

DOCUMENT SOUMIS AUX DROITS D'AUTEUR : SOUS LICENCE CREATIVE COMMONS

CITEZ-NOUS DE LA FAÇON SUIVANTE :

P.-G. Marly, *Recours de l'assureur solvens : le retour en grâce de la cession de droits ?*, bjda.fr 2021, n° 74

Recours de l'assureur solvens : le retour en grâce de la cession de droits ?

Pierre-Grégoire Marly,

Professeur agrégé des Facultés de droit,
Directeur du Master de droit des assurances
Le Mans Université

Recours de l'assureur contre le tiers responsable – Fondement principal – Subrogation spéciale – Fondement subsidiaire – Cession conventionnelle de droits (non) – Subrogation conventionnelle (oui)

Par un arrêt promis à une large diffusion, la Cour de cassation a récemment décidé que le recours d'un assureur de biens contre le tiers responsable du sinistre peut être fondé sur une cession de droits consentie par son assuré¹.

Quoique cette solution émane de la Chambre commerciale qui la cantonne expressément aux assurances « *couvrant le risques d'avaries et pertes subies par des marchandises transportées* », elle questionne inmanquablement sur la possible extension de son champ d'application.

Une telle extension est-elle souhaitable ? Rien n'est moins sûr si l'on se souvient que la consécration d'une subrogation spéciale de l'assureur fut motivée par la volonté législative d'évincer les clauses de cession (I). Cette éviction est d'ailleurs confortée par l'impérativité bien comprise de l'article L.121-12 du Code des assurances (II).

I) L'éviction raisonnée de la cession au profit de la subrogation

Assignant un fondement spécifique au recours subrogatoire des assureurs de dommages, le législateur de 1930 a souhaité rompre avec la pratique des clauses de cession pour ne pas laisser impuni le responsable du sinistre (A) tout en protégeant les droits de l'assuré (B).

A) Éviter de laisser impuni l'auteur du sinistre

¹ Com. 21 oct. 2020, n°19-16.206, FS-PBRI : LEDA, déc. 2020, n°11, p. 1, note D. Krajewski.

La nécessité d'investir l'assureur d'un recours contre le tiers responsable du dommage dont il a indemnisé son assuré est d'abord dictée par une considération morale. De fait, sans ce recours, ledit tiers serait injustement dispensé d'assumer ses actes puisque, une fois indemnisé au titre de l'assurance, l'assuré se trouverait privé d'intérêt et de qualité à agir contre lui². Partant, le responsable jouirait d'une véritable impunité alors qu'il lui revient indiscutablement de supporter le poids final de la réparation du dommage qu'il a causé. C'est pourquoi, avant même la loi du 13 juillet 1930, le recours de l'assureur *solvens* contre le tiers responsable fit l'objet d'une importante jurisprudence.

Pour rappel, les juges dénièrent longtemps à l'assureur la possibilité d'exercer contre le tiers responsable les droits de son assuré par la vertu du mécanisme subrogatoire. Relevant notamment qu'en désintéressant son assuré, l'assureur acquittait sa propre dette et non celle d'autrui, la Cour de cassation jugeait insatisfaites les conditions requises dans la subrogation tant légale³ que conventionnelle⁴. De même, après quelque hésitation, elle refusa d'accueillir le recours personnel fondé sur l'ancien article 1382 du Code civil⁵, l'assureur ne supportant aucun préjudice du simple fait qu'il exécute la prestation promise au contrat d'assurance⁶.

L'usage se répandit alors d'insérer dans les polices une clause par laquelle l'assuré transmettait à l'assureur, conformément aux anciens articles 1689 et suivants du Code civil⁷, ses droits et actions contre le tiers responsable. Quoique validée par la jurisprudence⁸, cette pratique n'en fut pas moins critiquée pour son iniquité (*cf. infra I.b.*).

C'est dans ce contexte que fut rédigé l'article 36 de la loi du 13 juillet 1930, devenu l'article L. 121-12 du Code des assurances, qui confère au recours subrogatoire de l'assureur contre le tiers responsable un fondement spécial. Le législateur aurait pu choisir d'encadrer la cession conventionnelle de droits au profit de l'assureur, ou encore édicter une option entre cette cession et la subrogation. Au lieu de cela, il n'a retenu que la subrogation de plein droit car seul ce procédé, tout en produisant un effet transmissif, permet de garantir la nécessaire protection des droits de l'assuré.

B) Protéger les droits de l'assuré

Au moment où fut débattue la future loi du 13 juillet 1930, la cession conventionnelle était le seul procédé véritablement reconnu par les juges pour asseoir le recours de l'assureur contre le tiers responsable du sinistre.

