pas la même distinction. O. Sabard, *Quelle typologie des postes de préjudices ? Postes de préjudices et assiette du recours des tiers payeurs*, Resp. civ. et ass. n° 3, mars 2010, dossier 7. S. Porchy-Simon, O. Gout, P. Soustelle (dir.), *Étude comparative des indemnisations des dommages corporels devant les juridictions judiciaires et administratives en matière d'accidents médicaux*, Saint-Étienne : Université Jean-Monnet Saint-Étienne, Lyon : Équipe de recherche de droit privé, Université Lyon 3 Jean-Moulin, 2016, p. 238.

⁹¹ Il convient également de relever que la capitalisation des rentes se fait selon des tables de capitalisation telles que le barème de la Gazette de Palais ou encore le BCRIV (Barème de capitalisation de référence pour l'indemnisation des victimes). La Cour de cassation laisse aux juges du fonds le soin de choisir le barème alors que d'une table à l'autre, l'indemnisation n'est pas identique. Le même problème se pose qu'en matière de détermination des différents postes de préjudice : l'absence de tables de capitalisations légalement définie conduit à des divergences dans l'indemnisation de la victime. Pour pallier ces incertitudes, le projet de réforme de la responsabilité civile prévoit l'adoption de tables de capitalisation réglementaires : Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, enregistrée à la Présidence du Sénat le 29 juillet 2020, art. 1263. A. Guégan et C. Quézel-Ambrunaz, *Une nouvelle méthode de capitalisation des rentes indemnitaires*, Dalloz. 2022, p. 74. La capitalisation des rentes n'est pas directement liée au mécanisme subrogatoire, elle permet uniquement de déterminer les sommes sur lesquelles la subrogation est amenée à jouer. La Cour de cassation, dans un arrêt du 31 août 2022, n° 20-20.046 a considéré qu'« *en premier lieu, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel a fait application du barème de capitalisation qui lui paraissait le plus adapté pour assurer la réparation intégrale, sans perte ni profit pour la victime, des préjudices futurs de celle-ci. En deuxième lieu, le recours subrogatoire de la caisse ne peut porter que sur les sommes effectivement versées, ou à verser, par cet organisme, et dans la limite du préjudice de la victime fixé par le juge au titre du poste de préjudice que ces sommes indemnisent. En troisième lieu, le montant des rentes versées par la caisse, donnant lieu au recours subrogatoire de celle-ci, est obligatoirement déterminé selon le barème de capitalisation fixé par les dispositions*

c'est au juge que revient la tâche de définir les catégories de préjudices indemnisés par les prestations versées et de faire coïncider leur imputation.

Le juge judiciaire se fonde sur la nomenclature Dintilhac qui propose une liste des chefs de préjudices⁹² en fonction de la qualité de victime directe ou de victime par ricochet. Elle distingue les préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux, temporaires ou permanents et actuels ou futurs. Une circulaire de la Chancellerie invite d'ailleurs à s'y référer⁹³.

Le juge administratif, pour sa part, se réfère à l'avis Lagier de 2007, où il a défini une typologie des postes de préjudice qui lui est propre. Celle-ci est plus restreinte que celle employée par la nomenclature Dintilhac et conserve une certaine vision globale. Elle comporte cinq postes de préjudice patrimoniaux et un poste de préjudices personnels⁹⁴. Chaque poste de préjudice regroupe alors diverses prestations. Dès lors, la notion de frais liés au handicap conduit à regrouper les prestations relatives à l'aménagement du logement ainsi que les frais d'assistance. Le juge administratif doit évaluer le montant total de chaque poste de préjudices et fixer pour chacun d'eux la part qui demeure à la charge de la victime, compte tenu des prestations versées par les tiers payeurs. Ensuite, grâce à la détermination de l'indemnité due par le responsable, le juge peut accorder à la victime la somme correspondant à la part des dommages non réparée par les prestations versées⁹⁵. Bien qu'il ait établi un

réglementaires qui lui sont applicables. Il en résulte que le juge, pour procéder à l'imputation de la créance de la caisse, ne peut modifier le capital représentatif de la rente versée par celle-ci à la victime, en faisant application d'un autre barème que celui résultant des dispositions réglementaires impératives fixant les modalités de calcul de ces prestations ». Or, les articles R 376-1 et R 454-1 du Code de la sécurité sociale prévoient la possibilité d'une évaluation forfaitaire des prestations, laquelle doit s'entendre d'une capitalisation selon les termes de l'arrêté du 27 décembre 2011, *relatif à l'application des articles R. 376-1 et R. 454-1 du Code de la sécurité sociale*. Ainsi, « *le juge ne peut utiliser, pour capitaliser la rente d'un organisme social, un barème de capitalisation de droit commun, et notamment celui qu'il utilise pour capitaliser la rente indemnifiant le poste de préjudice correspondant. Il ne peut, pour procéder à l'imputation de la créance du tiers payeur, tout à la fois réaliser une capitalisation technique en utilisant un barème prenant en compte l'inflation, et ordonner le versement du capital à revenir à la victime sous forme d'une rente indexée, car cela revient à prendre deux fois en compte l'inflation* » : C. Quezel-Ambrunaz, *Capitalisation des rentes et recours des tiers payeurs, le couple infernal malmenant la réparation intégrale*, Resp. civ. et ass. n° 11, novembre 2022, comm. 249.

⁹² J.-P. Dintilhac (dir.), *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, Ministère de la justice, 2005 ; M. Robineau, *Responsabilité civile – Le statut normatif de la nomenclature Dintilhac des préjudices*, La semaine juridique. édition générale, n° 22, mai 2010, doctr. 612 ; Civ, 2^{ème}, 9 avril 2009, n° 08-15.977 ; Civ, 2^{ème}, 28 mai 2009, n° 08-16.829.

⁹³ Circ. DASC, n° 2007-05, 22 février 2007, *Relative à l'amélioration des conditions d'exercice du recours subrogatoire des tiers payeurs en cas d'indemnisation du dommage corporel*, BO min. Justice, 30 avril 2007 : « *La nomenclature des chefs de préjudice figurant dans le rapport remis par m. Jean-Pierre Dintilhac au garde des Sceaux constitue une référence approuvée par l'ensemble des acteurs du droit de l'indemnisation* ».

⁹⁴ Les cinq postes de préjudice patrimoniaux : dépenses de santé, frais liés au handicap, pertes de revenus, incidence professionnelle et scolaire du dommage corporel et autres dépenses liées au dommage corporel.

⁹⁵ J.-M. Delandre, *Quelle typologie des postes de préjudices ? La nomenclature des postes de préjudices : point de vue du juge administratif*, Resp. civ. et ass. n° 3, mars 2010, dossier 8.

référentiel propre, le juge administratif applique dans certains arrêts la nomenclature Dintilhac⁹⁶.

Un manque d'homogénéisation se fait alors sentir et le risque est de traiter différemment des tiers payeurs qui ont pourtant versé les mêmes prestations, et de conduire à une inégalité entre les victimes⁹⁷. Une nomenclature commune permettrait une meilleure harmonisation des décisions entre le droit privé et le droit public. C'est d'ailleurs ce que propose le projet de réforme de la responsabilité civile par le biais d'une fixation par décret⁹⁸. Une consécration réglementaire risquerait toutefois de figer définitivement une telle répartition et ne permettrait pas de conserver ce caractère évolutif à même d'adapter les référentiels à la situation particulière de chaque victime⁹⁹.

Absence de cohérence d'imputation entre le droit privé et le droit public.
L'imputation de la prestation de compensation du handicap offre un exemple de solutions divergentes entre les différentes juridictions. Elle est fournie par le département et ne figure pas parmi les prestations de l'article 29 de la loi de 1985¹⁰⁰. Bien que la Cour de cassation la qualifie de prestation indemnitaire¹⁰¹, elle ne peut être imputée sur les dommages et intérêts

⁹⁶ Pour la première fois en 2013, le juge administratif fait usage de la nomenclature Dintilhac : CE, 7 octobre 2013, n° 337851 : indemnisation du déficit fonctionnel permanent comprenant le préjudice sexuel et le préjudice d'agrément lié à l'impossibilité de pratiquer une activité physique ou de loisirs ; CE, 16 décembre 2013, n° 346575 : distinction entre les préjudices antérieurs et les préjudices postérieurs à la consolidation, notion de définitif fonctionnel temporaire ou permanent. CE, 28 mai 2014, n° 351237 ; CE, 7 octobre 2013, n° 338532 : le juge se réfère aux postes de préjudice figurant dans la nomenclature Dintilhac plutôt qu'à ceux résultant de l'avis *Lagier* : CE sect, avis, 4 juin 2007, n° 303422. Ainsi le déficit fonctionnel non mentionné dans l'avis est ici expressément visé, comme le sont d'autres postes de préjudices extrapatrimoniaux et notamment le préjudice d'agrément dont la définition est celle de la Cour de cassation : Civ, 2^{ème}, 28 mai 2009, n° 08-16.829 : « *Le dommage réparé au titre du préjudice d'agrément se rattache à la perte de qualité de vie et des joies usuelles de la vie courante* ».

⁹⁷ P. Pierre, *Quelle typologie des postes de préjudices ? Nomenclature des postes de préjudices et recours des tiers payeurs. Propos introductifs*, Resp. civ. et ass. n° 3, mars 2010, dossier 6. Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971, p. 344.

⁹⁸ Projet de réforme de la responsabilité civile, 13 mars 2017, Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la Justice, art. 1269 : « *Les préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux résultant d'un dommage corporel sont déterminés, poste par poste, suivant une nomenclature non limitative des postes de préjudices fixée par décret en Conseil d'État* » ; Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, enregistrée à la Présidence du Sénat le 29 juillet 2020, art. 1272 : « *Chacun des chefs de préjudices résultant d'un dommage corporel est déterminé distinctement suivant une nomenclature non limitative des chefs de préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux, fixée par décret* ».

⁹⁹ Sur la souplesse de la nomenclature Dintilhac : B. Ménard, *Retour sur l'indemnisation des frais de logement adapté : entre classicisme et innovation*, Rev. Lamy.Dr. civ, n° 154, 1 décembre 2017.

¹⁰⁰ Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*.

¹⁰¹ Crim, 1^{er} septembre 2015, n° 14-82.251 : « *Si la prestation de compensation du handicap définie aux articles L. 245-1 et suivants du Code de l'action sociale et des familles dans leur rédaction issue de la loi du 11 février 2005 constitue une prestation indemnitaire, il résulte des articles L. 421-1 du Code des assurances et R. 421-13 du même code définissant les obligations du FGAO que la déduction des versements effectués par des tiers*

versés à la victime, car elle ne donne pas lieu à aucun recours subrogatoire¹⁰². La solution est tout autre lorsque l'imputation résulte d'un texte spécial¹⁰³, c'est pourquoi elle s'impute sur l'indemnisation due par le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante¹⁰⁴. Le Conseil d'État, pour sa part, admet son imputation¹⁰⁵. Loin de conditionner l'imputation à un recours subrogatoire, il se réfère au principe de réparation intégrale qui suppose que la victime ne peut obtenir plus que le préjudice subi.

Ainsi, le juge judiciaire préfère une double indemnisation favorisant la victime et fait coïncider l'imputation avec l'octroi du recours subrogatoire, alors que le juge administratif s'en tient à un respect strict du principe de réparation intégrale. Le Conseil constitutionnel a, quant à lui, considéré que lorsque le département verse la prestation de compensation de handicap, « *qui est une prestation d'aide sociale reposant sur la solidarité nationale, limitée à certaines dépenses découlant du handicap [il] n'est pas placé dans la même situation que les*

payeurs est subordonnée à l'existence d'une action récursoire contre le responsable du dommage ». Dans le même sens : Civ, 2^{ème}, 16 mai 2013, n° 12-18.093.

¹⁰² Civ, 2^{ème}, 2 juillet 2015, n° 14-19.797 : « *Il résulte des articles 29 et 33 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 que seules doivent être imputées sur l'indemnité réparant l'atteinte à l'intégrité physique de la victime les prestations versées par des tiers payeurs qui ouvrent droit, au profit de ceux-ci, à un recours subrogatoire contre la personne tenue à réparation et que la prestation de compensation du handicap non mentionnée par le premier de ces textes ne donne pas lieu à recours subrogatoire contre la personne tenue à réparation, le moyen est inopérant, dès lors que la prise en compte de la prestation de compensation du handicap n'a eu, en l'espèce, aucune influence sur le montant des indemnités que les tiers responsables et leurs assureurs ont été condamnés à verser à la victime en raison du droit de préférence de la victime sur la dette du tiers responsable* ». Dans le même sens : Civ, 2^{ème}, 6 février 2020, n° 18-19.518 : « *La prestation de compensation du handicap définie aux articles L. 245-1 et suivants du Code de l'action sociale et des familles n'étant pas mentionnée par l'article 29 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985, elle n'ouvre droit à aucune action contre la personne tenue à réparation du dommage et ne peut donc être imputée sur l'indemnité allouée, que celle-ci soit payée par la personne tenue à réparation ou prise en charge à titre subsidiaire par le FGAO* ».

¹⁰³ Au visa des articles 53, I, et 53, IV, de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 : « *Dans les six mois à compter de la réception d'une demande d'indemnisation, le fonds présente au demandeur une offre d'indemnisation. Il indique l'évaluation retenue pour chaque chef de préjudice, ainsi que le montant des indemnités qui lui reviennent compte tenu des prestations énumérées à l'article 29 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, et des indemnités de toute nature reçues ou à recevoir d'autres débiteurs du chef du même préjudice. Le fonds présente une offre d'indemnisation nonobstant l'absence de consolidation* », des articles L. 245-1 et suivants du Code de l'action sociale et des familles et du principe de la réparation intégrale.

¹⁰⁴ Civ, 2^{ème}, 25 juin 2020, n° 19-14.085 : « *La prestation de compensation du handicap perçue par la victime d'une maladie due à une exposition à l'amiante doit être imputée sur le poste de préjudice résultant du besoin d'assistance par une tierce personne* ». L'arrêt précédent du 6 février 2020 portait sur le FAO qui a la différence des autres fonds de garantie, ne bénéficie pas de textes dérogeant à l'imputation des indemnités de toute nature, reçues ou à recevoir d'autres débiteurs au titre du même préjudice.

¹⁰⁵ CE, 23 septembre 2013, Centre Hospitalier Universitaire de Saint-Etienne, n° 350799 : Ainsi, « *en vertu des principes qui régissent l'indemnisation par une personne publique des victimes d'un dommage dont elle doit répondre, il y a lieu de déduire d'une rente allouée à la victime du dommage dont un établissement public hospitalier est responsable, au titre de l'assistance par tierce personne, les prestations versées par ailleurs à cette victime et ayant le même objet ; qu'il en va ainsi tant pour les sommes déjà versées que pour les frais futurs ; que cette déduction n'a toutefois pas lieu d'être lorsqu'une disposition particulière permet à l'organisme qui a versé la prestation d'en réclamer le remboursement si le bénéficiaire revient à meilleure fortune* ».

autres tiers payeurs qui versent les prestations énumérées à l'article 29 de la loi du 5 juillet 1985 »¹⁰⁶.

2. Les difficultés liées à l'imputation de prestations hybrides

Par principe, le recours est limité aux prestations réparant un préjudice patrimonial. Le tiers payeur peut cependant établir qu'il a effectivement et préalablement versé à la victime une prestation indemnisant un préjudice personnel et exercer un recours subrogatoire. La principale difficulté réside dans l'imputation des prestations hybrides c'est-à-dire celles où il est difficile d'établir distinctement quel préjudice elles indemnisent¹⁰⁷. Initialement, le juge judiciaire et le juge administratif ne parvenaient pas à la même conclusion concernant l'imputation de la rente d'accident du travail.

La solution antérieure retenue par les juridictions judiciaires. La Cour de cassation optait pour une nature hybride de la rente, c'est-à-dire indemnisant à la fois les incidences professionnelles et les incidences personnelles du handicap. En 2003, elle considérait que le déficit fonctionnel permanent est un préjudice à caractère objectif entrant par voie de conséquence dans l'assiette du recours des tiers payeurs¹⁰⁸. Elle considère ensuite qu'il s'agit d'un préjudice personnel¹⁰⁹ qui nécessite la preuve de son indemnisation préalable et effective¹¹⁰. Elle créait également un ordre d'imputation en prévoyant que la rente s'impute prioritairement sur les pertes de gains professionnels et ensuite sur la part réparant l'incidence professionnelle¹¹¹.

En 2009, elle modifie sa jurisprudence et établit que la rente « indemnise, d'une part, les pertes de gains professionnels et l'incidence professionnelle de l'incapacité et, d'autre part,

¹⁰⁶ C. const, QPC, 24 février 2017, n° 2016-613.

¹⁰⁷ Économique ou personnel. H. Groutel, *Le recours des tiers payeurs : rapport d'étape (décembre 2006 — février 2008)*, Resp. civ. et ass. n° 2, février 2008, étude 2.

¹⁰⁸ Ass. Plen, 19 décembre 2003, n° 02-14.783 ; Crim, 4 mai 2004, n° 03-84.691.

¹⁰⁹ Crim, 24 juin 2008, n° 07-87.465 ; Civ, 2^{ème}, 23 octobre 2008, n° 07-18.819 ; Crim, 19 mai 2009, n° 08-86.050, n° 08-82.666, 08-86.485. La même solution a été étendue à toutes les prestations à caractère hybride : Civ, 2^{ème}, 11 juin 2009, n° 07-21816 : pour l'allocation temporaire d'invalidité ; Civ, 2^{ème}, 4 février 2010, n° 09-11.536 : pour la pension civile d'invalidité des fonctionnaires.

¹¹⁰ Cass, Avis, 29 octobre 2007, n° 07-00.015. La preuve contraire peut être apportée permettant l'imputation sur un poste extrapatrimonial : Civ, 2^{ème}, 23 octobre 2008, n° 07-18.819.

¹¹¹ Cass, Avis, 29 octobre 2007, n° 07.00.017 : « La rente versée en application de l'article L. 434-2 du Code de la sécurité sociale, à la victime d'un accident du travail, indemnise, notamment, les pertes de gains professionnels et les incidences professionnelles de l'incapacité ; elle doit en conséquence s'imputer prioritairement sur les pertes de gains professionnels, puis sur la part d'indemnité réparant l'incidence professionnelle » ; C. Quezel-Ambrunaz, *Deux ans d'application de la réforme du recours des tiers payeurs*, Gazette du Palais. n° 62, 2009, p. 10 ; P. Jourdain, *Responsabilité civile – l'imputation des rentes versées en cas d'accident du travail ou de service*, La Semaine Juridique. édition générale, n° 48, 28 novembre 2007, II 10 194.

le déficit fonctionnel permanent », et elle prévoit « qu'en l'absence de perte de gains professionnels ou d'incidence professionnelle, cette rente indemnise nécessairement le poste de préjudice personnel du déficit fonctionnel permanent »¹¹². Il n'était donc pas nécessaire de prouver l'indemnisation effective de ce poste de préjudices, ni un versement préalable pourtant imposé par l'article 31 de la loi de 1985¹¹³.

La solution retenue par les juridictions administratives. Le Conseil d'État, pour sa part, ne reconnaît pas de nature mixte à la rente et affirme la nature purement professionnelle de celle-ci. Il est donc impossible de l'imputer sur un poste de préjudice personnel¹¹⁴. Ainsi, en 2008, il considère que « l'objet exclusif de cette rente est de contribuer à la réparation du préjudice subi par l'intéressé dans sa vie professionnelle »¹¹⁵. Il fonde sa décision sur la finalité de la rente et son mode de calcul : elle est « destinée à compenser la perte de salaire

¹¹² Crim, 19 mai 2009, n° 08-86.050, n° 08-82.666, 08-86.485. Jurisprudence constante : Civ, 2^{ème}, 13 juin 2013, n° 12-10.145. La même solution a été étendue à toutes les prestations à caractère hybride : pour l'allocation temporaire d'invalidité : Civ, 2^{ème}, 11 juin 2009, n° 07-21816 : « L'allocation temporaire d'invalidité versée à l'agent victime d'un accident de service ou d'une maladie professionnelle, indemnise, d'une part, les pertes de gains professionnels et l'incidence professionnelle de l'incapacité et, d'autre part, le déficit fonctionnel permanent ; qu'en l'absence de perte de gains professionnels ou d'incidence professionnelle, cette allocation indemnise nécessairement le poste de préjudice personnel du déficit fonctionnel permanent » ; pour la pension civile d'invalidité des fonctionnaires : Civ, 2^{ème}, 4 février 2010, n° 09-11.536 : « La pension civile d'invalidité versée à la victime d'un accident de service indemnise, d'une part, les pertes de gains professionnels et l'incidence professionnelle de l'incapacité, d'autre part, le déficit fonctionnel permanent ; qu'en l'absence de perte de gains professionnels ou d'incidence professionnelle, cette pension indemnise nécessairement le poste de préjudice personnel du déficit fonctionnel permanent ; que, lorsque la pension est concédée définitivement ». Il appartient donc à la Cour d'appel « de rechercher si la prestation servie par la caisse n'indemnise pas le poste de préjudice personnel du déficit fonctionnel permanent » : Civ, 2^{ème}, 16 décembre 2010, n° 09-67.544.

¹¹³ La Cour pose une présomption irréfragable d'indemnisation du déficit fonctionnel permanent par le tiers payeur : A. Cayol, *Dommages corpores – Recours des tiers payeurs : retour sur les difficultés suscitées par les rentes accident du travail et par le droit de préférence de la victime en cas de partage de responsabilité*, Bulletin Juridique des Assurances. n° 73, Février 2021, comm. 21. Civ, 2^{ème}, 22 octobre 2009, n° 08-19.576 : « L'arrêt condamne l'État à payer une certaine somme à la victime en réparation de son préjudice en n'imputant sur l'indemnité réparant le poste du déficit fonctionnel permanent que la moitié des arrérages échus de la rente accident du travail allouée à la victime et l'autre moitié sur l'indemnité réparant le poste de perte de gains professionnels futurs, en retenant que, si l'État entend exercer son recours sur un poste de préjudice personnel, tel celui du déficit fonctionnel permanent, il lui appartient d'établir que, pour au moins une part de cette prestation, il a effectivement et préalablement indemnisé la victime, de manière incontestable, au titre de ce poste, que dès lors qu'il ne justifie avoir versé des arrérages que pour la somme de 13 773,27 euros, il ne pourra exercer son recours qu'à hauteur de cette somme ; Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes et le principe susvisé » ; Civ, 2^{ème}, 10 septembre 2015, n° 14-21936.

¹¹⁴ CE, avis, 8 mars 2013, n° 361272, consid. 5 : « Eu égard à sa finalité de réparation d'une incapacité permanente de travail, qui lui est assignée par l'article L. 431-1, et à son mode de calcul appliquant au salaire de référence de la victime le taux d'incapacité permanente défini par l'article L. 434-2, la rente d'accident du travail doit être regardée comme ayant pour objet exclusif de réparer, sur une base forfaitaire, les préjudices subis par la victime dans sa vie professionnelle en conséquence de l'accident, c'est-à-dire ses pertes de gains professionnels et l'incidence professionnelle de l'incapacité. Dès lors, le recours exercé par la caisse au titre d'une rente d'accident du travail ne saurait s'exercer que sur ces deux postes de préjudice. En particulier, une telle rente ne saurait être imputée sur un poste de préjudice personnel ».

¹¹⁵ CE, 5 mars 2008, n° 272447.

résultant de l'incapacité »¹¹⁶ et se calcule en fonction du salaire de la victime. L'imputer sur un poste de préjudice personnel supposerait donc que les atteintes personnelles¹¹⁷ varient en fonction de son niveau de revenu¹¹⁸.

Il aurait alors pu être envisagé d'étendre cette solution à la pension militaire d'invalidité, qui est une allocation forfaitaire calculée en fonction du taux d'incapacité. Dans un arrêt d'octobre 2013¹¹⁹, le Conseil d'État a cependant rendu une décision en opposition avec celle retenue en matière de rente d'accidents du travail¹²⁰, en imputant la pension militaire d'invalidité sur le déficit fonctionnel¹²¹.

L'alignement des positions jurisprudentielles sur la rente d'accidents du travail. Jusqu'en janvier 2023, le recours pouvait porter sur un préjudice personnel devant la Cour de cassation, mais seulement sur un préjudice patrimonial devant le Conseil d'État. En outre, dans le cadre d'une faute inexcusable de l'employeur, la victime ne pouvait pas lui demander d'indemnisation complémentaire dès lors que le juge considère que la rente indemnise le déficit fonctionnel permanent¹²². L'existence de solutions divergentes posait donc problème au regard de l'indemnisation de la victime.

Toutefois, par deux arrêts d'assemblée plénière du 20 janvier 2023, la Cour de cassation a opéré un revirement, et considère désormais que « *la rente ne répare pas le déficit fonctionnel permanent* »¹²³. Elle s'appuie notamment sur les décisions du Conseil d'État, qui juge de

¹¹⁶ Cons. const, QPC, 18 juin 2010, n° 2010-8.

¹¹⁷ « *Atteintes aux fonctions physiologiques, la perte de la qualité de vie et les troubles ressentis par la victime dans ses conditions d'existence personnelles, familiales et sociales* » : Civ, 2^{ème}, 28 mai 2009, n° 08-16.829.

¹¹⁸ S. Porchy-Simon, *Imputation de la rente accident du travail : le divorce entre le Conseil d'État et la Cour de cassation est consommé*, Dalloz. 2013, n° 1258.

¹¹⁹ CE, 7 octobre 2013, n° 338532.

¹²⁰ CE, 5 mars 2008, n° 272447 ; CE 8 mars 2013, n° 361273.

¹²¹ Le juge administratif énonce explicitement que cette pension indemnise à la fois des préjudices professionnels (pertes de revenus et incidence professionnelle de l'incapacité) et le déficit fonctionnel de la victime.

¹²² Alors que la victime peut demander un complément d'indemnisation lorsque la rente a un objet strictement professionnel. S. Porchy-Simon, *Imputation de la rente accident du travail : le divorce entre le Conseil d'État et la Cour de cassation est consommé*, Dalloz. 2013, n° 1258.

¹²³ Ass. plén. 20 janvier 2023, n° 21-23.947. Dans le même sens : Ass. plén. 20 janvier 2023, n° 20-23.673 : « *La Cour de cassation juge depuis 2009 que la rente versée à la victime d'un accident du travail indemnise, d'une part, les pertes de gains professionnels et l'incidence professionnelle de l'incapacité, d'autre part, le déficit fonctionnel permanent* », « *elle n'admet que la victime percevant une rente d'accident du travail puisse obtenir une réparation distincte des souffrances physiques et morales qu'à la condition qu'il soit démontré que celles-ci n'ont pas été indemnisées au titre du déficit fonctionnel permanent. Si cette jurisprudence est justifiée par le souhait d'éviter des situations de double indemnisation du préjudice, elle est de nature néanmoins, ainsi qu'une partie de la doctrine a pu le relever, à se concilier imparfaitement avec le caractère forfaitaire de la rente au regard du mode de calcul de celle-ci, tenant compte du salaire de référence et reposant sur le taux d'incapacité permanente défini à l'article L. 434-2 du code de la sécurité sociale. Par ailleurs, il ressort des décisions des juges du fond que les victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles éprouvent parfois des difficultés à administrer la preuve de ce que la rente n'indemnise pas le poste de préjudice personnel du déficit* ».

façon constante « *qu’eu égard à sa finalité de réparation d’une incapacité permanente de travail* » et « *à son mode de calcul* », « *la rente d’accident du travail doit être regardée comme ayant pour objet exclusif de réparer, sur une base forfaitaire, les préjudices subis par la victime dans sa vie professionnelle* ». Ces deux arrêts alignent donc la position du juge judiciaire sur celle du juge administratif, et témoignent d’une volonté d’harmonisation.

B. L’instauration de règles particulières à certains tiers payeurs

L’harmonisation du recours des tiers payeurs n’a pas conduit à une application totalement identique du recours subrogatoire. Le recours de l’assureur comporte des spécificités (1), et des règles particulières à certains tiers payeurs peuvent venir influencer la mise en œuvre de la subrogation (2).

1. La spécificité du recours subrogatoire de l’assureur

Le recours subrogatoire de l’assureur est aujourd’hui largement admis, mais s’avère être soumis à des restrictions particulières.

Les limites du recours de l’assureur malgré sa double subrogation. Le recours subrogatoire est tout d’abord accordé aux assureurs de personnes à titre exceptionnel¹²⁴. En effet, alors qu’en principe ils versent des prestations forfaitaires excluant toute subrogation dans les droits de l’assuré¹²⁵, ils peuvent bénéficier d’un tel recours lorsqu’ils versent des

fonctionnel permanent », « *enfin, le Conseil d’État juge de façon constante qu’eu égard à sa finalité de réparation d’une incapacité permanente de travail, qui lui est assignée à l’article L. 431-1 du code de la sécurité sociale, et à son mode de calcul, appliquant au salaire de référence de la victime le taux d’incapacité permanente défini à l’article L. 434-2 du même code, la rente d’accident du travail doit être regardée comme ayant pour objet exclusif de réparer, sur une base forfaitaire, les préjudices subis par la victime dans sa vie professionnelle en conséquence de l’accident, c’est-à-dire ses pertes de gains professionnels et l’incidence professionnelle de l’incapacité et que dès lors, le recours exercé par une caisse de sécurité sociale au titre d’une telle rente ne saurait s’exercer que sur ces deux postes de préjudice et non sur un poste de préjudice personnel* ». « *L’ensemble de ces considérations conduit la Cour à juger désormais que la rente ne répare pas le déficit fonctionnel permanent* ». V. Rivollier, *La rente d’accident du travail n’indemnise plus le déficit fonctionnel permanent*, Recueil Dalloz, 2023, p. 321.

¹²⁴ C. ass, art. L 131-2 ; P. Casson, *Les fonds de garantie : Accidents de la circulation et de chasse, infractions pénales, actes de terrorisme et contamination par le VIH*, Thèse, LGDJ, 1999, n° 214, p. 212 : les assurances de personnes ne sont pas subrogées dans les droits de l’assuré contre le responsable, car l’indemnité due est forfaitaire et ne tient donc compte de l’ampleur du préjudice réel subi. Ils disposent d’un recours contre le tiers responsable et son assureur : C. ass, art. L 124-3.

¹²⁵ L’article L 131-2 du Code des assurances prévoit qu’en matière d’assurance de personnes, « *l’assureur, après paiement de la somme assurée, ne peut être subrogé aux droits du contractant ou du bénéficiaire contre des tiers à raison du sinistre* ».

prestations indemnitaires¹²⁶. Ils doivent alors verser des prestations « *en rapport avec la réalité du préjudice de la victime* »¹²⁷ et insérer une clause subrogatoire dans le contrat d'assurance¹²⁸.

En outre, la subrogation bénéficie aux assureurs de dommages¹²⁹. L'article L 121-12 du Code des assurances pose une condition particulière tenant à la qualité du débiteur, celui-ci devant être considéré comme tiers responsable¹³⁰. Il est toutefois possible de recourir à la subrogation conventionnelle pour pallier cette limite¹³¹. Le recours subrogatoire des assureurs est alors affaibli dans la mesure où ils ne peuvent agir contre « *les enfants, descendants, ascendants, alliés en ligne directe, préposés, employés, ouvriers ou domestiques, et généralement toute personne vivant habituellement au foyer de l'assuré, sauf le cas de malveillance commise par une de ces personnes* »¹³²; les conditions n'étant pas cumulatives¹³³. L'assureur ne peut pas non plus exercer un recours subrogatoire contre son assuré puisque cela reviendrait à rendre le contrat d'assurance dénué d'utilité¹³⁴. Toutefois, un

¹²⁶ C. ass, art L. 3.131-2 ; CAA Lyon, 26 septembre 2013, n° 12LY01875.

¹²⁷ D. Asquinazi-Bailleur, *Régime général : accidents du travail et maladies professionnelles – Recours des tiers payeurs*, Jurisclasseur. Protection sociale, Traité, 2012, fasc 314-20. Dans ce sens : Civ, 2^{ème}, 20 octobre 2005, n° 04-13.633.

¹²⁸ Civ, 1^{ère}, 12 octobre 2004, n° 02-11.647.

¹²⁹ C.ass., art. L 121-12.

¹³⁰ « *L'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé, jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui, par leur fait, ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur* ». Civ, 2^{ème}, 12 mai 2010, n° 08-21.966 : « *Le recours subrogatoire de l'assureur qui a payé l'indemnité, peut être exercé contre toute personne responsable, quel que soit le fondement de cette responsabilité* » : recevabilité du recours subrogatoire dirigé contre l'État dont la responsabilité résulte d'une défaillance des services de police n'ayant su prévenir l'incendie criminel qui a donné lieu au versement de l'indemnité par l'assureur de biens subrogé.

¹³¹ Cf. *supra*. Les moyens de preuve de la subrogation personnelle, p. 368.

¹³² C. ass, art. L 121-12. La justification semble résider dans le fait que l'assuré n'aurait certainement pas effectué un tel recours et que cela aurait pour conséquence de faire perdre de l'utilité au contrat d'assurance. L'immunité cesse lorsque le proche est assuré : Civ, 1^{ère}, 8 décembre 1993, n° 90-18.148 : « *L'immunité édictée par l'article L. 121-12, alinéa 3, du Code des assurances ne bénéficie qu'aux personnes visées au texte et ne fait pas obstacle à l'exercice, par l'assureur qui a indemnisé la victime, de son recours subrogatoire contre l'assureur de responsabilité de l'une de ces personnes* ». C. Caillé, *Assurance de dommages*, Rép. civ. décembre 2013 (actualisation : février 2020), n° 177.

¹³³ C. Caillé, *Assurance de dommages*, Rép. civ. décembre 2013 (actualisation : février 2020), n° 172. Civ, 1^{ère}, 2 juillet 1991, n° 90-12.062.

¹³⁴ L'assureur tenu de garantir intégralement le conducteur d'un véhicule impliqué dans un accident de la circulation garantit également le passager, et ne peut donc pas exercer à son encontre de recours subrogatoire, quand bien même il aurait commis une faute. Civ, 2^{ème}, 30 mars 2023, n° 21-17.466 : « *toute personne dont la responsabilité civile peut être engagée en raison de dommages subis par des tiers dans la réalisation desquels un véhicule est impliqué, doit, pour faire circuler celui-ci, être couverte par une assurance garantissant cette responsabilité* ». Or, « *les contrats d'assurance couvrant cette responsabilité doivent également couvrir la responsabilité civile des passagers du véhicule objet de l'assurance* ». Par conséquent, « *après avoir indemnisé la victime d'un accident de la circulation sur le fondement de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985, en raison de l'implication du véhicule objet de l'assurance, l'assureur, tenu de garantir également la responsabilité civile des passagers de ce véhicule, ne peut exercer de recours subrogatoire contre ces derniers* ».

fait de l'assuré peut contribuer à déchargé, ou tout ou partie, l'assureur de sa responsabilité, lorsqu'il a pour effet d'empêcher l'exercice de la subrogation¹³⁵. Il faut également rappeler qu'une priorité est accordée aux tiers payeurs face à l'assureur¹³⁶ qui dispose alors d'un recours subsidiaire sur le reliquat¹³⁷.

Le recours subrogatoire de l'assureur se trouve néanmoins renforcé grâce à la double subrogation dont il bénéficie¹³⁸. En effet, lorsque l'assureur indemnise la victime d'un dommage causé par son assuré, il bénéficie d'une subrogation dans les droits de son assuré¹³⁹ et dans ceux de la victime¹⁴⁰, ce que confirme la Cour de cassation dans un arrêt de 2003¹⁴¹. Cette option peut se révéler être avantageuse lorsque les deux actions obéissent à des régimes distincts. Ainsi, l'assuré peut disposer d'une action de nature contractuelle contre l'auteur du dommage alors que la victime est titulaire d'une action de nature délictuelle. En outre, la faute peut être difficile à démontrer au regard des articles 1240 et suivant du Code civil, alors que la preuve de l'inexécution d'une obligation peut être plus simple à apporter¹⁴². Il convient toutefois de préciser que l'assureur n'est subrogé dans les droits de la victime qu'à travers sa subrogation dans les droits de son assuré. Par conséquent, cette dernière ne peut jouer que dans la limite de la garantie dont il est tenu envers son client¹⁴³, et lorsque l'assureur exerce un recours subrogatoire contre un tiers, il peut se voir opposer la faute de son assuré, mais également celle de la victime¹⁴⁴.

Le transfert anticipé des droits du subrogeant à l'assureur ? C'est à travers la possibilité d'interrompre la prescription que le transfert anticipé des droits du subrogeant à l'assureur est abordé. Dans le cas d'espèce¹⁴⁵, la commune de Lille a fait procéder à

¹³⁵ C. ass, art. L 121-12.

¹³⁶ Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, art. 33.

¹³⁷ Cf. *supra*. La ventilation des postes de préjudice lors du recours subrogatoire des tiers payeurs, p. 427.

¹³⁸ Civ, 1^{ère}, 10 décembre. 1991, n° 89-11.410 ; CE, 4 novembre 1987, n° 48007.

¹³⁹ CE, 16 février 1990, n° 111766 : « *L'assureur qui bénéficie de la subrogation instituée par les prescriptions de l'article L. 121-12 du Code des assurances dispose de la plénitude des droits et actions que l'assuré qu'il a dédommagé aurait été admis à exercer à l'encontre de toute personne tenue, à quelque titre que ce soit, de réparer le dommage ayant donné lieu au paiement de l'indemnité d'assurance* ».

¹⁴⁰ C. ass, art. L 124-3 : la victime dispose d'une action directe contre l'assureur de responsabilité du responsable du dommage.

¹⁴¹ Civ, 1^{ère}, 21 janvier 2003, n° 00-15.781 : la cour a considéré que l'assureur subrogé « *dans les droits de l'assureur de la victime qu'elle avait indemnisée pouvait également se prévaloir de sa subrogation légale dans les droits de son assuré* ». Confirmé par un arrêt de 2010 : Civ, 2^{ème}, 8 juillet 2010, n° 09-69.202.

¹⁴² Notamment une obligation de résultat.

¹⁴³ CAA Douai, 2 juillet 2002, n° 99DA20378.

¹⁴⁴ CE, 30 avril 2003, n° 212113 ; CE, 6 octobre 1976, n° 95091.

¹⁴⁵ Civ, 3^{ème}, 5 novembre 2020, n° 19-18284.

l'extension de l'hôtel de ville ainsi qu'à la construction de deux immeubles à usage de bureaux, et a souscrit une assurance dommages-ouvrages auprès de la société Axa France. Les travaux sont confiés à la société Quillery qui sous-traite une partie à deux sociétés assurées auprès de la SMABTP. Suite à des dégradations du parement en briques, la commune assigne la société Axa France en indemnisation de ses préjudices. Celle-ci, alors même qu'elle n'avait pas encore versé l'indemnité à son assuré, assigne l'assureur de responsabilité des sous-traitants (SMABTP) en référés aux fins d'expertise et l'appel en garantie avant la fin du délai de forclusion. Ce n'est qu'ensuite qu'elle conclut une transaction avec la Commune (son assuré). Le paiement subrogatoire intervient alors après l'expiration du délai de prescription de l'action du subrogeant.

