

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Un autre mode de transfert des créances

Thunis, Xavier; Fosseprez, Bérénice

*Published in:*

La transmission des obligations en droit français et en droit belge

*Publication date:*

2019

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Thunis, X & Fosseprez, B 2019, Un autre mode de transfert des créances: le paiement subrogatoire en droit belge. dans *La transmission des obligations en droit français et en droit belge: approches de droit comparé*. Larcier , Bruxelles, pp. 413-518.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## SECTION 2

**UN AUTRE MODE DE TRANSFERT DES CRÉANCES :  
LE PAIEMENT SUBROGATOIRE EN DROIT BELGE**

PAR

**XAVIER THUNIS**

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE NAMUR,

ET

**BÉRÉNICE FOSSÉPREZ**

ASSISTANTE À L'UNIVERSITÉ DE NAMUR ET AVOCATE AU BARREAU DE BRUXELLES

## OBJET DE L'EXPOSÉ

1. – Subroger veut dire substituer ou remplacer. La subrogation est un mécanisme par lequel, dans un rapport juridique, une personne ou une chose (dite subrogée) en remplace une autre (dite subrogeante) et doit être considérée comme la personne ou la chose qu'elle remplace.

Le paiement subrogatoire (ou paiement avec subrogation) est une application de la subrogation personnelle. Celle-ci peut se greffer sur le paiement d'une dette par un tiers mais ce n'est pas toujours le cas. La subrogation a en effet un champ d'application plus large. Parfois dénommée action subrogatoire, l'action oblique, qui permet à un créancier de se substituer à son débiteur négligent pour exercer les droits de celui-ci contre le sous-débiteur, peut être considérée comme une hypothèse de subrogation personnelle<sup>(1)</sup>. Dans certains cas, le législateur uti-

---

(1) Pour De Page (*Traité*, t. III, 3<sup>e</sup> éd., n° 513), la subrogation est une notion générique qui se retrouve dans diverses institutions, action oblique ou cession de créances, où l'effet translatif n'est pas lié à un paiement. À propos de l'action oblique, comp., en droit français, J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes*, J. GHESTIN (dir.), Paris, LGDJ, 2005, p. 809. L'action oblique, à certains égards, est une sorte de représentation forcée mais cette qualification ne rend pas compte de l'opposabilité des exceptions dont bénéficie le sous-débiteur vis-à-vis du titulaire de l'action oblique.

lise la subrogation à titre de sanction. Dans la loi sur les baux à ferme, le preneur peut exiger d'être substitué à l'acquéreur en cas de vente du bien loué en violation de son droit de préemption<sup>(2)</sup>. Plus proche de notre sujet, la cession de créance substitue le cessionnaire au cédant, le transport de créance opérant en principe sans modifier celle-ci et sans porter atteinte à la situation juridique du cédé. Au sens large, la cession de créance subroge le cessionnaire au cédant en transférant la même créance de l'un à l'autre, ce qui permet de la rapprocher du paiement subrogatoire dont l'effet est identique<sup>(3)</sup>. Le rapprochement s'accroît dans les textes récents, Code civil français ou avant-projet de loi belge, qui soumettent l'opposabilité du paiement subrogatoire à un formalisme d'opposabilité calqué sur celui de la cession de créance<sup>(4)</sup>.

Le paiement subrogatoire est prévu aux articles 1249 et suivants du Code civil<sup>(5)</sup>. Que la source de la subrogation soit légale ou conventionnelle, le mécanisme en est le suivant : une personne tierce, comme le permet l'article 1236 du Code civil, paie le créancier primitif et est substituée dans les droits de celui-ci vis-à-vis du débiteur par le fait du paiement et dans la mesure de celui-ci<sup>(6)</sup>. Ce lien entre le paiement par le tiers et la transmission de la créance à celui-ci constitue la spécificité de l'opération.

**2. – Le paiement subrogatoire était initialement conçu comme un service d'ami : un tiers paie les dettes d'un débiteur avec l'intention de l'aider, sans s'appauvrir mais sans chercher non plus à s'enrichir. L'opération, au moins à l'origine, est désintéressée, charitable même et**

(2) Art. 51 de la loi du 4 novembre 1969 sur les baux à ferme. Pour une application, J.P. Tournai, 3 juin 2014, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1862 (fraude des acquéreurs et vendeurs concernant la vente d'un terrain à un prix excessif pour écarter le droit de préemption du fermier).

(3) De Page (*ead. loco*) présente la cession de créance comme un cas particulier de subrogation, ce qui n'est pas habituel en doctrine.

(4) Sur cette question, F. GEORGE et X. THUNIS, « Le futur de la subrogation : une évolution sans révolution », in *Métamorphoses de la subrogation*, coll. CUP, vol. 181, Limal, Anthemis, 2018, pp. 160-174.