Toutefois, ce procédé présentait d'inacceptables inconvénients pour l'assuré⁹. En effet, la cession n'étant pas subordonnée au versement préalable de la prestation d'assurance, l'assuré pouvait être frustré de son action contre le tiers responsable avant même d'avoir été indemnisé

² Sauf pour l'éventuelle fraction du dommage que son assureur n'aurait pas compensée.

³ Civ., 2 mars 1829 : D. 1829, p. 163.

⁴ Civ., 3 fév. et 5 août 1885 : DP 1886, 1, 173.

⁵ C. civ., art. 1240.

⁶ Civ., 6 janv. 1914 : DP 1918, 1, 57 ; Req, 18 avr. 1932 : RGAT 1932, p. 525.

⁷ C. civ., art. 1321 et s.

⁸ Civ., 3 fév. et 5 août 1885, préc. ; Civ., 3 nov. 1928 : DH 1928, p. 605.

⁹ Cf. M. Picard et A. Besson, *Les Assurances terrestres*, t. 1, *Le Contrat d'assurance*, 4^{ème} éd., 1975, n° 330.

de son dommage. Et si cette indemnisation était insuffisante pour couvrir son entier dommage, bien qu'il conservât un recours contre le tiers responsable pour récupérer le reliquat, il entrerait en concours avec l'action de l'assureur, sans pouvoir lui opposer un quelconque droit de préférence. Aussi pouvait-il advenir que l'assureur obtienne du tiers responsable une somme supérieure à celle versée à son assuré au titre de la cession, et réalise ainsi un profit d'autant plus intolérable qu'il avait pourtant perçu une prime en contrepartie de l'indemnité servie.

C'est pourquoi les artisans de la loi de 1930 ont délibérément écarté la cession au profit de la subrogation qui, seule, permet de protéger l'assuré en même temps qu'elle transmet ses droits à l'assureur. L'un d'entre eux justifie ainsi ce choix : « *Le texte actuel [i.e. l'article 36] prévoit une subrogation et non plus une cession de droits, ce qui suppose que l'assureur a déjà indemnisé l'assuré, ainsi d'ailleurs que le premier paragraphe de l'article 36 l'exprime en termes formels.*¹⁰ » Quant au vénérable Besson, il résume ainsi la motivation du législateur : « *Comme l'indique l'exposé des motifs, le texte nouveau prévoit une subrogation et non plus une cession de droits. Sans le dire expressément, la loi a donc prohibé celle-ci.*¹¹ ».

Et si cette volonté législative d'évincer les cessions conventionnelles ne transparaissait pas suffisamment de l'article 36 précité, la Cour de cassation s'est chargée de dissiper toute équivoque. Ainsi, dans un célèbre arrêt du 5 mars 1945 rendu en chambre civile, elle énonce que « *ledit article 36, qui subroge de plein droit, dans les droits et actions de l'assuré contre le tiers responsable du sinistre, l'assureur « qui a payé l'indemnité d'assurance jusqu'à concurrence de cette indemnité » tend à faire bénéficier l'assureur du recours de l'assuré sans nuire à ce dernier et notamment a pour but de prévenir les conséquences abusives d'une cession conventionnelle éventuelle desdits droits qui dépasseraient les effets de la subrogation et pourraient nuire au créancier cédant (...)* »¹². Plus clairement encore, elle affirme dans une décision du 8 juillet 1968, publiée au bulletin, « *que l'article 36 de la loi du 13 juillet 1930 en subrogeant l'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de son assuré contre le tiers qui a causé le dommage, détermine le seul moyen offert à l'assureur pour se prévaloir de ces droits à l'encontre de l'auteur du sinistre, prohibant ainsi toute cession conventionnelle de ceux-ci (...)* »¹³

De cette jurisprudence, il s'infère que le choix législatif de la subrogation fut incontestablement motivé par un rejet de la cession jugée insuffisamment protectrice des droits de l'assuré¹⁴. De fait, seule la subrogation garantit notamment que l'assureur ne pourra recourir contre le tiers responsable qu'après avoir désintéressé son assuré, que ce recours sera limité au montant de l'indemnité versée et, plus largement, que l'assureur ne pourra nuire à l'assuré qu'il n'aurait pas intégralement désintéressé.

Ainsi, la subrogation offre ce que la cession ne permet pas. Autrement dit, la subrogation ne poursuit pas qu'une finalité qui la rendrait, de ce point de vue, strictement équivalente à la cession d'actions : si les deux procédés ont en commun de transmettre à l'assureur les droits de l'assuré contre le tiers responsable dont l'impunité est ainsi jugulée, seule la subrogation

¹⁰ Rapport R. Lafarge, JORF, Doc. AN., 1926, Annexe n°3316, p.1167.