La question était de savoir si l'action introduite par l'assureur Axa France avant l'expiration du délai de forclusion décennale était recevable, alors même qu'à ce moment-là, l'assureur n'était pas encore subrogé dans les droits de son assuré¹⁴⁶. La Cour d'appel considère que la Commune n'a formé aucune action à l'encontre des sous-traitants ou de leur assureur et qu'à la date de la transaction, c'est-à-dire du paiement subrogatoire, l'action n'était plus ouverte contre ceux-ci¹⁴⁷. L'assureur dommages-ouvrages ne dispose donc d'aucune action à leur encontre. La Cour de cassation considère toutefois que s'il est établi que l'assureur dommages-ouvrages a indemnisé la Commune avant que le juge ne statue, la prescription ne peut pas lui être opposée par l'assureur des sous-traitants¹⁴⁸. Ainsi, sous réserve d'un paiement postérieur de l'indemnité, l'action introduite par l'assureur du créancier interrompt la prescription, alors même qu'il n'avait pas encore la qualité de créancier.

Il faut alors s'intéresser à l'article 126 du Code procédure civile qui prévoit que « *dans le cas où la situation donnant lieu à fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue* ». Considérer que l'effet translatif de la subrogation a lieu avant le paiement irait à l'encontre même du mécanisme subrogatoire ; c'est donc la demande en justice qui semble pouvoir être formulée

¹⁴⁶ La subrogation ayant lieu quant à elle après l'expiration du délai

¹⁴⁷ Par principe, les exceptions sont opposables au subrogé : Civ, 2^{ème}, 14 janvier 2016, n° 15-13040 : « *Si la prescription invoquée par le préfet était acquise antérieurement au paiement, quelle qu'en soit la date, elle pouvait être opposée au FGTI, subrogé dans les droits des victimes* ».

¹⁴⁸ La solution n'est pas nouvelle : Com, 22 février 2017, n° 15-20923 ; Civ, 3^{ème}, 28 avril 2011, n° 10-16269 ; Civ, 3^{ème}, 29 mars 2000, n° 98-19505 ; Civ, 1^{ère}, 18 juin 1985, n° 84-12430.

par une personne autre que son titulaire, du moment qu'il a cette qualité au moment où le juge statue¹⁴⁹.

2. L'influence directe des règles particulières sur le recours subrogatoire

Le recours subrogatoire est nécessairement influencé par les règles spécifiques applicables à certains tiers payeurs, bien qu'elles ne le régissent pas directement.

Les limites du recours subrogatoire. Les tiers payeurs, exceptés les organismes versant des prestations de sécurité sociale, sont déchus de leurs droits envers l'assureur et l'auteur du dommage, et ne peuvent exercer de recours subrogatoire s'ils n'ont pas fait parvenir leurs créances dans un délai de quatre mois à compter de la demande de l'assureur¹⁵⁰. En outre, en matière d'accident du travail ou de maladie professionnelle, dès lors que le salarié bénéficie des prestations versées par la caisse de sécurité sociale, l'employeur jouit d'une immunité civile de telle sorte que la victime ne peut exercer une action en réparation contre l'employeur fautif¹⁵¹. Par voie de conséquence, le tiers payeur subrogé dans les droits de la victime subit la même restriction et ne peut agir contre l'employeur de celle-ci pour obtenir le remboursement des sommes versées.

Cette restriction est importante dans la mesure où elle s'applique quand bien même les prestations n'ont pas permis une réparation intégrale du préjudice¹⁵². La seule exception tient à la faute inexcusable ou intentionnelle de l'employeur ou l'un de ses préposés. Ainsi, lorsque le dommage résulte à la fois d'un fait de l'employeur et du fait d'un tiers, le recours subrogatoire des tiers payeurs n'est ouvert qu'à l'encontre de ces derniers, sauf à démontrer la faute inexcusable de l'employeur. Il convient toutefois de relever que si l'accident a lieu sur la voie publique et que l'employeur est conducteur du véhicule, le recours contre celui-ci est cette fois ouvert¹⁵³.

Le recours subrogatoire contre l'ONIAM. Par principe, une distinction apparaît entre le responsable du dommage et le *solvens* indemnisant au titre de la solidarité nationale, puisque seuls le ou les responsables du dommage peuvent être actionnés lors du recours subrogatoire.

¹⁴⁹ A.Hontebeyrie, *Le futur subrogé peut-il interrompre la prescription ?*, Revue des contrats. n° 2, juin 2021, p. 48.

¹⁵⁰ C. ass., art. L 211-11 ; Civ, 2^{ème}, 8 mars 2006, n° 04-11.408.

¹⁵¹ C. sec. soc., art. L 454-1 et L 376-1.

¹⁵² Cons. const., QPC, 18 juin 2010, n° 2010-8.

¹⁵³ C. sec. soc., art. L 454-1 et L 455-2.

Une particularité apparaît néanmoins lorsque l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM) est substitué à l'établissement français du sang. L'ONIAM est alors amené à indemniser la victime en raison des dommages subis à la suite d'une transfusion dans la mesure où ils ne sont pas couverts par les prestations versées par les tiers payeurs¹⁵⁴. Le Conseil d'État a eu l'occasion de considérer qu'en matière de vaccination obligatoire¹⁵⁵, le recours des tiers payeurs contre l'ONIAM est impossible lorsque celui-ci octroie une indemnisation au titre de la solidarité nationale¹⁵⁶.

La solution est cependant tout autre lorsqu'il indemnise en raison des transfusions sanguines. En effet, l'article 67 de la loi de 17 décembre 2008 le substitue à l'établissement français du sang, dans les procédures en cours tendant à l'indemnisation des préjudices mentionnés à l'article L 1221-14 du Code de la santé publique, lorsqu'aucune décision irrévocable n'a été prononcée.

Ainsi, cette substitution se fait tant à l'égard des victimes que des tiers payeurs¹⁵⁷ pour lesquels le recours subrogatoire est donc ouvert à l'encontre de l'ONIAM. Une telle solution, en accord avec la substitution, ne semble toutefois pas conforme à la logique de l'indemnisation au titre de la solidarité nationale qui exclut par principe le recours subrogatoire. L'exception reste cependant temporaire puisque l'Office peut à son tour recourir contre l'établissement français du sang en cas de faute de sa part et si celui-ci est couvert par une assurance¹⁵⁸, mais cela conduit à un empilement des recours.

¹⁵⁴ C. sant. publ., art. L 1142-22 et 1221-14.

¹⁵⁵ C. sant. publ., art. L 3111-9.

¹⁵⁶ CE, avis, 22 janvier 2010, n° 332716. Ainsi, bien que subrogés dans les droits de la victime, les tiers payeurs ne peuvent pas agir contre les organismes indemnisant au titre de la solidarité nationale, le recours subrogatoire ayant pour finalité de faire peser la charge de la dette sur le débiteur définitif.

¹⁵⁷ CE, avis, 18 mai 2011, n° 343823.

¹⁵⁸ C. sant. publ., art. L 1223-5.

Conclusion du chapitre 1

La notion de « subrogation » est scindée en deux applications distinctes, la subrogation réelle et la subrogation personnelle, disposant d'un régime propre. Ce chapitre permet de constater qu'au sein de ses applications une uniformisation des règles applicables est envisageable, mais s'avère limitée. Il est alors possible de parler d'harmonisation nuancée.

La subrogation réelle se prête difficilement à une analyse globale au regard de la diversité de ses hypothèses d'application. Elle entretient toutefois un lien étroit avec la notion de « remplacement », puisque le transfert du droit est conditionné au remplacement du bien d'origine, par un bien nouveau. Un rapport de provenance et un critère de nouveauté sont alors indispensables : l'apparition de la valeur nouvelle ayant pour cause la disparition du bien d'origine. En revanche, aucune équivalence entre les biens n'est exigée. Ainsi, le bien n'est pas considéré uniquement dans sa valeur, mais à travers sa capacité à être porteur du droit. Une distinction doit être faite dès lors que le droit est transmis d'une masse de biens à une autre. Dans ces hypothèses, le remplacement intervient en amont lors de la fluctuation juridique. Le droit au moment de sa transmission reste donc attaché au bien. Ainsi, il apparaît encore aujourd'hui impossible d'établir un régime unique de subrogation réelle, bien que nombreux éléments soient uniformément appliqués.

La subrogation personnelle a pour sa part fait l'objet d'une codification de son régime juridique¹⁵⁹. Ses conditions essentielles s'articulent autour de la notion de paiement. Ce dernier doit remplir trois conditions pour être qualifié de subrogatoire : il doit émaner d'un autre que le débiteur définitif de la dette, libérer celui-ci envers le créancier, et être considéré comme un paiement légitime. Cette uniformisation du régime juridique est d'autant plus importante qu'elle s'applique en droit commun à la subrogation légale et conventionnelle, mais également aux subrogations issues de textes spéciaux, et quel que soit le domaine juridique. Bien que des conditions supplémentaires puissent être exigées, les trois conditions du paiement composent le socle irréductible nécessaire à la mise en œuvre du recours subrogatoire.

¹⁵⁹ C. civ, art. 1346 et suivants.

Il ne faut cependant pas négliger la place qu'occupe la subrogation issue de textes spéciaux. L'harmonisation du recours des tiers payeurs s'est alors faite autour de règles dérogatoires de droit commun¹⁶⁰, et bien que le recours subrogatoire soit le seul envisageable, son champ d'application a été considérablement restreint. Il en résulte des incohérences liées aux conditions d'octroi de ce recours, dès lors qu'elles sont fondées sur la nature des organismes versant les prestations et non sur celles des prestations versées. Ce régime reste toutefois une forme d'harmonisation, et la loi de 2006¹⁶¹ a d'ailleurs opéré un rapprochement avec le régime de droit commun. Cette dernière a instauré une ventilation des postes de préjudice et accordé un droit de préférence à la victime. La subrogation ne peut donc nuire au subrogeant. Elle lui est d'ailleurs souvent profitable en présence de tiers payeurs, puisque seule la dette du responsable est impactée par la faute de la victime.

Des divergences persistent toutefois entre le droit privé et le droit public. Ainsi, les juges ne se fondent pas sur les mêmes référentiels, et il n'est pas toujours clairement établi quels préjudices seront indemnisés par les prestations versées, ou encore si les prestations doivent être imputées sur le droit à réparation de la victime. En outre, certains tiers payeurs disposent d'un régime spécifique dérogatoire, directement lié au recours subrogatoire ou ayant un impact sur celui-ci. Dès lors, bien que les règles relatives au recours des tiers payeurs témoignent d'une tentative d'harmonisation, elles restent dérogatoires de droit commun, et empreintes de disparités.

¹⁶⁰ Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*.

¹⁶¹ Loi, n° 2006-1640, 21 décembre 2006, *de financement de la sécurité sociale pour 2007*.

Chapitre 2 :

Le manque d'uniformisation dans l'application du recours subrogatoire

Après avoir établi le régime de la subrogation personnelle, il faut définir la frontière entre le recours subrogatoire et le recours personnel. Ils occupent un rôle commun de répartition de la dette entre les différents intervenants à l'indemnisation. L'étude mènera alors à la détermination de la place de la subrogation au sein des recours en contribution, et mettra en lumière les incertitudes et le manque d'harmonisation entre les deux ordres juridiques.

Une dualité de recours en contribution. La phase de contribution à la dette permet de faire peser cette dernière sur le ou les débiteurs définitifs. Plusieurs actions sont alors offertes aux *solvens* pour obtenir le remboursement de tout ou partie des sommes engagées. Les auteurs ont pu les nommer actions en garantie¹. Toutefois, cette appellation ne sera pas retenue, car elle peut conduire à les assimiler uniquement aux recours des garants, alors même que ces actions sont utilisées entre coauteurs du dommage. Il sera alors question dans cette étude d'actions ou de recours en contribution.

La subrogation est spécialement conçue pour faire peser la charge de la dette sur le débiteur définitif, dès lors que le paiement du *solvens* l'a libéré envers le créancier originaire². L'action récursoire peut quant à elle être décrite comme « *l'action permettant à celui qui a réparé, à l'amiable ou par condamnation, un dommage qu'il n'avait pas causé ou dont il n'était pas l'auteur exclusif, d'exercer ensuite un recours contre le véritable responsable afin*

¹ H. Belrhali, *Responsabilité administrative*, LGDJ, 2017, p. 360 ; C. Moniolle, *Actions en garantie : actions récursoires et actions subrogatoires*, Rép. resp. puiss. Publ. Janvier 2014, n° 9.

² C. civ., art. 1346 : « *La subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette* ».

d'obtenir le remboursement des sommes versées »³. Il s'agit donc, dans les deux hypothèses, d'une situation faisant intervenir trois personnes au minimum, c'est-à-dire un créancier, un débiteur et un *solvens*. Un rapport d'obligation existe entre le créancier et le débiteur. Le *solvens*, quant à lui, effectue le paiement auprès du créancier et libère le débiteur de sa dette envers ce dernier. Ne devant pas supporter la charge définitive de tout ou partie de la dette, le *solvens* peut alors exercer un recours contre le débiteur définitif. La finalité de ces actions est donc la même. Elles se distinguent toutefois à travers leur régime : alors que la première constitue un transfert de droit, la seconde consiste pour le *solvens* à exercer un droit qui lui est propre.

Les résistances à l'application uniforme du mécanisme. Le fonctionnement des deux recours en contribution semble clairement établi et se révèle être identique en droit privé et en droit public. En revanche, la détermination de la nature du recours applicable est source d'incertitudes et manque de transversalité. Cette dernière n'est pas toujours définie par la loi, et c'est alors au juge qu'est revenue la tâche de délimiter la place de chaque recours en contribution.

Si le juge judiciaire et le juge administratif semblent accorder le même fondement principal au recours personnel, ils ne lui accordent pas la même place à côté du recours subrogatoire. Si le recours subrogatoire a pu acquérir force de principe en droit privé, il peine à obtenir la même place en droit public, bien qu'il jouisse aujourd'hui d'une certaine primauté par rapport au recours personnel⁴. La distinction du régime des deux recours est donc claire, et c'est la délimitation de leur champ d'application respectif qui est source d'incertitudes. Des dispositions législatives ainsi que la jurisprudence ont tenté d'apporter des précisions et de clarifier la frontière entre ces deux recours. Toutefois, l'existence d'un critère uniforme de répartition fait aujourd'hui encore défaut.

Il convient donc d'analyser les deux actions en contribution, ainsi que leur champ d'application respectif. C'est pourquoi la première section abordera les incertitudes liées à la dualité de recours en contribution (Section 1), et la seconde section portera sur la nécessité d'une répartition symétrique de ces recours (Section 2).

³ Fiches d'orientation, *Action récursoire (droit administratif)*, août 2019.

⁴ Le juge administratif utilise le terme d'action récursoire pour désigner l'action exercée sur le fondement d'un droit propre ; Cf. *intra*. La place grandissante du recours subrogatoire en droit public, p. 485.

Section 1 :

Les incertitudes liées à la dualité des recours en contribution

Le recours en contribution naît de la prise en compte privilégiée du sort de la victime¹. La double phase d'indemnisation permet dans un premier temps de maximiser ses chances d'indemnisation², et dans un second temps de faire peser la charge de la réparation sur le ou les débiteurs définitifs³. Il est alors nécessaire de déterminer la nature du recours en contribution⁴, ce dernier pouvant prendre deux formes : un recours personnel ou un recours subrogatoire. Ils présentent de fortes similitudes quant à leur finalité, mais sont en revanche soumis à des régimes distincts.

Étudier le mécanisme subrogatoire impose tout d'abord de le distinguer du recours personnel. La distinction, d'apparence clairement établie, laisse en réalité place à des confusions entre les deux actions. Or, la qualification n'est pas neutre et peut avoir des conséquences directes sur le justiciable. En outre, il existe des zones d'incertitudes quant au fondement même du recours personnel, fragilisant son utilisation. Principalement fondé sur la mise en œuvre de la responsabilité, ce fondement ne parvient pas véritablement à se concilier avec les spécificités du recours en contribution.

De la même façon, il est difficile d'établir le fondement de la forme hybride de subrogation intervenant lors d'une instance en cours. Elle se trouve à mi-chemin entre la subrogation légale et la subrogation conventionnelle. Elle nuit à l'uniformisation du recours subrogatoire puisqu'elle n'a d'existence qu'en droit administratif, et ne parvient pas à s'imposer comme une exception justifiée méritant d'être conservée.

¹ C. Moniolle, *Actions en garantie : actions récursoires et actions subrogatoires*, Rép. resp. puiss. Publ. janvier 2014, n° 1.

² Cf. *supra*. Le contexte de développement de la subrogation personnelle, p. 280.

³ P. Canin, *Les actions récursoires entre coresponsables*, Thèse, Litec, Paris, 1996, n° 2, p. 2.

⁴ C. Moniolle, *Actions en garantie : actions récursoires et actions subrogatoires*, Rép. resp. puiss. Publ. janvier 2014, n° 8.

Seront donc étudiées successivement le régime de la subrogation au sein des recours en contribution (Paragraphe 1) et l'absence de fondement du recours personnel (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le régime de la subrogation au sein des recours en contribution

L'action subrogatoire est une forme de recours en contribution œuvrant aux côtés de l'action personnelle. Chaque action dispose alors d'un régime juridique qui lui est propre. La qualification n'est pas neutre, et la détermination de la nature du recours mis en œuvre se révèle primordiale (A).

Replacer le recours subrogatoire au sein des recours en contribution suppose également d'aborder la forme supplémentaire de subrogation existant en droit public et initiée par le juge. Elle a pu être qualifiée de subrogation « judiciaire »⁵, car elle est prononcée dans le cadre d'une décision de justice⁶. Le terme ne paraît cependant pas adapté dans la mesure où il existe deux ordres de juridictions : administratif et judiciaire. Or, employer le terme « judiciaire » pour un procédé utilisé par le juge administratif risquerait de manquer de cohérence. Cette forme de subrogation ne doit d'ailleurs pas être associée aux juridictions judiciaires puisqu'elle ne trouve aucune application en droit privé⁷. Il sera donc préférable au sein de cette étude de la nommer « subrogation à l'initiative du juge administratif » ou « subrogation juridictionnelle ». Prononcée par le juge, elle s'impose comme une condition de l'indemnisation de la victime par l'administration. Elle diffère des recours subrogatoires connus en droit privé sans pour autant s'en détacher totalement. Il convient donc de s'intéresser au régime spécifique de cette dernière (B).

⁵ D. Besle, *Étendue de la subrogation dont peut se prévaloir un assureur*, AJDA. 2008, p. 587. Terme rejeté par R. Chapus au profit de subrogation conventionnelle : R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée: les influences réciproques des jurisprudences administratives et judiciaires*, Thèse, LGDJ, Paris, 1957, n° 236, p. 249.

⁶ C. Moniolle, *Actions en garantie : actions récursoires et actions subrogatoires*, Rép. resp. puiss. Publ. janvier 2014, n° 113.

⁷ D'autant plus que le terme de subrogation judiciaire apparaît dans un arrêt de la Cour de cassation du 16 mai 1978, n° 72-11.019, en dehors de toute référence à la subrogation à l'initiative du juge administratif. Voir également : CA Versailles, 2 juillet 2013, n° 11/05748.

A. L'impact de la qualification du recours en contribution sur le régime applicable

Le recours en contribution regroupe par principe deux actions distinctes : l'action personnelle et l'action subrogatoire. Elles sont transversales en ce qu'elles ont vocation à s'appliquer de la même façon en droit privé et en droit public, et se distinguent l'une de l'autre, car elles revêtent un régime qui leur est propre (1). Il existe cependant des confusions pouvant conduire à une déformation du régime de la subrogation (2).

1. Les régimes juridiques distincts des recours en contribution

Les deux recours se différencient au regard du régime applicable et poursuivent une finalité qui leur est propre. L'octroi d'un recours plutôt que l'autre a donc des conséquences juridiques directes sur le justiciable.

Un régime juridique propre à chaque recours en contribution. Le recours subrogatoire, objet de cette étude, suppose la conservation d'un droit par le transfert de celui-ci d'une personne à une autre. Ce transfert intervient lorsqu'un paiement est effectué, et qu'il a pour effet de libérer le débiteur définitif de la charge de sa dette envers le créancier initial⁸. Le *solvens* devient alors propriétaire de la créance, et peut exercer l'action que le créancier originaire détenait envers le débiteur afin d'obtenir le remboursement des sommes engagées. Il ne dispose pas de plus de droits que ce dernier⁹, et peut ainsi invoquer tous les avantages liés à la créance initiale¹⁰ et se voir opposer les exceptions¹¹. À l'inverse, il ne peut en aucun cas opposer au débiteur des exceptions issues de leur rapport personnel.

Il s'agit donc d'une opération triangulaire reliant le subrogé, le subrogeant et le débiteur définitif. Un avantage est également procuré au subrogeant à travers le droit de préférence qui lui est accordé. Il n'entre donc pas en concurrence avec le *solvens* dans le

⁸ C. civ, art. 1346.

⁹ CE, 9 mars 1990, n° 80796 et 81005 : « *Les sociétés requérantes, qui agissent en qualité d'assureurs de l'administration des PTT et qui sont subrogées dans les droits de leur assuré, ne sauraient avoir plus de droits que lui ; qu'elles ne sont, par suite, pas fondées à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Nice a rejeté leurs conclusions tendant à ce que la Société des chantiers du Nord et de la Méditerranée soit condamnée à leur verser une indemnité s'ajoutant à celle que cette société a été condamnée à payer à l'État par le jugement du 21 janvier 1989 et qui couvre la totalité du préjudice susceptible d'être mis à la charge de ladite société* ». Voir également : CE, 17 mars 2010, n° 315866.

¹⁰ Civ, 1^{ère}, 8 janvier 2002, n° 98-15082 ; CE, 31 juillet 1996, n° 129158 ; CE, 30 avril 2003, n° 212113.

¹¹ Telles que la faute de la victime qui a pour conséquence de diminuer la dette du débiteur définitif. Civ, 2^{ème}, 12 juin 2013, n° 12-20358 ; CE, 29 juin 1983, n° 19716 ; CE, 9 mars 1984, n° 31600.

recouvrement de l'intégralité de sa créance, ce dernier ne pouvait d'ailleurs obtenir davantage que les sommes effectivement versées¹². Pour finir, le tribunal compétent reste celui qui l'aurait été si le subrogeant avait exercé lui-même ses droits¹³.

A contrario, le recours personnel, totalement indépendant des droits de la victime, repose sur un droit propre détenu par le *solvens* à l'encontre du débiteur définitif¹⁴. L'action peut avoir un fondement distinct de celui invoqué par le créancier originaire¹⁵, et les seules exceptions qui peuvent lui être opposées sont celles issues de ses rapports personnels avec le débiteur définitif. Ainsi, si l'action de la victime à l'encontre du débiteur est prescrite, le *solvens* peut toujours agir sur le fondement d'une action personnelle. Lorsque l'indemnisation n'est que partielle, le *solvens* peut également entrer en concurrence avec la victime dans le recouvrement de leurs créances.

Contrairement au recours subrogatoire, le recours personnel peut permettre d'obtenir une indemnité plus importante dans la mesure où le préjudice subi par le *solvens* peut conduire à la prise en compte de frais supplémentaires, tels que ceux engagés par celui-ci dans l'action en justice. Les distinctions se rapportent donc principalement aux garanties ou exceptions invocables, à l'ampleur du recours et à l'ordre de priorité accordé aux créanciers, et la délimitation du régime se fait en fonction du rattachement ou non à l'action initiale.

L'impact du choix du recours sur le justiciable. L'arrêt *Société foncière Ariane* de 2008 du Conseil d'État permet de mesurer l'impact du choix du recours sur le justiciable¹⁶. En l'espèce, il s'agissait de l'impossibilité d'utiliser un bâtiment à la suite d'une inondation. La responsabilité du constructeur fut alors recherchée ainsi que celle de l'État pour défaut d'information sur la localisation de la construction, et plus particulièrement pour ne pas avoir informé que la construction endommagée devait être réalisée au-dessus d'une certaine cote pour être préservée des risques d'inondation¹⁷.

Le tribunal administratif retint, en première instance, la possibilité pour le constructeur d'effectuer un recours personnel contre l'État dans le but d'obtenir une indemnisation de sa

¹² Cf. *supra*. Une stricte limitation de l'étendue du transfert, p. 183.

¹³ TC, 18 février 2013, n° 3889.

¹⁴ Il peut donc être porté devant une juridiction distincte de celle compétente pour connaître de l'action de la victime.

¹⁵ L'action personnelle peut ainsi être fondée sur une action contractuelle alors même que la victime agissait sur la base d'une action délictuelle. Il est également possible que la victime ait invoqué une responsabilité sans faute alors que l'action personnelle est fondée sur une responsabilité pour faute.

¹⁶ CE, 31 décembre 2008, *Société Foncière Ariane*, n° 294078.

¹⁷ Alors même que le bâtiment a fait l'objet d'un permis de construire.

part. Dès lors, fondé sur un droit propre, il pouvait se prévaloir d'un préjudice personnel et aucune exception liant l'État à la victime ne pouvait lui être opposée. En revanche, la Cour administrative d'appel opta pour un recours subrogatoire permettant à l'État d'opposer au constructeur la faute de la victime pour s'exonérer de sa responsabilité. Le Conseil d'État, pour sa part, trancha en faveur du recours subrogatoire. L'ensemble des moyens de défense qui auraient pu être opposés à la victime le sont donc également au constructeur, et l'État bénéficia d'une exonération totale de sa responsabilité en raison de la faute de la victime.

Le choix du recours a donc un impact direct : alors que l'action personnelle aurait permis au constructeur d'obtenir une indemnisation de la part de l'État et de ne pas supporter intégralement la charge de la dette, l'action subrogatoire quant à elle, fait porter la charge de la réparation uniquement sur le constructeur.

Un objectif propre à chaque recours. Les deux actions présentent de fortes similitudes au regard de leur finalité. Elles interviennent toutes deux en présence d'un partage de responsabilité et ont vocation à rétablir l'équilibre détruit par la prise en charge du dommage par un seul des codébiteurs¹⁸. Des divergences apparaissent toutefois au regard de leur objectif principal.

Le recours personnel permet de rétablir l'équilibre vis-à-vis du *solvens* en raison du préjudice qu'il a personnellement subi, et repose donc directement sur les règles de la responsabilité civile ou administrative. Il s'individualise totalement de l'action principale¹⁹ et n'a pas pour objectif d'éviter une double indemnisation de la victime. En effet, il forme un rapport obligationnel distinct de celui intervenant entre cette dernière et le ou les débiteurs de la dette. Il n'a donc pas pour objectif premier de répartir la charge de la dette entre les différents intervenants à l'indemnisation, mais uniquement la réparation du préjudice subi²⁰. Il a également pu être considéré comme un remboursement des sommes engagées pour autrui²¹ et suggère alors que l'enrichissement du débiteur soit injustifié.

¹⁸ F. Roques, *L'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité*, AJDA. 1991, p. 75. Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971, p. 325.

¹⁹ M. Sousse considère que « le domaine de l'action récursoire est donc plus étendu que celui de l'action subrogatoire. Il comprend non seulement la dette de la victime, mais aussi le préjudice personnel que le débiteur primaire a subi du fait du tiers. Ainsi, ces deux types d'actions apparaissent fondamentalement différents : "l'action récursoire met en œuvre un rapport de responsabilité débiteur primaire/tiers responsable autonome par rapport à l'action subrogatoire qui continue de relever du rapport responsabilité victime/tiers responsable" : *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, Thèse, LGDJ, 1994, p. 178.

²⁰ La répartition de la charge de la dette est alors le résultat obtenu par la réparation du préjudice subi.

²¹ Cf. *infra*. Les tentatives infructueuses pour fonder le recours personnel en droit privé, p. 465.

À l'inverse, la subrogation vise à conserver un droit de créance par le transfert de celui-ci du créancier originaire au *solvens*. Elle aboutit alors au maintien des règles de la responsabilité civile ou administrative qui permettent la répartition de la charge de la dette entre les différents intervenants à l'indemnisation, de telle sorte que la dette peut soit être répartie entre les différents coauteurs du dommage, soit être mise à la charge d'un seul débiteur. Seul le créancier de l'obligation change, et la victime ne détenant plus les droits transmis ne peut obtenir une double indemnisation. Toujours liée à l'action principale, la subrogation ne doit pas conduire à désavantager le subrogeant, ce qui justifie qu'une priorité lui soit accordée.

Ainsi, bien que le résultat attendu soit toujours le maintien de l'équilibre préétabli, ce dernier ne s'opère pas dans le même référentiel. Il se rapporte au déséquilibre occasionné par le préjudice subi par le *solvens* en matière de recours personnel, et consiste à rétablir la victime dans la situation qui aurait été la sienne si le dommage ne s'était pas produit²². La subrogation permet, quant à elle, de corriger le déséquilibre patrimonial engendré par le paiement dit subrogatoire. Elle maintient la créance originaire et vise uniquement à maintenir l'équilibre qui en découle. Si elle se fonde sur les règles de la responsabilité civile ou administrative, ces dernières relèvent du rapport victime/tiers responsable.

2. Les confusions entre l'action subrogatoire et l'action personnelle

Bien que la distinction entre l'action subrogatoire et l'action personnelle apparait claire dans son principe, la confusion des termes employés conduit à un manque de lisibilité. En outre, le juge administratif ne tire pas toutes les conséquences de la distinction ce qui conduit à un risque de rapprochement entre les deux recours qui nuit à la spécificité de la subrogation.

La confusion des termes employés. La confusion s'observe tout d'abord au regard de l'emploi du terme récursoire²³ qui peut désigner l'action personnelle uniquement²⁴, ou

²² Civ, 2^{ème}, 4 février 1982, n° 80-17.139 : « *Le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était point produit* ». F. Roussel, *Préjudice réparable*, Rép. resp. puiss. Publ. juillet 2019, n° 1 ; C. civ, art. 1240 : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». En droit administratif : TC, 8 février 1873, *Blanco*, Rec. p. 61. Une personne publique est également tenue de réparer pécuniairement les dommages causés par son activité, gérée directement par elle ou placée sous son contrôle.

²³ Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971, p. 344.

²⁴ S. Buffa, *La distinction du champ d'application des actions subrogatoire et récursoire en droit administratif*, Droit administratif. n° 11, 2012, étude 17. CE, 31 décembre 2008, *Société foncière Ariane*, n° 346018.

regrouper les deux actions en contribution²⁵. En droit privé, il est principalement employé par les auteurs pour désigner le recours en contribution de façon générale²⁶. Il est donc perçu comme l'action exercée par celui qui a réparé un dommage alors même qu'il ne devait pas en supporter la charge définitive.

Toutefois, la Cour de cassation oppose, à de nombreuses reprises, l'action récursoire à l'action subrogatoire. Elle assimile par conséquent l'action récursoire à l'action personnelle²⁷. Une telle opposition a par exemple pu être faite dans un arrêt de 2019 à propos de l'impossibilité d'octroyer une action récursoire à la caisse primaire d'assurance maladie à l'encontre de l'employeur²⁸. Une confusion supplémentaire s'observe dans un arrêt de 2009, où elle utilise cette fois le terme « récursoire » pour désigner l'action subrogatoire²⁹. L'ambivalence du terme conduit alors à un manque de clarté rendant plus complexe la distinction entre les deux recours.

En droit public, l'action récursoire désigne principalement l'action fondée sur un droit propre accordée au *solvens*, en opposition à la subrogation. Cette attribution s'observe autant au niveau de la doctrine que de la jurisprudence³⁰. Ainsi, le juge administratif a pu considérer que « *lorsque le responsable d'un dommage, condamné par l'autorité judiciaire à en indemniser la victime, saisit la juridiction administrative d'un recours en vue de faire supporter la charge de la réparation par la collectivité publique coauteur de ce dommage, sa demande n'a pas le caractère d'une action récursoire par laquelle il ferait valoir des droits propres* », mais « *d'une action subrogatoire fondée, conformément au principe posé par l'[ancien] article 1251 du Code civil, sur les droits de la victime* »³¹.

²⁵ F. Roques, *L'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité*, AJDA. 1991, p. 75.

²⁶ M. Ranouil, *Les recours entre coobligés*, Thèse, IRJS éditions, Paris, 2014 ; J. Knetsch, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: Analyse en droits français et allemand*, Thèse, Université Panthéon-Assas Paris II, 2011, p. 387 ; CA d'Orléans, 23 septembre 2021, n° 20/002791 ; CA d'Orléans, 27 août 2020, n° 19/018811.

²⁷ Civ, 2^{ème}, 16 décembre 1970, n° 69-13.039 ; Civ, 2^{ème}, 12 juillet 1971, n° 70-11.419 ; Civ, 1^{ère}, 22 juillet 1975, n° 73-13.637 ; Civ, 1^{ère}, 18 octobre 1989, n° 87-16.910 ; Civ, 1^{ère}, 4 juin 2014, n° 13-17.223.

²⁸ Civ, 2^{ème}, 28 novembre 2019, n° 18-24.071.

²⁹ Ass. Plén, 28 mai 2009, n° 08-11.422. Voir également : Civ, 2^{ème}, 4 octobre 1973, n° 72-11.766.

³⁰ R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 223 ; F. Roques, *L'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité*, AJDA. 1991, p. 75 ; H. Belrhali, *les coauteurs en droit administratif*, LGDJ, 2003 ; A. Courrèges, *Action récursoire et action subrogatoire*, RFDA. 2009, p. 31 ; C. Moniolle, *Action en garantie : actions récursoires et actions subrogatoires*, Rép. resp. puiss. Publ, janvier 2014, n° 2 ; J-M. Favret, *Action subrogatoire ou action récursoire ?* AJDA. 2019, p. 870. Le Conseil d'État fait la même distinction : CE, 31 décembre 2008, n° 346018 ; CE, 23 mai 2011, n° 341414 ; CE, 28 novembre 2011, n° 336635 ; CE, 8 décembre 1965, *Société des Établissements Guillaumet*, Rec. p. 667.

³¹ CAA Paris, 18 avril 1989, n° 89PA00399.

L'« action récursoire » est donc majoritairement assimilée à l'action fondée sur un droit propre³², il peut alors être judicieux d'en faire un synonyme de l'action personnelle, et le regroupement des deux recours pourrait alors se faire à travers la notion de « recours en contribution ».

Les zones d'ombre jurisprudentielles. En droit privé, une difficulté apparaît dès lors qu'une action est exercée dans le cadre d'un accident de la circulation. Ainsi, l'action récursoire d'un coobligé fautif contre le conducteur impliqué dans un accident de la circulation s'exerce dans les conditions prévues par les articles 1382 et 1251 du Code civil³³, ce qui laisse planer le doute quant à la nature même du recours accordé.

En droit administratif, les confusions concernent l'attribution du régime adéquat à la qualification choisie³⁴. Le juge administratif ne tire pas toutes les conséquences de la distinction en ce qu'il n'applique pas toujours strictement le régime qui lui est associé³⁵. Ainsi, dans un arrêt de 1991, le Conseil d'État accorda au *solvens* une somme supérieure à celle versée par lui à la victime, alors même qu'il qualifiait l'action de subrogatoire³⁶. En l'espèce, l'administration générale de l'assistance publique à Paris était subrogée dans les droits de la victime envers le centre hospitalier régional de Montpellier. L'indemnisation versée par l'administration générale était de 175 000 francs, obtenus à la suite d'une transaction effectuée avec la victime alors que le préjudice subi par celle-ci s'élevait à 200 000 francs. Le juge administratif, au lieu de condamner le centre hospitalier régional au remboursement de la somme versée à la victime, c'est-à-dire 175 000 francs, le condamna à verser 200 000 francs à l'administration générale. La subrogation aurait cependant dû avoir pour effet de transmettre la créance de la victime au subrogé à hauteur du paiement effectué. Dès lors, le juge administratif, alors même qu'il fonda le recours sur les droits de la victime, ne tira pas toutes les conséquences de la qualification.

En outre, dans un arrêt de 1996, le Conseil d'État a jugé que le fonds qui avait payé les dommages causés par une personne insolvable ne pouvait se voir opposer sa faute lorsqu'il

³² Notamment en droit public.

³³ Civ, 2^{ème}, 6 mars 2003, n° 01-12.652 ; voir également : Civ, 2^{ème}, 12 juillet 2007, n° 06-14.180 : « Vu les articles 1251 et 1382 du Code civil ;Attendu que l'action récursoire d'un coobligé fautif contre le conducteur impliqué dans un accident de la circulation ne peut s'exercer que dans les conditions prévues par ces textes, la contribution à la dette ayant lieu en proportion des fautes respectives », or « les transfusions sanguines, à l'origine de la contamination de M. X... par le virus de l'hépatite C, avaient été rendues nécessaires par l'accident de la circulation imputable à M. Y..».

³⁴ R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 223.

³⁵ Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971, p. 325.

³⁶ CE, 11 décembre 1991, n° 108688.

agit contre un coauteur³⁷. En l'espèce, un conducteur roulant en sens inverse avait fait un écart pour éviter une tranchée creusée dans la chaussée par Gaz de France et heurta une autre voiture. Le conducteur responsable de l'accident n'était pas assuré et se révéla insolvable. L'indemnité fut donc versée à la victime par le fonds de garantie automobile qui, subrogé dans ses droits, exerça une action contre Gaz de France pour obtenir le remboursement des sommes engagées. Le juge octroya alors au fonds d'indemnisation le remboursement de la totalité de l'indemnité versée alors même que Gaz de France n'était pas l'unique responsable du dommage et que le conducteur insolvable devait en principe en supporter une partie. Il semble que le juge ait souhaité faire peser la charge de la dette sur un débiteur responsable et non sur le fonds de garantie³⁸. Toutefois, le recours subrogatoire aurait dû permettre au subrogé de réclamer au responsable uniquement la part qui lui incombait définitivement.

Il existe donc des confusions et des incertitudes quant à l'attribution d'un recours personnel ou subrogatoire et au régime qui lui est applicable³⁹.

B. Le régime spécifique de la subrogation juridictionnelle

Au côté de la subrogation légale ou conventionnelle, une autre forme de subrogation a été mise en place par le juge administratif⁴⁰. Elle conditionne l'octroi d'une indemnisation par l'administration à sa subrogation dans les droits et actions de la victime. Ce procédé est spécifique au droit public et dispose de ses propres conditions d'application (1). Affectant la cohérence même du mécanisme subrogatoire, il peut toutefois être remis en cause comme faisant double emploi avec la subrogation légale (2).

1. La subrogation juridictionnelle un procédé spécifique au droit public

La subrogation à l'initiative du juge n'est pas un procédé nouveau en droit public, mais pose des difficultés au regard de son détachement avec le mécanisme subrogatoire et son manque de transversalité.