(5) Par facilité, on parlera, dans la suite du texte, de subrogation ou de paiement subrogatoire.

(6) Voy. notamment, en droit belge : *La transmission des obligations*, Travaux des IX<sup>es</sup> Journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 1980 ; P.-H. DELVAUX, « La subrogation et la réparation du dommage », *R.G.A.R.*, 1994, n° 12298 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY « Chronique de jurisprudence. Régime général de l'obligation (1985-1995) », *J.T.*, 1999, p. 838 ; M.-C. ERNOTTE, « Le paiement subrogatoire », in *La théorie générale des obligations (suite)*, vol. 57, Liège, Ed. Formation permanente CUP, 2002, p. 189 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. 3, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 2045 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général de l'obligation*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 634-659 ; F. GEORGE et X. THUNIS (dir.), *Métamorphoses de la subrogation*, coll. CUP, vol. 181, Limal, Anthemis, 2018.

En droit français, J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, Paris, LGDJ, 1979 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes*, op. cit., pp. 387 et s.

utile. On trouve en cette matière, devenue fort technique, pas mal de références à l'équité (voy. *infra* sur la justification de la primauté du subrogeant en cas de paiement partiel par le débiteur, n° 34). Ce trait opposait le paiement subrogatoire à la cession de créance caractérisée comme une opération spéculative où le cessionnaire cherche un profit en reprenant des créances à un prix inférieur à leur valeur nominale<sup>(7)</sup>. L'exemple des fonds vautours souligne, sur le plan international, que la cession de créance reste une technique appropriée pour réaliser des profits abusifs au détriment des débiteurs cédés<sup>(8)</sup>.

À mesure que le paiement subrogatoire a trouvé d'autres applications dans le domaine des paiements bancaires, des assurances et de la sécurité sociale, il a servi d'autres fins que le service d'ami. Sa philosophie s'est progressivement transformée, ce qui a réagi sur ses conditions et son régime. Dans le domaine des assurances, la subrogation qui bénéficie à l'assureur trouve une justification dans le principe indemnitaire : l'indemnisation dont bénéficie l'assuré, victime d'un dommage, ne peut être supérieure au dommage qu'il a subi<sup>(9)</sup>. La subrogation au profit de l'assureur permet d'éviter que l'assuré cumule l'indemnité qu'il reçoit en exécution du contrat d'assurance et les dommages et intérêts qu'il pourrait obtenir au terme d'une action en responsabilité dirigée contre le responsable du sinistre. Ce principe indemnitaire gouverne également les subrogations spécifiques instituées par le législateur au profit des autres tiers payeurs (mutuelle, assureur-loi, etc.). Celles-ci sont guidées par le souci d'indemniser rapidement les victimes, sans toutefois leur permettre de s'enrichir, mais aussi par des considérations budgétaires. Enfin, le paiement subrogatoire constitue une technique au service du crédit et du financement, comme dans le contrat d'affacturage<sup>(10)</sup>.

**3. –** Le lien qui unit l'effet translatif à l'effet extinctif du paiement de la dette d'autrui est fondamental et intense. La doctrine belge souligne

(7) L'évolution est retracée par J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, op. cit., pp. 21 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, op. cit., n° 700.

(8) Les fonds vautours sont des fonds d'investissement spéculatifs qui se spécialisent dans l'achat, à bas prix, de créances émises par des débiteurs en difficulté ou proches du défaut de paiement. Ils tentent de réaliser une plus-value en exigeant le remboursement de leur créance à une valeur proche de la valeur nominale en plus des intérêts et d'éventuels arriérés de retard.

(9) J. WILDEMEERSCH et J. LOLY, « La subrogation de l'assureur », in C. EYBEN et C. VERDURE (dir.), *Les recours de l'assureur*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 63 ; B. DUBUISSON et V. CALLEWAERT, « Les recours de l'assureur après l'indemnisation », in *La loi sur le contrat d'assurance terrestre. Bilan et perspectives après 20 années d'application*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 141.

(10) Voy. le rapport de D. Philippe dans cet ouvrage. Pour une présentation synthétique des applications contemporaines du paiement subrogatoire, Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFELMUNCK, *Droit des obligations*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 789 et s.