¹¹ A. Besson, note sous Civ. 5 mars 1945, D. 1946, p.1.

¹² Civ., 5 mars 1945 : D. 1946, p.1, note A. Besson ; JCP 1945, II, 2798, note P. L.-P. ; RGAT, 1945, p. 157, note A. Besson.

¹³ Civ.1, 8 juil. 1968 : D. 1969, p. 21, note H.M. ; RGAT, 1969, p. 27 ; JCP 1969, II, 15700, note P.P.

¹⁴ A.Besson, note ss Civ., 5 mars 1946, RGAT, préc. : « *En un mot, il [i.e. l'arrêt] interdit les clauses de cession d'actions dans la mesure où, par rapport à cette subrogation, elles sont de nature à nuire aux assurés.* »

garantit parallèlement l'indispensable protection de l'assuré. C'est pourquoi, en consacrant une subrogation spéciale au profit de l'assureur, le législateur a indiscutablement condamné la cession conventionnelle des droits de l'assuré.

Cette motivation, qui n'a rien d'obsolète, justifie en grande partie le caractère impératif de l'article L. 121-12 du Code des assurances et l'exclusivité du recours qu'il fonde.

II) L'application exclusive de la subrogation au profit de l'assureur

L'article L. 121-12 du Code des assurances revêt un caractère impératif qui assoit l'exclusivité de la subrogation spéciale dont il est le fondement textuel (A). Cette impérativité s'accommode tout au plus de l'admission à titre subsidiaire d'un recours subrogatoire fondé sur le droit commun des obligations (B).

A) L'impérativité de la subrogation spéciale dont les conditions sont réunies

C'est principalement l'arrêt précité du 5 mars 1945 qui affirma l'impérativité de l'article 36 de la loi du 13 juillet 1930, devenu l'article L. 121-12 du Code des assurances¹⁵. De prime abord, cette disposition serait plutôt supplétive puisqu'en vertu de l'article L. 111-2 du même Code, le livre premier du Code des assurances est d'ordre public, à l'exception des facultés qu'octroient certaines dispositions, parmi lesquelles figure l'article L. 121-12.

Au vrai, l'exercice de la subrogation fondée sur cet article est facultatif, en ce sens que l'assureur demeure libre d'y renoncer et, par conséquent, de ne pas recourir contre le tiers responsable. En revanche, dès l'instant où les conditions de cette subrogation sont réunies, l'assureur qui souhaite recourir contre le tiers responsable ne peut acquérir les droits de son assuré par une autre voie, spécialement par une cession conventionnelle. C'est dire que si l'article L. 121-12 accorde une faculté à l'assureur, il recèle cependant une disposition impérative que la Cour régulatrice, dans l'arrêt susmentionné de 1945, lie à la protection de l'assuré : « *Attendu que l'article 2 de la loi du 13 juillet 1930 [futur C. ass., art. L. 111-2] limite la liberté des parties de modifier le contrat d'assurance à la « faculté » contenue dans l'article 36 [futur C. ass., art. L. 121-12], de telle sorte que les restrictions légales à l'exercice de la subrogation légale inspirées par la protection de l'assuré subrogeant sont d'ordre public (...)* ».

Par cette formule, les hauts magistrats affirment donc l'impérativité de l'article L. 121-12 qu'ils justifient par la protection que le régime de la subrogation offre à l'assuré subrogeant, par opposition au régime de la cession qui est écarté en l'espèce. Par suite, cette impérativité sera réaffirmée par l'arrêt précité du 8 juillet 1968¹⁶ ainsi que par une décision du 9 juillet 1985¹⁷ :

¹⁵ Civ., 5 mars 1945 : D. 1946, p.1, note A. Besson ; JCP 1945, II, 2798, note P. L.-P. ; RGAT, 1945, p. 157, note A. Besson.