³⁷ CE, 31 juillet 1996, n° 129158.

³⁸ S. Buffa, *La distinction du champ d'application des actions subrogatoire et récursoire en droit administratif*, Droit administratif, n° 11, 2012, étude 17.

³⁹ Cf. *infra*. Le choix de la nature du recours en contribution, p. 481.

⁴⁰ R. Noguellou, *la transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 249.

Une subrogation spécifique au droit public. La subrogation juridictionnelle est issue de l'arrêt *Lemonnier*⁴¹ de 1917 portant sur un cumul de responsabilité entre l'administration (la commune) et l'agent chargé de l'exécution du service public (le maire). Madame Lemonnier fut blessée par un tir provenant d'une attraction dont les conditions d'installation et d'emplacement retenues n'offraient pas une sécurité suffisante. Le Conseil d'État accorda une réparation intégrale aux époux Lemonnier de la part de l'administration « *sous réserve, toutefois, que le paiement en soit subordonné à la subrogation de la commune, par les époux, jusqu'à concurrence de ladite somme, aux droits qui résulteraient par eux des condamnations qui auraient été ou qui seraient définitivement prononcées à leur profit, contre le maire, (...) par l'autorité judiciaire* ». À cette époque, l'administration ne disposait pas encore de la possibilité d'effectuer un recours contre l'agent⁴². Il était alors nécessaire qu'une condamnation définitive soit prononcée au profit des époux par l'autorité juridictionnelle.

La volonté du juge administratif était de faire obstacle à une double indemnisation de la victime qui pouvait agir à la fois contre la personne publique devant le juge administratif et contre la personne privée devant le juge judiciaire⁴³. Par la suite, le Conseil d'État octroya un recours subrogatoire à l'administration afin qu'elle puisse récupérer les sommes engagées⁴⁴. Ainsi, dans l'arrêt *Demoiselle Mimeur* de 1949, la responsabilité de l'État fut engagée pour une faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service. La subrogation accordée s'étendait alors à tous les droits transmis en raison du paiement effectué par l'administration⁴⁵.

Ces hypothèses de subrogations juridictionnelles se sont multipliées. À titre d'exemple, elle a pu être prononcée dans les droits d'un collaborateur occasionnel du service public victime d'un accident⁴⁶, d'un participant à une opération de travaux publics⁴⁷, ou encore en

⁴¹ CE, 26 juillet 1918, *Epoux Lemonnier*, n° 49595 55240.

⁴² Il est essentiel que la personne publique dispose d'un recours pour obtenir le remboursement des sommes déboursées au nom de la protection des deniers publics : CE, 19 mars 1971, *sieur Mergui*, n° 79962. Ce recours est accordé en 1951 : CE, 28 juillet 1951, *Laruelle*, n° 01074.

⁴³ Le juge administratif subordonna alors l'indemnisation à l'octroi, par la victime, d'une subrogation dans ces droits. La subrogation à l'initiative du juge est encore aujourd'hui employée : CE, 8 juillet 2019, n° 420287.

⁴⁴ Dans le même sens, à titre d'exemple : CE, 25 novembre 1955, *Dame veuve Paumier*, Rec. p. 564.

⁴⁵ « *Sous réserve de la subrogation de l'État dans les droits qui peuvent être nés au profit de l'intéressée, à l'encontre du sieur X..., en raison de cet accident* » : CE, 18 novembre 1949, n° 91864.

⁴⁶ CE, 13 janvier 1993, n° 63044 66 929 : en l'espèce, la requérante est sollicitée pour encadrer une sortie à Delphes organisée dans le cadre des activités scolaires durant laquelle a eu lieu un accident. L'État est déclaré responsable des conséquences de l'accident et le juge administratif estime qu'« *il y a lieu de subordonner le paiement de la provision à la condition que [la requérante] subroge l'État dans les droits qu'elle pourrait faire valoir à l'encontre des responsables de l'accident dont elle a été victime* ».

⁴⁷ CE, 21 juin 1991, n° 76598.

cas de refus de concours de la force publique⁴⁸. C'est principalement par ce biais que le recours subrogatoire a vu son champ d'application accroître en droit public. Elle est cependant distincte de la subrogation légale en ce qu'elle est initiée par le juge administratif au cours d'un jugement. Elle se manifeste notamment lorsque le dommage est imputable à des personnes de qualités différentes, c'est-à-dire à une personne privée et à une personne publique⁴⁹. Elle doit être acceptée par la victime et n'a donc pas lieu automatiquement. Ainsi, si la victime refuse de subroger l'administration dans ses droits, elle ne peut obtenir d'indemnisation de sa part.

Les difficultés résultant de la création d'une subrogation juridictionnelle. La subrogation légale ou conventionnelle issue du Code civil a un caractère transversal. Il s'agit d'une notion autonome dépassant le clivage entre les deux ordres juridiques. Toutefois, la subrogation à l'initiative du juge ne trouve aucun équivalent en droit privé ni aucun fondement légal. Ainsi, le juge administratif a emprunté un mécanisme issu du droit civil et en a créé une version « hybride » intervenant au stade de l'obligation à la dette. L'administration ne peut alors être contrainte d'indemniser la victime que si celle-ci lui octroie une subrogation dans ses droits.

Ce procédé est contestable dans la mesure où il apparaît difficile de déterminer sur quel fondement le juge administratif se base pour accorder une immunité à l'administration. Il est d'ailleurs difficile de se prononcer sur l'impact réel de l'opposition de la victime, celle n'ayant jamais eu lieu dans aucun cas d'espèce. La pertinence d'une telle technique « hybride » peut donc être remise en cause, étant précisé qu'il ne s'agit pas toujours du seul moyen dont dispose l'administration pour récupérer les sommes engagées, puisqu'une action récursoire peut lui être accordée⁵⁰.

2. La remise en cause de la subrogation juridictionnelle

Un rapprochement a pu être fait entre la subrogation conventionnelle et la subrogation juridictionnelle afin de ne pas nuire à l'unité du mécanisme. C'est cependant la subrogation légale qui permet d'en garantir la cohérence.

⁴⁸ CE, 13 avril 1983, n° 38615.

⁴⁹ Par exemple en cas de condamnation de l'État à indemniser un collaborateur occasionnel du service public : CE, 13 janvier 1993, n° 63044 66 929.

⁵⁰ CE, 28 juillet 1951, *Laruelle*, n° 01074.

Le rapprochement de la subrogation juridictionnelle et de la subrogation conventionnelle. La subrogation à l'initiative du juge a pu être perçue comme une subrogation conventionnelle dans la mesure où elle nécessite l'accord de la victime⁵¹. Ainsi, « *si elle est bien mise en jeu par le juge administratif, elle n'est réalisée qu'à la suite d'une convention entre l'administration et la victime, convention qui est la condition du versement de l'indemnité par la personne publique responsable* »⁵². Le paiement ordonné par le juge semble alors affecté d'une condition résolutoire, ce dernier se contentant de proposer une subrogation conventionnelle à la victime, en échange du paiement par la personne publique de la totalité de la dette.

Une telle analyse ne permet cependant pas de justifier l'octroi d'une immunité à l'administration dès lors que la victime refuse de mettre en place une subrogation conventionnelle. La subrogation juridictionnelle a donc également pu être considérée comme ayant « *un fondement mi-conventionnel mi-jurisprudentiel* »⁵³ dans la mesure où malgré l'accord de la victime, elle reste initiée par le juge. Toutefois, ce fondement ne fait que renforcer son caractère hybride.

Une possible suppression de la subrogation juridictionnelle par le recours à la subrogation légale. Le juge administratif fonde le recours du *solvens* contre l'administration sur la subrogation légale⁵⁴, alors qu'il fonde le recours de la personne publique contre son agent sur la subrogation juridictionnelle⁵⁵. Il faut alors s'interroger sur la possibilité d'harmoniser ces recours autour de la subrogation légale, également présente en droit civil.

⁵¹ R. Noguellou, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004, p. 256. M. Commissaire du gouvernement Kahn, concl. sous CE, 22 mars 1957, Jeannier, Rec. p. 196.

⁵² Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971, p. 329.

⁵³ A. Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019, n° 554, p. 471.

⁵⁴ CE, 31 décembre 2008, *Société Foncière Ariane*, n° 294078 : « *Lorsque l'auteur d'un dommage, condamné, comme en l'espèce, par le juge judiciaire à en indemniser la victime, saisit la juridiction administrative d'un recours en vue de faire supporter la charge de la réparation par la collectivité publique co-auteur de ce dommage, sa demande, quel que soit le fondement de sa responsabilité retenu par le juge judiciaire, n'a pas le caractère d'une action récursoire par laquelle il ferait valoir des droits propres à l'encontre de cette collectivité mais d'une action subrogatoire fondée sur les droits de la victime à l'égard de ladite collectivité* » ; CAA Paris, 18 avril 1989, n° 89PA00399 : « *Lorsque le responsable d'un dommage, condamné par l'autorité judiciaire à en indemniser la victime, saisit la juridiction administrative d'un recours en vue de faire supporter la charge de la réparation par la collectivité publique co-auteur de ce dommage, sa demande n'a pas le caractère d'une action récursoire par laquelle il ferait valoir des droits propres à l'encontre de cette collectivité, mais d'une action subrogatoire fondée, conformément au principe posé par l'article 1251 du Code civil, sur les droits de la victime à l'égard de ladite collectivité ; qu'ainsi subrogé, il ne saurait avoir, vis-à-vis de la personne publique, plus de droits que la victime* ».

⁵⁵ CE, 18 novembre 1949, *Demoiselle Mimeur*, Rec. p. 492 : « *Sous réserve de la subrogation de l'État dans les droits qui peuvent être nés au profit de l'intéressée, à l'encontre du sieur Dessertenne, en raison de cet accident* ».

Par le biais de la subrogation juridictionnelle, le juge tente d'éviter une double indemnisation de la victime, et de protéger les deniers publics⁵⁶. Il conditionne donc l'indemnisation de cette dernière à la possibilité pour la personne publique d'obtenir un recours efficace pour le recouvrement de tout ou partie des sommes engagées. Ainsi, dans la mesure où une telle garantie serait apportée par le biais de la subrogation légale, la subrogation juridictionnelle n'aurait aucun intérêt à être maintenue. Or, la distinction entre les deux réside uniquement dans la nécessité de recueillir le consentement de la victime au moment de l'obligation à la dette. Ce dernier n'est cependant pas utile, en ce que même en son absence, le *solvens* serait subrogé dans les droits de la victime en vertu de la subrogation légale⁵⁷. En effet, la transversalité du mécanisme permet de considérer que le principe général applicable en droit privé doit également l'être en droit public⁵⁸. Ainsi, l'article 1346 du Code civil peut englober toutes les applications de subrogation à l'initiative du juge administratif⁵⁹.

En outre, la victime ne s'oppose jamais, en pratique, à la subrogation de la personne publique dans ses droits, car elle conditionne l'obtention de son indemnisation. Dès lors, la pratique met déjà en avant le caractère quasi automatique de la subrogation, dans la mesure où cet accord ne semble être qu'une formalité systématiquement remplie. Il suffirait donc de se fonder sur la subrogation légale pour conserver l'harmonisation entre les deux domaines juridiques.

Paragraphe 2 : L'absence de fondement du recours personnel

Le recours personnel occupe une place assurée au sein des recours en contribution aux côtés du recours subrogatoire. Il s'en distingue par son régime, mais s'en rapproche par sa finalité. Néanmoins, alors que le recours subrogatoire a fait l'objet d'approfondissements conduisant à la clarification de son régime et à l'extension de son champ d'application ; le

⁵⁶ CE, 19 mars 1971, *sieur Mergui*, n° 79962.

⁵⁷ A. Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019, n° 557, p. 472.

⁵⁸ Cf. *supra*. La transversalité de la notion de subrogation personnelle, p. 49.

⁵⁹ J-C. Ricci et F. Lombard, *Droit administratif des obligations : contrats, quasi-contrats, responsabilité*, Sirey, 2018, n° 1004, p. 516. La personne publique est ainsi automatiquement subrogée dans les droits des victimes dans chacune de ces hypothèses, dans la mesure où le paiement effectué libère en tout ou partie le ou les débiteurs définitifs.

recours personnel souffre d'incertitudes relatives à son fondement⁶⁰. Bien que l'absence de consécration d'un fondement unique de l'action personnelle ne semble pas avoir d'impact sur son application, il s'agit d'un frein non négligeable dans la répartition des recours en contribution. Ainsi, trouver un fondement cohérent au recours personnel permettrait d'en consolider l'utilisation. En revanche, l'absence de fondement unitaire aboutirait à lui préférer l'action subrogatoire.

La difficulté réside donc dans la capacité à trouver un fondement unitaire au recours personnel pouvant s'appliquer à toutes les hypothèses de recours en contribution, autant en droit privé qu'en droit public. Par conséquent, seront mises en avant les tentatives infructueuses pour fonder le recours personnel en droit privé (A), et les fondements insatisfaisants avancés en droit public (B).

A. Les tentatives infructueuses pour fonder le recours personnel en droit privé

Plusieurs des fondements avancés pour fonder le recours personnel doivent être rejetés, car ils se révèlent être inadaptés (1). En outre, les fondements juridiques possiblement retenus ne sont pas non plus exempts de critiques (2).

1. Les fondements juridiques devant être rejetés

Plusieurs fondements juridiques du recours personnel doivent être catégoriquement rejetés. Le premier se rapporte à l'équité⁶¹, qui a également été considérée comme un

⁶⁰ C'est principalement la doctrine privatiste qui s'est interrogée sur le fondement d'un tel recours, alors qu'en droit administratif, les auteurs abordent le recours personnel sans pour autant qu'un débat ne soit vraiment ouvert quant au fondement du recours : S. Buffa, *La distinction du champ d'application des actions subrogatoires et récursoires en droit administratif*, Droit Administratif, n° 11, étude 17, novembre 2012 : l'auteur précise uniquement que le *solvens* exerce un droit qui lui est propre ; A. Courrèges, *Action récursoire et action subrogatoire*, RFDA, 2009, p. 311 ; C. Moniolle, *Actions en garantie : actions récursoires et actions subrogatoires*, Rép. resp. puiss. Publ. janvier 2014 : fonde l'action récursoire sur un droit propre relatif à un préjudice distinct ; F. Roques, *L'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité*, AJDA, 1991, p. 75 ; J-M. Favret, *Action subrogatoire ou action récursoire ?* AJDA, 2019, p. 870 : fonde l'action récursoire sur un droit propre.

⁶¹ F. Chabas, *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation*, préf. H. Mazeaud, Thèse, LGDJ, 1967, n° 28, p. 33 : l'auteure fonde le recours en contribution au profit du *solvens* sur l'équité ; A. Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019, n° 585, p. 493 : considère que l'équité apparaît faible pour fonder à elle seule le mécanisme des recours en contribution, et qu'elle ne constitue pas un fondement juridique assez spécifique.

fondement du recours subrogatoire et qui est donc une notion floue et insatisfaisante⁶². D'autres fondements, bien que plus précis, se révèlent être incompatibles avec le recours personnel⁶³.

Le recours personnel fondé sur la réalisation d'une action pour autrui. Le mandat a pu être envisagé comme fondement du recours personnel⁶⁴. Il s'agit d'un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose en son nom⁶⁵. Ainsi, le ou les débiteurs définitifs donneraient mandat au *solvens* pour payer la créance de la victime. En matière de coresponsabilité, il n'y a aucun accord de volonté entre les différents débiteurs de la dette. Il faudrait alors se fonder sur un mandat tacite, ayant lieu en dehors de toute relation contractuelle, et ouvrant droit au *solvens* à un remboursement des sommes engagées au nom des autres débiteurs. Le mandat ne peut cependant pas fonder le recours personnel puisqu'il nécessite une représentation qui ne se retrouve pas entre coresponsables d'un dommage. En effet, les codébiteurs solidaires n'ont aucune communauté d'intérêts permettant de faire apparaître une représentation réciproque⁶⁶.

La gestion d'affaires a également pu être envisagée⁶⁷. Il s'agit d'un quasi-contrat, c'est-à-dire d'un fait volontaire « *dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit* »⁶⁸. Elle consiste en un acte volontaire de gestion des affaires d'autrui⁶⁹. Le *solvens*, en payant la part incombant à d'autres débiteurs, aurait ainsi géré leurs affaires et

⁶² R. Libchaber, *Les incertitudes maintenues de la subrogation légale*, Lextenso, Revue des contrats. 07 décembre 2017, n° 04, p. 28 ; O. Sabard, *La cause étrangère en droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2008, n° 265, p. 217.

⁶³ H. Groutel, *Nouvelles incertitudes sur le fondement du recours d'un débiteur, tenu en vertu de la loi du 5 juillet 1995, contre un autre débiteur*, Dalloz. 1998, p. 174 : il existe une multitude de fondements potentiels sans qu'aucun ne semble pour autant pouvoir justifier le recours personnel.

⁶⁴ J-M. Fernandez, *La subrogation : nature et régime d'une fiction juridique*, Petites affiches. n° 85, 16 juillet 1997, p. 4.

⁶⁵ C. civ, art. 1984 et s : « *Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire* ».

⁶⁶ M. Ranouil, *Les recours entre coobligés*, Thèse, IRJS éditions, Paris, 2014, n° 229, p. 180.

⁶⁷ J-M. Fernandez, *La subrogation : nature et régime d'une fiction juridique*, Petites affiches. n° 85, 16 juillet 1997, p. 4 ; Note C. Larroumet sous Civ, 1^{ère}, 7 juin 1977, Dalloz. 1978, pp. 289 et suivantes ; Com, 27 novembre 1978, n° 76-14.520 : « *La caution ne peut agir avant paiement, en vertu de son droit propre issu de l'article 2032 du Code civil qu'à l'encontre du débiteur par elle cautionne, et non point contre le codébiteur solidaire de celui-ci, à l'égard duquel elle ne peut recourir qu'après avoir payé par la voie des actions de subrogation ou de gestion d'affaires* » ; O. Sabard, *La cause étrangère en droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2008, n° 265, p. 219.

⁶⁸ C. civ, art. 1300.

⁶⁹ C. civ., art. 1301 et s : « *Celui qui, sans y être tenu, gère sciemment et utilement l'affaire d'autrui, à l'insu ou sans opposition du maître de cette affaire, est soumis, dans l'accomplissement des actes juridiques et matériels de sa gestion, à toutes les obligations d'un mandataire* ».

pourrait prétendre au remboursement des sommes versées⁷⁰. La gestion doit cependant être faite « *sans y être tenue* »⁷¹. Elle est donc incompatible avec le paiement effectué par le *solvens* en vertu d'une obligation légale⁷², jurisprudentielle⁷³ ou contractuelle⁷⁴. Dès lors, la gestion d'affaires ne peut servir de fondement au recours personnel, sauf à dénaturer son régime juridique.

Le recours personnel fondé sur un enrichissement d'une personne au détriment d'une autre. En dehors des possibilités d'invoquer une obligation préexistante dont il serait créancier ou pour laquelle il serait subrogé, le *solvens* peut agir sur le fondement des quasi-contrats. La gestion d'affaires étant exclue en présence de coresponsables, le recours personnel pourrait alors être fondé sur l'enrichissement sans cause ou la répétition de l'indu. L'enrichissement sans cause⁷⁵ s'analyse comme l'enrichissement d'une personne au détriment d'une autre, sans que celui-ci ne puisse être justifié⁷⁶. Or, lorsque le *solvens* paye en tout ou partie la dette d'autrui, il est appauvri au profit du ou des débiteurs définitifs de cette dette⁷⁷. Toutefois, le *solvens* ne s'appauvrit pas sans cause dès lors qu'il est tenu d'acquitter la dette⁷⁸.

⁷⁰ P. Canin, *Les actions récursoires entre coresponsables*, Thèse, Litec, Paris, 1996, n° 110, p. 138 : l'auteur analyse la gestion d'affaires comme fondement du recours personnel, mais rejette toutefois ce fondement.

⁷¹ C. civ, art. 1301.

⁷² Com, 13 janvier 2015, n° 13-11.550 : « *La gestion d'affaires, qui implique l'intention du gérant d'agir pour le compte et dans l'intérêt du maître de l'affaire, est incompatible avec l'exécution d'une obligation légale telle que celle imposant au liquidateur de prendre des mesures conservatoires pour garantir l'exercice effectif du droit à revendication* ».

⁷³ Obligation *in solidum*.

⁷⁴ Par exemple, en matière de contrat d'assurance.

⁷⁵ C. civ, art. 1303 et s : « *En dehors des cas de gestion d'affaire et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement* ».

⁷⁶ Par exemple, l'enrichissement pourrait être justifié par une convention ou une libéralité, ou encore une disposition réglementaire ou légale. À titre d'exemple, Civ, 1^{ère}, 24 septembre 2008, n° 06-11294 : « *Après avoir justement retenu qu'aucune disposition légale ne règle la contribution des concubins aux charges de la vie commune de sorte que chacun d'eux doit, en l'absence de volonté exprimée à cet égard, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a engagées, l'arrêt estime, par une appréciation souveraine, que les travaux litigieux réalisés et les frais exceptionnels engagés par M. X... dans l'immeuble appartenant à Mme Y... excédaient, par leur ampleur, sa participation normale à ces dépenses et ne pouvaient être considérés comme une contrepartie des avantages dont M. X... avait profité pendant la période du concubinage, de sorte qu'il n'avait pas, sur ce point, agi dans Une intention libérale ; que la cour d'appel a pu en déduire que l'enrichissement de Mme Y... et l'appauvrissement corrélatif de M. X... étaient dépourvus de cause* ».

⁷⁷ « *Si en dédommageant la victime, il n'a fait que rétablir un équilibre détruit par le délit ou le quasi-délit, il reste que le paiement a, à l'inverse, créé un déséquilibre entre son patrimoine et celui de son coauteur ; dans les rapports entre eux, l'imposition de la charge à son seul patrimoine entraînerait donc bien un appauvrissement arbitraire dépourvu de justification* » : N. Dejean de la Bâtie, note sous Civ, 1^{ère}, 7 juin 1977, JCP. 1978, II, n° 19003.

⁷⁸ J. Boré, *Le recours entre coobligés « in solidum »*, JCP, 1967, I, n° 2126 ; P. Raynaud, *l'obligation in solidum*, Cours de droit civil, cours de doctorat, Paris II, 1970-1971, Les cours de droit, p. 123 ; J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979, p. 221 ; O. Sabard, *La cause étrangère en droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2008, n° 265, p. 218.

Il a pu être considéré que « *la loi ne fait peser sur le solvens aucune obligation légale de contribuer seul à la dette. Dès lors, son paiement peut être dans certains cas considéré comme injuste dans ses rapports avec [les autres débiteurs]* »⁷⁹. Il s'agirait alors de dissocier les rapports entre la victime et le *solvens*, où le paiement est justifié, de ceux entre les coresponsables, où le paiement est dépourvu de cause⁸⁰. Il semble toutefois qu'une telle analyse conduite à déformer la notion d'enrichissement sans cause afin de la faire correspondre aux recours en contribution. En outre, bien que ce fondement ait pu être avancé en présence d'une obligation légale de paiement⁸¹, la Cour de cassation se refuse à retenir un tel fondement lorsque l'appauvrissement résulte d'une faute de l'appauvri⁸².

Il convient également de relever que l'enrichissement sans cause est sanctionné par l'action de *in rem verso*⁸³ qui a un caractère subsidiaire. Or, le recours personnel a pu être admis lorsque l'action subrogatoire était également accordée⁸⁴. Exclure le caractère subsidiaire reviendrait à déformer le régime de l'enrichissement sans cause⁸⁵, ce qui témoigne du caractère artificiel d'un tel fondement pour l'action personnelle. Il est alors possible d'envisager de recourir à l'action en répétition de l'indu puisque « *ce qui a été reçu sans être dû est sujet à répétition* »⁸⁶. La même difficulté apparaît toutefois : lorsque le *solvens* indemnise la victime, cette dernière perçoit uniquement ce qui lui est dû en raison d'une obligation pouvant être légale, contractuelle ou jurisprudentielle⁸⁷. En présence de

⁷⁹ M. Behar-Touchais, *Le fondement des recours contributifs entre conducteurs ou propriétaires de véhicules co-impliqués dans un accident de la circulation après la loi du 5 juillet 1985*, La semaine Juridique. Édition Générale, n° 23, doct. 3339, 1988.

⁸⁰ M. Behar-Touchais, *Le fondement des recours contributifs entre conducteurs ou propriétaires de véhicules co-impliqués dans un accident de la circulation, après la loi du 5 juillet 1985*, La semaine Juridique. Édition Générale, n° 23, 8 juin 1988, doct. 3339.

⁸¹ P. Canin, *Les actions récursoires entre coresponsables*, Thèse, Litec, Paris, 1996, n° 110, p. 143 ; Com, 21 novembre 1967, JCP. 1969, II, 15778 : « *La condamnation, au paiement d'un chèque au bénéficiaire, de la banque à laquelle il avait remis pour encaissement et qui l'a perdu, ayant pour effet de libérer le tireur de sa dette envers le bénéficiaire, il en résulte que, dans les rapports entre la banque et le tireur, ce dernier s'enrichirait sans cause au détriment de la banque s'il ne lui remboursait pas le montant du chèque. C'est donc à bon droit que le tireur est condamné à garantir la banque de sa condamnation au paiement du chèque envers le bénéficiaire* ».

⁸² Soc, 3 juillet 1990, n° 88-18.723.

⁸³ C. civ, art. 1352 et suivants.

⁸⁴ Civ, 3^{ème}, 11 mars 2014, n° 12-35.334.

⁸⁵ P. Canin, *Les actions récursoires entre coresponsables*, Thèse, Litec, Paris, 1996, n° 110, p. 146 : l'action exercée par par le coresponsable contre l'auteur ne serait pas vraiment l'action *in rem verso* pour exclure la condition de subsidiarité. Ainsi, « *si le recours est bien fondé sur l'enrichissement sans cause, il n'emprunte pas, sur le plan de la technique juridique, l'action de in rem verso* ».

⁸⁶ C. civ, art. 1302 et s : « *Tout paiement suppose une dette ; ce qui a été reçu sans être dû est sujet à restitution* ».

⁸⁷ Obligation légale pour les garants, jurisprudentielle pour la responsabilité *in solidum*, ou encore contractuelle en matière de contrat d'assurance par exemple.

coresponsables, il n'est pas non plus possible de constater que le paiement a été fait par erreur⁸⁸ ou sous la contrainte⁸⁹.

2. La contestation des fondements juridiques retenus

Les fondements reposant sur la mise en œuvre de la responsabilité ou l'emploi de l'article 1317 du Code civil en matière de responsabilité *in solidum* semblent les plus pertinents. Cependant, ils ne sont pas dépourvus d'incohérence, si bien qu'il n'est pas toujours aisé de déterminer sur quoi repose le recours accordé. Le fondement étant alors insatisfaisant, c'est tout l'édifice du recours à l'action personnelle qui se trouve fragilisé.

Les fondements retenus pour le recours personnel. Le recours personnel est considéré comme fondé sur un préjudice distinct de celui subi par la victime⁹⁰, et reposerait sur la mise en œuvre de la responsabilité civile. Ainsi, la Cour de cassation, dans un arrêt de 1991, considéra que le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur impliqué dans un accident de la circulation assigné par la victime peut « *exercer contre les autres coauteurs une action récursoire sur le fondement des [anciens] articles 1382 et 1384* »⁹¹. Le *solvens* peut donc bénéficier d'un recours personnel fondé sur la responsabilité, et doit faire valoir qu'il a subi un dommage ayant pour cause un fait qui ne lui est pas imputable. Il subirait alors un préjudice du fait du paiement de la totalité de la dette entre les mains de la victime⁹². Ainsi, le *solvens* devient, pour la part et portion des autres coobligés, victime indirecte du dommage⁹³ à la réalisation duquel il a collaboré. Un coobligé non fautif pourrait donc être la victime d'un coobligé fautif, ou un coauteur fautif pourrait être la victime d'un autre coauteur fautif.

⁸⁸ Civ, 1^{ère}, 4 avril 2001, n° 98-13.285 : « *En application du principe général du droit selon lequel nul ne peut s'enrichir injustement aux dépens d'autrui, celui qui, par erreur, a payé la dette d'autrui de ses propres deniers a, bien que non subrogé aux droits du créancier, un recours contre le débiteur* ».

⁸⁹ C. civ, art. 1302-2 : « *Celui qui par erreur ou sous la contrainte a acquitté la dette d'autrui peut agir en restitution contre le créancier. Néanmoins ce droit cesse dans le cas où le créancier, par suite du paiement, a détruit son titre ou abandonné les sûretés qui garantissaient sa créance. La restitution peut aussi être demandée à celui dont la dette a été acquittée par erreur* ».

⁹⁰ C. Moniolle, *Actions en garantie : actions récursoires et actions subrogatoires*, Rép. resp. puiss. Publ. janvier 2014, p. 13.

⁹¹ Civ, 2^{ème}, 6 mars 1991 n° 89-15.697. Voir également : Civ, 3^{ème}, 8 juin 2011, n° 09-69.894 : « *Les personnes responsables de plein droit en application des articles 1792 et suivants du Code civil, lesquelles ne sont pas subrogées après paiement dans le bénéfice de cette action réservée au maître de l'ouvrage et aux propriétaires successifs de l'ouvrage en vertu des articles précités, ne peuvent agir en garantie ou à titre récursoire contre les autres responsables tenus avec elles au même titre, que sur le fondement de la responsabilité de droit commun applicable dans leurs rapports* ».

⁹² P. Canin, *Les actions récursoires entre coresponsables*, Thèse, Litec, Paris, 1996, p. 134 ; P. Oudot, *Responsabilité – régime des accidents de la circulation – Le régime de droit commun de la responsabilité civile*, Rép. civ. 2019, n° 236 et suivants.

⁹³ Or, ce n'est pas ainsi que s'entend habituellement l'expression.

Le recours *in solidum* a également pu être considéré comme fondé sur l'article 1317 du Code civil⁹⁴ relatif aux codébiteurs solidaires⁹⁵. Il s'agirait alors d'étendre son application à l'obligation *in solidum*. La Cour de cassation, dans un arrêt de 1997, a pu considérer que « *le codébiteur d'une obligation in solidum qui l'a payée en entier peut, comme celui de l'obligation solidaire, répéter contre les autres la part et portion de chacun d'eux* ». Ce raisonnement par analogie laisse supposer qu'il est possible de faire de même pour l'application de l'article 1317 du Code civil. Le rapprochement des deux notions semble pouvoir se faire puisqu'elles ont le même effet principal et reposent toutes deux sur l'idée de garantie⁹⁶. En outre, le projet de réforme de la responsabilité civile, en son article 1265, prévoit que « *lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage, elles sont solidairement tenues à réparation envers la victime* »⁹⁷.

Les critiques formulées. Le fondement du recours personnel reposant sur la responsabilité civile ne convient pas. Premièrement, admettre que le *solvens* subit un préjudice propre du fait du paiement de tout ou partie de la dette dont il ne doit pas en supporter la charge définitive reviendrait à considérer qu'un préjudice peut naître de l'exécution d'une obligation contractuelle légale ou jurisprudentielle d'indemniser partiellement ou totalement le dommage causé à la victime⁹⁸. Or, le préjudice est une atteinte à un intérêt légitime, juridiquement protégé. Le fait d'exécuter une obligation légale semble difficilement se concilier avec une atteinte au droit⁹⁹. En outre, la question est de savoir quel est le dommage dans ces hypothèses puisqu'en principe, payer n'est pas un préjudice.

Deuxièmement, même si l'existence d'un préjudice était admise, il faudrait encore établir l'existence d'un lien de causalité entre le fait générateur du dommage subi par la victime, et le préjudice que le *solvens* prétend avoir subi, du fait du paiement d'une part plus importante que celle dont il doit supporter la charge définitive. Or, ce n'est pas le fait

⁹⁴ « *Entre eux, les codébiteurs solidaires ne contribuent à la dette que chacun pour sa part. Celui qui a payé au-delà de sa part dispose d'un recours contre les autres à proportion de leur propre part. Si l'un d'eux est insolvable, sa part se répartit, par contribution, entre les codébiteurs solvables, y compris celui qui a fait le paiement et celui qui a bénéficié d'une remise de solidarité* ».

⁹⁵ A. Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019, n° 580, p. 491 ; Civ, 1^{ère}, 27 juin 2018, n° 17-19.396.

⁹⁶ A. Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019, n° 580, p. 491.

⁹⁷ Projet de réforme de la responsabilité civile, 13 mars 2017, par Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la Justice, suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016.

⁹⁸ P. Canin, *Les actions récursoires entre coresponsables*, Thèse, Litec, Paris, 1996, n° 110, pp. 135 et suivantes.

⁹⁹ P. Canin, *Les actions récursoires entre coresponsables*, Thèse, Litec, Paris, 1996, n° 110, p. 136.

générateur du dommage initial qui pourrait avoir causé un préjudice au *solvens*, mais sa condamnation à payer intégralement la dette¹⁰⁰. L'analyse, selon laquelle un coresponsable du dommage peut être qualifié de victime indirecte lorsqu'il est contraint d'indemniser la victime directe du dommage, ne peut se faire que par une distanciation importante du lien de causalité¹⁰¹. Si cette analyse est déjà difficile à soutenir, elle l'est davantage lorsque les coresponsables n'ont commis aucune faute. Pour finir, lorsqu'une victime participe à la réalisation de son propre dommage, on parle d'une faute de la victime, soumise à des règles particulières. Cela risque alors de poser problème si le recours du *solvens* coauteur fautif conduit à le qualifier de victime indirecte du dommage initial.

De la même façon, l'article 1317 du Code civil ne peut servir de fondement au recours personnel. Son extension aux hypothèses de responsabilité *in solidum* n'est pas prévue par le texte et ne semble pouvoir se justifier au regard du simple rapprochement possible entre les deux procédés. Il s'agirait d'étendre, pour les besoins de la cause, des dispositions qui ne sont pas à l'origine prévues pour ces hypothèses d'application. En outre, l'article ne précise pas le type de recours accordé, ni les modalités de celui-ci, et ne permet donc pas d'en définir précisément les contours. Ainsi, il n'existe aucun texte législatif relatif aux recours des coresponsables d'un dommage permettant de définir précisément l'assiette du recours. Les seules précisions relèvent de la jurisprudence qui prévoit que le recours peut porter sur tout préjudice subi par le *solvens* et doit tenir compte des règles de répartition de la charge de la dette, c'est-à-dire de la faute des coauteurs¹⁰².

De telles hésitations sur le fondement du recours personnel, ne traduirait-elle pas tout simplement le fait que celui qui a payé une dette dont il ne doit pas répondre définitivement

¹⁰⁰ P. Canin, *Les actions récursoires entre coresponsables*, Thèse, Litec, Paris, 1996, n° 111, p. 136 ; O. Sabard, *La cause étrangère en droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2008, n° 265, p. 217.

¹⁰¹ M. Behar-Touchais, *Le fondement des recours contributifs entre conducteurs ou propriétaires de véhicules co-impliqués dans un accident de la circulation, après la loi du 5 juillet 1985*, La semaine Juridique. Édition Générale, n° 23, 8 juin 1988, doct., 3339.

¹⁰² Aucun texte n'envisage le partage de la dette entre coresponsables. Le critère repose alors sur la gravité de la faute : Civ. 2^{ème}, 9 juin 2016, n° 14-27.043 ; Civ. 2^{ème}, 19 novembre 2009, n° 08-11.622 ; Civ. 2^{ème}, 19 nov. 2009, n° 08-11.622 ; CE, 2 juillet 1951, *Delville*, n° 04032. Le projet de réforme de la responsabilité civile prévoit pour sa part de que « *si toutes ou certaines d'entre elles ont commis une faute, elles contribuent entre elles à proportion de la gravité et du rôle causal du fait générateur qui leur est imputable. Si aucune d'elles n'a commis de faute, elles contribuent à proportion du rôle causal du fait générateur qui leur est imputable, ou à défaut par parts égales* » : Projet de réforme de la responsabilité civile, 13 mars 2017, par Jean-Jacques Urvoas, garde des Sceaux, ministre de la Justice, suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016, art. 1265.

peut, du seul fait du paiement, en obtenir le remboursement¹⁰³. Ainsi, le recours subrogatoire serait le plus à même de fonder le recours en contribution. Dès lors, une remise en cause du recours personnel peut être faite dans la mesure où il apparaît comme dénué de fondement juridique.

B. Les fondements insatisfaisants de l'action récursoire de droit public

En droit public, le recours personnel, aussi nommé action récursoire¹⁰⁴, est également accordé aux côtés du recours subrogatoire pour la répartition de la charge de la dette entre les différents débiteurs. De la même façon qu'en droit privé, il s'avère délicat d'établir son fondement juridique¹⁰⁵.

La notion de garantie, ou encore la protection des deniers publics¹⁰⁶, doivent être exclues puisqu'elles sont également applicables au recours subrogatoire. Il est alors apparu nécessaire de se référer directement aux arrêts fondant le recours en contribution. Les justifications apportées ne permettent pas de faire émerger un fondement originaire de l'action récursoire (1), et il est possible de remettre en cause les fondements juridiques retenus (2).

1. L'absence de fondement originaire de l'action récursoire

À l'origine, l'administration ne disposait pas de la possibilité de se retourner contre son agent fautif¹⁰⁷, mais l'élargissement progressif de la responsabilité des personnes publiques est allé de pair avec l'octroi d'une action récursoire. Parallèlement, cette action a également été accordée à l'agent afin de régler la question de la contribution finale à la charge des

¹⁰³ R. Libchaber, *Les incertitudes maintenues de la subrogation légale*, Lextenso, Revue des contrats. 7 décembre 2017, n° 04, p. 28 : l'auteur met en avant le caractère exorbitant de la subrogation légale, et précise que le recours subrogatoire a abouti à occulter le recours personnel.

¹⁰⁴ Cf. *supra*. Les confusions entre l'action subrogatoire et l'action personnelle, p. 457.

¹⁰⁵ S. Buffa, *La distinction du champ d'application des actions subrogatoires et récursoires en droit administratif*, Droit Administratif. n° 11, étude 17, novembre 2012 : l'auteur précise uniquement que le *solvens* exerce un droit qui lui est propre ; A. Courrèges, *Action récursoire et action subrogatoire*, RFDA. 2009, p. 311 ; C. Moniolle, *Actions en garantie : actions récursoires et actions subrogatoires*, Rép. resp. puiss. Publ. janvier 2014 : l'auteure fonde l'action récursoire sur un droit propre relatif à un préjudice distinct ; F. Roques, *L'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité*, AJDA. 1991, p. 75 ; J-M. Favret, *Action subrogatoire ou action récursoire ?* AJDA. 2019, p. 870 : l'auteur fonde l'action récursoire sur un droit propre ; CE, 2 juillet 2010, *Madranges*, n° 323890 ; CE, 18 février 2010, n° 318891.