un « effet de cession de créance » du paiement subrogatoire en faveur du tiers *solvens*<sup>(11)</sup>. Notre contribution met l'accent sur l'aspect translatif du paiement subrogatoire tout en rappelant que le paiement au subrogeant est la condition et la mesure du transfert de créance. Cet ancrage fondamental reste solide et la jurisprudence, au moins en droit commun, entend le maintenir<sup>(12)</sup>. Un aperçu synthétique des conditions du paiement subrogatoire montre toutefois un certain assouplissement de celles-ci, notamment avec l'extension du mécanisme aux obligations *in solidum* et aux assurances (I). Plus qu'à la source du paiement subrogatoire, c'est aux effets de celui-ci que l'on s'attache. Ces effets reflètent la nature hybride du mécanisme (II). À la lumière de développements législatifs et jurisprudentiels récents liés au nombre croissant de tiers payeurs, on se demande si l'effet translatif du paiement subrogatoire n'est pas en train de conquérir une certaine autonomie par rapport à l'effet extinctif (III). La dernière partie de cette contribution situe le paiement subrogatoire par rapport à la cession de créance qui peut être un outil complémentaire ou concurrent, au service de la transmission de créance<sup>(13)</sup>. Elle souligne aussi la complexité excessive de la matière, due au fait que le législateur a réglé l'intervention des tiers payeurs institutionnels au cas par cas (IV).

## I. – UN TRANSFERT DE CRÉANCES ANCRÉ DANS UN PAIEMENT

4. – Selon De Page, « il y a paiement avec subrogation lorsqu'une personne, autre que le débiteur de l'obligation, paye le créancier et, en vertu de l'autorisation de celui-ci ou de la loi, se substitue à lui (désormais désintéressé) dans ses droits et actions vis-à-vis du débiteur »<sup>(14)</sup>. Cette définition synthétique et précise montre le lien qui unit l'effet translatif à l'effet extinctif du paiement subrogatoire.

---

(11) P. VAN OMMESLAGHE, « À propos de la cession de créance : le concours entre le créancier cessionnaire de la créance (en propriété ou à titre pignoratif) et le tiers *solvens* subrogé dans les droits du créancier cédant », in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 301 ; S. STIJNS, *Verbindenissenrecht*, liv. 2, Bruges, die Keure, 2009, p. 113.

(12) Par exemple Civ. Mons, 11 décembre 1987, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1043, suivant l'enseignement de De Page.

(13) Sur les différences entre le paiement subrogatoire et la cession de créance, C. VANACKERE, « Paiement avec subrogation », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2010, V.1.6-3 et 4 ; S. MEYS, « Vergelijking van de overdracht van schuldvordering met de betaling met indeplaatsstelling », *R.W.*, 2014-2015, p. 602. La comparaison est développée dans le point IV de ce rapport.

(14) *Traité*, t. III, p. 519, n° 514.

Le paiement subrogatoire a une nature hybride et se présente sous un double aspect :

1. Un paiement du créancier par le tiers payeur ou tiers *solvens*, ce qui est possible en vertu de l'article 1236 du Code civil, sauf si la dette est *intuitu personae*.
2. Une transmission automatique de la créance du créancier initial. La subrogation se greffe sur le paiement et fait bénéficiaire, le cas échéant, le tiers payeur subrogé des droits, actions et sûretés du subrogeant.

Le paiement subrogatoire est singulier, à plusieurs points de vue. Il repose sur la possibilité pour un tiers d'acquitter la dette d'autrui, ce qui ne va pas de soi quand on voit la méfiance que le législateur manifeste envers les actes désintéressés et les conditions auxquelles il soumet les interventions en faveur d'autrui. La subrogation serait fondée sur l'équité : le droit récompenserait celui qui a payé pour autrui sans chercher d'avantage personnel<sup>(15)</sup>.

Les effets du paiement subrogatoire aussi sont étonnants : il emporte l'extinction, totale ou partielle, de la créance primitive à l'égard du créancier subrogeant et la résurrection de la même créance sur la tête du tiers payeur qui pourra, par la suite, en obtenir le paiement à charge du débiteur. C'est donc un paiement exécuté par le tiers payeur (subrogé) au créancier originaire (subrogeant) dans la perspective d'un paiement futur que le débiteur lui fera<sup>(16)</sup>.

Le créancier originaire est en quelque sorte expulsé du rapport initial. Si la créance lui est totalement payée, le créancier originaire disparaît. Quand la subrogation est légale, son consentement n'est même pas requis pour que le mécanisme s'enclenche. Ces traits interdisent de voir dans le paiement subrogatoire une représentation. On ne saurait y voir non plus une novation ou une délégation puisqu'à l'instar de la cession de créance, le paiement avec subrogation opère le transfert de la même créance du subrogeant au subrogé<sup>(17)</sup>. Ce qui a son importance quand il s'agit d'en préciser les effets, en particulier entre le tiers payeur subrogé et le débiteur. Ce dernier reste inchangé et ne doit pas voir son sort juridique aggravé par une opération qu'il subit.

(15) J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, p. 41 et s.

(16) Sous réserve de l'hypothèse où le paiement subrogatoire servirait à réaliser une libéralité, ce qui est rare. En jurisprudence française, req., 25 juin 1872, *DIP*, 1874, I, 16.

(17) La délégation est analysée dans les rapports d'A. Hontebeyrie pour la France et d'I. Samoy et S. Van Loock pour la Belgique.