¹⁶ Civ.1, 8 juil. 1968, préc. : « *Mais attendu que l'article 36 de la loi du 13 juillet 1930 en subrogeant l'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de son assureur contre le tiers qui a causé le dommage détermine le seul moyen offert à l'assureur pour se prévaloir de ces droits à l'encontre de l'auteur du sinistre, prohibant ainsi toute cession conventionnelle de ceux-ci (...)* »

¹⁷ Civ.1, 2 juill. 1985, n° 84-12327 : Bull. I, n° 213 : « *Vu l'article l. 121-12 du code des assurances, attendu qu'aux termes de ce texte, 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 ; qu'il en résulte qu'il ne dispose pas d'autre recours (...)* »

En revanche, un arrêt ultérieur de la première Chambre civile est venu semer le trouble en énonçant « *que la subrogation légale de l'assureur contre le tiers responsable, instituée par les dispositions de l'article L. 121-12 du Code des assurances, qui ne sont pas impératives, n'exclut pas l'éventualité d'une subrogation conventionnelle.*¹⁸ » Par cette décision, la Cour de cassation serait-elle revenue en 1997 sur sa position de 1945 pour autoriser à nouveau la cession conventionnelle de droits au profit de l'assureur ? A l'analyse, loin de rompre avec sa jurisprudence, elle rappelle simplement que l'impérativité de l'article L. 121-12 n'exclut pas la subrogation de droit commun lorsque la subrogation spéciale ne peut remplir son office.

B) L'admission à titre subsidiaire de la subrogation de droit commun

Comme exposé ci-dessus, l'article L. 121-12 est d'ordre public en ce qu'il défend à l'assureur d'acquiescer les droits de l'assuré par un autre moyen que la subrogation spéciale dont les conditions sont réunies. En revanche, si ces conditions font défaut, la jurisprudence a progressivement admis le recours subsidiaire à la subrogation de droit commun, qu'elle soit légale¹⁹ ou conventionnelle²⁰.

Concernant la subrogation légale de droit commun, la jurisprudence fut longtemps rétive à son application au profit de l'assureur, motif pris qu'en désintéressant son assuré, il acquittait sa propre dette et non celle d'autrui (*cf. supra I.a.*). La Cour de cassation l'a finalement accueillie en estimant que le paiement effectué par l'assureur, s'il éteint une obligation qui lui est propre, libère toutefois envers le créancier commun celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette²¹. Partant, un assureur invoquera cette subrogation lorsque les conditions prescrites à l'article L. 121-12 ne sont pas réunies. En ce sens, l'article 1346 du Code civil lui permettra, notamment dans les assurances de responsabilité, de recourir contre le tiers indemnisé alors même que son assuré ne dispose pas à son encontre d'action en réparation.

De même, la subrogation conventionnelle fut tardivement admise pour pallier la défaillance de la subrogation légale. Or, son utilité est indéniable lorsque cette subrogation légale, tant spéciale que générale, se révèle inapplicable. Ainsi en est-il lorsque l'assureur de responsabilité indemnise la victime d'un dommage dont il s'avère ultérieurement que l'assuré n'était pas l'auteur. En cette occurrence, ayant acquitté une dette à laquelle il n'était pas tenu, l'assureur ne peut se prévaloir de l'article 1346 du Code civil, ni de l'article L. 121-12 du Code des assurances. De même, la subrogation conventionnelle offre un recours à l'assureur de biens qui a versé la prestation alors qu'il n'y était pas tenu en raison de la nullité du contrat d'assurance ou de l'exclusion de la garantie²². En toute hypothèse, la Cour de cassation admet la subrogation conventionnelle dans la mesure où elle supplée la défaillance de la subrogation légale et préserve, comme toute forme de subrogation, les droits de l'assuré subrogeant.

¹⁸ Civ. 1, 9 décembre 1997, n° 95-19003 : Bull. I, n° 355 ; RCA, mai 1998, p. 4, note H. Groutel ; Defrénois 1998, p. 341, obs. Ph. Delebecque.

¹⁹ C. civ., art. 1346 (anc. art. 1251, 3°).

²⁰ C. civ., art. 1346-1 (anc. art. 1250, 1°).

²¹ Jurisprudence constante depuis Civ. 1., 3 mars 1987, n° 85-12.344 : Bull. civ. I, n° 83 ; RGAT 1988, p. 28, note J. Bigot.

²² *Cf.* Civ. 1, 5 juin 1967, n° 65-11.984 : RGAT 1968, p. 52, note A. Besson ; Com., 23 nov. 1971 : RGAT 1972, p. 385, note J. Bigot ; Civ. 2, 7 déc. 2006, n° 04-14096 : RCA 2007, p. 101, note H. Groutel ; Com., 16 juin 2009, n° 07-16.840 : Bull. IV, n° 85 ; RCA 2009, p. 268, note H. Groutel ; Com., 16 déc. 2014, n° 13-23342 : RCA 2015, p. 108, note H. Groutel.