¹⁰⁶ CE, 19 mars 1971, *Mergui*, n° 79962.

¹⁰⁷ CE, 28 mars 1924, *Poursines*, Rec. 357.

réparations¹⁰⁸. Une difficulté apparaît toutefois dans la détermination du fondement juridique de cette action.

Un manque de clarté jurisprudentielle. L'action récursoire semble avoir une justification distincte selon qu'elle soit accordée à l'agent contre l'administration ou à l'administration contre son agent.

L'arrêt *Sieur Delville* de 1951¹⁰⁹ instaure la possibilité pour l'agent de se retourner contre l'État pour obtenir le remboursement d'une partie des sommes engagées lorsque le dommage est imputable à une faute de service¹¹⁰. En l'espèce, M. Delville fut condamné par les tribunaux judiciaires à indemniser intégralement la victime des dommages qu'elle a subis à la suite d'un accident causé par un camion de l'administration qu'il conduisait. L'accident était imputable à la fois à l'état d'ébriété de M. Delville caractérisant une faute personnelle, et à un dysfonctionnement des freins du camion imputable à l'État¹¹¹. Le juge administratif ne fonde pas le recours de M. Delville sur la responsabilité de l'administration en raison de sa faute de service, mais évoque un remboursement d'une partie de l'indemnité versée. En outre, il refuse au requérant la possibilité de récupérer les frais engagés devant les tribunaux judiciaires pour défendre son action en raison de sa faute personnelle. Il limite alors l'indemnité accordée à la somme que ce dernier a effectivement payée à la victime au titre de la faute de service imputable à l'État.

La nature récursoire de l'action n'est cependant pas contestée au profit d'une action subrogatoire dans la mesure où le juge précise que c'est en raison de la faute personnelle dont M. Delville s'est rendu coupable, qu'il ne peut demander le remboursement des frais exposés devant les tribunaux judiciaires. Cela laisse donc supposer qu'en d'autres circonstances, de tels frais auraient pu être pris en charge¹¹². Ce recours personnel accordé à l'agent repose alors sur le remboursement des sommes versées pour le compte d'autrui.

¹⁰⁸ Le Conseil d'État parle alors de contribution finale de l'administration et de l'agent à la charge des réparations.

¹⁰⁹ CE, 28 juillet 1951, *Delville*, n° 04032.

¹¹⁰ CE, 30 juillet 1873, *Pelletier*, Rec. p. 117. Cf. *supra*. L'obligation au tout en droit public, p. 285.

¹¹¹ « *Au cas où un dommage a été causé à un tiers par les effets conjugués de la faute d'un service public et de la faute personnelle d'un agent de ce service, la victime peut demander à être indemnisée de la totalité du préjudice subi soit à l'administration, devant les juridictions administratives, soit à l'agent responsable, devant les tribunaux judiciaires, la contribution finale de l'administration et de l'agent à la charge des réparations doit être réglée par le juge administratif compte tenu de l'existence et de la gravité des fautes respectives constatées dans chaque espèce* ».

¹¹² Ce qui exclut la nature subrogatoire du recours : Cf. *supra*. Le transfert de la créance et la mesure du paiement, p. 182.

Le même jour, un recours identique est accepté, permettant à l'administration qui a entièrement indemnisé la victime de se retourner contre son agent en raison de sa faute personnelle¹¹³. En l'espèce, M. Laruelle, sous-officier, renversa un piéton avec une voiture militaire alors qu'il l'utilisait en dehors du service à des fins personnelles. L'État fut alors condamné à indemniser intégralement la victime au motif que l'autorité militaire n'avait pas pris des mesures suffisantes pour assurer le contrôle de la sortie des véhicules. Toutefois, dans la mesure où la faute du service avait été provoquée par les manœuvres de M. Laruelle afin d'induire en erreur le gardien des véhicules de l'armée, ce dernier ne pouvait se prévaloir de l'existence d'une faute de service pour s'exonérer de sa responsabilité. Il a donc « *commis une faute personnelle de nature à engager envers l'État sa responsabilité pécuniaire* ».

Le juge administratif parle alors de responsabilité de l'agent envers l'État pour les fautes détachables de l'exercice de ses fonctions. Il fonde donc l'action récursoire sur la responsabilité administrative et condamne l'agent à verser, en plus de la somme correspondant à l'indemnité payée par l'État à la victime, celle correspondant aux dépens exposés pour l'instance. Ainsi, dans le premier arrêt, l'agent peut se retourner contre l'administration pour obtenir le remboursement des sommes engagées, alors que dans le second, l'administration engage la responsabilité pour faute personnelle de l'agent afin qu'il supporte la part du préjudice qui peut lui être imputable. Or, distinguer le fondement du recours de l'agent contre l'administration et celui de l'administration contre son agent manque de cohérence dans la mesure où la situation est identique, c'est-à-dire qu'un recours en contribution est mis en place en présence de coresponsables d'un dommage.

Une analyse insuffisante du fondement de l'action récursoire des arrêts Laruelle et Delville. Dans l'arrêt *Delville*, le juge administratif se fonde sur le remboursement de tout ou partie des sommes versées par l'État à la victime¹¹⁴, alors que dans l'arrêt *Laruelle*, le juge retient que les fonctionnaires et agents des collectivités publiques sont pécuniairement responsables « *quand le préjudice qu'ils ont causé à ces collectivités est imputable à des fautes personnelles, détachables de l'exercice de leurs fonctions* ». L'administration est donc considérée comme ayant subi un préjudice propre directement causé par la faute personnelle de son agent, et on est face à deux approches différentes de l'action récursoire. L'étude des analyses de ces arrêts ne permet pas d'apporter plus de clarté sur la détermination du fondement de l'action, et plusieurs conceptions s'affrontent.

¹¹³ CE, 28 juillet 1951, *Laruelle*, n° 01074.

¹¹⁴ CE, 28 juillet 1951, *Delville*, n° 04032.

La première se rapporte à l'arrêt *Delville*, et consiste à rejeter l'idée selon laquelle la personne contrainte d'indemniser intégralement la victime souffrirait d'un préjudice illégalement causé par la faute de l'autre¹¹⁵. Le juge, lors de l'action récursoire, ne lui octroie donc pas une indemnité, mais un remboursement, puisqu'en indemnisant la victime, l'auteur du dommage a payé pour autrui. Le fondement du remboursement accordé n'est toutefois pas précisé. Dans le même sens, il a pu être considéré, concernant l'arrêt *Laruelle*, que la somme accordée au titre de l'action récursoire était un remboursement des frais exposés par l'État¹¹⁶. Ainsi, une certaine harmonisation de l'action récursoire semble envisageable.

Cette conception ne fait cependant pas l'unanimité puisqu'un second courant consiste à voir dans l'action récursoire, une application de la réparation des responsabilités pécuniaires dans les rapports entre l'administration et ses agents¹¹⁷. Ce recours n'est donc pas une action en responsabilité dirigée contre l'État, mais repose sur une nouvelle obligation légale à la charge de l'administration de couvrir ses fonctionnaires condamnés pour fautes de service. C'est seulement lorsque la personne publique refuse d'intervenir¹¹⁸ qu'elle commet une faute engageant sa responsabilité pécuniaire. L'analyse jurisprudentielle n'a donc pas conduit à faire émerger un fondement unique, l'action récursoire étant parfois fondée sur un préjudice distinct subi par le *solvens*, et d'autres fois sur une demande en remboursement des sommes engagées.

2. La remise en cause des fondements retenus de l'action récursoire

Aujourd'hui encore, le juge administratif ne définit pas clairement le fondement de l'action récursoire¹¹⁹.

Les fondements critiquables de l'action récursoire. Le principal fondement retenu par la doctrine suppose l'existence d'un préjudice propre subi par le *solvens* et s'apparente dès lors à la mise en œuvre de la responsabilité administrative¹²⁰. Il est donc nécessaire de

¹¹⁵ Note, Ch. Eisenman, CE, 28 juillet 1951, *Sieur Delville*, JCP. 1952, II, n° 6734.

¹¹⁶ Note, J. J. R, CE, 28 juillet 1951, *Laruelle*, JCP. 1951, II, n° 6532.

¹¹⁷ Note, D. Nguyen, CE, 28 juillet 1951, *Sieur Delville*, Dalloz. 1951, p. 620.

¹¹⁸ Pour couvrir le fonctionnaire.

¹¹⁹ La plupart du temps, il se contente d'octroyer une action récursoire sans précisions supplémentaires : CE, 2 juillet 2010, n° 323890 ; CE, 24 juillet 2009, n° 308596 ; CE, 17 décembre 1999, n° 199598 ; CE, 12 décembre 2008, n° 296982.

¹²⁰ A. Doby, *Le recours des administrations publiques contre les tiers responsables d'accidents survenus à leurs agents*, Thèse, Sirey, Paris, 1931, p. 21 : « il nous paraît inexacte d'affirmer qu'un évènement qui atteint un

démontrer le lien causalité entre le paiement effectué et la faute du coresponsable¹²¹. Ainsi, l'action récursoire peut être fondée sur une responsabilité autre que celle assignée à la victime en ce qu'il suppose l'existence d'un droit propre. Elle peut résulter d'une responsabilité pour faute dans le cadre de dommages causés par un ouvrage public¹²² ou encore être fondée sur la responsabilité contractuelle dès lors que des stipulations ont été méconnues¹²³. Ainsi, le Conseil d'État fonde le recours du maître de l'ouvrage contre l'entrepreneur sur la responsabilité contractuelle¹²⁴ ou sur la responsabilité délictuelle découlant de la garantie décennale¹²⁵.

Dans la mesure où il suppose l'existence d'un contrat, fonder le recours du *solvens* sur la responsabilité contractuelle ne pose aucune difficulté. Le recours est alors fondé sur la méconnaissance des obligations nées du contrat, et le *solvens* doit revêtir la qualité de cocontractant. En revanche, fonder le recours en contribution sur la responsabilité délictuelle ne convient pas davantage en droit public qu'en droit privé¹²⁶. Ainsi, même si ce fondement permet une certaine harmonisation, les mêmes critiques précédemment formulées peuvent être

patrimoine ne cause aucun préjudice, du moment que cet évènement a été prévu et qu'il y a été pourvu à l'avance au moyen d'une partie de l'actif de ce patrimoine », p. 41 : « la lésion invoquée par l'assureur ou l'administration, quoique médiate, n'en est pas moins personnelle, puisque ce sont eux qui ont à déboursier l'indemnité », C. Moniolle, *Actions en garantie : actions récursoires et actions subrogatoires*, Rép. resp. puiss. Publ. janvier 2014 ; F. Roques, *L'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité*, AJDA. 1991, p. 75 ; J-M. Favret, *Action subrogatoire ou action récursoire ?* AJDA. 2019, p. 870 ; H. Belrhali, *les coauteurs en droit administratif*, LGDJ, 2003, p. 326. CE, 13 octobre 1972, *Caisse régionale de réassurances mutuelles agricoles de l'est et société mutuelle d'assurances l'auxiliaire*, AJDA. 1973, p. 153, note, G. Guillaume.

¹²¹ CE, 28 février 1986, n° 42241.

¹²² CE, 23 novembre 1966, n° 65400 : cet arrêt prouve qu'il s'agit bien d'un recours fondé sur la responsabilité.

¹²³ CAA Nancy, 25 octobre 2001, n° 97NC00009 ; CE, 7 novembre 1952, *Cie L'Urbaine et la Seine*, Rec. p. 498 : « Considérant qu'ainsi qu'il a été ci-dessus indiqué, la condamnation susmentionnée de la société Saint-Jeantaise de transports est fondée sur la responsabilité contractuelle encourue par ladite société comme transporteur du Sieur G. ; qu'ainsi l'action exercée par la requérante contre l'État trouve son fondement dans un droit propre de la société Saint-Jeantaise de transports à la réparation du préjudice qu'elle a directement subi du fait de l'accident ; que dès lors, le ministre n'a pu opposer valablement à la compagnie "L'Urbaine et la Seine", qui a supporté la charge du complément d'indemnité d'un million de francs, la limitation forfaitaire de la responsabilité de l'État au regard de la victime résultant de la législation sur les pensions militaires ».

¹²⁴ CAA Marseille, 31 janvier 2008, n° 04MA02346 ; CE, 12 juin 1970, n° 72950 et 73123. Le recours peut également être fondé sur la responsabilité délictuelle lorsqu'il est effectué entre des constructeurs qui sont tiers entre eux et donc ne sont pas liés par une même convention au maître de l'ouvrage : CE, 29 janvier 1971, n° 74941.

¹²⁵ C. civ, art. 1792 et suivants. ; CE, 23 mai 2011, n° 341414 : « La personne publique condamnée, sur le fondement des dispositions de l'article 1792-1 du Code civil, à indemniser l'acquéreur d'un ouvrage qu'elle a construit ou fait construire des désordres l'affectant peut à son tour rechercher la responsabilité décennale des constructeurs ; que l'action ainsi exercée par la personne publique, en sa qualité de maître de l'ouvrage qui ne peut être regardé comme étant coauteur du dommage, présente le caractère d'une action récursoire destinée à faire valoir un intérêt direct et certain, distinct de celui qui fonde l'action de l'acquéreur de l'ouvrage, et non celui d'une action subrogatoire ; que cette action doit être exercée dans le délai de garantie décennale ».

¹²⁶ R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, Thèse, LGDJ, Paris, 1957, n° 237, p. 252, note n° 2.

retenues¹²⁷. Le préjudice que l'administration fait valoir auprès de son agent lorsqu'il a commis une faute personnelle résulte du paiement qu'elle a effectué auprès de la victime. Or, le paiement n'est pas, en principe, un préjudice, et la demande du *solvens* s'apparente davantage à un remboursement des sommes versées auprès du débiteur définitif de la dette¹²⁸. Le lien de causalité n'est alors qu'indirect et il apparaît difficile de considérer que l'administration, lorsqu'elle indemnise la victime, devient elle-même la victime de son coauteur.

L'harmonisation souhaitée autour de l'article 1317 du Code civil ne permet pas non plus de fournir un fondement satisfaisant à l'action récursoire¹²⁹. En effet, bien que le juge administratif reconnaisse également l'existence d'obligations solidaires ou *in solidum* en droit public, et qu'il a déjà eu l'occasion de se référer directement au Code civil¹³⁰, cela ne signifie pas pour autant qu'un fondement de droit privé puisse nécessairement s'appliquer en droit administratif. Or, l'article 1317 du Code civil ne connaît, pour l'heure, aucune transversalité puisqu'il ne présente aucune utilité en droit public pour fonder l'obligation solidaire. En outre, si son extension peut aboutir à intégrer le recours entre coobligés solidaires et *in solidum*, l'article ne peut servir de fondement lorsque l'État intervient en tant que garant de l'indemnisation ou se substitue au responsable au stade de l'obligation à la dette.

L'opportunité dans la mise en œuvre d'une action récursoire. Le manque de clarté entourant l'action récursoire peut rendre plus complexe la délimitation de son champ d'application. Son utilisation peut d'ailleurs être fondée sur des questions d'opportunités. L'action récursoire peut alors être mise en œuvre pour contourner les inconvénients résultant de l'action subrogatoire¹³¹, en permettant par exemple au *solvens* de récupérer plus que le remboursement du seul principal. Le *solvens* pourrait ainsi obtenir le remboursement des frais

¹²⁷ Cf. *supra*, La contestation des fondements juridiques retenus, p. 469.

¹²⁸ Note, Ch. Eisenman, CE, 28 juillet 1951, *Sieur Delville*, JCP. 1952, II, n° 6734 ; Note, J. J. R., CE, 28 juillet 1951, *Laruelle*, JCP. 1951, II, n° 6532 ; Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971, p. 335 : « Il est bien difficile d'admettre en effet, que l'État ait subi un préjudice direct : il ne demande pas à l'agent responsable une indemnité ou une réparation, mais seulement le remboursement de ce qu'il a avancé ».

¹²⁹ A. Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019, n° 580, p. 491.

¹³⁰ CE, 26 février 2016, n° 377117 ; CE, 16 octobre 2013, n° 362139 ; CE, 3 novembre 1972, *Ministre de l'Équipement et du Logement c/Houillères du bassin du centre et du midi*, n° 83338 ; CE, 6 octobre 1976, *Caisse régionale d'assurance mutuelle agricole du Pas-de-Calais c/Commune de Peines-en-Artois*, n° 95091 ; CE, 30 juillet 2003, *GIE Soccrum Dalkia et Société ACE Europe c/le Département de Seine-Saint-Denis*, n° 244051. Cf. *supra*. L'obligation au tout en droit public, p. 285.

¹³¹ A. Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019, n° 568, p. 479.

engagés et des pertes subies tels que les frais procéduraux. L'action récursoire permet également de contourner le transfert des vices attachés à la créance initiale¹³². Cette analyse, loin de se cantonner au droit public, s'observe également en droit privé notamment à travers un arrêt de 1977 qui accorda un recours personnel dans une hypothèse où le recours subrogatoire se voyait empêché¹³³. L'octroi d'une action récursoire peut également être perçu comme un moyen pour le juge administratif de conserver sa compétence pour le litige en cause¹³⁴ lorsqu'elle est menacée par l'existence d'une double phase d'indemnisation. Une telle analyse ressort d'un arrêt du Conseil d'État de 1957 où le juge administratif a refusé de condamner solidairement des militaires coauteurs d'un dommage, évitant de ce fait la compétence du juge judiciaire au stade de la contribution à la dette¹³⁵.

Il convient également de relever que la mise en œuvre de l'action récursoire par l'administration contre son agent a une coloration disciplinaire. Cette dernière reste rarement utilisée par le juge administratif¹³⁶, mais « *le risque est [...] de voir s'instaurer des traitements inégaux entre agents à raison du recours ou non à l'action récursoire de la part*

¹³² Notamment, la prescription extinctive : CE, 25 février 1970, n° 73557 : Le Conseil d'État a considéré que la « *déchéance quadriennale [est] opposée à bon droit à la créance de la caisse primaire de sécurité sociale* » ; CE, 19 mars 1969, n° 71682 71686. Mais également, l'autorité de la chose jugée : CE, 19 avril 1972, n° 80138.

¹³³ Civ, 1^{ère}, 7 juin 1977, n° 76-10.143. Ainsi l'action personnelle permet de contourner la renonciation de la victime à l'exercice d'un droit ou encore les clauses exonératoires de responsabilité : Com, 26 avril 2017, n° 15-23.245 : « *C'est à bon escient que la juridiction consulaire a considéré que les clauses de non-responsabilité et de renonciation à recours aux termes desquelles le déposant s'engage à renoncer et à faire renoncer ses assureurs à tout recours sont opposables à la société MOLNLYCKE ; que de même, elles sont opposables à la compagnie ZURICH qui précise que le fondement de son action se trouve dans la subrogation dans les droits de son assurée prévue par l'article L. 121-12 du Code des assurances ou encore dans la subrogation conventionnelle telle qu'organisée par l'article 1250 alinéa 1er du Code civil* » ; ou encore la compensation : Com, 9 juillet 1980, n° 77-11.210.

¹³⁴ Le juge administratif a d'ailleurs une compétence exclusive en matière de relation entre les personnes publiques et leurs agents : TC, 26 mai 1954, *Moritz*, Rec. p. 708 ; ou encore en matière de dommage de travaux publics : TC, 20 novembre 1961, *Garreau c/Elkouken*, Rec. p. 882 ; CE, 21 octobre 1966, n° 61615 ; CE, 24 juillet 1981, n° 13519.

¹³⁵ M. Kahn, commissaire du gouvernement, conclusion sous CE, 22 mars 1957, *Jeannier*, Rec. p. 196 : En l'espèce, la mise en œuvre de la subrogation aurait conduit le juge administratif à se déclarer incompétent, puisque l'État aurait exercé l'action de la victime. Le commissaire du gouvernement Kahn considère alors qu'il était difficile de laisser les tribunaux judiciaires arbitrer des différends opposants une collectivité publique et l'un de ses fonctionnaires alors que fonder l'action sur un préjudice subi par l'État du fait de la faute personnelle détachable de l'agent rendait les tribunaux administratifs compétents.

¹³⁶ F. Roques, *L'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité*, AJDA. 1991, p. 75. M. Kahn, commissaire du gouvernement, conclusion sous CE, 22 mars 1957, *Jeannier*, Rec. p. 196 : En l'espèce, M. Jeannier et cinq autres militaires avaient pris place dans une voiture utilisaient en dehors du service et pour des fins personnelles. Lors du transport, M. Léthenet a doublé le tramway et M. Gravé qui circulait à bicyclette en sens inverse a été mortellement blessé. M. Kahn considère alors que la compétence du juge judiciaire aurait eu pour conséquence de considérer que la faute de M. Jeannier n'avait pas de lien direct avec le dommage causé à la victime, alors que le juge administratif, pour sa part, reconnaît les différends militaires solidairement responsables du dommage. En outre, « *il est à craindre que la responsabilité pécuniaire des agents ne soit d'autant plus aisément recherchée que l'agent est plus éloigné du sommet de la hiérarchie, pour ne rien dire de l'éventualité dans laquelle l'état exécutoire deviendrait, tantôt une sanction déguisée, prononcée sans aucune garantie, tantôt un moyen de pression particulièrement odieux* ».

de l'administration à l'encontre de ses agents fautifs »¹³⁷. La finalité d'une telle action n'est d'ailleurs pas de sanctionner disciplinairement un agent, mais de répartir la charge de la dette entre les différents débiteurs de l'indemnisation. Il est alors difficile de définir la place qu'occupe l'action récursoire au sein des recours en contribution.

¹³⁷ F. Roques, *L'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité*, AJDA. 1991, p. 75.

Section 2 :

La nécessité d'une répartition symétrique des recours en contribution

Le recours personnel et le recours subrogatoire ne sont pas soumis au même régime, et n'emportent pas les mêmes conséquences sur la situation contentieuse des parties¹. Dès lors, il apparaît essentiel de définir leur champ d'application respectif. Or, le domaine de ces recours est marqué par sa complexité. Des dispositions spéciales peuvent certes définir la nature du recours accordé, mais ces dernières concernent principalement le recours des tiers payeurs. Dans les autres hypothèses, il faut donc se référer à la jurisprudence.

La question est de savoir dans quelle mesure le *solvens* dispose d'un choix dans la nature du recours exercé. Lorsque c'est le cas, il faut distinguer la situation où le cumul est accordé au titre de qualités différentes, de celle où un véritable choix lui est offert. Lorsqu'une seule action est accordée, il faut pouvoir définir la nature de celle-ci. Toute la difficulté réside dans l'absence d'uniformisation des solutions, et l'impossibilité de faire émerger un critère unique de répartition. Or, le juge administratif et le juge judiciaire sont amenés à « *apprécier les fautes qui ont concouru à la réalisation d'un même dommage et à fixer les réparations en conséquence* »². En l'absence d'uniformisation entre les deux corpus juridiques, cette double détermination risque d'être faite selon des règles différentes.

La subrogation occupe aujourd'hui une place centrale au sein des recours en contribution. Légalement choisie pour le recours des tiers payeurs, elle est appliquée par principe en droit privé dès lors que ces conditions sont remplies. Elle occupe également une place grandissante en droit public. La pluralité des recours en contribution n'est cependant pas remise en cause par le champ d'application étendu de la subrogation. L'enjeu réside alors dans l'articulation

¹ J-M. Favret, *Action subrogatoire ou action récursoire ?*, AJDA. 2019, p. 870.

² Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971, p. 326.

de ces deux recours, qui est à l'heure actuelle source d'incertitudes. Il peut être envisagé de parvenir à établir une solution transversale, permettant une harmonisation entre le droit privé et le droit public, ainsi qu'une meilleure prévisibilité juridique pour le justiciable. Pour cela, il faut dans un premier temps s'interroger sur le choix de la nature du recours en contribution (Paragraphe 1), et dans un second temps aborder l'uniformisation du critère de répartition (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le choix de la nature du recours en contribution

Le recours en contribution se divise en deux actions distinctes, qui ont un rôle comparable mais sont soumises à des règles spécifiques. Leurs régimes sont clairement établis, mais leurs champs d'applications respectifs posent des difficultés³. Il est alors primordial de déterminer la nature du recours exercée par le *solvens*.

Le recours subrogatoire occupe une place prépondérante en droit privé et en droit public, et bien que le fondement du recours personnel ne soit pas clairement établi⁴, son maintien ne fait aucun doute, tant au regard de la doctrine que de la jurisprudence. En revanche, l'articulation entre les deux actions en contribution ne se fait pas de façon uniforme au sein des deux corpus juridiques, et le maintien d'un recours personnel n'est alors pas toujours synonyme de choix pour le *solvens* sur la nature de l'action exercée.

Il convient donc de s'interroger sur la place du recours subrogatoire au sein des actions en contribution (A), et sur l'articulation entre le recours subrogatoire et le recours personnel (B).

A. La place de la subrogation au sein des recours en contribution

Le recours subrogatoire jouit d'une place prioritaire au sein des recours en contribution, qui en fait le mécanisme principal de répartition de la charge de la dette. En droit privé, l'affirmation de la primauté du recours subrogatoire découle directement de son application

³ S. Buffa, *La distinction du champ d'application des actions subrogatoire et récursoire en droit administratif*, Revue Droit administratif, n° 11, Novembre 2012, étude 17.

⁴ Cf. *supra*. L'absence de fondement du recours personnel, p. 464.

de principe (1). En droit public, la subrogation s'est développée progressivement au détriment de l'action récursoire (2).

1. L'affirmation de la primauté du recours subrogatoire en droit privé

La subrogation personnelle, qui a acquis force de principe⁵, trouve une application étendue en droit privé. Elle permet de répartir la charge de la dette entre coresponsables, mais intervient également en présence de garants de l'indemnisation. *A contrario*, le recours personnel semble avoir un rôle plus résiduel, étant principalement mis en œuvre lorsque le recours subrogatoire est empêché.

La subrogation, une application de principe par le juge judiciaire. Le *solvens* est subrogé dans les droits du créancier qu'il a désintéressé dès lors que les trois conditions de l'article 1346 du Code civil sont remplies. Par conséquent, celui qui a acquitté en tout ou partie une dette dont il ne devait pas supporter la charge définitive peut exercer un recours subrogatoire contre le ou les débiteurs définitifs⁶.

Cette action occupe une place importante puisqu'elle est accordée pour tout type de recours en contribution. Elle peut être exercée par les tiers payeurs⁷, tels que les caisses de sécurité sociale⁸, les fonds d'indemnisation⁹ ou encore les assureurs¹⁰. En matière contractuelle, la caution qui se porte garante de l'indemnisation est également subrogée dans les droits qu'avait le créancier contre le débiteur¹¹. De la même façon, le recours entre codébiteurs solidaires peut revêtir une nature subrogatoire¹², la caution solidaire qui a payé le montant du prêt est alors subrogée dans les droits de la banque contre l'emprunteur¹³.

⁵ C. civ, art. 1346.

⁶ Cf. *supra*. La consécration d'un principe général de subrogation légale, p. 344.

⁷ Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, art. 29 et suivants.

⁸ Chr. Mixte, 18 juin 1971, n° 67-14.632. C. sec. soc, art. L 376-1.

⁹ C. ass, art. L 421-3 ; CSP, art. L 1142-15 ; CSP, art. L 1142-17 ; CSP, art. L 3111-9, L 3122-4, L 1221-14 et L 1142-3. CPC, art. 706-11.

¹⁰ C. ass, art. L 121-12.

¹¹ C. civ, art. 2306.

¹² Civ, 2^{ème}, 2 décembre 2010, n° 09-17.196 : « *La cour d'appel a exactement décidé, sans violer l'article 1134 du Code civil, que le fait que la société Clauni ait conclu un accord avec l'administration des douanes aux termes duquel elle s'engageait à payer l'intégralité de la somme due par les codébiteurs solidaires au titre des condamnations prononcées par les arrêts correctionnels, pour les droits et taxes éludés, ne la privait pas du bénéfice de la subrogation légale résultant des dispositions de l'article 1251, 3° du Code civil, auquel elle n'avait pas renoncé* » ; Com, 27 novembre 1978, n° 76-14.520.

¹³ Civ, 1^{ère}, 10 avril 2019, n° 17-17.277.

En outre, de façon constante, il a été admis que le recours entre coobligés d'une *obligation in solidum* est fondé sur la subrogation légale¹⁴. Dans un arrêt de 2018, la Cour de cassation a donc accordé un recours subrogatoire à l'association pour l'emploi des cadres qui avait été condamné *in solidum* avec l'employeur à indemniser des salariés en raison des licenciements sans cause réelle et sérieuse¹⁵. Pareillement, la Cour accorde une action subrogatoire au maître de l'ouvrage condamné à indemniser un voisin sur le fondement du trouble anormal de voisinage résultant des travaux de construction à l'encontre de l'entrepreneur même non fautif¹⁶.

Par conséquent, la subrogation occupe une place prépondérante en matière de contribution à la dette : elle a vocation à répartir la charge de la dette entre les coresponsables du dommage, mais elle permet également le recours *in integrum* du garant de l'indemnisation contre le ou les débiteurs définitifs.

La place du recours personnel en droit privé. La consécration d'un recours personnel en matière de répartition de la charge de la dette est issue de l'impossibilité d'exercer le recours subrogatoire. Ainsi, ce dernier fut accordé en 1977 par la Cour de cassation alors que la victime avait renoncé à son action par le biais d'une transaction, faisant ainsi échec au recours subrogatoire du *solvens*¹⁷. De la même façon, la Cour considéra en 2014 que « *le coauteur condamné à payer l'intégralité de l'indemnité dispose, contre les autres coauteurs, d'une action personnelle qui peut subsister malgré la renonciation au recours de la victime contre ces deniers* »¹⁸ ; la clause de non-recours n'a donc pu avoir d'effet à l'égard du *solvens*, ce dernier exerçant un droit propre.

Se pose la question de savoir si le recours personnel doit être cantonné aux hypothèses où le recours subrogatoire est empêché, ou si ce dernier peut être accordé alors même que la victime n'a pas renoncé à l'action. La formulation employée par la Cour de cassation en 2014 laisse supposer que le recours existait avant la renonciation de la victime puisqu'elle emploie

¹⁴ Civ, 2^{ème}, 1^{er} octobre 1975, n° 74-11.280 ; Civ, 2^{ème}, 11 février 1981, n° 79-16.301 ; Civ, 1^{ère}, 18 septembre 2002, n° 99-20.297.

¹⁵ Com, 30 mai 2018, n° 17-13.848.

¹⁶ Civ, 1^{ère}, 18 septembre 2002, n° 99-20.297 ; Civ, 3^{ème}, 24 septembre 2003, n° 02-12.873 : Le maître de l'ouvrage est subrogé dans les droits des voisins victimes qu'il a indemnisés et peut dès lors recourir contre les constructeurs et leurs assureurs sur le fondement du principe prohibant les troubles anormaux du voisinage.

¹⁷ Civ, 1^{ère}, 7 juin 1977, n° 76-10.143 : « *Le coauteur qui a payé l'intégralité de l'indemnité dispose aussi d'une action personnelle contre son coauteur, qui peut subsister malgré la renonciation de la victime* ».

¹⁸ Civ, 3^{ème}, 11 mars 2014, n° 12-35.334.

le terme « subsister »¹⁹. En outre, le recours personnel a pu être accordé dans des hypothèses où le recours subrogatoire était tout simplement exclu. La Cour considéra alors que « *le tiers qui, sans y être tenu, a payé la dette d'autrui de ses propres deniers, a, bien que non subrogé aux droits du créancier, un recours contre le débiteur* »²⁰. Étant entendu que celui qui s'est acquitté de la dette d'autrui, en l'absence d'action subrogatoire, doit démontrer que « *la cause dont procédait ce paiement impliquait, pour le débiteur, l'obligation de lui rembourser la somme ainsi versée* »²¹.

Loin d'intervenir uniquement à titre subsidiaire, le recours personnel peut être accordé en présence d'un recours subrogatoire, ou s'imposer comme le seul recours envisageable. Ainsi, les personnes responsables de plein droit en application des articles 1792 et suivants du Code civil²², bien qu'elles ne soient pas subrogées après paiement dans le bénéfice de cette action réservée au maître de l'ouvrage et aux propriétaires successifs de l'ouvrage, « *peuvent agir en garantie ou à titre récursoire contre les autres responsables tenus avec elles au même titre* », mais uniquement « *sur le fondement de la responsabilité de droit commun applicable dans leurs rapports* »²³. De la même façon, « *le gardien d'un animal condamné à ce titre à réparer les dommages causés à un tiers ne peut exercer de recours contre un conducteur d'un véhicule terrestre à moteur impliqué dans le même accident que sur le fondement [des articles 1382 et 1385 du code civil]* »²⁴. En outre, la caution dispose, en plus d'un recours subrogatoire, d'un recours personnel à l'encontre du débiteur principal²⁵, tout comme le codébiteur solidaire peut exercer une action sur le fondement de l'article 1317 du Code civil.

¹⁹ L'arrêt n'a cependant pas été publié. Il est alors possible d'envisager soit l'existence, au côté de la subrogation, d'un recours personnel dont l'invocation a été rendue nécessaire dans les hypothèses où la subrogation ne permettait pas le remboursement des sommes versées, soit de lui attribuer un rôle subsidiaire.

²⁰ Civ, 1^{ère}, 15 mai 1990, n° 88-17.572.

²¹ Civ, 1^{ère}, 9 février 2012, n° 10-28.475.

²² C. civ, art. 1792 : « *Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination. Une telle responsabilité n'a point lieu si le constructeur prouve que les dommages proviennent d'une cause étrangère* ».

²³ Civ, 3^{ème}, 8 juin 2011, n° 09-69.894 ; Civ, 3^{ème}, 24 avril 2003, n° 01-18.017. Voir également : Civ, 3^{ème}, 22 juin 2005, n° 03-20.068.

²⁴ Civ, 2^{ème}, 13 juillet 2000, n° 98-21.530.

²⁵ C. civ, art. 2305.

Un recours personnel peut donc être accordé au *solvens*, même si ce dernier occupe une place plus restreinte que l'action subrogatoire, étant par exemple totalement exclu en présence de tiers payeurs²⁶.

2. La place grandissante du recours subrogatoire en droit public

À l'origine, l'action récursoire occupait une place privilégiée en droit public, conduisant à considérer une certaine primauté de celui-ci par rapport au recours subrogatoire²⁷. Il occupe dorénavant une place bien plus résiduelle.

Le large champ d'application de l'action récursoire. L'action récursoire est accordée dans les rapports entre personnes publiques, mais également dans les rapports entre personnes publiques et personnes privées dans la mesure où la personne publique peut intervenir comme garante de l'indemnisation ou coresponsable du dommage²⁸. Ainsi, une action récursoire est accordée en matière de collaboration entre personnes publiques dans le cadre de missions de services publics²⁹, par exemple pour les services de secours³⁰. L'action en contribution entre

²⁶ Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, art. 30.

²⁷ A. Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019, pp. 457 et suivantes.

²⁸ CE, 2 juillet 2010, *Madranges*, n° 323890 : « *Lorsqu'un dommage trouve sa cause dans plusieurs fautes qui, commises par des personnes différentes ayant agi de façon indépendante, portaient chacune en elle normalement ce dommage au moment où elles se sont produites, la victime peut rechercher la réparation de son préjudice en demandant la condamnation de l'une de ces personnes ou de celles-ci conjointement, sans préjudice des actions récursoires que les coauteurs du dommage pourraient former entre eux* ».

²⁹ CE, 24 octobre 2005, n° 268548 : à la suite d'un éboulement de roches sur une route nationale, le préfet des Alpes-Maritimes a demandé à la Société nationale des chemins de fer français d'assurer la sécurité et l'approvisionnement des habitants de plusieurs communes. Les dépenses engagées par le préfet au nom de l'État doivent alors être remboursées à la Société nationale par les communes qui ont bénéficié des secours. Ces dernières sont obligées au tout envers la société, et peuvent ensuite contester le bien-fondé des mesures prises par le préfet et se retourner contre l'État pour lui demander réparation du préjudice que leur aurait causé l'engagement de ces opérations. Voir également : CAA Lyon, 28 novembre 1991, n° 90LY00089 ; CE, 24 avril 2012, n° 342104.

³⁰ CE, 18 février 2010, *Consorts Aujollet*, n° 318891 : « *Eu égard à la collaboration étroite que ces dispositions organisent entre le SAMU, les services mobiles d'urgence et de réanimation (S.M.U.R) et les services d'accueil et de traitement des urgences, la victime d'une faute commise à l'occasion du transfert d'un patient d'un établissement de santé vers un autre peut, lorsque les services impliqués dépendent d'établissements de santé différents, rechercher la responsabilité de l'un seulement de ces établissements ou leur responsabilité solidaire, sans préjudice des appels en garantie que peuvent former l'un contre l'autre les établissements ayant participé à la prise en charge du patient* ». CE, 4 juillet 1980, *Chevrier*, n° 07353 : à la suite d'un accident causé par un autocar effectuant le transport des élèves, la responsabilité de la commune peut être engagée, car le maire n'a pas fait usage de ces pouvoirs de police pour édicter plus tôt des mesures de sécurité, quel que soit, par ailleurs, la responsabilité du syndicat intercommunal pour les transports scolaires. CAA Bordeaux, 18 juin 2002, n° 98BX01728 : condamnation solidaire de la commune et du service département d'incendie et de secours.

deux personnes publiques est également récursoire lorsque le dommage résulte de la réalisation de travaux publics et qu'il est subi par une personne tierce à ces travaux³¹.

De façon plus large, la collaboration entre une personne publique et un entrepreneur ouvre droit à une action récursoire dans la mesure où la victime peut agir contre le maître de l'ouvrage, contre l'entrepreneur ou contre les deux solidairement³². Dans les rapports entre l'administration et ses agents³³, l'action personnelle est largement admise puisqu'elle est accordée en présence d'un cumul de fautes³⁴ ou de responsabilités³⁵, ainsi que de fautes non dépourvues de tout lien avec le service³⁶. L'action est alors fondée sur un droit propre³⁷ en raison d'une faute personnelle imputable à l'agent, ou sur une faute de service imputable à l'administration³⁸. En matière de substitution de l'État pour les dommages causés par un de

³¹ A. Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019, n° 542, p. 459. CE, 26 février 2001, *Compagnie d'assurances Winterthur*, n° 196759 : « En cas de dommage accidentel causé à des tiers par un ouvrage public, la victime peut en demander réparation, même en l'absence de faute, aussi bien au maître de l'ouvrage, au maître de l'ouvrage délégué, à l'entrepreneur ou au maître d'œuvre » ; « en cas de condamnation de l'une ou l'autre de ces personnes intervenue à la demande d'un tiers, la ou les personnes condamnées qui entendraient mettre en cause la responsabilité de l'une ou l'autre de celles ayant concouru à la réalisation de l'ouvrage public puissent utilement se prévaloir, dans leurs rapports réciproques, d'un régime de responsabilité sans faute ».

³² CE, 30 juin 1999, *Cne de Voreppe*, n° 163435 ; CE, 26 mai 1989, *Ville de Carcassonne*, n° 63479.