5. – Comme l’indique la définition proposée par De Page, la subrogation peut être légale ou conventionnelle. Les deux types de subrogation peuvent se renforcer ou agir l’une à défaut de l’autre.

La subrogation légale ne bénéficie pas automatiquement à tout tiers payeur. Le législateur réserve cette faveur au tiers payeur « intéressé » au paiement de la dette. Selon l’article 1251, 3<sup>o</sup>, du Code civil, « la subrogation a lieu de plein droit... 3<sup>o</sup> Au profit de celui qui, étant tenu avec d’autres ou pour d’autres au paiement de la dette, avait intérêt de l’acquitter ». La notion de tiers payeur intéressé au paiement de la dette est centrale et mériterait d’être éclaircie<sup>(18)</sup>.

Le tiers qui ne bénéficie pas de la subrogation légale peut bénéficier de la subrogation conventionnelle<sup>(19)</sup>. En outre, rien n’empêche le tiers payeur bénéficiant de la subrogation légale de conclure une subrogation conventionnelle avec le créancier subrogeant<sup>(20)</sup>, pour renforcer sa position et adapter, *dans une certaine mesure*, les conditions de la subrogation légale<sup>(21)</sup>.

Dans l’avant-projet de Code civil<sup>(22)</sup>, les sources de la subrogation demeurent inchangées. La subrogation est d’origine soit conventionnelle soit légale (articles 5.291 et 5.292 de l’avant-projet).

Le contenu de l’article 1249 du Code civil ayant traité à la subrogation conventionnelle est repris à l’article 5.292 de l’avant-projet qui en modernise la formulation. L’article 5.294 soumet la subrogation légale à davantage de changements. L’énumération de l’article 1251 est modifiée. Elle débute par l’hypothèse de subrogation légale la plus fréquente. Celle-ci est définie comme celle qui existe « au profit de celui qui s’acquitte d’une dette, s’il a, par son paiement, libéré, à l’égard du

(18) La doctrine se contente généralement d’énumérer les hypothèses de tiers intéressés au paiement sans les définir. J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil. Le régime des créances*, op. cit., p. 387. Voy. toutefois J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, op. cit., p. 149, qui approfondit la notion d’intérêt au paiement.

(19) Cass., 21 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1780. Nous n’envisageons que la subrogation à l’initiative du créancier prévue à l’article 1250, 1<sup>o</sup>, du Code civil. La subrogation consentie par le débiteur prévue par l’article 1250, 2<sup>o</sup>, du Code civil est beaucoup plus rare. Le mécanisme en est différent mais les effets, translatif et extinctif, sont identiques. Contrairement à la subrogation consentie par le créancier qui n’est pas formaliste, elle requiert que l’acte d’emprunt et la quittance soient passés devant notaire, ce qui en limite l’utilisation en pratique. Pour plus de détails, P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, op. cit., p. 2048.

(20) Cass., 21 mai 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 1007.

(21) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, op. cit., p. 2045.

(22) Avant-projet de loi approuvé, le 30 mars 2018, par le Conseil des ministres, tel que préparé par la Commission de réforme du droit des obligations instituée par l’arrêté ministériel du 30 septembre 2017 et adapté, eu égard aux observations reçues depuis le début de la consultation publique lancée le 7 décembre 2017, [https://justice.belgium.be/sites/default/files/voorontwerp\\_van\\_wet\\_verbintenissenrecht.pdf](https://justice.belgium.be/sites/default/files/voorontwerp_van_wet_verbintenissenrecht.pdf).

créancier, celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette ». La formulation adoptée englobe les hypothèses où le *solvens* paie une dette qui lui est personnelle et non celle d'autrui. Nous y reviendrons.

6. – Toute subrogation, légale ou conventionnelle, doit respecter les conditions minimales du paiement subrogatoire. Un aperçu synthétique de celles-ci montre, à travers même les dérogations qu'elles subissent et les discussions qu'elles ont suscitées, à quel point ces conditions sont essentielles en ce qu'elles lient paiement et transfert de créance.

Le paiement subrogatoire suppose une dette ayant fait l'objet d'un paiement préalable, effectif et valide par le *solvens*. Celui-ci doit être un tiers et effectuer le paiement de la dette d'autrui. Ces conditions s'appliquent au paiement subrogatoire en général (A). La subrogation conventionnelle répond en outre à des conditions particulières (B). Ces conditions ne sont pas toujours strictement respectées. Elles font l'objet d'aménagements, voire de dérogations, qui portent tantôt sur la condition de paiement, tantôt sur la condition liée à la dette d'autrui (C). L'atteinte à la condition de paiement accentue le volet translatif qui conquiert une certaine autonomie par rapport au volet extinctif. Cette autonomie s'accroît avec l'intervention d'un nombre croissant de tiers payeurs, dont les conséquences juridiques sont analysées dans le point III.