Or, à l'analyse, l'arrêt précité du 9 décembre 1997 ne dit pas autre chose. En l'espèce, l'assureur d'un maître d'ouvrage avait indemnisé celui-ci alors que les conditions de la garantie n'étaient pas remplies. Ayant donc payé sans y être tenu, cet assureur ne pouvait se prévaloir de la subrogation spéciale pour agir contre l'entrepreneur responsable des désordres. En revanche, il tenait de son assuré une quittance subrogative dont la cour d'appel aurait dû rechercher si elle valait subrogation personnelle. Partant, quoiqu'elle mentionne incidemment que les dispositions l'article L. 121-12 « *ne sont pas impératives* », la Cour de cassation n'a fait que rappeler la validité d'une subrogation conventionnelle à dessein de suppléer la défaillance de la subrogation légale. Comme le déplore l'annotateur de cet arrêt : « *il serait regrettable qu'une maladresse de rédaction donne de mauvaises idées à ceux qui, prenant la Cour de cassation au mot, se fonderait sur l'absence de caractère impératif des dispositions de l'article L. 121-12... les assureurs pourraient être tentés de revenir à la cession conventionnelle de créance.*²³ »

Au vrai, même en prenant au mot la Cour de cassation, cette inquiétude est sans doute excessive car, déniait l'impérativité de l'article L. 121-12, la Cour de cassation n'en déduit jamais que l'éventualité d'une subrogation conventionnelle, et non d'une cession. A la lettre, cela signifie tout au plus que l'assureur pourrait invoquer la subrogation conventionnelle quand bien même seraient remplies les conditions de la subrogation spéciale qui perdrait ainsi son exclusivité. Mais aurait-il seulement intérêt à le faire ? En aucun cas, puisque si ses conditions sont réunies, la subrogation spéciale opère de plein droit, de sorte que la subrogation conventionnelle s'avèrerait parfaitement inutile. En d'autres termes, cette subrogation n'interviendrait jamais qu'à titre subsidiaire, l'article L. 121-12 fut-il dépourvu d'impérativité.

En résumé, il ne peut donc décemment être soutenu que l'intention du législateur de 1930, comme celle des hauts magistrats en 1997, fut d'ouvrir une option entre la subrogation et la cession à l'effet d'investir l'assureur des droits de son assuré contre le tiers responsable. Du reste, il n'est guère justifié de réintroduire aujourd'hui une pratique que ce législateur a précisément conçu d'évincer. A cet égard, les raisons qui motivèrent l'introduction de l'article L. 121-12 du Code des assurances (anc. art. 36 L. 1930) n'ont certainement pas disparu.

Comment justifier alors le revirement opéré par la Chambre commerciale en 2020 ?

Certes, il se trouve plusieurs décisions d'appel qui ont admis la cession conventionnelle pour fonder le recours de l'assureur contre le tiers responsable²⁴. Pour autant, aucune opinion doctrinale ne semble y avoir décelé l'amorce d'un revirement ni même appelé celui-ci de ses vœux²⁵.

²³ H. Groutel, note préc. sous Civ. 1, 9 décembre 1997.

²⁴ Par ex. : Dijon, 1^{ère} Ch. civ., 19 janv. 2012, n° 11/00350.

²⁵ Soit les auteurs affirmaient clairement l'invalidité de la cession conventionnelle (cf. M. Asselain in H. Groutel et alii, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Litec 2008, n° 1602 et 1603 ; L. Grynbaum in L. Grynbaum et alii, *Assurances*, L'argus éditions, 2016, n° 2764 ; M. Chagny et L. Perdrix, *Droit des assurances*, LGDJ, 2014, n° 624 ; H. Groutel, « Le recours subrogatoire de l'assureur », RGDA 2018, p. 134), soit ils l'ignoraient parfaitement comme alternative à la subrogation (cf. J. Kullmann in Lamy Assurances, 2019, n° 1026 et s. ; J. Bigot in J. Bigot et alii, *Traité de droit des assurances*, t. 3, LGDJ, 2014, n° 1981 et s. ; B. Beigner, *Droit des assurances*, LGDJ, 2015, n° 585 ; V. Nicolas, *Droit des contrats d'assurance*, Economica, 2012, n° 824 et s. ; Y Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, Dalloz, 2017, n° 652 ; S. Abravanel-Jolly, *Droit des assurances*, Ellipses, 3^e 2020, n° 657 et s. ; P.-G. Marly, *Droit des assurances*, Dalloz, 2013, n° 253 et s.

Faut-il trouver l'explication dans le particularisme du transport de marchandises ? La portée limitée du revirement considéré y incite et laisse surtout espérer que la Deuxième chambre civile, juge naturel en matière d'assurances, ne s'en inspire guère.