³³ CE, 28 juillet 1951, *Laruelle*, n° 01074 ; CE, 28 juillet 1951, *Delville*, n° 04032. CE, 22 décembre 1967, *Ministre des Armées c/Sieur Schladenhauffen et autres*, Rec. p. 522.

³⁴ CE, 12 avril 2002, *Papon*, n° 238689.

³⁵ CE, 26 juillet 1918, *Époux Lemonnier*, n° 49595 55240.

³⁶ CE, 18 novembre 1949, *Demoiselle Mimeur*, Rec. p. 492.

³⁷ CE, 24 juillet 2009, n° 308596 : « La victime non fautive d'un préjudice causé par l'agent d'une administration peut, dès lors que le comportement de cet agent n'est pas dépourvu de tout lien avec le service, demander au juge administratif de condamner cette administration à réparer intégralement ce préjudice, quand bien même une faute personnelle commise par l'agent devrait être regardée comme détachable du service ; que cette dernière circonstance permet seulement à l'administration condamnée à assumer les conséquences de cette faute personnelle, d'engager une action récursoire à l'encontre de son agent » ; CE, 17 décembre 1999, *Moine*, n° 199598 : « Les circonstances dans lesquelles est intervenu le décès de M. Y..., tué par un tir à balles réelles pratiqué sur lui par M. X... en dehors de tout exercice organisé par l'autorité supérieure, la faute qu'a commise le lieutenant X... a été de nature à engager envers l'État sa responsabilité pécuniaire ; que la circonstance que M. X... a, du fait de tels agissements, été radié des cadres de l'armée active par mesure disciplinaire "pour faute grave dans le service" ne faisait pas obstacle à la possibilité qu'avait le ministre de la Défense d'engager une action récursoire à l'encontre de cet agent en se fondant sur le fait que la faute commise, bien qu'étant intervenue dans le service, avait le caractère d'une faute personnelle détachable de l'exercice par l'intéressé de ses fonctions ».

³⁸ CE sect, 7 novembre 1952, *Compagnie l'Urbaine et la Seine*, Rec. p. 498 ; CE, 15 mars 1967, *Compagnie d'assurance « La Lutèce » c/Ville de Lyon*, Rec. p. 927 : « l'assureur des conjoints P.. mettant en cause devant la juridiction administrative la responsabilité de la ville, qui ne les aurait pas mis n demeure de se conformer à la réglementation en vigueur, exerce une action récursoire et non une action subrogatoire pour le compte de la victime » ; CE, 8 décembre 1965, *Société des Établissements Guillaumet*, Rec. p. 667 : « la cour n'a prononcé aucune condamnation solidaire d'Électricité de France [...], que dans ces conditions, les Établissements Guillaumet ne sont pas fondés à soutenir qu'ils ont acquitté une dette à laquelle Électricité de France aurait été tenu solidairement avec eux, que, dès lors, l'action qu'ils dirigent contre Électricité de France ne saurait avoir le caractère d'une action subrogatoire par laquelle, se substituant aux victimes de l'accident, ils feraient valoir les droits qui auraient pu appartenir à celui-ci ; Que les Etablissements Guillaumet pourraient seulement

ses agents, l'action récursoire peut être directement prévue par un texte, par exemple en ce qui concerne les membres de l'enseignement public³⁹.

Une personne privée peut également exercer une action récursoire contre une personne publique lorsqu'elles sont coauteurs d'un même dommage. Ainsi, à la suite du décès d'un pensionnaire d'une maison de retraite causé par un autre pensionnaire, la fille du second, lui-même décédé, a dû indemniser les ayants droit de la victime. Le Conseil d'État lui a alors accordé une action récursoire contre la maison de retraite en raison de fautes dans l'organisation du service public⁴⁰. Une telle action s'observe également en matière de concession de service public puisqu'un concédant peut exercer une action contre le concessionnaire s'il a commis une faute⁴¹. L'action récursoire a donc été accordée largement en droit public.

Le domaine plus étendu en pratique du recours subrogatoire. Le recours subrogatoire était à l'origine perçu comme résiduel et concernait principalement le recours des caisses de sécurités sociales, des assureurs ou des tiers payeurs⁴². Il occupe toutefois un domaine bien plus vaste en pratique. Ainsi, l'État dispose d'un recours subrogatoire lorsqu'il répare les dommages causés à ses agents par un tiers⁴³, ou lorsque la faute est commise par l'un de ses agents.

intenter, en leur nom propre, une action récursoire contre Electricité de France, en alléguant que le dommage résultant pour eux de la condamnation prononcée par la Cour d'appel a pour cause un fait imputable à cet établissement public ».

³⁹ Loi, 5 avril 1937, *Modifiant les règles de la preuve en ce qui concerne la responsabilité des instituteurs et le dernier alinéa de l'article 1384 du Code civil relatif à la substitution de la responsabilité de l'État à celle des membres de l'enseignement public*, art. 2 ; CE, 12 décembre 2008, *Ministre de l'Éducation nationale c/Hammann*, n° 296982 : « La responsabilité de l'État est engagée, en vertu des dispositions de l'article L. 911-4 du Code de l'éducation, à raison de faits dommageables commis par un instituteur dans l'exercice de ses fonctions ; qu'il incombe à l'État de réparer le préjudice subi par les victimes du fait des agissements de M. A, alors même que la constatation de ce préjudice et son évaluation ne résultaient pas d'une décision juridictionnelle ; qu'il suit de là que l'État était en droit d'engager à l'encontre de l'enseignant une action récursoire à la condition que les faits dommageables fussent imputables à une faute personnelle détachable du service » ; CE, 13 juillet 2007, n° 297390. Dans le même sens la responsabilité de l'État du fait de ses juges : Loi, n° 79-43, 18 janvier 1979, *organique modifiant l'ord. 581270 du 22-12-1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*.

⁴⁰ CE, 12 juin 2006, *Mme Goetz*, n° 228841.

⁴¹ CE, 24 juillet 1981, n° 06482 et 06517 : une action est engagée par un syndicat intercommunal concessionnaire d'un barrage en raison de la destruction du mur de soutènement causée par l'effondrement de l'assise du mur par les eaux du cours d'eau domanial. Le syndicat intercommunal se retourne contre l'État, car celui-ci avait manqué à son obligation de procéder au curage du lit du cours d'eau.

⁴² F. Roques, *L'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité*, AJDA. 1991, p. 75.

⁴³ Loi, n° 59-76, 7 janvier 1959, *Relative aux actions en réparation civile de l'État et de certaines autres personnes publiques*. C. gén. fonct. Publ, art. L 825-3 : « À l'exception de l'action appartenant à la personne publique lorsqu'elle est tenue de réparer le préjudice éprouvé par un fonctionnaire dans les conditions fixées par le présent code, l'action subrogatoire prévue à l'article L. 825-1 est exclusive de toute autre action de la personne publique contre le tiers responsable du dommage ou son assureur ».

Au départ, la subrogation permettait uniquement d'éviter une double indemnisation de la victime⁴⁴. Un véritable recours a par la suite été octroyé par le juge⁴⁵ qui reconnaît la nature subrogatoire de l'action de l'agent contre l'administration coauteur du dommage⁴⁶. En outre, l'application d'un tel mécanisme a connu une expansion considérable à travers la subrogation juridictionnelle⁴⁷, qui peut s'appliquer à toutes les actions entre une personne privée et une personne publique coauteur⁴⁸. Ainsi, lorsque la responsabilité de l'Administration est engagée pour refus de concours de la force publique à l'exécution d'une décision de justice qui ordonnerait l'expulsion de locataires ou d'occupants sans titre, une subrogation dans les droits de la victime contre le responsable lui est accordée⁴⁹.

Le large champ d'application du recours personnel n'en fait donc pas pour autant le recours privilégié des recours en contribution. Le domaine d'application des deux recours n'est d'ailleurs pas clairement défini, ce qui suppose que dans des situations similaires un recours subrogatoire ou une action récursoire peuvent être accordés. En pratique, la subrogation occupe aujourd'hui une place importante en droit public, puisqu'elle est privilégiée en présence de coauteur d'un dommage⁵⁰, qu'elle peut être accordée par le juge⁵¹, et qu'elle est le seul recours autorisé en présence de tiers payeurs⁵². Malgré cette faveur, la

⁴⁴ CE, 26 juillet 1918, *Époux Lemonnier*, n° 49595 et n° 55240, Rec. p. 761, concl. Blum.

⁴⁵ CE, 18 novembre 1949, *Demoiselle Mimeur*, Rec. p. 492.

⁴⁶ CE, 31 décembre 2008, *Société Foncière Ariane*, n° 346018 ; CE, 9 novembre 2015, *Mutuelle Assurance des Instituteurs de France (MAIF) et autres*, n° 342468 CE, 8 décembre 1965, *Société des Établissements Guillaumet*, Rec. p. 667 ; CE, 20 décembre 1950, *Compagnie d'assurances l'Urbaine et la Seine*, Rec. p. 628 ;

⁴⁷ L'indemnisation par l'État peut être conditionnée à sa subrogation « dans les droits qui peuvent être nés au profit de l'intéressée, à l'encontre [du responsable], en raison de cet accident » : CE, 18 novembre 1949, n° 91864.

⁴⁸ CE, 9 novembre 2015, *Mutuelle Assurance des Instituteurs de France (MAIF) et autres*, n° 342468 ; CE, 31 décembre 2008, *Société Foncière Ariane*, n° 346018. La subrogation intervient aussi en cas de condamnation de l'État à indemniser un collaborateur occasionnel du service public : CE 13 janvier 1993, n° 63044 66929. Elle intervient également lorsque la Commune est condamnée en raison d'une noyade accidentelle lors d'une sortie organisée par le service jeunesse. La subrogation dans les droits des requérants permet alors à celle-ci d'agir contre les accompagnants : CE, 22 juillet 2011, n° 335655. A. Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019, n° 560, p. 475.

⁴⁹ CE, 19 février 1986, n° 51157.

⁵⁰ Cf. *supra*. La notion de coauteur, critère jurisprudentiel de droit public, p. 496 ; CE, 31 décembre 2008, *Société Foncière Ariane*, n° 294078 ; CAA Paris, 18 avril 1989, n° 89PA00399 ; CE, 25 novembre 1955, *Dame veuve Paumier*, Rec. p. 564 ; A. Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019, n° 553, p. 470 ; CE, 23 mai 2011, n° 341414 ; CE, 9 novembre 2015, *Mutuelle assurance des instituteurs de France (MAIF) et autres*, n° 359548.

⁵¹ Subrogation juridictionnelle.

⁵² Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, art. 30.

répartition entre le recours subrogatoire et personnel ne se fait pas de façon totalement identique dans les deux corpus juridiques, ce qui nuit à la transversalité de la subrogation.

B. L'articulation entre le recours subrogatoire et le recours personnel

Malgré une primauté accordée au recours subrogatoire, la complémentarité du régime des deux recours conduit majoritairement les auteurs à opter pour le maintien d'une pluralité de recours en contribution (1).

Il peut alors être envisagé qu'ils soient exclusifs l'un de l'autre, ou encore qu'un choix d'opportunité soit offert aux *solvens* quant à la nature du recours mis en œuvre. La cohabitation pourrait en outre aboutir à considérer un recours comme subsidiaire par rapport à l'autre, ou à l'inverse permettre d'en cumuler les avantages. Il est toutefois difficile d'opter pour une de ses solutions dans la mesure où aucun critère de répartition ne permet de définir par avance la nature de chaque recours accordé. Un manque d'harmonisation se fait alors sentir entre les deux ordres juridiques, et la subrogation est victime des incertitudes anciennes et persistantes quant au choix du recours (2).

1. Le maintien d'une pluralité de recours en contribution

L'action subrogatoire et l'action personnelle permettent toutes deux au *solvens* d'obtenir le remboursement des sommes engagées auprès du débiteur définitif. Il faut alors envisager l'articulation entre ces actions. Le recours subrogatoire a pu apparaître comme étant plus adapté pour exercer l'action en contribution. Néanmoins, l'aspect complémentaire du recours personnel acte en faveur de son maintien malgré les difficultés rencontrées pour établir son fondement juridique.

Le recours subrogatoire, un recours plus adapté à l'action en contribution. L'octroi d'un recours subrogatoire a pour avantage de permettre une meilleure protection de la victime, tout en évitant sa double indemnisation⁵³. Il est donc strictement limité à la hauteur du paiement effectué auprès de cette dernière. Ainsi, l'équilibre patrimonial est maintenu pour chaque intervenant de l'indemnisation. En effet, la victime ne peut obtenir une indemnisation supérieure au dommage qu'elle a subi. Elle peut toutefois être avantagée en présence de tiers

⁵³ M. Sousse, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, Thèse, LGDJ, 1994, p. 165.

payeurs puisqu'elle bénéficie d'un droit de préférence venant minimiser l'impact de sa faute personnelle sur son droit à réparation.

Le recours subrogatoire s'inscrit alors parfaitement dans la volonté de garantir en priorité l'indemnisation de la victime, objectif qui ressortait déjà de la mise en place d'une obligation *in solidum*⁵⁴. Le *solvens*, quant à lui, obtient une chance de récupérer les sommes engagées, sans pouvoir en obtenir davantage. Agissant dans les droits de la victime, il peut par exemple se fonder sur le régime de la responsabilité sans faute⁵⁵, ou encore pour faute présumée⁵⁶, lorsque le subrogeant pouvait en bénéficier. Par ailleurs, l'octroi d'un tel recours n'expose pas le débiteur définitif à une aggravation de sa dette, celui-ci restant tenu envers le *solvens* de la même façon qu'il était tenu envers le créancier originaire.

Dès lors, la subrogation permet de rétablir l'équilibre rompu par l'octroi de facilités ou de garanties d'indemnisation à la victime⁵⁷. Il peut d'ailleurs se révéler être le seul recours permettant de récupérer les sommes engagées. Prenons l'exemple du maître de l'ouvrage qui agit contre les constructeurs en raison de trouble anormal de voisinage après avoir indemnisé la victime. La responsabilité de l'entrepreneur principal vis-à-vis du maître de l'ouvrage est de nature contractuelle. Or lorsqu'aucun manquement à une obligation contractuelle n'a eu lieu, le recours personnel n'est pas adapté. En revanche, l'action subrogatoire offre un recours au maître de l'ouvrage n'agissant plus en vertu d'un droit propre, mais dans les droits et actions des victimes des troubles anormaux⁵⁸. Le recours subrogatoire se révèle donc être un recours en contribution plus adapté en l'absence de faute⁵⁹.

L'action personnelle est particulièrement inadaptée lorsque la cause juridique du versement de l'indemnité n'est pas le fait dommageable, mais la loi qui ordonne par exemple

⁵⁴ P. Canin, *Les actions récursoires entre coresponsables*, Thèse, Litec, Paris, 1996, p. 1. H. Belrhali, *Les coauteurs en droit administratif*, LGDJ, 2003. A. Hacène, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019.

⁵⁵ CE, 30 avril 2003, n° 212113 : une patiente admise à la demande de sa famille en hospitalisation volontaire au centre hospitalier spécialisé Esquirol a provoqué un incendie dans les locaux de la société Cablim lors d'une sortie d'essai de 48 heures. Le Conseil d'État a considéré que son assureur, après avoir indemnisé la société, peut rechercher la responsabilité du centre hospitalier sur le fondement du risque spécial créé par la sortie d'essai que cet établissement avait accordé à la patiente et donc sur la responsabilité sans faute du centre.

⁵⁶ CE 31 juillet 1996, n° 129158.

⁵⁷ Elle apparaît donc comme plus adaptée en matière de garantie sociale : M. Sousse, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, Thèse, LGDJ, 1994, p. 165 ; recours privilégié pour les tiers payeurs : Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, art. 30.

⁵⁸ Civ, 3^{ème}, 24 septembre 2003, n° 02-12.873.

⁵⁹ Civ, 3^{ème}, 21 juillet 1999, n° 96-22.735.

à un fonds d'indemniser une catégorie de victimes⁶⁰. En effet, cela ne permet pas d'établir un préjudice propre ouvrant droit à une action personnelle. Le cumul a alors pu être considéré comme uniquement limité aux hypothèses où « *le bénéficiaire de la subrogation agit en une autre qualité que celle justifiant cette subrogation et peut à ce titre justifier de préjudices propres* ». Ainsi, « *en dehors de ces cas et en principe, lorsqu'elle existe, la subrogation issue d'un texte [exclurait] l'action propre* »⁶¹.

En outre, l'absence de fondement unitaire de l'action personnelle fragilise son emploi, puisque le recours à la notion de responsabilité est difficilement conciliable avec l'assimilation faite au simple remboursement des sommes engagées. La primauté d'application de la subrogation tant en droit privé qu'en droit public témoigne d'ailleurs d'une plus grande conformité de ce recours avec la phase de contribution à la dette.

Le maintien de l'admission d'une action personnelle. Les auteurs, de façon générale, ne semblent pas opter pour une exclusion totale du recours personnel⁶². Ce dernier présente en effet des avantages puisqu'il permet le concours du *solvens* avec la victime et fait échec au transfert des accessoires de la créance. Il permet alors de contourner les difficultés liées par exemple à une transaction entre la victime et le débiteur définitif faisant échec en tout ou partie au remboursement des sommes engagées par le *solvens*⁶³. *A contrario*, le recours subrogatoire perd de sa force lorsqu'il n'est pas assorti d'accessoires permettant de renforcer la valeur de la créance et de faciliter son recouvrement⁶⁴. Ainsi, il a pu être envisagé de laisser un choix au *solvens* sur la nature du recours mis en œuvre⁶⁵.

⁶⁰ J. Knetsch, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation: Analyse en droits français et allemand*, thèse, Université Panthéon-Assas Paris II, 2011, p. 387.

⁶¹ A. Courrèges, *Action récursoire et action subrogatoire*, RFDA. 2009, p 311.

⁶² M. Ranouil, *Les recours entre coobligés*, Thèse, IRJS éditions, Paris, 2014, n° 514, p. 428 ; A. Hacène, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019 ; S. Buffa, *La distinction du champ d'application des actions subrogatoires et récursoires en droit administratif*, Revue Droit Administratif. n° 11, étude 17, novembre 2012 ; P. Canin, *Les actions récursoires entre coresponsables*, Thèse, Litec, Paris, 1996 ; J. Chevallier, *La technique de l'action récursoire dans le droit de la responsabilité administrative*, La Semaine juridique. 1970, I, n° 2323 ; A. Courrèges, *Action récursoire et action subrogatoire*, RFDA. 2009, p. 311 ; J-M. Favret, *Action subrogatoire ou action récursoire ?* AJDA. 2019, p. 870 ; F. Roques, *L'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité*, AJDA. 1991, p. 75 ; C. Moniolle, *Actions en garantie (actions récursoires et actions subrogatoires)*, Rép.resp. puiss. Publ. 2014.

⁶³ Civ, 3^{ème}, 11 mars 2014, n° 12-35.334. La faute de la victime est également opposable au *solvens* : CE, 26 octobre 1977, n° 95752.

⁶⁴ Tels que c'est le cas en matière délictuelle : M. Ranouil, *Les recours entre coobligés*, Thèse, IRJS éditions, Paris, 2014, n° 514, p. 428.

⁶⁵ J-M. Fernandez, *La subrogation : nature et régime d'une fiction juridique*, Petites affiches. n° 85, 16 juillet 1997, p. 4.

Une solution hybride a également été proposée. Elle repose sur la distinction entre les coobligés et les quasi-coobligés. Alors que les premiers sont ceux tenus à l'obligation au tout, les seconds sont intervenus dans le cadre de la socialisation des risques⁶⁶. L'octroi d'un double recours au coobligé se justifierait par un besoin de protection accru en raison de l'engagement discrétionnaire par le créancier de leur responsabilité pour le paiement intégral de la dette. Les quasi-coobligés, en revanche, ne sont pas tenus au tout, et sont spécialement créés pour supporter le risque d'insolvabilité. Ils ne disposent donc que d'un recours subrogatoire⁶⁷. La solution inverse s'observe toutefois en droit public, puisque le recours personnel est proposé lorsque le *solvens* est tenu de réparer un dommage sans en être responsable⁶⁸.

Il a également été envisagé de justifier le maintien du recours personnel par la prise en compte des relations marquées par les spécificités du droit public⁶⁹. Le raisonnement classique de la responsabilité qu'implique le recours subrogatoire serait alors « *peu adéquat pour permettre au juge d'apprécier le bon fonctionnement du service et le comportement de l'agent par rapport aux obligations du service* »⁷⁰. L'exclusion tient au fait que les relations entre l'agent et l'administration sont régies par des règles qui leur sont propres⁷¹, teintées d'une coloration disciplinaire. Ainsi, lorsque l'administration agit contre son agent, elle le poursuit pour sa faute personnelle et demande réparation d'un préjudice propre qu'elle a subi en indemnisant la victime⁷².

⁶⁶ Tels que les tiers payeurs. M. Ranouil, *Les recours entre coobligés*, Thèse, IRJS éditions, Paris, 2014, n° 18, p. 19.

⁶⁷ Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*.

⁶⁸ S. Buffa, *La distinction du champ d'application des actions subrogatoire et récursoire en droit administratif*, Droit administratif. n° 11, 2012, étude 17 : par exemple, lorsque l'État intervient en tant que garant de l'indemnisation pour les dommages subis à la suite d'atroupements ou encore les réparations des divers fonds d'indemnisation.

⁶⁹ J-M. Favret, *Action subrogatoire ou action récursoire ?*, AJDA. 2019, p. 870 : l'auteur donne comme exemple le contrat liant le maître de l'ouvrage aux constructions, qui est un contrat public faisant obstacle à l'exercice par le maître de l'ouvrage d'une action en responsabilité quasi délictuelle sur le fondement des dommages de travaux publics : CE 29 avril 1987, n° 69391.

⁷⁰ S. Buffa, *La distinction du champ d'application des actions subrogatoire et récursoire en droit administratif*, Droit administratif. n° 11, 2012, étude 17.

⁷¹ A. Courrèges considère alors que dans l'hypothèse où les coauteurs ont été unis par un contrat, « *la responsabilité contractuelle qui en découle absorbe tout le reste, ce qui a conduit à des solutions rigoureuses pour le maître de l'ouvrage public* » : A. Courrèges, *Action récursoire et action subrogatoire*, RFDA. 2009, p. 311.

⁷² S. Buffa, *La distinction du champ d'application des actions subrogatoire et récursoire en droit administratif*, Droit administratif. n° 11, 2012, étude 17.

Pour finir, les deux recours ne sont pas toujours envisagés sur un pied d'égalité. Le recours personnel peut alors être perçu comme intervenant uniquement lorsque le recours subrogatoire n'est pas envisageable. Ainsi, « *du fait de la suppression de la subrogation dans les droits de la victime du conducteur coïmpliqué solvens, ce dernier s'il a payé le tout, n'a plus d'action contre les autres "coauteurs", et il peut donc intenter une action de in rem verso sans se voir opposer la règle de la subsidiarité* »⁷³.

A contrario, les actions peuvent être complémentaires et permettent alors un certain cumul des avantages. L'octroi d'un recours subrogatoire ne ferait alors pas obstacle à l'exercice d'une action personnelle⁷⁴. Le produit principal, qui correspond à l'avance faite sur paiement par le *solvens*, ne peut être cumulé. Toutefois, la solution inverse est avancée concernant le produit dit secondaire qui diffère d'un recours à l'autre. Il s'agit par exemple du transfert des accessoires, des frais récupérables comme les intérêts moratoires ou les frais de procédure. Ainsi, le produit secondaire ne se retrouvant pas dans les deux recours pourrait être cumulé. Il s'agit alors d'un complément d'indemnisation offert par le recours personnel lorsque la subrogation n'aboutit pas à un remboursement intégral des sommes déboursées.

Les propositions sont alors multiples, mais semblent majoritairement opter pour le maintien d'une pluralité de recours en contribution.

2. Un manque d'harmonisation jurisprudentiel

Des incertitudes existent quant à la répartition jurisprudentielle entre le recours subrogatoire et le recours personnel, et les solutions divergent entre les deux ordres juridiques alors même que le recours en contribution s'applique de façon transversale.

L'octroi d'un cumul d'actions par le juge judiciaire. À l'origine, la Cour de cassation n'autorisait pas l'exercice d'une action personnelle à côté du recours subrogatoire⁷⁵. Elle a toutefois modifié sa jurisprudence en permettant un tel recours dès lors que la victime a renoncé à son action⁷⁶. Ainsi, elle l'autorise dans des cas d'espèces où le recours subrogatoire

⁷³ M. Behar-Touchais, *Le fondement des recours contributifs entre conducteurs ou propriétaires de véhicules co-impliqués dans un accident de la circulation, après la loi du 5 juillet 1985*, La semaine Juridique. Édition Générale, n° 23, 8 juin 1988, doct., 3339.

⁷⁴ M. Ranouil, *Les recours entre coobligés*, Thèse, IRJS éditions, Paris, 2014, pp. 127 et suivantes.

⁷⁵ Civ, 2^{ème}, 7 février 1974, n° 71-14.698.

⁷⁶ Principe posé par : Civ, 1^{ère}, 7 juin 1977, n° 76-10.143 et repris ensuite : Civ, 3^{ème}, 11 mars 2014, n° 12-35.334.

se trouve empêché⁷⁷. Elle n'a toutefois pas attribué un caractère subsidiaire au recours personnel dans la mesure où une option a été accordée au maître de l'ouvrage lorsqu'il agit contre ses cocontractants après avoir indemnisé un tiers en raison de troubles anormaux de voisinage. Il dispose alors d'un choix entre l'action subrogatoire sur le terrain extracontractuel, ou l'action personnelle sur le terrain contractuel⁷⁸. Dès lors, le juge judiciaire semble définitivement opter pour un choix de la nature exercée.

L'octroi d'un recours unique par le juge administratif. En droit public, le juge administratif n'aborde pas la question du cumul des recours personnels et subrogatoires, qui ont alors pu être accordés en présence de situations identiques. Ainsi, en matière de recours entre l'État et ses agents, le juge octroie parfois un recours subrogatoire⁷⁹ et parfois une action récursoire⁸⁰. Il ne fait cependant pas référence à un choix offert au *solvens*, mais opte pour un recours unique⁸¹.

Il détermine donc lui-même la nature du recours en contribution. Ainsi « *l'action exercée par la personne publique, en sa qualité de maître de l'ouvrage qui ne peut être regardé comme étant coauteur du dommage, présente le caractère d'une action récursoire destinée à faire valoir un intérêt direct et certain, distinct de celui qui fonde l'action de l'acquéreur de l'ouvrage, et non celui d'une action subrogatoire* »⁸². De façon générale, dès lors qu'un contrat public lie le maître de l'ouvrage aux constructions, il fait obstacle à l'exercice par celui-ci d'une action quasi délictuelle fondée sur des dommages de travaux publics. L'action exercée contre les constructeurs à raison des dommages subis par des tiers à l'occasion de la réalisation des travaux ne peut, « *dès lors qu'elle n'est pas fondée sur l'existence de manœuvres frauduleuses ou dolosives, avoir un fondement étranger aux rapports contractuels de droit public nés de ces contrats* »⁸³. Le maître de l'ouvrage doit ainsi agir sur les fautes contractuelles commises alors même que la victime agit sur un fondement délictuel⁸⁴.

⁷⁷ Civ, 1^{ère}, 15 mai 1990, n° 88-17.572. A. Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019, n° 506, p. 452.

⁷⁸ Civ, 3^{ème}, 21 juillet 1999, n° 96-22.735 ; Civ, 3^{ème}, 2 juin 2015, n° 14-11.149.

⁷⁹ CE, 31 décembre 2008, *Société Foncière Ariane*, n° 346018 ; CE, 9 novembre 2015, *Mutuelle Assurance des Instituteurs de France (MAIF) et autres*, n° 342468.

⁸⁰ CE, 28 juillet 1951, *Laruelle*, n° 01074 ; CE, 28 juillet 1951, *Delville*, n° 04032.

⁸¹ Exception faite des hypothèses légales accordant une action récursoire aux côtés du recours subrogatoire : Cf. *infra*. Le critère légal de répartition favorisant le recours subrogatoire, p. 499.

⁸² CE, 23 mai 2011, n° 341414.

⁸³ CAA Nancy, 27 décembre 2018, n° 17NC02001.

⁸⁴ Il s'agit bien d'une action récursoire, et l'action subrogatoire est considérée comme non recevable. Le juge administratif n'admet donc pas l'exercice d'une action subrogatoire, et seule la responsabilité décennale du

À l'inverse, « lorsque le responsable d'un dommage, condamné par l'autorité judiciaire à en indemniser la victime, saisit la juridiction administrative d'un recours en vue de faire supporter la charge de la réparation par la collectivité publique coauteur de ce dommage, sa demande n'a pas le caractère d'une action récursoire par laquelle il ferait valoir des droits propres à l'encontre de cette collectivité, mais d'une action subrogatoire »⁸⁵. Un arrêt de 2018 sème cependant le doute car la Cour administrative d'appel a eu l'occasion de statuer sur l'octroi d'une action subrogatoire, et sur une action récursoire exercée à titre subsidiaire⁸⁶.

Il ressort de la jurisprudence tant civiliste que publiciste que l'octroi d'un recours personnel à côté du recours subrogatoire ne peut être uniquement cantonné à un rôle subsidiaire, et ne peut en aucun cas conduire à un cumul des avantages des deux recours. En revanche, des incertitudes subsistent quant au critère de répartition employé par le juge et un manque de transversalité fragilise le mécanisme subrogatoire.

Paragraphe 2 : L'uniformisation du critère de répartition des recours en contribution

Il est nécessaire d'établir un critère de détermination de la nature du recours en contribution. Il permettrait d'assurer une meilleure prévisibilité juridique aux justiciables⁸⁷, et de garantir l'égalité entre ces derniers qu'ils agissent devant le juge administratif ou le juge judiciaire. Certains textes législatifs viennent clarifier le recours accordé, et peuvent même aller jusqu'à opérer une harmonisation entre les deux corpus juridiques. En revanche, en dehors de toute disposition législative, c'est le juge qui établit les règles de répartition des recours en contribution.

Une distinction s'observe alors entre le droit privé et le droit public, puisque dans le premier un choix est laissé quant à la nature du recours exercé, alors que dans le second seul un recours unique est accordé dont la nature est déterminée en fonction de la présence ou non

maître de l'ouvrage peut être mise en œuvre. La solution est différente en droit privé dans la mesure où « le maître de l'ouvrage condamné pour avoir réalisé des travaux ayant causé à autrui un trouble anormal de voisinage et contre lequel n'est établi ni immixtion fautive ni acceptation délibérée des risques est subrogé après paiement de l'indemnité, dans les droits de la victime et est bien fondé, avec son assureur, sans avoir à prouver leur faute, pour obtenir leur garantie intégrale » : Civ, 3^{ème}, 2 juin 2015, n° 14-11.149.

⁸⁵ CAA Paris, 18 avril 1989, n° 89PA00399.

⁸⁶ CAA Nancy, 27 décembre 2018, n° 17NC02001 : le juge considère l'action récursoire irrecevable, non pas en raison de la nature de l'action, mais du caractère nouveau des conclusions faites en appel.

⁸⁷ Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971, p. 344.

de coauteurs du dommage. Il convient donc d'étudier successivement la détermination de critères de répartition des recours en contribution (1), et le besoin de transversalité dans le choix du recours (2).

A. La détermination de critères de répartition des recours en contribution

La pluralité de recours en contribution et le besoin d'harmonisation entre les deux corpus juridiques conduisent à s'interroger sur la possibilité d'établir un critère de répartition. C'est principalement en droit public que la question a pu se poser dans la mesure où le juge administratif semble opter pour un recours unique, contrairement au juge judiciaire qui, en l'absence de dispositions contraires, laisse le choix au *solvens* quant à la nature du recours exercé.

En outre, dans certaines hypothèses, c'est la loi qui, palliant toute incertitude, est venue préciser la nature du recours exercé. Cette dernière n'a pas rendu les recours nécessairement exclusifs l'un de l'autre, et laisse parfois le choix au *solvens*.

La suite des développements sera donc axée sur le critère jurisprudentiel de droit public établi autour de la notion de coauteur du dommage (1), et le critère légal de répartition qui favorise principalement le recours subrogatoire (2).

1. La notion de coauteur, critère jurisprudentiel de droit public

Le juge administratif a la maîtrise de la nature du recours accordée⁸⁸. Le choix ne peut toutefois être discrétionnaire en ce qu'il conduirait à un manque d'égalité entre les justiciables et un manque de prévisibilité et de sécurité juridique. Il était alors essentiel de tenter de définir un critère sur lequel s'appuyer pour opter pour l'un ou l'autre des recours en contribution. Deux critères émergent alors : le premier conduit à exclure le recours subrogatoire dès lors que les auteurs du dommage sont des personnes publiques, et le second permet de choisir la nature du recours en s'appuyant sur la notion de coauteur du dommage.

⁸⁸ CE 6 février 1987, *Compagnie nationale Air-France*, n° 36586 : « Considérant que la compagnie nationale Air France a été condamnée par la cour d'appel de Paris à verser une indemnité de 1 119 308,54 F, à la commune de Villeneuve le Roi Val-de-Marne, en réparation des dommages subis par celle-ci à raison du bruit causé par les avions de ladite société aux abords de l'aérodrome d'Orly ; qu'elle s'est acquittée de cette condamnation que la société requérante, qui demande à la juridiction administrative d'ordonner que l'aéroport de Paris lui verse une somme égale à l'indemnité qu'elle a payée, doit être regardée comme subrogée dans les droits de la commune de Villeneuve le Roi vis-à-vis de l'aéroport ».

La qualité des parties. Le premier critère de répartition se rapporte à la qualité des parties. Le juge administratif est parfois amené à condamner solidairement deux personnes publiques⁸⁹, et le recours entre ces dernières est alors nécessairement récursoire⁹⁰. En revanche, celui entre une personne privée et une personne publique peut être de nature subrogatoire. À titre d'exemple, dans un arrêt de 2011⁹¹, le juge administratif a considéré que le recours effectué entre deux personnes publiques, en l'espèce deux centres hospitaliers, avait une nature personnelle. À l'inverse, il octroie un recours subrogatoire lorsqu'il est effectué contre une personne privée : en l'occurrence le médecin libéral.

La première condition à étudier est donc relative à la qualité des parties en cause puisque dès lors qu'il s'agit de deux personnes publiques, la subrogation est écartée au profit de l'action récursoire quand bien même il s'agirait de coauteurs d'un dommage⁹². Ce critère n'est toutefois pas suffisant pour définir la nature de tous les recours en contribution.

La subrogation liée à la notion de coauteur du dommage. Le Conseil d'État dans l'arrêt *Société Foncière Ariane* de 2008 pose le principe selon lequel le recours en contribution est subrogatoire lorsque les parties sont coauteurs du dommage⁹³. En l'espèce, la société foncière Ariane avait été condamnée par le juge judiciaire à indemniser la victime. Elle a ensuite saisi la juridiction administrative en vue de faire supporter la charge de la réparation par la collectivité publique coauteur du dommage. Le juge considère alors que « *sa demande, quel que soit le fondement de sa responsabilité retenu par le juge judiciaire, n'a pas le caractère d'une action récursoire par laquelle [elle] ferait valoir des droits propres à l'encontre de cette collectivité, mais d'une action subrogatoire fondée sur les droits de la victime à l'égard de ladite collectivité* »⁹⁴. A contrario, en l'absence de coauteur, le juge

⁸⁹ CE, 30 mai 1986, n° 39080 ; N. Albert, *Les concours de responsabilités en droit administratif*, Resp. civ. et ass. n° 2, février 2012, dossier 7.

⁹⁰ CE, 9 avril 1993, n° 13863 ; CE, 21 novembre 2001, n° 182791 ; CE, 28 novembre 2011, n° 336635.

⁹¹ CE, 26 juillet 2011, *Centre hospitalier d'Aunay-sur-Odon*, n° 314870 ; voir également CE, 24 avril 2012, *Époux Massioui*, n° 342104 : recours entre un centre hospitalier et l'administration pénitentiaire.

⁹² CE, 21 novembre 2001, n° 182791.

⁹³ Étant précisé qu'elles doivent être de qualités différentes puisque le recours entre deux personnes publiques est récursoire. Cette solution avait déjà été retenue en 1972 : CE 13 octobre 1972, n° 82202, *Caisse régionale de réassurances Mutuelles agricoles de l'Est et Société mutuelle d'assurances « l'auxiliaire »*. Solution reprise par la suite : CE 23 mai 2011, n° 341414

⁹⁴ CE, 31 décembre 2008, *Société Foncière Ariane*, n° 294078. Voir également : CAA Paris, 18 avril 1989, n° 89PA00399. A. Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019, n° 553, p. 470. Dans le même sens : CE, 23 mai 2011, n° 341414 : « *La personne publique condamnée, sur le fondement des dispositions de l'article 1792-1 du Code civil, à indemniser l'acquéreur d'un ouvrage qu'elle a construit ou fait construire des désordres l'affectant peut à son tour rechercher la responsabilité décennale des constructeurs ; que l'action ainsi exercée par la personne publique, en sa qualité de maître de l'ouvrage qui ne peut être*

administratif considère que l'action est récursoire⁹⁵. Il convient donc de se référer à la qualité des parties, et de déterminer à quel titre elles ont participé au dommage⁹⁶. Ainsi, la notion de coauteur permet de déterminer la nature du recours mis en œuvre⁹⁷.

La justification d'une telle attribution semble résider dans le fait que l'action subrogatoire, en permettant l'opposabilité des exceptions, conduit à attribuer à chacun sa part exacte de responsabilité⁹⁸. La délimitation de la notion de coauteur peut toutefois poser des difficultés d'interprétation. Elle a pu s'entendre comme le fait que « *chaque personne soit désignée responsable par le biais d'une imputation d'un fait dommageable* »⁹⁹. Ainsi, la question est de savoir si le débiteur est « *tenu pour d'autres ou avec d'autres, ce qui suppose qu'ils soient coauteurs du même dommage* », condition qui semble satisfaite « *en présence d'un unique dommage ayant plusieurs auteurs dont chacun est tenu d'indemniser la victime* »¹⁰⁰.

L'action exercée entre l'État et son agent serait alors subrogatoire lorsque la personne publique, « *ayant une part de responsabilité dans le dommage subi par un tiers du fait de l'un*

regardé comme étant coauteur du dommage, présente le caractère d'une action récursoire destinée à faire valoir un intérêt direct et certain, distinct de celui qui fonde l'action de l'acquéreur de l'ouvrage, et non celui d'une action subrogatoire ; que cette action doit être exercée dans le délai de garantie décennale ».