#### A. – *Conditions applicables à tout paiement subrogatoire* *Aperçu synthétique*

##### 1. *Paiement effectif, préalable et valable d'une dette existante*

7. – Pour qu'une subrogation légale ou conventionnelle puisse avoir lieu, il faut qu'il existe une dette à payer (C. civ., art. 1235, al. 1<sup>er</sup>). Il s'agit de la dette du débiteur à l'égard du créancier<sup>(23)</sup>.

Le paiement doit être valide. N'est pas valide le paiement fait au profit d'une personne ne jouissant pas de la capacité juridique pour recevoir le paiement effectué par le tiers<sup>(24)</sup>. Le paiement involontaire de la dette d'autrui donne lieu à une action en répétition d'indu conformément aux articles 1376 et suivants du Code civil.

(23) C. EYBEN, « La subrogation légale de l'assureur qui paye une dette sans y être obligé contractuellement », *J.J.Pol.*, 2008, p. 69.

(24) Liège, 22 mars 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 978 (à propos d'un assureur ayant effectué un paiement à une association n'ayant pas la personnalité juridique).

Il semble aller de soi qu'un paiement suppose une dette à éteindre. Cette condition peut prêter à discussion. Il arrive qu'un assureur paie une indemnité à son assuré sans être tenu d'une dette à son égard. Un assureur n'a pas l'obligation de couverture mais indemnise son assuré parce qu'il renonce à invoquer une cause d'exclusion. La subrogation légale peut-elle lui bénéficier ? La Cour de cassation a répondu par l'affirmative à cette question dans un arrêt du 31 octobre 1991 qui ne fait vraiment pas l'unanimité<sup>(25)</sup>. La Cour s'appuie sur l'article 22, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 11 juin 1874 sur les assurances (devenu art. 95 de la loi du 4 avril 2014), qui accorde le bénéfice de la subrogation légale à l'assureur « qui a payé l'indemnité ». Cette tournure de phrase semble indiquer que l'assureur qui intervient en dehors des limites de sa garantie et paie ainsi une dette sans y être obligé contractuellement peut être subrogé dans les droits de son assuré<sup>(26)</sup>.

L'existence d'une dette à payer est une condition de base de la subrogation. À notre avis, à défaut de dette de l'assureur vis-à-vis de l'assuré, la subrogation légale devrait être refusée (pour de plus amples développements, voy. *infra*, n° 41). Il n'est pas certain que la subrogation conventionnelle, recommandée par certains auteurs, puisse fournir une solution<sup>(27)</sup>.

**8. – Le paiement doit être effectif<sup>(28)</sup>.** Une simple promesse de paiement ne suffit pas pour faire naître une subrogation au profit du tiers payeur<sup>(29)</sup>. Il peut toutefois y avoir une promesse de subrogation comme le prévoit la clause suivante tirée d'un contrat « assurance risques électroniques » couvrant l'indemnisation de l'assuré pour des dommages causés par des tiers.

La compagnie réserve expressément ses droits et ceux de l'assuré contre tous auteurs d'un sinistre, garants ou responsables, à quelque titre que ce soit, même contre tous assureurs.

(25) C. EYBEN, « La subrogation légale de l'assureur qui paye une dette sans y être obligé contractuellement », *op. cit.*, p. 68 ; C. EYBEN, « Le paiement avec subrogation. Quelques traits d'une évolution autour de la condition du paiement », in *Le paiement*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 163 (l'auteur y évoque la résistance de certains juges du fond à la jurisprudence de la Cour) ; J.-L. FAGNART, « La subrogation de l'assureur ayant payé un sinistre non couvert », note sous Cass., 31 octobre 1991, *R.C.J.B.*, 1993, pp. 575 et s.

(26) Pour une vue d'ensemble de la question, C. EYBEN, « La subrogation légale de l'assureur qui paye une dette sans y être obligé contractuellement », *op. cit.*, pp. 68 à 78 ; J. WILDEMEERSCH et J. LOLY, « La subrogation de l'assureur », *op. cit.*, p. 85 avec un ample exposé des controverses.

(27) Dans un sens positif, après discussion, B. DUBUISSON et V. CALLEWAERT, « Les recours de l'assureur après l'indemnisation », *op. cit.*, p. 154.

(28) Cass., 17 mars 1952, *Pas.*, 1952, I, p. 448 ; Bruxelles, 6 mars 1980, *Pas.*, 1980, II, p. 117.

(29) Pol. Anvers, 23 juin 1997, *R.G.A.R.*, 1999, n° 13086.

À cet effet, les assurés la subrogent *par le seul fait du contrat d'assurance*, dans tous ses droits, actions et recours jusqu'à concurrence de l'indemnité payée. *Ils sont tenus de réitérer cette subrogation dans la quittance de l'indemnité* (nous soulignons).