⁹⁵ CE, 23 mai 2011, n° 341414 : « *L'action ainsi exercée par la personne publique, en sa qualité de maître de l'ouvrage qui ne peut être regardé comme étant coauteur du dommage, présente le caractère d'une action récursoire destinée à faire valoir un intérêt direct et certain, distinct de celui qui fonde l'action de l'acquéreur de l'ouvrage, et non celui d'une action subrogatoire* ». Il convient de rappeler que le maître de l'ouvrage engage sa responsabilité vis-à-vis des tiers même en l'absence de faute : CAA Nancy, 27 décembre 2018, n° 17NC02001.

⁹⁶ Par conséquent, lorsque la responsabilité de l'administration ainsi que celle d'un tiers peuvent être engagées en ce qu'ils ont concouru à la réalisation d'un même dommage, le tiers qui invoque la faute de l'administration pour obtenir le remboursement d'une partie des sommes versées à la victime exerce une action subrogatoire : CE, 9 novembre 2015, *Mutuelle assurance des instituteurs de France (MAIF) et autres*, n° 359548 : « *En principe, la responsabilité de l'administration peut être engagée à raison de la faute qu'elle a commise, pour autant qu'il en soit résulté un préjudice direct et certain ; que lorsque cette faute et celle d'un tiers ont concouru à la réalisation d'un même dommage, le tiers coauteur qui, comme en l'espèce, a été condamné par le juge judiciaire à indemniser la victime peut se retourner contre l'administration en invoquant la faute de cette dernière, y compris lorsqu'il a commis une faute inexcusable au sens de l'article L. 425-1 du Code de la sécurité sociale* ». Le juge prévoit alors que le recours exercé par la personne privée contre la personne publique « *a le caractère d'une action subrogatoire fondée sur les droits de la victime à l'égard de l'administration* ». Dans le même sens : CE, 26 mars 2018, n° 401376.

⁹⁷ J.-M. Favret, *Action subrogatoire ou action récursoire ?* AJDA. 2019, p. 870 ; S. Buffa, *La distinction du champ d'application des actions subrogatoire et récursoire en droit administratif*, Droit administratif. n° 11, 2012, étude 17.

⁹⁸ A. Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019, n° 553, p. 470 : notamment l'opposabilité des fautes.

⁹⁹ A. Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019, n° 553, p. 469.

¹⁰⁰ A. Courrèges, *Action récursoire et action subrogatoire*, RFDA. 2009, p. 311.

de ses agents, est tenue “avec d’autres” ou “pour d’autres” »¹⁰¹, tel qu’en présence d’une faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service. À l’inverse, l’action récursoire pourrait être utilisée lorsque l’État seul a subi un dommage du fait de l’un de ses agents¹⁰².

Le recours subrogatoire permet alors de confronter les fautes de chacun des auteurs du dommage représentant les parts respectives de responsabilité et d’assurer la répartition définitive de la charge de la dette. Ainsi, dans l’arrêt *Société Foncière Ariane*, « ce qui compte, c’est de savoir si l’État a commis une faute susceptible d’avoir concouru au dommage ayant donné lieu à condamnation par le juge judiciaire et donc si la victime aurait pu en demander réparation directement devant le juge administratif »¹⁰³.

2. Le critère légal de répartition favorisant le recours subrogatoire

Des dispositions légales permettent d’établir avec certitude la nature du recours en contribution. Elles se limitent toutefois à des domaines particuliers et ne s’appliquent pas à tous les recours en contribution.

La clarification légale de la répartition des recours. La loi vient parfois déterminer la nature du recours en contribution, et opte majoritairement pour l’action subrogatoire au détriment de l’action personnelle. Ainsi, en vertu de l’article L 121-12 du Code des assurances, le recours des assureurs est strictement subrogatoire¹⁰⁴. Il peut être mis en œuvre sous toutes ses formes, c’est-à-dire conventionnelle¹⁰⁵ ou légale¹⁰⁶. La Cour de cassation reconnaît d’ailleurs, en plus de la subrogation issue du Code des assurances¹⁰⁷, la possibilité d’agir sur le fondement du droit commun¹⁰⁸.

¹⁰¹ Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971, p. 336.

¹⁰² Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971, p. 336.

¹⁰³ A. Courrèges, *Action récursoire et action subrogatoire*, RFDA. 2009, p. 311.

¹⁰⁴ Loi, 13 juillet 1930, *relative au contrat d’assurance*, art. 36 : *consécration de la subrogation de l’assureur ; C. ass, Art. L 121-12 : « L’assureur qui a payé l’indemnité d’assurance est subrogé, jusqu’à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de l’assuré contre les tiers qui, par leur fait, ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l’assureur ».*

¹⁰⁵ Civ, 1^{ère}, 17 février 1998, n° 95-20.721. La subrogation conventionnelle présente un intérêt non négligeable pour l’assureur lorsqu’une des conditions de la subrogation de l’article L 121-12 du Code des assurances fait défaut : l’assureur qui invoque la subrogation conventionnelle n’est pas tenu d’établir que le règlement de l’indemnité a été fait en exécution de son obligation de garantie : Com, 16 juin 2009, n° 07-16.840.

¹⁰⁶ Civ, 1^{ère}, 27 janvier 2004, n° 01-00.733.

¹⁰⁷ Civ, 5 mars 1945, Dalloz. 1946, p. 1, note Besson : affirme le caractère impératif de la loi de 1930 et dès lors interdit le recours personnel.

¹⁰⁸ Civ, 1^{ère}, 3 mars 1987, n° 85-12.344.

Dans le même sens, l'article L 376-1 du Code de la sécurité sociale précise la nature subrogatoire du recours effectué par les caisses lorsqu'elles indemnisent la victime. L'ordonnance de 1959 consacre également la subrogation de l'État dans les droits de la victime lorsqu'il indemnise son agent¹⁰⁹. De façon générale, l'action des tiers payeurs ne peut être que subrogatoire depuis la loi de 1985¹¹⁰. Une exception est toutefois prévue à l'article 32 accordant à l'employeur une action directe contre le responsable du dommage ou son assureur pour le remboursement des charges patronales.

Lorsque le *solvens* agit à titre de garantie, la subrogation semble donc privilégiée par le législateur¹¹¹. Cette règle n'est pas applicable en droit public lorsque l'État indemnise alors même qu'il n'est pas coauteur du dommage. Dès lors, les hypothèses de substitution de l'État ouvrent droit à une action récursoire¹¹². Cette dernière peut toutefois être accompagnée d'une action subrogatoire, de telle sorte que « *la collectivité publique est subrogée aux droits de la victime pour obtenir des auteurs des faits mentionnés aux IV et V la restitution des sommes versées au fonctionnaire ou aux personnes mentionnées au V. Elle dispose, en outre, aux mêmes fins, d'une action directe, qu'elle peut exercer au besoin par voie de constitution de partie civile devant la juridiction pénale* »¹¹³. Une telle option s'observe également en droit privé en ce qui concerne la caution ou le débiteur solidaire¹¹⁴.

Le recours subrogatoire est donc largement favorisé par les dispositions légales : étant souvent le seul recours accordé, il occupe également une place importante à côté de l'action récursoire.

Une clarification incomplète. Les dispositions permettant de déterminer la nature du recours en contribution ne couvrent pas toutes les hypothèses d'application. Il peut alors être

¹⁰⁹ Ordonnance, n° 59-76, 7 janvier 1959, *relative aux actions en réparation civile de l'État et de certaines autres personnes publiques*, art. 1 : « *Lorsque le décès, l'infirmité ou la maladie d'un agent de l'État est imputable à un tiers, l'État dispose de plein droit contre ce tiers, par subrogation aux droits de la victime ou de ses ayants droit, d'une action en remboursement de toutes les prestations versées ou maintenues à la victime ou à ses ayants droit à la suite du décès, de l'infirmité ou de la maladie* ».

¹¹⁰ Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, art. 30.

¹¹¹ Pour rappel, un tel recours a pour avantage de favoriser la victime par le biais de la priorité qui lui est accordée dans le recouvrement de sa créance. En outre, limiter la subrogation à hauteur du paiement effectué permet de limiter le recours à la simple répartition de la charge de la dette. À l'inverse, le recours personnel pose des difficultés au regard de l'attribution d'un fondement unique, ce qui peut expliquer les réticences à son admission.

¹¹² Loi, 5 avril 1937, *Modifiant les règles de la preuve en ce qui concerne la responsabilité des instituteurs et le dernier alinéa de l'article 1384 du Code civil relatif à la substitution de la responsabilité de l'État à celle des membres de l'enseignement public*, art. 2 ; CE, 12 décembre 2008, *Ministre de l'Éducation nationale c/Hammann*, n° 296982.

¹¹³ Loi, n° 83-634, 13 juillet 1983, *portant droits et obligations des fonctionnaires*, art. 11.

¹¹⁴ C. civ, art. 2305 et 1317.

suggéré qu'en l'absence de disposition légale, le recours subrogatoire, tout comme le recours personnel, peuvent être mis en œuvre par le *solvens*. Ainsi, l'action subrogatoire interdit l'utilisation de l'action récursoire uniquement lorsqu'une disposition législative le prévoit expressément. C'est d'ailleurs la voie que semble emprunter le juge judiciaire depuis l'arrêt de 1977¹¹⁵. Néanmoins, le juge administratif n'est pas aussi clair sur la question. Il octroie par moments un recours personnel, par d'autres un recours subrogatoire pour des hypothèses d'applications identiques, sans pour autant laisser un choix au défendeur¹¹⁶. Il apparaît donc nécessaire de clarifier une telle répartition des recours en fonction d'un critère bien défini.

Un manque de clarté quant à la nature du recours accordé ressort également de certaines dispositions légales. L'article L 1142-21 du Code de la santé publique prévoit une action récursoire de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux contre le professionnel, l'établissement de santé, le service ou l'organisme concerné ou son assureur en cas de faute. Or, la loi de 1985 harmonise le recours mis en œuvre par les tiers payeurs autour de la subrogation¹¹⁷. Une explication pourrait alors résider dans la définition de l'action récursoire en droit privé qui semble majoritairement définir le recours en contribution de façon générale. De la même façon, un manque de clarté se fait sentir à travers l'article 131-24 du Code pénal qui prévoit que l'État est subrogé dans les droits de la victime lorsque le dommage a été causé par un condamné, tout en portant « *l'action récursoire* » devant les tribunaux de l'ordre judiciaire.

Ainsi, bien que le critère légal apporte une certaine harmonisation, pouvant même faire échec au clivage droit public/droit privé¹¹⁸, il ne permet pas de déterminer la nature du recours dans toutes les hypothèses de contribution, et un besoin de transversalité dans la répartition des recours demeure.

B. Le besoin de transversalité dans le choix du recours en contribution

Les tentatives de clarification de l'articulation entre le recours personnel et le recours subrogatoire sont insuffisantes. Le critère de délimitation autour de la notion de coauteur

¹¹⁵ Civ, 1^{ère}, 7 juin 1977, n° 76-10.143.

¹¹⁶ Cf. *supra*. La place grandissante du recours subrogatoire en droit public, p. 485.

¹¹⁷ Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*.

¹¹⁸ Notamment la Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*.

comporte d'ailleurs de nombreuses faiblesses et reste spécifique au droit public. Il convient donc d'écarter ce critère (1) au profit d'une proposition d'harmonisation de la répartition des recours en contribution principalement axée autour d'une application étendue de la subrogation (2).

1. Le rejet de la délimitation de droit public autour de la notion de coauteur

La notion de coauteur a été perçue comme un moyen d'harmoniser l'articulation entre le recours subrogatoire et le recours personnel au stade de la contribution à la dette. Bien qu'en apparence un tel critère soit séduisant, il s'avère en réalité insatisfaisant tant au regard du droit public, qu'au sein de l'ensemble des recours en contribution.

La notion de coauteur, un critère insatisfaisant en droit public. Par principe, si la notion de coauteur du dommage constitue le critère permettant de qualifier l'action de subrogatoire, l'absence de cette qualité devrait conduire à la reconnaissance d'une action personnelle. Toutefois, ce critère ne s'applique pas en présence de personnes publiques, où le Conseil d'État accorde un recours personnel bien que ces dernières soient coauteurs du dommage¹¹⁹. Ainsi, « *lorsqu'un dommage trouve sa cause dans plusieurs fautes qui, commises par des personnes différentes ayant agi de façon indépendante, portaient chacune en elle normalement ce dommage au moment où elles se sont produites, la victime peut rechercher la réparation de son préjudice en demandant la condamnation de l'une de ces personnes ou de celles-ci conjointement, sans préjudice des actions récursoires que les coauteurs du dommage pourraient former entre eux* »¹²⁰. Or, les personnes publiques sont coauteurs du dommage au même titre que le sont une personne privée et une personne publique. Ajouter un critère supplémentaire relatif à la qualité des parties est critiquable puisqu'aucune spécificité du droit public ne le justifie.

¹¹⁹ CE, 9 avril 1993, n° 13863 ; CE, 21 novembre 2001, n° 182791.

¹²⁰ CE, 2 juillet 2010, n° 323890 : en l'espèce, un étudiant de quatrième année de médecine a subi à l'université de Bordeaux II un examen de médecine préventive mettant en évidence des opacités pulmonaires qui auraient dû, associées à la réaction qu'il avait manifestée aux injections de tuberculine, conduire à prescrire des examens complémentaires. Il a ensuite accédé au poste de résident en médecine générale au centre hospitalier universitaire de Bordeaux où il a été déclaré, à l'issue de l'examen obligatoire d'aptitude physique à des fonctions hospitalière, indemne d'une affection tuberculeuse sans qu'aient été pratiqués les examens en violation de l'article R 242-15 du Code du travail applicable au personnel des établissements d'hospitalisation publics. Il lui a par la suite été diagnostiquée une maladie tuberculeuse atteignant l'ensemble du poumon droit. Le Conseil d'État a alors considéré que l'erreur de diagnostic avait privé l'intéressé de la possibilité d'être informé de la maladie dont il était porteur et de la traiter.

En outre, dans un arrêt de 2006, le Conseil d'État qualifia le recours de personnel, alors même qu'il s'agissait d'un partage de responsabilité entre une personne privée et une personne publique. En l'espèce, un pensionnaire d'une maison de retraite agressé par un autre pensionnaire décéda des suites de ses blessures. Dans la mesure où le second pensionnaire était lui-même décédé au moment de la demande d'indemnisation, c'est sa fille qui exerça une action en contribution contre la maison de retraite afin qu'elle soit condamnée à lui rembourser une partie des sommes engagées, puisque les dommages étaient également imputables à une mauvaise organisation du service et à des carences dans la surveillance des pensionnaires. *A priori*, on était bien en présence de coauteurs du dommage, ayant des qualités distinctes, ce qui aurait dû conduire à qualifier le recours de subrogatoire. Cependant, le Conseil d'État considéra que la demande de paiement devait être effectuée « *par la voie d'une action récursoire* »¹²¹.

La détermination de la nature du recours ne répond donc pas à une règle précise en droit administratif, et ces incertitudes peuvent léser le *solvens* se trouvant dans l'impossibilité de déterminer avec certitude la nature du recours qui lui sera octroyé, alors même que le régime juridique applicable dépend de cette qualification.

L'incompatibilité d'une telle répartition avec l'ensemble des recours en contribution. Cantonner le recours subrogatoire à l'existence de coauteurs d'un dommage n'apparaît pas en accord avec la consécration, par la loi de 1985¹²², d'un recours subrogatoire aux tiers payeurs. En effet, ils interviennent en tant que garants de l'indemnisation et ne sont pas responsables du dommage.

Pour pallier une telle contradiction, il a pu être considéré que les organismes garants bénéficient d'un recours particulier. Ainsi, l'action subrogatoire prévue au profit du Fonds de garantie des victimes d'acte de terrorisme et d'autres infractions (FGTI) dans les droits du fonctionnaire¹²³ n'aurait « *de subrogatoire que son nom et ne [viserait] aucunement à répartir les responsabilités, puisque ni le service ni le FGTI ne sont responsables. Bien que qualifié d'action subrogatoire, le recours [présenterait] davantage les traits d'une action récursoire*

¹²¹ CE, 12 juin 2006, n° 228841 : « *Les sommes qu'une personne a été condamnée à verser en application d'une décision de justice exécutoire, même non définitive, présentent, au fur et à mesure de leur paiement effectif, le caractère d'une créance certaine dont cette personne peut demander, par la voie d'une action récursoire, le paiement à un tiers responsable* ».

¹²² Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*.

¹²³ CE, 10 avril 2009, n° 307871, n° 307872 et n° 307920 : fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions.

permettant de répartir le poids de la dette sans tenir compte des responsabilités »¹²⁴. Une telle approche doit néanmoins être écartée dans la mesure où, même lorsque le *solvens* est garant de l'indemnisation, une répartition du poids de la dette doit avoir lieu en fonction des règles de la responsabilité civile ou administrative. Il faut alors rechercher si la responsabilité est engagée de plein droit ou si une faute a été commise, la considération de la faute affectant non seulement le principe du recours, mais déterminant également son étendue¹²⁵. Ainsi, le FGTI pourra obtenir le remboursement intégral des sommes versées auprès du débiteur définitif, puisque le recours d'un responsable non fautif contre un responsable fautif est un recours pour le tout¹²⁶.

En outre, l'ancien article 1251 du Code civil, fondement directement employé par le juge administratif¹²⁷, prévoyait l'octroi de la subrogation à celui étant tenu pour d'autre ou avec d'autre¹²⁸. Par conséquent, il n'a jamais été question de limiter le recours subrogatoire aux coauteurs du dommage, mais bien de l'accorder également aux garants de l'indemnisation, et le nouvel article 1346 du Code civil ne fait que renforcer cette position¹²⁹.

Exiger la présence de coauteurs du dommage reviendrait alors à imposer une condition supplémentaire au recours subrogatoire en droit public. Or, la subrogation est un mécanisme transversal dont la seule finalité est de répartir la charge définitive de la dette afin de maintenir l'équilibre préétabli. Dès lors, même en l'absence de faute, une répartition doit avoir lieu en fonction des règles de la responsabilité civile ou administrative, cette dernière se faisant par parts viriles¹³⁰. Il faudrait alors entendre par coauteur, toute personne qui engage sa responsabilité, que ce soit au titre d'une responsabilité présumée, de plein droit, ou pour faute. Dès lors, le champ d'application étendu du mécanisme subrogatoire serait maintenu.

¹²⁴ S. Buffa, *La distinction du champ d'application des actions subrogatoire et récursoire en droit administratif*, Droit administratif, n° 11, 2012, étude 17.

¹²⁵ P. Brun, *Responsabilité du fait personnel*, Rép. civ. mai 2015, n° 138.

¹²⁶ P. Brun, *Responsabilité du fait personnel*, Rép. civ. mai 2015, n° 138. À l'inverse, l'auteur fautif ne peut agir contre le responsable non fautif : CE, 30 avr. 2003, *Société Sovico*, n° 183110 ; CE, 28 juillet 1951, *Delville*, n° 04032, Rec. p. 465, ou encore en fonction de la gravité de la faute : Civ. 1^{ère}, 13 février 2001, n° 98-17.957 ; Civ, 2^{ème}, 23 février 1983, n° 80-14.495 ; Civ, 2^{ème}, 10 avril 1991, n° 89-21.158 ; CE, 10 février 1988, *Commune d'Hyères et autres c/Consorts Gennet*, n° 70750 ; CE, 30 avril 2003, *Société Sovico*, n° 183110.

¹²⁷ Cf. *supra*. La subrogation personnelle, issue du droit civil et relayée en droit public, p. 49.

¹²⁸ C. civ, art. 1251, al 3 : « *Au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter* ».

¹²⁹ Cf. *supra*. Un principe général de subrogation personnelle issu de l'article 1346 du Code civil, p. 341.

¹³⁰ Civ, 2^{ème}, 22 février 1989, n° 86-19.484 : « *La cour d'appel, qui a relevé qu'aucune faute ne pouvait être retenue à l'encontre de celui-ci, a à bon droit réparti par moitié entre les deux gardiens la charge des condamnations prononcées au profit de la victime* » ; Soc, 21 mai 1992, n° 89-16.903.

2. Une proposition d'uniformisation

Des avancées relatives à la détermination de la nature du recours en contribution ont déjà été faites, elles se cantonnent cependant à un domaine légal limité ou manquent de cohérence et de transversalité. Toutes ces incertitudes nuisent à la détermination du régime de la subrogation et sont un frein à son application uniforme.

La pertinence du maintien d'une distinction entre le droit privé et le droit public. La dualité juridique impose que certaines distinctions soient maintenues dans la mesure où elles sont justifiées au regard de considérations telles que le fonctionnement interne du service ou l'intérêt général. Ainsi, le juge administratif jouit d'une autonomie et peut par exemple réévaluer le préjudice à la lumière du droit public¹³¹. Les décisions judiciaires n'ont donc pas autorité de la chose jugée à l'égard de l'État¹³².

En revanche, l'application du mécanisme subrogatoire suppose une certaine harmonisation tant au regard du régime applicable que des règles permettant de déterminer son champ d'application. En effet, la double phase d'indemnisation s'observe autant en droit privé qu'en droit public et les deux recours en contribution ont la même finalité : la répartition de la charge de la dette. En outre, le régime de chaque recours est identique, exception faite des quelques incertitudes juridiques. Pour finir, l'adaptation de la subrogation aux spécificités du droit public n'influence en aucun cas son champ d'application, mais se rapporte principalement à son effet translatif¹³³, et ni l'intérêt général ni la protection des deniers publics ne justifient un choix du recours visiblement aléatoire de la part du juge administratif, ni la distinction opérée. Or, l'emprunt du mécanisme de droit privé doit conduire à des adaptations en droit public uniquement lorsqu'elles sont justifiées par des besoins spécifiques¹³⁴.

L'absence d'uniformité entre les deux corpus juridiques n'est pas uniquement une question théorique dans la mesure où le choix du recours influence directement le régime applicable. Elle conduit à un manque de cohérence, pouvant aboutir à une inégalité de

¹³¹ CE, 11 décembre 1942, *Compagnie d'assurances la foncière*, Dalloz. 1943, p. 51. CE, 22 décembre 1967, *Ministre des armées et compagnie New Hampshire*, Rec. p. 521 ; CE, 7 novembre 1952, *Cie L'Urbaine et la Seine*, Rec. p. 498 ; CE, 16 mars 1962, *Compagnie d'assurance l'urbaine et la seine* Rec. p. 182. Y. Madiot, *La subrogation en droit administratif*, AJDA. 1971, p. 326.

¹³² Dans la mesure où il n'est pas parti à l'instance et où le droit administratif ne peut se voir imposer les règles de la responsabilité civile.

¹³³ Cf. *supra*. Les effets de la présence d'une personne publique, p. 252.

¹³⁴ J. Antippas, *Pour un droit commun de la responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Dalloz, 2021, pp. 22 et suivantes, et pp. 486 et suivantes.

traitement entre les justiciables selon que leur recours est porté devant le juge judiciaire ou le juge administratif, et un manque de prévisibilité pour le requérant.

Une harmonisation peut alors être faite autour de ses conditions de mise en œuvre¹³⁵. Il convient donc de renoncer au critère fondé sur la notion de coauteur et d'opter pour une application globale de la subrogation en matière de recours en contribution. Une telle évolution serait en accord avec l'extension considérable de son champ d'application, consacré par l'article 1346 du Code civil, et la primauté qui lui est accordée vis-à-vis de l'action récursoire. Elle permettrait en outre d'écarter les incertitudes entourant la notion de coauteur¹³⁶, et de poursuivre l'harmonisation déjà opérée entre les deux corpus juridiques par la loi de 1985¹³⁷.

La place du recours personnel. La question est de savoir si le recours personnel conserve une utilité malgré l'application générale de la subrogation. Or, force est de constater que l'emploi privilégié de cette dernière n'est pas dépourvu de lien avec la difficulté rencontrée pour établir le fondement du recours personnel. Il ne pose aucune difficulté dans la mesure où il est attribué en fonction de qualités distinctes¹³⁸ ou encore légalement prévues. En présence d'un contrat, une action personnelle en responsabilité contractuelle peut donc être effectuée à côté du recours subrogatoire¹³⁹. Aussi, la caution dispose d'une action personnelle fondée sur l'article 2305 du Code civil, reposant sur les relations personnelles qui existaient entre elle et le débiteur principal, par exemple sur le crédit par signature octroyé par la caution au débiteur solidaire¹⁴⁰. En revanche, en dehors de ces hypothèses, son maintien est source de

¹³⁵ Pour rappel, celles-ci sont aux nombres de trois : le *solvens* doit avoir payé une dette, ce paiement doit être légitime et il doit avoir pour conséquence de libérer en tout ou partie le débiteur définitif de la dette. Dans ce sens : Hacene, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019, n° 563, p. 476 : généralisation autour du recours subrogatoire fondée sur l'article 1346 du Code civil.

¹³⁶ Cf. *supra*. La notion de coauteur, critère jurisprudentiel de droit public, p. 496.

¹³⁷ Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*.

¹³⁸ CE, 13 juillet 1955, EDF, Rec. p. 438 et suivantes: en l'espèce, Electricité de France pouvait prétendre, en sa qualité d'organisme assureur, « *obtenir du tiers responsable le remboursement des sommes mises à sa charge au titre de la législation sociale* », ainsi que « *au remboursement par le tiers responsable des sommes versées par elle à un autre titre, et notamment, en sa qualité d'employeur à la suite de l'accident* ».

¹³⁹ Civ, 3^{ème}, 22 novembre 2000, n° 99-12.182 : en présence d'une clause précisant que le constructeur sera tenu des dommages aux tiers en présence de trouble de voisinage ; Civ, 3^{ème}, 24 avril 2003, n° 01-18.017 : en cas de faute contractuelle du constructeur.

¹⁴⁰ P. Crocq, *Les recours subrogatoire et personnel de la caution ne sont pas exclusifs l'un de l'autre*, RTD civ. 2009, p 553. Une action subrogatoire fondée sur l'article 1346 du Code civil en raison du paiement d'une dette dont elle ne doit pas supporter la charge définitive lui est également accordée : Civ, 1^{ère}, 20 février 2019 n° 17-27.963 ; Civ, 2^{ème}, 2 décembre 2010, n° 09-17.196 ; Com, 27 novembre 1978, n° 76-14.520.

questionnements. Son exclusion n'est cependant pas envisageable, puisque son application est constante tant en droit privé qu'en droit public.

L'action récursoire¹⁴¹ peut alors être perçue comme subsidiaire¹⁴², puisque son application en droit privé s'observe principalement lorsque le recours subrogatoire se voit empêché¹⁴³, et qu'il occupe un rôle plus résiduel en droit administratif¹⁴⁴. Il n'est toutefois pas satisfaisant d'accorder un recours personnel uniquement dans le but de faire échec aux inconvénients de la subrogation. Il faudrait alors faire une distinction entre le recours des tiers payeurs, créé pour indemniser la victime, et celui des coauteurs d'un dommage. Alors que la loi cantonne les premiers au recours subrogatoire, les seconds peuvent, à titre subsidiaire, bénéficier d'une action personnelle. N'ayant pas pour mission principale d'indemniser la victime, les coauteurs supportent déjà la charge du paiement intégral de la dette au stade de l'obligation. Ils bénéficieraient alors d'une protection supplémentaire au stade de la contribution afin de maximiser leurs chances d'obtenir le remboursement des sommes engagées dont ils ne doivent pas supporter la charge définitive. Il ne s'agirait donc pas d'un cumul de recours, et encore moins d'un cumul de leurs avantages, mais uniquement d'une sécurité supplémentaire par l'octroi d'un recours subsidiaire.

La question du fondement du recours personnel reste cependant une interrogation non négligeable. Ainsi, il peut s'agir de considérer qu'il découle automatiquement du paiement de la dette d'autrui et qu'il a vocation à s'appliquer uniquement lorsqu'aucun autre moyen ne permet au *solvens* d'obtenir le remboursement des sommes engagées. Le fondement ne serait donc pas celui de la responsabilité civile ou administrative, mais porterait sur l'enrichissement que procure le paiement de la dette d'autrui dont aucun autre procédé n'est à même de rétablir l'équilibre préexistant. Il jouirait ainsi d'un fondement nouveau, spécifique à la répartition de la charge de la dette, et teinté de subsidiarité. La faveur resterait accordée à la subrogation qui s'adapte parfaitement au remboursement des sommes engagées par le *solvens*, tout en faisant supporter la charge de la dette sur le débiteur définitif.

¹⁴¹ Également appelé recours personnel en droit privé.

¹⁴² Exception faite des hypothèses de cumuls de qualités.

¹⁴³ Civ, 1^{ère}, 7 juin 1977, n° 76-10.143.

¹⁴⁴ Dans un arrêt de 2018, la Cour d'appel a eu l'occasion de statuer sur l'octroi d'une action subrogatoire, ainsi que sur une action récursoire exercée à titre subsidiaire : CAA Nancy, 27 décembre 2018, n° 17NC02001.

Conclusion du chapitre 2

Les actions en contribution s'observent en droit privé et en droit public. Les termes employés pour désigner les recours peuvent diverger, mais les règles applicables sont identiques. Leur régime est alors clairement établi. Le recours personnel repose sur un droit propre de telle sorte qu'aucune exception issue du rapport initial entre la victime et le débiteur définitif ne peut lui être opposée. La subrogation suppose, quant à elle, un transfert de droit de la victime au *solvens*, ce dernier pouvant se voir opposer toutes les exceptions et bénéficier de tous les avantages attachés à la créance.

L'association du bon régime en fonction de la qualification juridique présente parfois des difficultés en droit public. Ces dernières relèvent uniquement d'erreurs jurisprudentielles qui ne suffisent pas à dissocier les régimes applicables entre les deux corpus juridiques. En revanche, l'existence même d'une subrogation hybride mise en œuvre par le juge administratif pose davantage de difficultés, dans la mesure où aucune règle spécifique ne semble justifier son existence. Elle perd d'ailleurs aujourd'hui de son utilité dès lors que l'on considère le nouvel article 1346 du Code civil transposable en droit public.

Une difficulté supplémentaire s'observe lorsqu'il faut établir le fondement juridique du recours personnel. Bien qu'il semble s'harmoniser autour de la responsabilité civile ou administrative, il n'est pas satisfaisant dans la mesure où il conduit à considérer le paiement effectué par le *solvens* comme un préjudice indemnisable. La pluralité des recours en contribution n'est toutefois pas remise en cause.

Le rôle commun des actions en contribution n'exclut pas l'existence d'une finalité qui leur soit propre. Ainsi, le recours personnel permet de rétablir l'équilibre rompu vis-à-vis du *solvens* en raison du préjudice qu'il a personnellement subi. La répartition de la charge de la dette n'est donc que la conséquence de la réparation du préjudice. La subrogation permet quant à elle de conserver l'équilibre préétabli par les règles de répartition de la charge de la dette, en transférant le droit de créance du créancier originaire au *solvens*.

La subrogation s'est imposée comme le recours privilégié, et a d'ailleurs acquis force de principe en droit privé. À l'origine plus résiduelle en droit public, elle occupe désormais une place importante puisqu'elle est le recours principalement accordé en présence de

coauteurs d'un dommage. Elle peut également s'imposer comme une condition de l'indemnisation lorsqu'elle est consentie par le juge.

Elle jouit d'une faveur légale, puisqu'elle est le seul recours applicable en présence de tiers payeurs¹⁴⁵. En dehors des dispositions légales, le juge judiciaire accorde au *solvens* un recours personnel à côté du recours subrogatoire. *A contrario*, le juge administratif opère un choix entre les deux recours et la délimitation de leur champ d'application est source d'incertitudes. La tentative de fonder ce dernier sur la qualité des parties et la nature de coauteurs du dommage n'est pas satisfaisante, et n'est pas toujours appliquée par le juge.

Il pourrait alors être envisagé d'offrir un recours personnel aux coauteurs du dommage, afin qu'ils bénéficient d'une sécurité supplémentaire dans le recouvrement de leur créance¹⁴⁶. Ce dernier découlerait automatiquement du paiement de la dette d'autrui lorsqu'aucun autre moyen ne permet au *solvens* d'obtenir le remboursement des sommes engagées. Dans la mesure où aucune règle spécifique au droit public ne justifie une application distincte des recours en contribution entre les deux corpus juridiques, il pourrait être envisageable d'opter pour des règles de répartition transversales.

¹⁴⁵ Loi, n° 85-677, 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, art. 30.

¹⁴⁶ À l'inverse, les organismes spécialement conçus pour indemniser la victime ne bénéficient que d'un recours subrogatoire.

Conclusion du titre 2

Au terme de l'analyse du régime des mécanismes subrogatoires, il apparaît que la subrogation réelle et la subrogation personnelle doivent être appréhendées distinctement. L'enjeu était d'établir le régime juridique propre à chaque application, permettant de conserver une certaine uniformité, non plus au regard de la notion générale, mais à travers ses deux formes personnelle et réelle.

La recherche a tout d'abord permis de faire émerger les conditions indispensables à chaque application de la subrogation réelle. Elles s'articulent principalement autour de la notion de remplacement. L'apparition du bien nouveau a pour cause la disparition de l'ancien, et un rapport de provenance existe donc entre les deux biens successifs. Lorsque le transfert de droit n'a pas lieu directement par le biais du remplacement, ce dernier est intervenu en amont lors de la fluctuation juridique. Le bien doit également être individualisé au sein du patrimoine, et représenter une valeur ou une utilité identique à celle du bien d'origine. L'équivalence n'est alors pas une condition de la subrogation réelle, mais une simple modalité. Ces éléments indispensables ne suffisent cependant pas à établir un régime juridique unique.

La subrogation personnelle jouit, quant à elle, d'un socle de conditions irréductibles. Elles matérialisent la subrogation légale de droit commun ainsi transposée dans le nouvel article 1346 du Code civil. Le régime est d'autant plus uniforme qu'il s'applique en droit privé et en droit public, en présence de subrogation conventionnelle et au sein des régimes spéciaux. Ainsi, trois conditions sont indispensables à la mise en œuvre du recours subrogatoire : un paiement doit être effectué par un autre que le débiteur définitif de la dette, il doit être considéré comme légitime et libérer ce dernier envers le créancier originaire. Depuis 2006¹⁴⁷, la priorité accordée au subrogeant devient également une condition indispensable. Elle offre d'ailleurs la possibilité pour la victime d'obtenir une indemnité plus avantageuse que celle qu'elle aurait pu recevoir en l'absence d'organisme garant de l'indemnisation.

¹⁴⁷ Loi, n° 2006-1640, 21 décembre 2006, *de financement de la sécurité sociale pour 2007*.

Le régime spécial de subrogation des tiers payeurs ne s'affranchit pas totalement du régime de droit commun. Il est cependant plus restrictif, et de nombreuses incohérences résultent de la nouvelle assiette du recours subrogatoire. Alors même que ce régime tend à une harmonisation du recours des tiers payeurs, un manque de clarification des postes de préjudice et de leur imputation sur la créance indemnitaire de la victime conduit à des divergences d'application, entre le droit privé et le droit public. Il est également confronté à des règles particulières applicables à certains tiers payeurs, qui, si elles ne sont pas toutes directement en lien avec la subrogation, ont un impact sur sa mise en œuvre.

Des divergences entre le droit privé et le droit public s'observent également en ce qui concerne la place du recours subrogatoire au sein des recours en contribution. Le mécanisme étant transversal, son application devrait être symétrique. Néanmoins, l'existence d'une dualité de recours et l'absence de critère de répartition ont conduit les juges des deux ordres juridiques à établir des champs d'application distincts. Le recours privilégié pour répartir la charge de la dette entre les différents intervenants à l'indemnisation est le recours subrogatoire. Mais, bien que la question des fondements du recours personnel soit délicate, elle n'a pas remis en cause son utilisation. Ainsi, il est accordé à côté du recours subrogatoire par le juge judiciaire, alors que le juge administratif opère un choix entre les deux actions sans pour autant parvenir à fonder la distinction sur un critère satisfaisant.

Dès lors, il peut être envisagé d'accorder le recours personnel uniquement au coauteur du dommage, à titre subsidiaire, afin qu'il bénéficie d'une protection renforcée. Ils ne sont pas, à la différence des tiers payeurs, spécifiquement créés pour indemniser. Reste alors la question de la subrogation juridictionnelle, qui trouve application uniquement en droit public, et qui, si à l'origine était fondée sur la volonté de protéger les deniers publics, ne présente aujourd'hui guère d'utilité.

Il ressort de ce titre que, même à travers la spécificité des règles applicables aux différents mécanismes subrogatoires, une certaine harmonisation est recherchée. Les distinctions opérées entre les deux corpus juridiques sont alors difficilement admissibles lorsqu'elles ne sont pas fondées sur des règles particulières adaptées aux spécificités du droit public.

Conclusion de la partie 2

L'existence de deux composantes de la subrogation impliquait nécessairement une approche scindée du mécanisme. Étudier successivement son emploi et les règles qui lui sont applicables a permis de constater que le régime juridique de ses différentes applications est adapté à leurs terrains d'intervention. Il ne fallait cependant pas en conclure que ces singularités faisaient obstacle à toute forme d'harmonisation.

L'étude du contexte de développement de la subrogation, ainsi que de sa fonction principale de maintien de l'équilibre antérieur était essentielle pour déterminer son utilité pratique. Il est alors possible de faire émerger deux axes majeurs autour desquels elle s'épanouit. Premièrement, la subrogation personnelle s'impose comme un véritable auxiliaire de la garantie. Elle intervient lorsque la victime peut actionner, en tout ou partie, une personne qui n'est pas le débiteur définitif de la dette. Sa fonction régulatrice lui permet également de s'imposer comme un véritable outil économique, quelle que soit son application. Elle assure nécessairement ce rôle dans la mesure où, intervenant à la suite d'une fluctuation juridique, elle vise à maintenir un certain équilibre patrimonial. Elle accompagne les échanges de biens, et se révèle être un mécanisme de refinancement pour les garants de l'indemnisation et les opérateurs financiers.

Cette capacité à s'adapter à son terrain d'intervention fait d'elle un mécanisme très présent sur la scène juridique. Elle est d'ailleurs perçue comme avantageuse pour celui qui peut en bénéficier, et une large place est faite à la volonté de s'en prévaloir. Son rayonnement diverge cependant d'une composante à l'autre : alors que la subrogation personnelle fait aujourd'hui l'objet d'un principe général, la subrogation réelle reste limitativement prévue par les textes, et présente un caractère de subsidiarité. Recoupant des utilités pratiques distinctes, il n'est pas surprenant que chaque composante dispose de son propre domaine d'intervention, et d'un régime juridique qui lui est propre.

La subrogation réelle se prête difficilement à une analyse globale, en raison de la diversité de ses hypothèses d'application. La condition centrale de sa mise en œuvre réside dans le remplacement de bien qui, s'il est parfois une cause de fluctuation, conditionne généralement le transfert de droits. Ce dernier doit alors répondre à des modalités particulières, se rattachant au critère de nouveauté du bien entrant dans le patrimoine, et à son rapport de provenance avec le bien initial.