La subrogation ne sera effective que lors du paiement de l'indemnité. Un assureur qui n'aurait pas versé d'indemnité à l'assuré ne peut lui être subrogé et ne peut donc se constituer partie civile contre le tiers responsable<sup>(30)</sup>.

Le paiement peut être partiel. L'hypothèse est explicitement prévue par l'article 1252 du Code civil qui donne préférence au subrogeant en cas de concours avec le subrogé. Si le créancier accepte le paiement partiel, la subrogation sera partielle<sup>(31)</sup>. Alors que la cession partielle d'une créance est rare, l'hypothèse où le tiers payeur désintéresse le subrogeant en lui versant un montant inférieur à la dette se présente en pratique. Une compagnie d'assurances indemnise la victime d'un sinistre à concurrence d'un forfait ou pour certains types de dommages, ou encore une caution désintéresse le créancier dans la limite de l'engagement qu'elle a pris, inférieur à la dette contractée par le débiteur principal envers le créancier.

9. – La qualification du paiement a fait débat en droit belge comme en droit français. La doctrine a proposé plusieurs qualifications : contrat, acte juridique unilatéral et fait juridique<sup>(32)</sup>. La qualification d'acte juridique unilatéral est adoptée par la doctrine belge majoritaire. La solution figure désormais expressément à l'article 5.268, alinéa 1<sup>er</sup> du projet de nouveau Code civil. Acte juridique unilatéral, le paiement est, dans le régime actuel, soumis, en matière civile, à l'article 1341 du Code civil<sup>(33)</sup>. Dans le régime à venir, issu de la loi du 13 avril 2019, la preuve d'un acte juridique unilatéral pourra être apportée par tout mode de preuve.

Quand elle est consentie par le créancier, la subrogation conventionnelle ne constitue pas un contrat solennel<sup>(34)</sup>. Quant à la subrogation légale, elle est automatique. Pour des raisons de preuve, le paiement, subrogatoire ou non, est généralement constaté dans une quittance.

(30) Anvers, 8 mai 1985, *Pas.*, 1985, II, p. 128 ; Mons, 19 novembre 1987, *J.T.*, 1988, p. 244. La situation peut toutefois être régularisée en cours d'instance.

(31) Comm. Liège, 20 mars 1959, *J.L.*, 1958-1959, p. 287 cité par C. VANACKERE, « Paiement avec subrogation », *op. cit.*, V.1.6-5.

(32) Pour une synthèse de la question, P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, pp. 569-574.

(33) Cass., 6 décembre 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 2349, *R.A.B.G.*, 2004, p. 717, note I. GEERS ; Cass., 26 octobre 2006, *Pas.*, 2006, I, p. 2163. D. MOUGENOT, *La preuve*, 3<sup>e</sup> éd., Tiré à part du Répertoire notarial, Bruxelles, Larcier, 2012, part. pp. 132 et s.

(34) Une subrogation verbale est donc valide. J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, p. 72.

Une quittance subrogatoire est en pratique indispensable si la subrogation est conventionnelle. Il peut s'agir d'un acte sous seing privé ou, en cas de subrogation à l'initiative du débiteur, d'un acte authentique<sup>(35)</sup>. Il doit au minimum être revêtu de la signature du créancier<sup>(36)</sup>.

La subrogation ne se réalise en principe que si le subrogé a effectué un paiement. La date de celui-ci revêt une importance particulière. C'est un moment clé pour déterminer l'opposabilité des exceptions par le débiteur au subrogé, ainsi qu'on le souligne plus loin (point II). En droit positif actuel, aucune formalité n'est requise pour l'opposabilité aux tiers de la subrogation, contrairement à ce qui est prévu en matière de cession de créances. La doctrine admet que la date d'une quittance ordinaire est en principe opposable aux tiers, sans que celle-ci doive être enregistrée. Le subrogé a toutefois intérêt à informer le débiteur s'il veut obtenir paiement et éviter l'application de l'article 1240 du Code civil<sup>(37)</sup>. En revanche, la date d'une quittance subrogatoire n'acquiert un caractère certain vis-à-vis des personnes qui n'ont pas la qualité d'entreprise que dans les conditions établies par l'article 1328 du Code civil<sup>(38)</sup>.

L'avant-projet prévoit sur ce point une innovation importante : un formalisme d'opposabilité du paiement subrogatoire. Selon l'article 5.295, « Le paiement subrogatoire est opposable aux tiers autres que le débiteur du seul fait de son existence. Sauf dispositions légales contraires, le paiement subrogatoire n'est opposable au débiteur qu'à partir du moment où il lui a été notifié ou qu'il a été reconnu par celui-ci. L'article 5.253, alinéas 3 et 4, est applicable ».