La subrogation personnelle, quant à elle, est soumise à des conditions irréductibles, s'appliquant en toutes hypothèses. Ces conditions s'articulent autour de la notion de paiement et permettent de le qualifier de subrogatoire. Des divergences perdurent toutefois malgré l'existence d'un socle commun de règles applicables. Ainsi, bien qu'une certaine harmonisation soit recherchée à travers la mise en place d'un régime spécial de subrogation des tiers payeurs, il n'en est pas moins dérogoire de droit commun. Il restreint d'ailleurs son champ d'application et comporte de nombreuses incohérences juridiques.

Plus encore, il existe une distinction dans l'application du recours subrogatoire en droit privé et en droit public. Cette dernière est difficilement justifiable puisque le mécanisme est identique dans les deux corpus juridiques. Seule une forme hybride de subrogation, dite juridictionnelle, semble subsister en droit public sans que cette dernière ne trouve écho en droit privé. Elle n'a d'ailleurs aujourd'hui plus vraiment d'utilité pratique, grâce à l'élaboration d'un principe général de subrogation légale. La distinction résulte donc de l'absence de critère de répartition entre le recours subrogatoire et le recours personnel, qui conduit les juridictions à définir elles-mêmes leur champ d'application. Pour pallier ce manque de prévisibilité juridique, il semble opportun d'opter pour une solution transversale conservant la priorité accordée à la subrogation, et faisant du recours personnel un recours subsidiaire.

Au terme de cette démonstration, il ressort que la subrogation doit être divisée en deux composantes distinctes : la subrogation personnelle et la subrogation réelle. Elles répondent à une utilité particulière, disposent d'un domaine d'intervention propre et sont soumises à de règles juridiques adaptées. Il était donc question de justifier les singularités de chaque forme de subrogation, tout en recherchant une logique unitaire au sein de chacune d'elles. Le mécanisme subrogatoire reste un mécanisme hétérogène dont il ne faut pas négliger les spécificités. Ces spécificités ne remettent cependant pas en cause sa logique d'ensemble.

Conclusion générale

L'étude de la notion de subrogation reposait sur la possibilité de l'appréhender comme un concept juridique à part entière. De l'analyse globale et transversale, émergent alors trois constats : la subrogation est une notion générale, dont chacune des applications comporte des singularités, et qui, en dépit de certaines adaptations, est appliquée de façon transversale en droit privé et en droit public.

Tout d'abord, l'étude a permis d'établir l'existence d'une notion générale de subrogation, qui a été démontrée, grâce à l'émergence de critères communs à toutes ses hypothèses d'application. Partant, la subrogation répond à un objectif de conservation d'un droit, rendu possible par le transfert de ce droit d'un bien sur un autre, d'une masse de biens à une autre, ou d'une personne à une autre. Elle peut donc prendre deux formes distinctes en fonction de son application en droit des biens ou en droit des personnes. Elle intervient toujours en réaction à une fluctuation juridique, c'est-à-dire un événement entraînant un risque de déséquilibre patrimonial. La fluctuation peut soit rendre impossible l'exercice du droit sur le bien d'origine, soit conduire à une modification de la répartition de la charge de la dette entre les différents responsables d'un dommage. La subrogation assure alors une fonction régulatrice, en maintenant l'équilibre juridique antérieur établi par le législateur ou défini par les parties.

Elle se démarque des autres mécanismes de transmission de droits puisque seule la survie du droit est recherchée. Le transfert du droit dépend donc de l'ampleur du paiement effectué, et de l'atteinte portée au droit menacé d'extinction. En présence d'une subrogation personnelle, le transfert porte sur la créance initiale dans l'état où elle se trouve au moment du paiement. Pour la subrogation réelle, c'est le contenu irréductible du droit qui doit être maintenu, c'est-à-dire les prérogatives essentielles qui lui permettent de s'exercer sur le bien nouveau. La modification de la nature du bien ne fait donc pas nécessairement obstacle à sa mise en œuvre. Cette identification de l'objectif de la subrogation, du résultat attendu, de

l'élément déclencheur ainsi que de son effet principal traduit alors l'existence d'une notion juridique à part entière.

Ensuite, prôner l'unité du mécanisme ne signifie pas gommer toute singularité. Ainsi, la subrogation réelle et la subrogation personnelle disposent d'un domaine et d'un régime juridique propres qui se justifient au regard de l'utilité pratique que chacune d'elles recoupe. La multiplication des échanges et l'existence de garanties d'indemnisation font qu'elles évoluent dans un contexte économique favorable à leur développement. Leur champ d'application a d'ailleurs connu une forte extension, et tout particulièrement en ce qui concerne la subrogation personnelle, avec la consécration d'un principe général de droit commun. La subrogation personnelle connaît toutefois un domaine plus restreint en présence de tiers payeurs, où l'harmonisation des règles qui lui sont applicables laisse place à certaines incohérences quant à l'attribution du recours subrogatoire.

L'instauration de règles spécifiques ne fait cependant pas obstacle à toute forme d'uniformisation, dans la mesure où la subrogation personnelle dispose d'un socle de conditions irréductibles. Elle s'applique lorsque le paiement est qualifié de subrogatoire, c'est-à-dire lorsqu'il émane d'un autre que le débiteur définitif de la dette et libère ce dernier envers le créancier initial. En outre, le paiement doit être considéré comme légitime, et une priorité est toujours accordée au subrogeant dans le recouvrement de sa créance. Le législateur a recours à la subrogation lorsque, sans renoncer à faire supporter la charge de la dette sur le débiteur définitif, il introduit un débiteur solvable. La subrogation personnelle permet alors de rétablir les règles de la responsabilité civile et administrative et d'éviter une double indemnisation de la victime.

Les conditions de la subrogation réelle sont en revanche plus difficiles à établir au regard de la diversité de ses hypothèses d'application. Elles s'articulent autour de la notion de remplacement, qui suppose l'existence d'un bien nouveau provenant directement de la disparition d'un ancien bien. Aucune condition d'équivalence n'est requise entre les deux, puisque seules les conditions irréductibles du droit doivent impérativement être maintenues sur le bien de remplacement. Ainsi, malgré l'existence d'éléments communs, il n'existe pas de régime unique de subrogation réelle, car ses conditions sont tributaires de la nature du bien transmis et des règles particulières mises en place par le législateur.

Pour finir, la subrogation est une notion transversale. Issue du droit privé, elle a été transposée par le juge administratif en droit public. Par conséquent, elle assure la même fonction dans les deux ordres juridiques et les mêmes règles lui sont applicables. Les

particularités du droit public peuvent avoir une influence directe sur le mécanisme, mais rares sont celles qui entrent en contradiction avec celui-ci.

En revanche, il existe un manque d'uniformisation dans son application. Le juge administratif a élaboré une forme hybride de subrogation qui ne se retrouve pas en droit privé. Nommée « subrogation juridictionnelle », elle ne présente plus aucune utilité pratique en raison de l'extension du champ d'application de la subrogation légale. Plus encore, des divergences apparaissent quant à la répartition des recours en contribution. Le juge judiciaire opte pour un octroi systématique du recours subrogatoire lorsque ses conditions d'application sont réunies, alors que le juge administratif l'écarte parfois au profit d'un recours personnel. Et pourtant, le fonctionnement de ces recours est identique au sein des deux ordres juridiques.

Une harmonisation serait alors souhaitable en accordant une place privilégiée à la subrogation, qui devrait pouvoir être mise en œuvre, dès lors que le paiement peut être qualifié de subrogatoire. Le recours personnel ne doit toutefois pas être écarté, même si son fondement juridique peine à être établi. Néanmoins, il serait seulement accordé aux coauteurs du dommage, afin de leur apporter une protection supplémentaire.

Il faudrait également remédier à l'existence de solutions distinctes en ce qui concerne l'imputation des prestations indemnitaires versées par les tiers payeurs. Pour tenter de rapprocher les solutions jurisprudentielles, il pourrait être envisagé de créer un référentiel des prestations imputables, ainsi qu'un tableau de concordances avec les préjudices subis. L'existence d'un mécanisme unique suppose en effet son application uniforme. Seules des distinctions ou adaptations fondées sur les règles spécifiques du droit public pourraient subsister.

Au terme de cette étude, il est donc possible de voir, dans la subrogation, une notion générale, d'application transversale, dont les singularités ne remettent pas en cause l'unité conceptuelle.

Bibliographie

I. Ouvrages, manuels et thèses

- N. ALBERT-MORETTI, F. LEDUC, O. SABARD (dir.), *Droit privé et public de la responsabilité extracontractuelle : étude comparée*, LexisNexis, 2017
- D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 1^{ère} édition, Paris, 2003
- M. ALSABAH, *Responsabilité du fait des choses : étude comparative du droit français et du droit Koweïtien*, Thèse, Université Grenoble Alpes, 2020
- J. ANTIPPAS, *Pour un droit commun de la responsabilité civile des personnes privées et publiques*, Dalloz, 2021
- C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français : d'après la méthode de Zachariae*, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, tome 9, 5^{ème} édition, Paris, 1917
- P.-V. BEAUREGARD, *Paiement avec subrogation : ses origines en droit romain, sa nature et ses effets dans le droit français*, Thèse, A. Parent, Paris, 1876
- B. BEIGNIER, S. BEN HADJ YAHIA, *Le contrat d'assurance, contrat institutionnalisé*, issue de Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre, LGDJ, 2019
- H. BELRHALI, *Les coauteurs en droit administratif*, Thèse, LGDJ, 2003
Responsabilité administrative, LGDJ, 2017
- F.-P. BENOIT, *Notions et concepts, instruments de la connaissance juridiques : les leçons de la philosophie du droit de Hegel*, Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser, Presse universitaire de Grenoble, 1995
- M. BILLIAU, *La transmission des créances et des dettes*, LGDJ, Paris, 2002
- C. BRUAND, *Les recours « des tiers payeurs » (loi du 5 juillet 1985)*, Thèse, Université Paris 1, 1993
- P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, 5^{ème} édition, 2018
- M. BUGNET, *Œuvre de Pothier, Videcoq, père et fils : Cosse et N. Delamotte*, t. 9, Paris, 1846

- R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, LexisNexis, 9^{ème} édition, 2017
- P. CANIN, *Les actions récursoires entre coresponsables*, Thèse, Litec, Paris, 1996
- J. CARBONNIER, *Introduction au droit civil*, PUF, 23^{ème} édition, Paris, 1994
- E. CASHIN-RITAINE, *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes*, Thèse, LGDJ, 2001
- P. CASSON, *Les fonds de garantie : Accidents de la circulation et de chasse, infractions pénales, actes de terrorisme et contamination par le VIH*, Thèse, LGDJ, 1999
- CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS, Journée d'études juridiques J. Dabin, *La transmission des obligations (IX^{ème} journées d'études juridiques Jean Dabin)*, Faculté de droit de l'université catholique de Louvain, Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 1980
- F. CHABAS, *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation*, Thèse, LGDJ, 1967
- R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée : les influences réciproques des jurisprudences administratives et judiciaires*, Thèse, LGDJ, Paris, 1957
- F. CHENEDE, *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, Thèse, Economica, 2008
- F. CHENEDE, Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRE, *Les obligations*, Dalloz, 13^{ème} édition, 2022
- L. CLOUZOT, *Recherches sur la substitution en droit administratif français*, Thèse, Université Montpellier I, 2010
- P. COEFFARD, *Garantie des vices cachés et « responsabilité contractuelle de droit commun »*, Thèse, LGDJ, 2005
- COLLECTIF, *Mélange en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 1^{ère} édition, 2019
- G. CORNU, *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, Thèse, La mémoire du droit, 2010
- (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 10^{ème} édition, 2014
- D. COSTA, *Les fictions juridiques en droit administratif*, Thèse, LGDJ, 2000
- J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement en droit privé*, Sirey, Paris, 1935
- P. DELEBACQUE, *Les limites de la subrogation personnelle*, issue de *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, LGDJ, 2019

- C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en générale*, Auguste Durand : Hachette et Cie, t. 3, Paris, 1870
- F. DEREME (dir.), *Patrimoine et œuvre d'art, A. De Meeûs, Chapitre 3 : les donations d'œuvres d'art*, Larcier, Bruxelles, 2016
- P. DE RENUSSON, *Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers : où sont traitées les questions ardues et difficiles de cette matière*, Jérôme Bodin, Paris, 1685
- P. DE RENUSSON, *Traité des propres réels, réputés réels et conventionnels, où sont traitées les notables questions du droit français*, Guillaume David, 4ème édition, Paris, 1733
- R. DRAGO, *L'obligation : « la notion d'obligation : droit public et droit privé »*, Dalloz, 2000
- A. DOBY, *Le recours des administrations publiques contre les tiers responsables d'accidents survenus à leurs agents*, Thèse, Sirey, Paris, 1931
- J.-P. DUBOIS, *La responsabilité administrative*, La découverte, Paris, 1996
- L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, La mémoire du droit, Paris, 1999
- E.-M. FEITU, *De la subrogation au profit de ceux qui sont tenus avec d'autres ou pour d'autres*, Thèse, Typographie de L. Prud'homme, Saint-Brieux, 1863
- J. FLACH, *De la subrogation réelle*, Auguste Durant et Pedone Lauriel, Paris, 1870
- M. FOULETIER, *Recherches sur l'équité en droit public français*, Thèse, LGDJ, 2003
- N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Thèse, Dalloz, Paris, 2003
- A. FRANK, *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, Thèse, l'Harmattan, Paris, 2008
- C. FROGER, *La prescription extinctive des obligations en droit public interne*, Thèse, Dalloz, Paris, 2015
- E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Dalloz, Paris, 2004
- M. GAUTHIER, *Traité de la subrogation de personnes ou du paiement avec subrogation*, Librairie du Conseil d'État, Cotillon, Paris, 1853
- F. GEORGE, X. THUNIS (dir.), *Métamorphoses de la subrogation*, CUP, 2018

- J. GHESTIN (dir.), *Les conditions de la responsabilité : traité de droit civil*, LGDJ, 3^{ème} édition, 2006
- P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, Dalloz, tome 2, 2011
- S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 21^{ème} édition, 2014
- A. HACENE, *La coresponsabilité dans les droits de la responsabilité civile et administrative*, Thèse, Institut de recherche juridique interdisciplinaire François-Rabelais, Orléans, 2019
- N. HAGE-CHAHINE, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, Thèse, Éditions Panthéon-Assas, Paris II, 2017
- A. HAURIOU, *L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé*, Recueil d'études en l'honneur de François Gény, tome 3, Paris, 1934
- A. HENRY, *De la subrogation réelle, conventionnelle et légale*, Thèse, A. Rousseau, Paris, 1913
- C. HERARD, *De la subrogation conventionnelle*, Thèse, Université de Caen, 1872
- E. JEULAND, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, Thèse, LGDJ, Paris, 1999
- G. JEZE, *Théorie générale des contrats de l'administration*, Thèse, LGDJ, 3^{ème} édition, Paris, 1936
- B. JOUFFROY, *Les prérogatives de puissance publique*, Thèse, Université La Rochelle, 2012
- P. JOURDAIN, P. WERY (dir.), *La transmission des obligations en droit français et en droit belge*, Bibliothèque de la faculté de droit et de criminologie de l'université catholique de Louvain, Larcier, 2019
- A.-J.-L. JOURDAN, N. DECRUSY, F.-I. ISAMBERT, A.-H. TAILLANDIER, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789 : contenant la notice des principaux monumens des Mérovingiens, des Carlovingiens et les Capétiens, et le texte des ordonnances, édits, déclarations, lettres patentes, réglemens, ... de la troisième race, qui ne sont pas abrogés, ou qui peuvent servir, soit à l'interprétation, soit à l'histoire du droit public et privé*, Belin-Leprieur, Paris, 1821-1833
- J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation : Analyse en droits français et allemand. Droit*. Thèse, Université Panthéon-Assas, Paris II, 2011

- C. LACHIEZE, *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil*, Thèse, Université Montesquieu IV, 1996
- Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, 9^{ème} édition, 2022
- C. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Thèse, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Bordeaux, 1968
- M. LAURIOL, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, tome 1, Paris, 1954
- M. LAURIOL, *La subrogation réelle*, Thèse, Sirey, tome 2, Paris, 1954
- J. LEBOURG, C. QUEZEL-AMBRUNAZ (dir.), *Sens et non-sens de la responsabilité civile*, Université Savoie Mont-Blanc, CDPPOC, 2018
- G. LEBRETON, *Droit administratif général*, Cours Dalloz, 6^{ème} édition, 2011
- A. LELONG, *Droit romain : de la subrogation générale, Droit français : de la subrogation légale*, Thèse, Jean Delamare, Saint-lô, 1880
- M. LENOBLE-PINSON, *Dire et écrire le droit en français correct*, Bruxelles, Bruylant, 2019
- P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 2010
- M. LEVY-BRUHL, *Cours de droit romain*, A.C.E.D, 1955-1956
- P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNICK, *Les obligations*, Lextenso, 4^{ème} édition, 2009
- V.-N. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil : contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, Delamotte fils, tome 4, Paris, 1884-1894
- J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, Thèse, LGDJ, Paris, 1979
- M. MONIER, *Cours de droit romain*, Les cours de droit, Paris, 1953-1954
- C. MOULOUNGUI, *L'admissibilité du profit dans la subrogation*, Thèse, LGDJ, Paris, 1995
- T.-H. NGUYEN, *La notion d'exception en droit constitutionnel français*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne, Paris I, 2013
- R. NOGUELLOU, *La transmission des obligations en droit administratif*, Thèse, LGDJ, Paris II, 2004
- A. NUYTS (dir.), *Actualité en droit international privé*, Bruylant, Bruxelles, 2013

- P. PAILLER, *Manuel de droit européen des assurances*, Bruylant, Bruxelles, 2019
- F. PICOD (dir.), *Jurisprudence de la CJUE 2017*, Bruylant, 2018
- A. PIERRONNET, *Des divers bénéfices accordés aux cautions en droit romain et en droit français*, Thèse, Berger-Levrault et Cie, Nancy, 1874
- A. PIMBERT, *La socialisation de la réparation : fonds d'indemnisation et assurances*, Bruylant, 2015
- M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil conforme aux programmes officiels des facultés de droit*, LGDJ, 9^{ème} édition, Paris, 1923
- M. PLANIOL, *Traité élément de droit civil*, LGDJ, tome 3, Paris, 1950
- B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Éditions Panthéon Assas, Paris, 2003
- S. PORCHY-SIMON, O. GOUT, P. SOUSTELLE (dir.), *Étude comparative des indemnisations des dommages corporels devant les juridictions judiciaires et administratives en matière d'accidents médicaux*, Université Jean-Monnet Saint-Étienne, Équipe de recherche de droit privé de Lyon, Université Lyon 3 Jean-Moulin, 2016
- R.-J. POTHIER, *Coutumes des dûché, bailliage et prévôté d'Orléans, et ressort d'iceux*, Debure l'ainé, Orléans, Veuve Rouzeau-Montaut, Paris, 1780
- M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 5^{ème} édition, 2004
- C. PUIGELIER, *Dictionnaire juridique*, Bruylant, Bruxelles, 2017
- M. RANOUIL, *Les recours entre coobligés*, Thèse, IRJS éditions, Paris, 2014
- V. RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, Thèse, LGDJ, Paris, 1985
- B. RENARD, *La subrogation et les actions récursoires en matière de responsabilité administrative*, Thèse, Paris, 1953
- J.C. RICCI, F. LOMBARD, *Droit administratif des obligations : contrats, quasi-contrats, responsabilité*, Dalloz, 2018
- H. ROLAND ET L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4^{ème} édition, 1999
- R. ROUTIER, M. MIGNOT, J. LASSERRE CAPDEVEILLE, M. STORCK, N. ERESEO, J.-P. KOVAR, *Droit bancaire*, Précis Dalloz, 2017
- F. ROUVIERE, *Critique des fonctions et de la nature des fictions*, LGDJ-Lextenso, 2015

- A. ROUYERE, Recherche sur la dérogation en droit public, Thèse, Université Bordeaux I, 1993
- O. SABARD, *La cause étrangère en droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle*, Fondation Varenne, Clermont-Ferrand, 2008
- É. SAILLANT, *L'exorbitance en droit public*, Thèse, Dalloz, 2011
- J. SCHOKKAERT, *la pratique conventionnelle européenne en matière de protection juridique des investissements privés, effectués à l'étranger*, Bruylant, 2006
- M. SOUSSE, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, Thèse, LGDJ, 1994
- P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Lextenso, 4^{ème} édition, 2009
- A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, PUF, 5^{ème} édition, 2021
- C. VERDURE, *Statut de la fonction publique de l'Union européenne*, Bruylant, 2017
- G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, 2014
- G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 4^{ème} édition, 2017
- M. WALINE, *La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'État*, Mélanges Jolliot de la Morandière, 1964
Précis de droit administratif, Montchestien, 1969
- J. WALLINE, *Recherches sur l'application du droit privé par le juge administratif*, Thèse, Paris, 1962
- G. WICKER, *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LGDJ, Paris, 1996
- P. YOLKA, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, Paris, 2013
- F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Les biens*, PUF, 3^{ème} édition, 2008

II. Articles et contributions

- S. ABRAVANEL-JOLLY, *Fonds de garantie*, Répertoire de droit civil, janvier 2012
- N. ALBERT, *Les concours de responsabilités en droit administratif*, Responsabilité civile et assurances, n° 2, février 2012, Dossier n° 7
- P. AMSELEK, *La compensation entre les dettes et les créances des personnes publiques*, Revue de droit public 1988, p. 1514
- D. ASQUINAZI-BAILLEUR, *Régime général : accidents du travail et maladies professionnelles – Recours des tiers payeurs*, Jurisclasseur Protection sociale Traité, 2012, fasc 314-20
- M. BACACHE, *Pratique de l'imputation poste par poste et du droit de préférence de la victime*, Gazette du Palais. 9 janvier 2017, Hors-série n° 1, p. 50
- X. BEAUDOUX, *Répartition de l'indemnisation entre les payeurs*, Cour de cassation, séminaire risques, assurances, responsabilité, session 2006/2007
- M. BEHAR-TOUCHAIS, *Le fondement des recours contributifs entre conducteurs ou propriétaires de véhicules coïmpliqués dans un accident de la circulation, après la loi du 5 juillet 1985*, La Semaine Juridique, Édition Générale, n° 23, juin 1988, doct. 3339
- J-M. BELORGEY, *Logique de l'assurance, logique de la solidarité*, Droit social, 1995, p. 731
- F. BENAC-SCHMIDT et C. LARROUMET, *Responsabilité du commettant*, Répertoire de droit du travail, 1999
- S. BEN HADJ YAHIA, *Concubinage — Rupture du concubinage*, Répertoire de droit civil, 2016
- S. BENILSI, *Paiement*, Répertoire de droit civil, 2019
- I. BENSIDOUN ET D. UNAL, *Échanges de services, le miroir d'un monde globalisé*, Alternatives économiques, 19 avril 2018
- C. BERLAUD, *La subrogation à l'assuré de bonne foi résiste à la nullité du contrat*, Gazette du Palais, n° 107, avril 2014
Étendue de la subrogation de l'assureur qui a indemnisé son assuré, Gazette du Palais, n° 43, 2016, p. 46
Subrogation de la caution dans l'action directe du sous-traitant, Gazette du Palais, n° 23, juin 2017, p. 31

- E. BERRY, *Quelles sont les règles d'obligation à la dette lorsqu'un époux marié sous la communauté légale contracte seul ?*, Lextenso, janvier 2019, n° 05, p. 17
- D. BESLE, *Étendue de la subrogation dont peut se prévaloir un assureur*, L'actualité juridique Droit administratif, 2008, p. 587
- R. BIGOT, *Accident causé par un VTAM soumis à l'obligation d'assurance : possibilité pour le tiers responsable d'opposer le PAOS à la Caisse*, Dalloz actualité, 7 décembre 2021
- M. BILLIAU, *Délégation*, Répertoire de droit civil, 2017
- C. BLOCH ET P. LE TOURNEAU, *Chapitre 6214 : Réalisation du droit à réparation des victimes d'accidents de la circulation*, Droit de la responsabilité et des contrats, 2021-2022
- R. BOFFA, *Les opérations translatives dans le projet d'ordonnance*, Gazette du Palais, n° 155, 2015, p. 8
Contrats et obligations – Les clauses relatives aux opérations translatives, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, avril 2016, n° 13, p. 1115
- R. BONHOMME, *Affacturation*, Répertoire de droit commercial, 2006
- J. BORE, *Le recours entre coobligés « in solidum »*, La Semaine Juridique, 1967, I, n° 2126
La causalité partielle en noir et blanc ou les deux visages de l'obligation in solidum, La Semaine Juridique, 1971, I, n° 2369, n° 3
- P. BOUTEILLER, *Fasc. 930 : cartes de paiement, cartes de crédit*, JurisClasseur Banque, 2 novembre 2010
- G. BRAIBANT, *Nouvelles réflexions sur les rapports du droit et de l'équité*, Revue française d'administration publique, 1992
- C. BROUELLE, *Synthèse : responsabilité*, Jurisclasseur administratif, 2015
- P. BRUN, *Responsabilité du fait personnel*, Répertoire de droit civil, mai 2015
Synthèse : dommage à la personne, Jurisclasseur responsabilité civile et assurances, Décembre 2017
- S. BUFFA, *La distinction du champ d'application des actions subrogatoires et récursoires en droit administratif*, Revue Droit Administratif, n° 11, étude 17, novembre 2012
- C. CAILLE, *Assurance de dommages*, Répertoire de droit civil, décembre 2013
- H. CAPITANT, *Éssai sur la subrogation réelle*, Revue trimestrielle de droit civil, 1919, p. 385

- D. CARTRON, *Assurance, responsabilité et droits des victimes*, Revue du droit sanitaire et social, 2010, p. 17
- P. CASSON, *Assurance automobile – Le recours subrogatoire de l'assureur avance-recours du conducteur blessé à l'occasion d'un accident de la circulation est fondé sur la loi du 5 juillet 1985*, Bulletin juridique des Assurances, n° 53, septembre 2017, com. 13
Assurance crédit, Répertoire de droit commercial, 2017
- A. CAYOL, *Dommmages corpores – Recours des tiers payeurs : retour sur les difficultés suscitées par les rentes accident du travail et par le droit de préférence de la victime en cas de partage de responsabilité*, Bulletin Juridique des Assurances. n° 73, Février 2021, comm. 21
- A. CERBAN, *Nature et domaine de la subrogation réelle*, Revue trimestrielle de droit civil, 1939, p. 47
- C. CERVEAU-COLLIARD, *Pas de subrogation sans paiement préalable*, Gazette du Palais, n° 244, 2015, p. 13
- F. CHABAS, *Remarques sur l'obligation in solidum*, Revue trimestrielle de droit civil, 1967, p. 310
- A. CHAMOULAND-TRAPIERS, *Usufruit*, Répertoire de procédure civile, 2012
- F. CHAPUISAT, *Vers une utilisation extensive de la subrogation réelle : à propos des lois du 13 juillet 1965 et 3 juillet 1971*, Revue trimestrielle de droit civil, 1973, p. 643
- C. CHARBONNEAU, *La subrogation de l'assureur DO en péril*, L'essentiel Droit des assurances, n° 04, avril 2017, p. 4
- P. CHAUMETTE, *La subrogation personnelle sans paiement ?*, Revue trimestrielle de droit civil, 1986, p. 33
- C. CHAVAGNEUX, *Toujours plus d'échanges internationaux*, Alternatives économiques, Hors-série n° 050, 1 octobre 2001
- J.-P. CHAZAL, *Théorie de la cause et justice contractuelle, à propos de l'arrêt Chronopost*, La Semaine Juridique, Édition générale, n° 29, 15 juillet 1998, doct. 152
- R. CHEMAIN, *Sanctions économiques*, Répertoire international, 2017
- J. CHEVALLIER, *La technique de l'action récursoire dans le droit de la responsabilité administrative*, La Semaine Juridique, 1970, I, n° 2323
- A. COULOT, *Saisie immobilière – Incidents de la procédure de saisie immobilière et de distribution du prix – contestations et demandes indicidents*, Jurisclasseur Procédure civile, 9 avril 2023, fasc 1700-70

- A. COURREGES, *Action récursoire et action subrogatoire*, Revue française de droit administratif, 2009, p. 311
- E. COYAULT, *Recours des organismes sociaux — Champ d'application du protocole d'accord assureurs-organismes sociaux : la Cour de cassation refuse de s'en mêler !*, Responsabilité civile et assurance, n° 1, janvier 2022, comm. 4
- P. CROCQ, *Les recours subrogatoire et personnel de la caution ne sont pas exclusifs l'un de l'autre*, Revue trimestrielle de droit civil, 2009, p. 553
- B. DAILLE-DUCLOS, *Sécurité sociale : Le recours des tiers payeurs contre les tiers responsables*, La semaine juridique sociale, n° 42, 16 octobre 2007
- E. DECAUX, *Réciprocité*, Répertoire de droit international, 1998
- C. DEFFIGIER, *La responsabilité sans faute de l'État pour rupture d'égalité devant les charges publiques du fait de la loi du 10 juillet 1976*, L'actualité juridique Droit administratif, 2004, p. 1941
- M. DELANDRE, *Quelle typologie des postes de préjudices ? La nomenclature des postes de préjudices : point de vue du juge administratif*, Responsabilité civile et assurance, n° 3, mars 2010, dossier 8
- S. DE LA ROYERE, « *Indemnisation des victimes de l'amiante : création d'un fonds, le FIVA* », Environnement, n° 3, mars 2002
- B. DELAUNAY, *L'action subrogatoire, prolongement de l'action et des droits de la victime*, Revue juridique de l'économie publique, n° 664, Comm. 23, Mai 2009
- L. DEMEESTER, *Jean-Marie Auby et les classifications en droit administratif des biens*, Revue française de droit administratif, 2020
- R. DEMOGUE, *Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle*, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1901, p. 236
- T. DE RAVEL D'ESCLAPON, *Crédit affecté à l'acquisition d'un véhicule : clauses abusives*, Dalloz actualité. 2016
- L. DEREPAIS, *Regards croisés sur une innovation*, Gazette du Palais. 9 janvier 2017, hors-série n 1, p. 14
- A. D'HAUTEVILLE, *L'esprit de la loi du 6 juillet 1990 relative aux victimes d'infractions*, Revue de science criminelle, 1991, p. 149
 (dir.), *La réparation du dommage – Bilan de l'activité des Fonds d'indemnisation*, Mission de recherche Droit & Justice, Équipe de recherche en politique criminelle, Université de Montpellier, 2009

- M.-O. DIEMER, *Responsabilité — Responsabilité du fait des rassemblements et attroupements : quand la préméditation exclut la qualification et la réparation*, Droit administratif, n° 10, étude 15, 2017
- X. DOMINO, A. BRETONNEAU, *Les délices de la subrogation*, L'actualité juridique Droit administratif, 2012, p. 2167
- C. DOMPTIN, *Libre circulation des capitaux : comment en est-on arrivé là ?*, Alternatives économiques n° 151, 1 septembre 1997
- J.-C. DOUENCE, *Services publics locaux : notion*, Encyclopédie des collectivités locales, Chapitre 1 (folio n° 6025), 2007
- J.-P. DUBOIS, *Faute des agents et responsabilité administrative*, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, 2014
- Y. FAIVRE-LAMBERT, *Le lien entre la subrogation et le caractère indemnitaire des prestations des tiers payeurs*, Dalloz, 1987, chronique XVIII, p. 97
- J.-M. FAVRET, *Action subrogatoire ou action récursoire ?*, L'actualité juridique Droit administratif, 2019, p. 870
- J.-M. FERNANDEZ, *La subrogation : nature et régime d'une fiction juridique*, Petites affiches, n° 85, juillet 1997
- P. FRAISSEIX, *La « subjectivisation » du droit administratif*, Petites affiches, octobre 2004, n° 207, p. 12
- C. FRANCOIS, *Présentation des articles 1346 à 1346-5 de la nouvelle sous-section 4 « Le paiement avec subrogation »*, IEJ Jean Domat, Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2017
- A. FRANK, *Quelle place pour la solidarité nationale ?*, Revue du droit sanitaire et social, 2015, p. 68
- I. GALLMEISTER, *Cession de dette et effet relatif des contrats*, Dalloz actualité, 11 mai 2009
- D. GEORGES LAVROFF, *Domaine des collectivités locales : régime du domaine public*, Chap. 3, n° 5040, Encyclopédie des collectivités locales, 2008
- A. GHOZI, *L'affacturage et la réforme du droit des obligations*, Revue de droit bancaire et financier, n° 2, mars-avril 2019, dossier 15
- D. GIBIRILA, *Carte de paiement*, Répertoire de droit commercial, 2017
- D. GIBIRILA, *Escompte – Existence de l'escompte*, Répertoire de droit commercial, 2018, n° 23

- J.-P. GILLI, *La responsabilité d'équité de la puissance publique*, Dalloz, 1971, chronique XXI, p. 125
- F. GIRARD, A.-B. CAIRE (dir.), *Les fictions en droit. Les artifices du droit : les fictions*, Revue trimestrielle de droit civil, 2016
- C. GIJSBERS, *Quel habitat juridique pour l'affacturage : cession de créance ou subrogation conventionnelle ?*, Revue trimestrielle de droit civil, 2021, p. 184
- P. GRAVELEAU, *Subrogation de la caisse de sécurité sociale : exception de prescription quadriennale*, Gazette du Palais, n° 052, février 2013
- F. GREAU, *L'échec de la subrogation légale et l'avenir de la subrogation conventionnelle comme palliatif*, L'essentiel droit des assurances, n° 10, 2015, p. 2
- M. GRIMALDI, *Refinancement d'un prêt : quelle place pour la novation ?*, lextenso, défrénois n° 17, 7 septembre 2017, p. 43
Le retour conventionnel est-il compatible avec la subrogation réelle ?, Revue trimestrielle de droit civil, 2019, p. 164
- M. GRIMALDI, N. PETERKA, *Achats pour autrui entre époux*, Dalloz action, Droit patrimonial de la famille, chap. 355, 2018-2019
- M. GRIMALDI, C. VERNIERES, *Refinancement d'un prêt : quelle place pour la novation ?*, Défrénois, 7 septembre 2017, n° 228a3, p. 43
- C. GROSSHOLZ, *Évaluation du préjudice*, Répertoire de la puissance publique, 2015
- H. GROUDEL, *Nouvelles incertitudes sur le fondement du recours d'un débiteur, tenu en vertu de la loi du 5 juillet 1985, contre un autre débiteur*, Recueil Dalloz, 1998, p. 174
La solidarité et les fonds d'indemnisation, Revue générale du droit des assurances, 2002, p. 859-863
Le recours des tiers payeurs : on recolle les morceaux, Responsabilité civile et assurance. n° 3, mars 2007, étude 4.
Le recours des tiers payeurs : une réforme bâclée, Responsabilité civile et assurances, n° 1, Janvier 2007, étude 1
Le recours des tiers payeurs : rapport d'étape (décembre 2006 – février 2008), Responsabilité civile et assurances, n° 2, février 2008, étude 2.
- F. GRUA, *Paiement — Fasc. 10 : Régime général des obligations — Paiement des obligations de sommes d'argent — Évaluation des obligations de sommes d'argent*, Jurisclasseur Notarial, septembre 2017
- A. GUEGAN, C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Une nouvelle méthode de capitalisation des rentes indemnitaires*, Recueil Dalloz. 2022, p. 74

- C. GUETTIER, P. LE TOURNEAU, *Fonctions du droit de la responsabilité administrative à l'égard des administrés*, Droit de la responsabilité et des contrats, 2021
- L.-C. HENRY, *Solidarité*, Répertoire de droit commercial, 2007
- P. HILT, *Le formalisme du emploi constitue une règle de fond*, L'actualité juridique famille. 2006, p. 423
- A. HONTEBEYRIE, *Le futur subrogé peut-il interrompre la prescription ?*, Revue des contrats. n° 2, juin 2021, p. 48
- J. HUET, *Un bienfait de l'histoire : la subrogation opérée par le débiteur pour le remboursement anticipé d'un prêt d'argent en cas de baisse des taux d'intérêt (art. 1250, 2°, c. civ.)*, Recueil Dalloz, 1999, p. 303
- A. JACQUEMET-GAUCHE, *Droit administratif – Responsabilité et préjudice*, Droit administratif, n° 8-9, août 2018, étude n° 2
- P. JOURDAIN, *Fondements des recours : des décisions malencontreuses*, Revue trimestrielle de droit civil, 1998, p. 393
- Fondement des recours en contribution : est-ce un retour à la case départ ?*, Revue trimestrielle de droit civil, 2000, p. 855
- Fondement des recours en contribution : le retour de la subrogation dans le droit commun*, Revue trimestrielle de droit civil, 2001, p. 609
- Responsabilité civile – l'imputation des rentes versées en cas d'accident du travail ou de service*, La Semaine Juridique, Édition générale, n° 48, 28 novembre 2007
- Application de la responsabilité in solidum de coresponsables dont certains sont tenus d'une perte de chance et d'autres de l'entier dommage*, Revue trimestrielle de droit civil, 2011, p. 356
- Accidents de la circulation – Les recours en contribution*, Responsabilité civile et assurance, n° 9, septembre 2015, dossier 16.
- Retour sur la pertinence de l'équation subrogation = imputation*, Gazette du Palais, Hors-série 1, 2017, p. 10
- C. JUILLET, *Hypothèque – Un droit immobilier*, Répertoire de droit immobilier, mai 2019
- F. JUREDIEU, *L'exception de non-subrogation*, Gazette du Palais, n° 310, 2010, p. 16
- J.-P. KARILA, *Recours entre coauteurs d'un trouble anormal de voisinage après indemnisation du voisin*, Recueil Dalloz, 2006
- I. KHAYAT, *Remplois et financement d'un bien par les trois masses en communauté : quelle qualification ?*, L'actualité juridique famille. 2021, p. 616