Ce nouveau formalisme d'opposabilité est calqué sur celui déjà applicable à la cession de créance. Pour être opposable au débiteur, la subrogation doit avoir été notifiée ou reconnue par celui-ci. Malgré les critiques formulées à l'endroit des alinéas 3 et 4 de l'article 1690,

(35) La subrogation consentie à l'initiative du débiteur est un contrat solennel. Nous n'en traitons pas dans cette contribution.

(36) Anvers, 23 novembre 1988, *Rev. not. b.*, 1989, p. 526. Une quittance qui ne serait pas revêtu de la signature du créancier pourrait valoir comme commencement de preuve par écrit. En ce sens, J.-P. BUYLE, « La preuve et le coût du paiement », *Rev. dr. U.L.B.*, 1993, p. 154.

(37) J.-P. BUYLE, « La preuve et le coût du paiement », *op. cit.*, p. 157.

(38) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, p. 2047. La date de la quittance n'est pas nécessairement la date du paiement. En jurisprudence belge, Liège, 28 juin 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1140 ; Anvers, 25 novembre 2002, *R.G.A.R.*, 2003, n° 13676. Sur la justification théorique de la différence de traitement entre une quittance ordinaire et une quittance subrogatoire, voy. la belle analyse de J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, p. 75.

§ 1<sup>er</sup>, du Code civil actuel<sup>(39)</sup>, ces dispositions sont maintenues à l'article 5.253 et rendues désormais applicables à la subrogation.

## 2. Paiement par un tiers de la dette d'autrui

10. – Le paiement subrogatoire suppose que le tiers qui s'en prévaut, intéressé ou non, paie la dette d'autrui et non sa propre dette. En vertu des articles 1236 et 1237 du Code civil, un tiers peut acquitter la dette. Un courtier paie des primes pour le compte d'un assuré, des parents avancent des fonds pour aider leur enfant à acquérir un immeuble, un locataire paie la totalité du loyer pour les colocataires etc. L'article 1237 limite toutefois la possibilité de faire acquitter la dette par un tiers, lorsque l'obligation du débiteur est *intuitu personae* mais aussi, plus largement, lorsque le créancier peut démontrer un intérêt légitime à ce qu'elle soit exécutée par le débiteur lui-même<sup>(40)</sup>. Il en va ainsi d'une compagnie d'assurances qui ne souhaite pas que le paiement d'une prime soit effectué, au profit de l'assuré, par un courtier avec lequel elle a rompu toute relation professionnelle.

Une distinction est faite par l'article 1236, alinéa 2, du Code civil selon que le tiers a ou non intérêt au paiement de la dette.

1<sup>o</sup>) Si le tiers est personnellement intéressé au paiement, il bénéficie d'un statut de faveur puisqu'il est légalement subrogé dans les droits du créancier subrogeant (C. civ., art. 1251, 3<sup>o</sup>).

2<sup>o</sup>) Un tiers non intéressé ne jouit pas de la subrogation légale. Il peut toutefois disposer d'un recours contre celui dont il a acquitté la dette. Un gérant d'affaires, tiers non intéressé, peut recourir contre le maître de l'affaire aux conditions légalement requises qui sont assez strictes. À défaut de bénéficier d'une subrogation légale, il peut se faire consentir une subrogation conventionnelle par le créancier en vertu de l'article 1250, 1<sup>o</sup>, du Code civil.

Cette exigence du paiement, par un tiers, de la dette d'autrui s'applique à la subrogation légale comme à la subrogation conventionnelle. S'il est possible, en tant que gérant d'affaires, d'obtenir du maître de

(39) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, pp. 852-862.

(40) Cass., 28 septembre 1973, *R.C.J.B.*, 1974, p. 238, note J. VAN DAMME. Cass., 2 février 2012, *R.W.*, 2014-2015, p. 1659, note S. RUTTEN. Pour une analyse de cette jurisprudence, P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 637. Comp. avec l'article article 5.270 de l'avant-projet qui énonce que « [le paiement] peut même être fait par un tiers qui n'est pas intéressé à l'obligation. Le créancier a toutefois, en ce cas, le droit de refuser le paiement s'il fait valoir un motif légitime résultant de l'intérêt à ce que l'obligation soit, eu égard à sa nature ou à sa portée, exécutée par le débiteur lui-même ou de l'intérêt à ce qu'elle ne le soit pas par un tiers déterminé ».

l'affaire le bénéfice d'une subrogation conventionnelle, il n'est pas possible, conventionnellement, de dénaturer le paiement subrogatoire en écartant une de ses conditions fondamentales. Le payeur ne peut se faire consentir une subrogation s'il paie une dette exclusivement personnelle<sup>(41)</sup>.