- D. KRAJESKI, *La subrogation du Code des assurances n'est possible que si l'indemnité est contractuellement due*, L'essentiel du droit des assurances, n° 10, 2011, p. 3
La subrogation légale de droit commun, L'essentiel du droit des assurances, n° 01, janvier 2014, p. 3
La remise en cause de la subrogation conventionnelle ex parte creditoris du prêteur dans la réserve de propriété, L'essentiel du droit des assurances, n° 07, 2014, p. 2
La subrogation de l'assureur dans les droits de l'assuré cessionnaire, L'essentiel du droit des assurances, n° 07, 2014, p. 2
- D. KRAJESKI, P. LE TOURNEAU, *Objet du recours*, Droit de la responsabilité et des contrats, 2021, chapitre 5222, n° 5222.12
- J. LANDEL, *Le recours des tiers payeurs*, Actuassurance, La revue numérique en droit des assurances, n° 15, mars-avril 2010
- F. LAROCHE-GISSEROT, *Absence*, Répertoire de droit civil, 2016
- V. LASBORDES DE VIRVILLE, *Le rôle respectif du FGTI et des CIVI dans la procédure d'indemnisation des victimes d'infractions*, Revue Lamy Droit civil, n° 37, 2007, p. 63
- M. LATINA, E. LE CORRE BROLY, *Le transfert de la réserve de propriété par la subrogation de l'article 1346-2, alinéa 1er, du Code civil*, Recueil Dalloz, 2017, p. 877
- M. LAURA, M. IZORCHE, S. BENILSI, *Paiement*, Revue trimestrielle de droit civil, 2018
- A. LAURE, *La fongibilité : diversité des critères et unité des effets*, Revue trimestrielle de droit commercial, 1995, p. 307
- G. LAVAL ET F. COLLARD, *Fasc. 114 : Enregistrement et publicité foncière – Notion d'immeuble*, Jurisclasseur Fiscalité immobilière. 2019
- N. LEBLOND, *La subrogation de l'assureur-crédit*, Gazette du palais, n° 310, 2010, p. 12
- P.-M. LE CORRE, *crédit-bail – L'acquisition de la propriété par le débiteur*, Revue des procédures collectives, novembre 2017, n° 6, dossier 22, n° 25
- E. LE CORRE-BROLY, *Conséquence de l'absence de subrogation de la sous-caution dans les droits du créancier*, Gazette du Palais, n° 34, 2017, p. 78
La remise en cause de la subrogation conventionnelle ex parte creditoris du prêteur dans la réserve de propriété, Gazette du Palais, n° 13, 2017, p. 66
La condamnation à mort de la subrogation dans la clause de réserve de propriété, Recueil Dalloz, 2017, p. 419
- H. LECUYER, *Subrogation personnelle : un domaine en constante expansion*, Lextenso, Defrénois, n° 46, 22 novembre 2018, p. 35

- D. LEGEAIS, *Affacturation, jeu du compte courant et portée de la subrogation*, Revue trimestrielle de droit commercial, 2005, p. 581
Affacturation, jeu du compte courant et portée de la subrogation, Revue trimestrielle de droit commercial, 2005, p. 581
- R. LE GUIDEC, M. GRIMALDI, *Chapitre 144 – liquidation de la communauté : identification des récompenses*, Dalloz action, Droit patrimonial de la famille, 2018-2019
- P. LE TOURNEAU, *Responsabilité : généralités*, Répertoire de droit civil, mai 2009
Chap 213 : contrat de vente de matériel : les obligations du vendeur envers l’acheteur, Dalloz référence, Contrats du numérique. 2021, n° 213.242
- P. LE TOURNEAU, J. JULIEN, *Solidarité – Solidarité imparfaite (obligation in solidum)*, Répertoire de droit civil, février 2018
- R. LIBCHABER, *Biens – Présentations générales des biens*, Répertoire de droit civil, 2016, n° 92
Les incertitudes maintenues de la subrogation légale, Revue des contrats, n° 04, 2017, p. 28
- F. LINDITCH, *Rapport public 2008 du Conseil d’État*, Contrats et Marchés publics, n° 8, 2002, alerte 42
- N. LITAIZE, *Plaidoyer pour le maintien de la subrogation ex parte creditoris*, Revue de droit bancaire et financier, novembre 2015, n° 6, étude 26
Réforme du droit des obligations – Plaidoyer pour le maintien de la subrogation ex parte creditoris, Revue de droit bancaire et financier, n° 6, novembre 2015, étude 26
- L. LORVELLEC, F. JACOB, *Art. 1346 à 1346-5 — Fasc. 20 : régime général des obligations. – Paiement avec subrogation — Subrogation légale*, Jurisclasseur Droit civil, 2018, n° 18
- Y. MADIOT, *La subrogation en droit administratif*, L’actualité juridique Droit administratif, 1971, p. 325
- B. MAGERAND, *La surprenant subrogation de l’État dans les droits du bailleur en cas de refus d’expulsion des locataires*, Petites affiches, n° 68, 2002, p. 4
- V. MARQUETTE, *Contracter dans un contexte international : les frontières à l’autonomie de la volonté*, Juriste sans frontières, Bruylant, 2013
- R. MARTIN, *Distribution des deniers : meubles, aéronefs, bateaux, navires*, Répertoire de procédure civile, 2019

- L. MAZEAU, *L'imputation de la responsabilité civile en contexte d'incertitude scientifique et technologique*, Cahiers Droit Sciences & Technologies, Openedition, 2014, p. 145-158
- B. MENARD, *Retour sur l'indemnisation des frais de logement adapté : entre classicisme et innovation*, Revue Lamy, Droit civil, n° 154, 1 décembre 2017
- J. MESTRE, *Pas de cession de dette sans l'accord du créancier*, Revue trimestrielle de droit civil, 1994, p. 607
D'utiles précisions sur l'effet translatif de la subrogation personnelle, Revue trimestrielle de droit civil, 2003, p. 298
- J. MICHEL, *La double subrogation de l'assureur devant le juge administratif*, Petites affiches, n° 186, 2004, p. 7
- M. MIGNARD, *La subrogation est-elle toujours le mécanisme phare des opérations de refinancement ?*, Revue des contrats, n° 02, 2018, p. 322
- M. MIGNOT, *La subrogation du notaire fautif dans les droits de la banque*, L'essentiel droit bancaire, n° 02, 2016 p. 2
- E. MILLARD, *Hauriou et la théorie de l'institution*, Droit et société, n° 30-31, 1995, p. 381
- C. MONIOLLE, *Actions en garantie (actions récursoires et actions subrogatoires)*, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, 2014
- E. MOUIAL BASSILANA, *Bénéfice de subrogation : retour à l'exigence de la perte d'un droit préférentiel*, L'essentiel du droit des entreprises en difficulté, n° 03, 2010, p. 5
- D. NOGUERO, *Dispense de mise en cause de l'assuré pour l'action directe du tiers payeur subrogé dans les droits de la victime*, Gazette du Palais, n° 35, 2017, p. 69
- T. OLSON, *Régimes législatifs spéciaux d'indemnisation relevant de la juridiction administrative*, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique. 2019
- C. OPHELE, *Cession de créance*, Répertoire de droit civil, 2018
- A. PELISSIER, *Preuve de la subrogation de l'assureur : il n'y a que le résultat qui compte !*, Revue générale du droit des assurances, n° 11, 2018, p. 503
- J.-D. PELLIER, *Une certaine idée de la subrogation personnelle*, Petites affiches, n° 46, 2012, p. 9
Privilèges immobiliers spéciaux, Répertoire de droit civil, 2022
- F. PEROCHON, *Revendication – Le revendiquant*, Revue des procédures collectives, n° 6, novembre 2017, dossier 15

- Y. PICOD, *Cession de dette et droit des sûretés*, L'actualité juridique Contrat, 2017, p. 268
- S. PIEDELIEVRE, *Hypothèque – effets de l'hypothèque à l'égard du constituant*, Répertoire de procédure civile, 2019
- P. PIERRE, *Quelle typologie des postes de préjudices ? Nomenclature des postes de préjudices et recours des tiers payeurs. Propos introductifs*, Responsabilité civile et assurances, n° 3, mars 2010, dossier 6
- G. PIETTE, *Cautionnement*, Répertoire de droit civil, juin 2016
Rétention, Répertoire de droit civil, janvier 2020
- G. PIGNARRE, *Prêt – Prêt de consommation*, Répertoire de droit civil, 2016
- J.-F. PILLEBOUT, *Synthèse : quittance et quittance subrogative*, n° 1140, Jurisclasseur Notarial, 27 avril 2017
- M.-C. PONTTHOREAU, *Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique*, Revue internationale de droit comparé, 2005, p. 10
- J.-M. PONTIER, *L'intérêt général existe-t-il encore ?*, Recueil Dalloz, 1998
- S. PORCHY-SIMON, *Imputation de la rente accident du travail : le divorce entre le Conseil d'État et la Cour de cassation est consommé*, Recueil Dalloz. 2013, n° 1258
- C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Deux ans d'application de la réforme du recours des tiers payeurs*, Gazette du Palais, n° 62, 2009, p. 10
Capitalisation des rentes et recours des tiers payeurs, le couple infernal malmenant la réparation intégrale, Responsabilité civile et assurances, n° 11, novembre 2022, comm. 249
- C. RADE, *La solidarité au secours de la responsabilité*, Responsabilité civile et assurances, n° 2, février 2003, chron. 5
- B. RAJOT, *Synthèse : Fonds d'indemnisation*, n° 190, Jurisclasseur responsabilité civile et assurances, 6 novembre 2017
- P. RANQUET, *Sécurité sociale (Recours des caisses)*, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, 2012
- F. RICHARD, *Droit de préférence de la victime et tiers payeur assureur maladie*, Gazette du Palais, Hors-série 1, 2017, p. 35
- G. RIVES, *Subrogation réelle à titre particulier et propriété immobilière*, RTD civ, 1968
- V. RIVOLLIER, *La rente d'accident du travail n'indemnise plus le déficit fonctionnel permanent*, Recueil Dalloz, 2023, p. 321.

Le droit commun de la réparation comme complément au régime AT-MP en cas de faute inexcusable, Responsabilité civile et assurances, n° 5, mai 2023, étude 6

- M. ROBINEAU, *Responsabilité civile – Le statut normatif de la nomenclature Dintilhac des préjudices*, La semaine juridique, Édition générale, n° 22, mai 2010, doct. 612
- C. ROGER-LACAN, *La responsabilité de l'État du fait des conventions internationales*, Revue française de droit administratif, 2011, p. 573
- A.-M. ROMANI, *Enrichissement injustifié*, Répertoire de droit civil, février 2018, n° 1
- F. ROQUES, *L'action récursoire dans le droit administratif de la responsabilité*, L'actualité juridique Droit administratif, 1991, p. 75
- F. ROUSSEL, *Imputation du préjudice*, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, 2019
- F. ROUVIERE, *Cession de dette*, Revue trimestrielle de droit civil, 2018, n° 13
Peut-on penser l'indemnisation par barème ?, Revue de droit du travail, 2021
- H. RUMEAU-MAILLOT, *Assurances*, Répertoire européen, 2011, n° 87
- R. SAVATIER, *Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels ?*, Recueil Dalloz, 1931, p. 9
- E. SAVAUX, *Subrogation réelle*, Répertoire de droit civil, 2014
Subrogation personnelle, Répertoire de droit civil, 2017
- R. SCHULZ, *Contestation de la subrogation de l'assureur : fin de non-recevoir ou défense au fond ? C'est selon...*, Revue générale du droit des assurances, n° 02, 2019, p. 38
- F. SENERS et F. ROUSSEL, *Préjudice réparable*, Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, juillet 2019, n° 1
- A. SERIEUX, *Patrimoine*, Répertoire de droit civil, 2016
- P. SIMLER, *Régimes matrimoniaux*, La semaine Juridique. Édition générale, n° 50, 9 décembre 2013, doct. 1323, n° 7
Synthèse : extinction des obligations par paiement, n° 670, Jurisclasseur Civil Code, 15 décembre 2017
- L. THEZARD, *De la nature et des effets de la subrogation*, Revue critique de législation et de jurisprudence, Paris, 1879, p. 97
- A.-M. TOLEDO-WOLFSOHN, *Compensation*, Répertoire de droit civil, 2017, n° 72
- A. TOUZAIN, *Obligation et contribution à la dette entre coresponsables : l'article 1265 du projet de réforme de la responsabilité civile*, Recueil Dalloz, 2020, p. 163

- B. VAREILLE, *Communauté légale : liquidation et partage – Rôle du système des récompenses dans le régime communautaire*, Répertoire de droit civil, 2011
Art. 1433 à 1437, Fasc. Unique : communauté légale – Conditions et effets du emploi, Jurisclasseur Civil, 2019
- G. VEDEL, *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait*, La semaine juridique, édition générale, 1950, n° 851
 « *La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ?* », Revue française de droit administratif, 1990
- C. VERNIERES, *Droit patrimonial de la famille, Chapitre 249 — Preuve de la qualité d'héritier*, Dalloz action, 2021, n° 249.80
- C.-L. VIER, M. MAZETIER, *Contentieux de la responsabilité extracontractuelle*, Pratique du contentieux administratif, Dalloz, 2017
- A. VIGNON-BARRAULT, *Quelle typologie des postes de préjudices ? La notion de poste de préjudice*, Responsabilité civile et assurances, n° 3, mars 2010, dossier 5
- A. VITU, *Subrogation légale et droit des assurances*, Revue générale des assurances terrestres, 1946, p. 231
- G. YILDIRIM, *Communauté légale : actif des patrimoines*, Répertoire de droit civil, 2010
- F. ZENATI, *Subrogation du bien attribué préférentiellement et vendu pendant le partage*, Revue trimestrielle de droit civil, 1992, p. 791
Subrogation réelle, Revue trimestrielle de droit civil, 1995, p. 651
Subrogation réelle, Revue trimestrielle de droit civil, 1997, p. 166
Usufruit des droits sociaux – Extinction de l'usufruit des droits sociaux, Répertoire de droit social, 2003

III. Rapports et colloques

- COLLOQUE, *Les droits publics subjectifs des administrés : actes du 4ème colloque*, les 10 et 11 juin 2010, l'Association française pour la recherche en droit administratif, pôle universitaire de gestion de l'Université de Bordeaux, Lexisnexis, Paris, 2011
- G. DERIOT, J.-P. GODEFROY, *Rapport d'information sur le bilan et les conséquences de la contamination par l'amiante*, Document Sénat, 2005-2006
- FONDS DE GARANTIE DES VICTIMES, *Chiffres financiers, Chiffres d'activité*, 2019 : <http://rapportdactivite.fondsdegarantie.fr/2019/le-fonds-en-chiffres/#chiffres-financiers>

- G. LEFRAND, *Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la commission des affaires sociales sur la prise en charge des victimes de l'amiante*, Assemblée nationale, n° 2090, 18 novembre 2009
- J. LE GARREC (dir.), *Rapport d'information sur les risques et les conséquences de l'exposition à l'amiante*, Assemblée nationale, n° 2884, 2006
- MINISTÈRE DE L'EMPLOI ET DE LA SOLIDARITÉ, *Rapport annuel sur le dispositif d'indemnisation des hémophiles et transfusés contaminés par le virus de l'immunodéficience humaine (VIH)*, Mars 1997 à février 1998.
- RAPPORT AU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE, *relatif à l'ordonnance, n° 2016-131, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 10 février 2016
- RAPPORT D'ACTIVITÉ DE L'ONIAM, *Rapport d'activité 2021*, communiqué du 12 juillet 2022
- RAPPORT FONDS D'INDEMNISATION DES VICTIMES DE L'AMIANTE, *4ème rapport d'activité au Parlement et au Gouvernement*, FIVA, Juin 2004 / mai 2005
- RAPPORT FONDS D'INDEMNISATION DES VICTIMES DE L'AMIANTE, *Rapport 2020 d'activité*, FIVA, 2020
- RAPPORT PUBLIC DU CONSEIL D'ÉTAT, « *responsabilité et socialisation du risque* », 2005

Index alphabétique

A

Absence : 69, 94, 177, 311, 355, 404

Accident

- de la circulation : 302 et s, 378, 460, 470
- de travaux publics : 287, 462, 487, 495

Acte unilatéral : 51, 222

Action

- *in rem verso* : 124 et s, 135, 469
- civile : 247
- directe : 246, 501
- oblique : 193
- paulienne : 193

Affacturage : 113, 118, 227, 233, 262, 314 et s,

Affectation : 65 et s, 161

Agent du service public : 84, 225, 285 et s, 291, 462, 473 et s, 487 et s, 499

Assurance crédit : 313, 321, 337

Autonomie du droit administratif : 50, 53-54, 506

Avantages personnels : 246 et s, 256

C

Causalité : 296 et s, 377, 471 et s

Cautionnement : 110, 125, 191, 234, 337, 364, 408, 507

Cession d'action : 4, 80 et s, 157, 192, 277

Cession de créance : 117 et s, 184, 227, 233, 316, 328 et s

Chirographaire : 1, 100, 110, 125, 325

Clause

- d'anatocisme : 192, 259
- de conciliation ou d'arbitrage : 190
- d'inaliénabilité : 102
- d'indexation : 192, 259

- de non-recours : 484
- de réserve de propriété : 176, 193, 322, 324 et s, 372
- frugifères : 259
- limitative de responsabilité : 234
- subrogatoire : 327, 367, 371, 444

Coauteur : 125, 173, 282 et s, 305, 382, 470, 488, 497 et s, 503 et s

Collaborateur du service public : 462

Commettant : 97

Compensation : 169, 188, 257 et s,

Compétence : 8, 54, 190, 479

Consentement : 194, 228, 323, 366, 402, 465

Contribution à la dette : 241, 280, 289, 295, 298 et s, 377, 382, 451, 484, 503

Conventions interassurances : 379

Coresponsables : 242, 282, 301 et s, 467 et s, 472, 483

Crédit : 261, 312 et s,

Cumul

- d'actions : 494 et s
- de fautes : 97, 487
- de responsabilité : 97, 286, 462, 487
- d'indemnité : 261, 299, 427

D

Déclaration d'emploi ou remplacement : 112, 218 et s

Décompte définitif : 254, 266, 412

Délégation : 122 et s, 318

Deniers

- communs : 131, 201, 406
- propres : 172, 201, 218, 224, 373, 401
- publics : 327, 465, 473, 506

Dérogação : 77 et s, 83, 147, 159

Destination d'un bien : 78 et s, 197

Dette de valeur : 129, 349 et s

Devoir : 50

Division des recours : 239, 241 et s

Droit

- de préférence du subrogeant : 242 et s, 316, 431 et s
- de suite : 95, 130, 355

E

Echanges économiques : 101, 278, 311, 320, 331, 389

Effets de commerce : 319

Equité : 64, 109, 358, 381, 466

Enrichissement sans cause : 51, 68, 124, 468 et s,

Equivalence : 204, 259, 405 et s

Expropriation : 355

F

Fait générateur : 185, 240, 284, 297, 377, 471

Faute :

- de la victime : 244, 431 et s, 457, 472
- personnelle et de service (distinction) : 285

Fiction : 7, 36, 41, 152 et s

Fidéjusseur : 4 et s, 81, 277

Fonction préventive : 384 et s

Fonds d'indemnisation : 236, 247, 289, 294, 364, 377, 436, 461, 504

Fongibilité : 128, 159, 161, 218, 349 et s, 373, 404

Force publique : 58, 338, 344, 411, 463, 489

Forfait de pension : 252, 253

G

Gestion d'affaire : 4, 98, 467

H

Héritier : 6, 74, 178,

I

Imputabilité : 296 et s

Indivision : 179, 373, 402

Intérêt général : 16, 54, 255, 312, 506

Insaisissabilité : 177, 258

Instrument de paiement : 318

L

Libéralité : 41, 346, 348, 349

M

Maître d'ouvrage : 189, 246

Mandat : 98, 172, 187, 318, 467

Mineur : 191, 246, 297, 378

N

Notaire : 337

Notion autonome (def) : 46

Novation : 122 et s, 328 et s

O

Obligation :

- à la dette : 97, 242, 280, 290, 295 et s, 463
- *in solidum* : 242, 282 et s, 382, 471, 484
- solidaire : 52, 285, 296, 471, 478

Occupation sans titre : 58

Opposabilité : 118, 219, 226 et s, 257, 316

P

Partie civile : 246 et s, 256, 501

Pétition d'hérédité : 6, 178

Pluralité de responsable : 282

Préposé : 97, 447

Prérogatives de puissance publique : 50,
255
Prescription de communauté : 69, 100,
131, 135,
179, 219 et s,
Prestation
- de compensation du handicap : 438
et s
- hybrides : 440
Prêteur de deniers : 320 et s
Procédure collective : 84, 187, 324
Profit : 184, 209, 258 et s
Promesse (de subrogation) : 173
Publicité foncière : 231, 313, 323

Q

Qualification juridique : 455 et s
Qualité (extrinsèque et intrinsèques) : 196
et s,
Quasi-contrat : 51, 467
Quittance (subrogative) : 318, 369, 410

R

Récompense : 41, 114, 129, 348, 353, 407
Refinancement : 261, 299 et s, 326 et s,
375
Remembrement : 225
Remise de dette : 186, 225
Renonciation : 186, 188, 224 et s, 254,
267, 366, 484
Rente : 174, 435, 440 et s
Réparation intégrale : 125, 244, 252, 280,
378, 433, 439, 447,
462
Répétition de l'indu : 51, 72, 98, 468
Résolution (de la vente) : 194, 322
Restitution : 68 et s, 102, 129, 161, 175,
250, 322, 354
Rétention : 34, 131, 355

S

Saisie immobilière : 194

Sanction disciplinaire : 225
Service public : 257, 462, 488
Socialisation des risques : 293 et s, 299,
339, 493
Sous-traitant : 246, 254, 446
Subsidiarité : 124, 130 et s, 291, 355, 377,
422, 445, 469, 485, 495, 508
Subrogation des poursuites : 11
Subrogé tuteur ou curateur : 10
Successio in lucum : 4, 82, 157

T

Théorie du droit des obligations : 49
Transaction : 184, 236, 446, 460, 484
Travaux publics : 254,
Trouble anormal de voisinage : 189, 484,
491, 495

U

Universalité : 40 et s, 128, 161, 196, 230,
349, 351

V

Valeur : 101 et s, 403 et s

Table des matières

INTRODUCTION	1
PARTIE 1 : L'émergence d'une logique unitaire au sein de la notion de subrogation	25
Titre 1 : La subrogation, instrument de maintien de l'équilibre juridique	29
Chapitre 1 : La subrogation et la conservation d'un droit	31
Section 1 : La subrogation, un mécanisme réductible à l'unité	33
Paragraphe 1 : L'existence d'une notion générale de subrogation.....	35
A. L'identification de la notion de subrogation.....	35
1. L'apparente complexité de la subrogation personnelle	35
2. Une difficile appréhension de la subrogation réelle	39
B. La convergence vers un mécanisme unique de subrogation.....	42
1. La clarification des définitions générales de la subrogation.....	42
2. La reconnaissance d'une notion générale de subrogation	45
Paragraphe 2 : La transversalité de la notion de subrogation personnelle.....	49
A. La subrogation personnelle, issue du droit civil et relayée en droit public	49
1. Une notion applicable en droit administratif	49
2. Une application empreinte de droit civil	53
B. L'incorporation de la subrogation personnelle en droit public.....	57
1. La subrogation personnelle intégrée au sein du droit public	57
2. Le mode de réception de la subrogation personnelle par le droit public	60
Section 2 : La conservation d'un droit, objectif unique de la subrogation	63
Paragraphe 1 : Les tentatives de détermination de l'objectif de la subrogation réelle64	
A. Les propositions doctrinales d'objectifs de la subrogation réelle.....	65
1. La subrogation réelle et l'affectation des biens	65
2. La subrogation réelle et la restitution de biens	68
B. Les tentatives d'unification des buts de la subrogation réelle	69
1. Une apparente complémentarité des notions d'affectation et de restitution... 70	
2. Une tentative de regroupement autour de la notion d'affectation	72
Paragraphe 2 : La subrogation en tant qu'instrument de conservation d'un droit.....	75

A.	Le rapprochement de la subrogation réelle vers l'objectif de conservation d'un droit	75
1.	La détermination de la finalité de la subrogation réelle	75
2.	Une unité autour de l'objectif de conservation d'un droit.....	78
B.	L'objectif de conservation d'un droit inhérent à la notion de subrogation personnelle.....	80
1.	Un objectif présent dès l'origine de la subrogation personnelle	80
2.	La subrogation personnelle, mécanisme de conservation du droit de créance	82
	Conclusion du chapitre 1	87
Chapitre 2 :	L'équilibre, le résultat attendu de la conservation d'un droit.	89
Section 1 :	La subrogation, une réaction à un risque de déséquilibre patrimonial.....	91
Paragraphe 1 :	L'occasion de la subrogation : la fluctuation.....	92
A.	Les évènements générateurs de fluctuations	92
1.	La fluctuation et l'impossibilité d'exercer le droit sur le bien initial	93
2.	La fluctuation et la répartition du poids définitif de la charge de la dette	96
B.	La perturbation de l'équilibre patrimonial.....	99
1.	La fluctuation, élément générateur d'un risque de déséquilibre patrimonial.	99
2.	La présence incontournable de mouvements de valeurs.....	101
Paragraphe 2 :	La subrogation et la préservation de l'équilibre antérieur	104
A.	La fonction régulatrice de la subrogation	105
1.	L'omniprésence de l'idée d'équilibre au sein de la subrogation	105
2.	Le lien direct entre l'équilibre et la conservation du droit	107
B.	La détermination de l'équilibre juridique à maintenir.....	109
1.	La référence implicite à la notion d'équité	109
2.	Le maintien d'un équilibre juridique antérieur à la subrogation	112
Section 2 :	La subrogation, point de convergence entre conservation d'un droit et équilibre	115
Paragraphe 1 :	La conservation du droit, élément indispensable au maintien de l'équilibre antérieur	116
A.	Les opérations translatives de droits et le maintien de l'équilibre antérieur	117
1.	Les limites du rapprochement entre la cession de créance et la subrogation personnelle	117
2.	Les limites du rapprochement de la subrogation personnelle à l'initiative du débiteur avec la cession de dette	119
B.	Les opérations créatrices de droits et le maintien de l'équilibre antérieur ...	121

1.	La création d'un droit nouveau : La novation et la délégation.....	122
2.	La création d'une nouvelle action : le recours personnel et l'action <i>in rem verso</i>	124
Paragraphe 2 :	L'impact du lien affirmé entre conservation d'un droit et maintien de l'équilibre antérieur.....	126
A.	La subrogation réelle, l'unique moyen de perpétuation de l'équilibre antérieur.....	127
1.	Une fonction régulatrice tribulaire de la disparition du droit.....	127
2.	Une réaction subsidiaire au déséquilibre patrimonial.....	130
B.	La dualité de fonction de la subrogation et l'appréhension du mécanisme..	132
1.	L'introduction d'une nouvelle conception de la subrogation.....	132
2.	La subrogation intégrée au sein du système de droit commutatif.....	135
Conclusion du chapitre 2	139
Conclusion du titre 1.....		141
Titre 2 :	La subrogation, un mécanisme de transmission de droits	143
Chapitre 1 :	La conservation d'un droit par son transfert.....	147
Section 1 :	Le principe de l'effet translatif de la subrogation.....	151
Paragraphe 1 :	La reconnaissance de l'effet translatif de la subrogation.....	152
A.	La qualification de fiction, un obstacle à la reconnaissance de l'effet translatif de la subrogation.....	152
1.	La subrogation qualifiée de fiction juridique.....	153
2.	L'appréhension de la subrogation en tant que fiction juridique.....	156
B.	Le dépassement de l'appréhension restrictive de la subrogation.....	160
1.	L'évolution de la pensée doctrinale.....	160
2.	La consécration de l'effet translatif.....	164
Paragraphe 2 :	La mise en œuvre de l'effet translatif.....	167
A.	La source du transfert de créances : le paiement.....	168
1.	L'effet translatif, un effet conditionné au paiement.....	168
2.	Les aménagements aux modalités du paiement.....	171
B.	Les apparentes barrières à l'effet translatif de la subrogation réelle.....	174
1.	L'aliénation du bien, un obstacle à la conservation du droit de propriété ?. 174	
2.	Le transfert de droits entre différentes masses de biens.....	178
Section 2 :	L'ampleur de l'effet translatif de la subrogation.....	181
Paragraphe 1 :	Le transfert de la créance et la mesure du paiement.....	182

A.	La détermination de l'ampleur du transfert de la créance	182
1.	Une stricte limitation de l'étendue du transfert	183
2.	Le moment du paiement et l'état de la créance transmise	186
B.	La transmission de la créance initiale	188
1.	Le transfert de la créance dans sa composition	189
2.	Le transfert des accessoires de la créance.....	192
Paragraphe 2 :	Le transfert du droit et la nature du bien de remplacement	195
A.	Le transfert du droit dans la mesure de la fluctuation	195
1.	Le rejet de la théorie classique	196
2.	La fluctuation, un indicateur de l'ampleur du transfert	199
B.	L'étendue des droits transmis	201
1.	La détermination du contenu irréductible des droits transmis.....	202
2.	Une adaptation des droits transmis à la nature du bien nouveau	204
Conclusion du chapitre 1		207
Chapitre 2 :	La mesure du transfert : entre encadrement et limitations	209
Section 1 :	Les conditions d'encadrement de l'effet translatif de la subrogation	213
Paragraphe 1 :	La possibilité de se prévaloir de la subrogation	214
A.	Les restrictions légales au jeu de la subrogation	215
1.	La prise en compte de l'intérêt au paiement.....	215
2.	Un transfert conditionné à l'accomplissement de formalités	218
B.	Le rôle de la volonté dans la mise en œuvre de la subrogation	221
1.	La volonté de subroger	221
2.	La renonciation au bénéfice de la subrogation	224
Paragraphe 2 :	La prise en compte du besoin de protection juridique.....	226
A.	Une protection accordée à travers les conditions d'opposabilité de la subrogation	226
1.	L'opposabilité de la subrogation personnelle.....	226
2.	Des conditions variables d'opposabilité de la subrogation réelle.....	229
B.	La sauvegarde des intérêts du subrogé	232
1.	La garantie du recours subrogatoire	232
2.	Les garanties d'ordre procédural	234
Section 2 :	Les limites de l'effet translatif de la subrogation.....	237
Paragraphe 1 :	Les limites internes au mécanisme subrogatoire	238
A.	Les limites attachées à la qualité des parties	239

1.	L'impact de la situation du subrogé	239
2.	Le droit de préférence du subrogeant	242
B.	Les obstacles à la conservation du droit dans toute son ampleur	245
1.	Intransmissibilité des avantages personnels	246
2.	La modification de la nature du droit	249
Paragraphe 2 :	Les limites externes à la subrogation.....	251
A.	Les effets de la présence d'une personne publique	252
1.	Les obstacles à l'exercice du recours subrogatoire	252
2.	La situation fragilisée des parties à l'opération	255
B.	La subrogation génératrice de profit.....	258
1.	Un profit accidentel	258
2.	Un enrichissement voulu	261
Conclusion du chapitre 2		265
Conclusion du titre 2.....		269
Conclusion de la partie 1		271
PARTIE 2 : La persistance de singularités au sein de la notion de subrogation		273
Titre 1 : L'emploi de la subrogation		275
Chapitre 1 : L'utilité de la subrogation		277
Section 1 : La subrogation, un auxiliaire essentiel de la garantie		279
Paragraphe 1 : Le contexte de développement de la subrogation personnelle		280
A.	Le développement d'une facilité d'indemnisation	281
1.	L'obligation au tout en droit privé.....	282
2.	L'obligation au tout en droit public	285
B.	La création de nouveaux débiteurs de réparation	288
1.	La création de mécanismes dénués de lien avec la responsabilité.....	289
2.	Le phénomène de socialisation des risques	293
Paragraphe 2 : La subrogation personnelle, un mécanisme de répartition de la charge de la dette		296
A.	La volonté de faire peser la charge de la dette sur un responsable du dommage	296
1.	L'imputabilité du dommage	296
2.	La subrogation et la protection de l'équilibre juridique antérieur	299

B.	La répartition de la charge de la dette entre coresponsables	301
1.	Le recours subrogatoire entre coresponsables	302
2.	La dénaturation du recours subrogatoire	305
Section 2 :	La subrogation, un outil économique.....	309
Paragraphe 1 :	Un contexte économique favorable au développement de la subrogation	310
A.	La multiplication des échanges économiques	310
1.	La circulation des biens	310
2.	Le recours au crédit	312
B.	La subrogation et le crédit à court terme	314
1.	L'affacturage	314
2.	Les instruments de paiement et les effets de commerce.....	317
Paragraphe 2 :	La subrogation, une réponse adaptée aux attentes économiques	320
A.	La subrogation, une protection juridique pour le prêteur	321
1.	Une protection à travers le bénéfice de garanties et privilèges	321
2.	Les contraintes du recours subrogatoire	323
B.	La subrogation, une technique de refinancement	326
1.	Le besoin de refinancement des tiers payeurs	326
2.	La subrogation, un outil de refinancement du prêteur.....	328
Conclusion du chapitre 1		331
Chapitre 2 :	Le rayonnement de la subrogation	333
Section 1 :	L'élargissement contenu du domaine de la subrogation.....	335
Paragraphe 1 :	L'élargissement du domaine de la subrogation personnelle.....	335
A.	L'extension du champ d'application de la subrogation personnelle	336
1.	Une extension de l'application de l'ancien article 1251 alinéa 3 du Code civil transposée en droit public	336
2.	Une extension par la création de régimes spéciaux de réparation	339
B.	Un principe général de subrogation personnelle issu de l'article 1346 du Code civil	341
1.	L'apport du nouvel article 1346 du Code civil.....	341
2.	La consécration d'un principe général de subrogation légale	344
Paragraphe 2 :	Un domaine contenu de la subrogation réelle	347
A.	Le domaine extensif de la subrogation réelle	348
1.	Des volontés d'extension du domaine de la subrogation réelle.....	348
2.	Le maintien de sa fonction technique uniquement	351

B.	Le domaine limité de la subrogation réelle	354
1.	L'étendue du champ d'application de la subrogation réelle.....	354
2.	L'absence de principe général de subrogation réelle.....	356
Section 2 :	L'effectivité de la subrogation	361
Paragraphe 1 :	L'effectivité dans la mise en œuvre de la subrogation	361
A.	L'opportunité dans la mise en œuvre de la subrogation.....	362
1.	Une mise en œuvre suboptimale de la subrogation personnelle.....	362
2.	Une mise en œuvre optimisée de la subrogation réelle	365
B.	La preuve de la subrogation.....	368
1.	Les moyens de preuve de la subrogation personnelle	368
2.	Les difficultés rencontrées en matière de subrogation réelle	371
Paragraphe 2 :	L'effectivité relative de la subrogation personnelle	374
A.	Les obstacles à l'efficacité de la subrogation personnelle.....	374
1.	Les obstacles pratiques à l'efficacité de la subrogation personnelle	375
2.	Les obstacles légaux à l'efficacité de la subrogation personnelle	377
B.	L'effectivité de la subrogation personnelle en tant qu'auxiliaire de la responsabilité.....	380
1.	L'application de la subrogation en matière de coresponsabilité.....	380
2.	La subrogation assurant l'efficacité de la responsabilité.....	383
Conclusion du chapitre 2		387
Conclusion titre 1		389
Titre 2 : Les règles applicables aux différentes composantes du mécanisme subrogatoire		391
Chapitre 1 :	Les limites à l'uniformisation des régimes de la subrogation.....	393
Section 1 :	Un régime propre à chaque application	397
Paragraphe 1 :	L'élaboration complexe des conditions de la subrogation réelle	398
A.	Le remplacement, condition de la subrogation réelle.....	398
1.	Un remplacement portant sur un bien.....	399
2.	Les modalités du remplacement	400
B.	L'indifférence de la valeur dans la subrogation réelle	403
1.	L'individualisation et la valeur du bien	403
2.	L'équivalence entre le bien initial et le bien de remplacement	405
Paragraphe 2 :	Le régime clairement établi de la subrogation personnelle	407

A.	Les conditions de la subrogation personnelle en droit privé	407
1.	Les conditions essentielles de la subrogation personnelle.....	407
2.	L'émergence du régime irréductible de la subrogation personnelle.....	409
B.	L'uniformisation du régime de la subrogation personnelle en droit privé et en droit public.....	410
1.	Un régime unique de subrogation personnelle	411
2.	L'articulation entre les règles spécifiques du droit public et le recours subrogatoire.....	413
Section 2 :	L'impact des régimes spéciaux en matière de subrogation personnelle ...	417
Paragraphe 1 :	L'harmonisation du recours subrogatoire des tiers payeurs entre le droit privé et le droit public.....	418
A.	L'imputation des prestations et le recours subrogatoire.....	419
1.	La nouvelle assiette du recours subrogatoire.....	420
2.	Le lien entre la subrogation et l'imputation des prestations.....	424
B.	La ventilation des postes de préjudice lors du recours subrogatoire des tiers payeurs.....	428
1.	L'instauration du recours subrogatoire poste par poste de préjudices.....	429
2.	Le droit de préférence accordé à la victime.....	431
Paragraphe 2 :	Les divergences persistantes et leurs impacts sur le recours subrogatoire	434
A.	Un manque d'harmonisation entre le droit privé et le droit public.....	435
1.	Une nécessaire clarification des postes de préjudices	435
2.	Les difficultés liées à l'imputation de prestations hybrides.....	440
B.	L'instauration de règles particulières à certains tiers payeurs	443
1.	La spécificité du recours subrogatoire de l'assureur	443
2.	L'influence directe des règles particulières sur le recours subrogatoire.....	447
Conclusion du chapitre 1		449
Chapitre 2 :	Le manque d'uniformisation dans l'application du recours subrogatoire.	451
Section 1 :	Les incertitudes liées à la dualité des recours en contribution.....	453
Paragraphe 1 :	Le régime de la subrogation au sein des recours en contribution.....	454
A.	L'impact de la qualification du recours en contribution sur le régime applicable.....	455
1.	Les régimes juridiques distincts des recours en contribution.....	455
2.	Les confusions entre l'action subrogatoire et l'action personnelle	458
B.	Le régime spécifique de la subrogation juridictionnelle.....	461

1.	La subrogation juridictionnelle un procédé spécifique au droit public	461
2.	La remise en cause de la subrogation juridictionnelle.....	463
Paragraphe 2 :	L'absence de fondement du recours personnel.....	465
A.	Les tentatives infructueuses pour fonder le recours personnel en droit privé	466
1.	Les fondements juridiques devant être rejetés.....	466
2.	La contestation des fondements juridiques retenus	470
B.	Les fondements insatisfaisants de l'action récursoire de droit public	473
1.	L'absence de fondement originaire de l'action récursoire	473
2.	La remise en cause des fondements retenus de l'action récursoire	476
Section 2 :	La nécessité d'une répartition symétrique des recours en contribution	481
Paragraphe 1 :	Le choix de la nature du recours en contribution	482
A.	La place de la subrogation au sein des recours en contribution	482
1.	L'affirmation de la primauté du recours subrogatoire en droit privé	483
2.	La place grandissante du recours subrogatoire en droit public	486
B.	L'articulation entre le recours subrogatoire et le recours personnel.....	490
1.	Le maintien d'une pluralité de recours en contribution.....	490
2.	Un manque d'harmonisation jurisprudentiel	494
Paragraphe 2 :	L'uniformisation du critère de répartition des recours en contribution..	496
A.	La détermination de critères de répartition des recours en contribution	497
1.	La notion de coauteur, critère jurisprudentiel de droit public	497
2.	Le critère légal de répartition favorisant le recours subrogatoire.....	500
B.	Le besoin de transversalité dans le choix du recours en contribution	502
1.	Le rejet de la délimitation de droit public autour de la notion de coauteur ..	503
2.	Une proposition d'uniformisation	506
Conclusion du chapitre 2		509
Conclusion du titre 2.....		511
Conclusion de la partie 2		513
Conclusion générale		515
Bibliographie		519
Index alphabétique		541
Table des matières		545