11. – L'article 1251 du Code civil fait bénéficier certains tiers payeurs d'une subrogation automatique dans les droits du créancier. Il prévoit quatre hypothèses. La plus fréquente est celle prévue par l'article 1251, 3°. C'est sur elle que nous centrons l'exposé, les trois autres concernant surtout le droit notarial<sup>(42)</sup>.

Selon l'article 1251, 3°, 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 ». Les bénéficiaires de cette subrogation sont les tiers intéressés au paiement dont il est question à l'article 1236 du Code civil. La notion de tiers intéressé au paiement ne fait pas l'objet d'une définition systématique en doctrine. Celle-ci procède généralement par énumération<sup>(43)</sup>.

Sont tenus d'une dette avec d'autres le codébiteur *in solidum* et le codébiteur solidaire qui paient une dette si leur paiement excède leur contribution définitive, les cautions dans les rapports entre elles (C. civ., art. 2033) mais aussi les personnes que la loi déclare obligées avec d'autres, comme les notaires pour les droits qui n'auraient pas été consignés par les parties à l'acte.

Est tenue pour d'autres la caution qui joue un rôle de garant et se trouve subrogée dans les droits du créancier à l'égard du débiteur. Ce recours est fondé sur l'article 1251, 3°, mais aussi sur l'article 2029 du Code civil. Cette disposition applique au cautionnement le principe

(41) Cass., 11 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 170. Selon cet arrêt, la subrogation conventionnelle, comme la subrogation légale, requiert que le tiers payeur ait acquitté la dette d'autrui et non sa propre dette. Pour un commentaire, S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique (1985-1995) », *J.T.*, 1999, n° 53.

(42) Voy. les formules proposées par Ch. DE WULF, *Het opstellen van notariële akten*, 2<sup>e</sup> éd., Malines, Kluwer, 2006, pp. 45 et s.

(43) Voy. toutefois J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, p. 149 qui approfondit la notion d'intérêt au paiement. Il procède également à une énumération très complète (p. 153 et s.) de même que M.-C. ERNOTTE, « Le paiement subrogatoire », *op. cit.*, p. 209. Voy. aussi les réflexions pertinentes de P. BAZIER, « *L'intuitus personae* et l'exécution des obligations contractuelles : questions choisies », in *Théorie générale des obligations et contrats spéciaux*, P. WÉRY (dir.), Bruxelles, Larcier, 2016, p. 112 et s.

énoncé à l'article 1251, 3° : « la caution qui a payé la dette, est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur »<sup>(44)</sup>.

L'article 1251, 3°, parle du paiement de la dette. Cette disposition semble ne viser que la communauté de paiement qui existe dans l'hypothèse où il n'y a qu'une seule dette, celle qui réunit les codébiteurs solidaires ou un débiteur et une caution. Telle était bien l'intention des rédacteurs du Code civil à une époque où l'obligation *in solidum* n'avait pas encore émergé. Initialement considérée comme une solidarité imparfaite, l'obligation *in solidum* a mis un certain temps à conquérir sa spécificité qui est de faire coexister plusieurs dettes distinctes<sup>(45)</sup>. Ceci a suscité des difficultés et des débats sur l'application de l'article 1251, 3°, au coobligé *in solidum* au motif que celui-ci, en payant la totalité de la dette, ne fait que payer sa propre dette et non la dette d'autrui. La jurisprudence a toutefois su faire preuve de souplesse pour permettre au codébiteur *in solidum*, qui a payé pour le tout, de bénéficier d'un régime analogue à celui du codébiteur solidaire dont il est *en fait*, sinon *en droit*, très proche.

L'article 5.294 de l'avant-projet apporte une modification importante en étendant la subrogation légale<sup>(46)</sup>. Il prévoit notamment que la subrogation a lieu de plein droit « au profit de celui qui s'acquitte d'une dette, s'il a, par son paiement, libéré, à l'égard de leur créancier commun, celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette ». Cette modification de formulation vise à surmonter les obstacles que les conditions classiquement imposées pour la subrogation légale soulèvent quand un codébiteur *in solidum* s'acquitte de la totalité d'une dette de responsabilité dont il est une des causes. La subrogation requiert en effet le paiement de la dette d'un tiers alors qu'en toute rigueur de terme, le codébiteur *in solidum* qui paie toute la dette paie à la fois la dette d'un tiers et sa dette propre. La Cour de cassation a contourné cette difficulté en admettant que « celui qui paye dans son propre intérêt une dette

(44) Voy. la liste dressée par P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, n° 710. Cet auteur cite aussi comme tenues pour d'autres, en se référant à De Page (*Traité*, t. III, 1967, n° 547/B), les personnes dont la responsabilité professionnelle est engagée vis-à-vis d'un créancier (p.ex. un prêteur) d'une obligation contractée par une autre personne (p. ex. un emprunteur) qui ne l'a pas exécutée. En jurisprudence, Civ. Liège, 19 janvier 1912, *Pas.* 1912, III, p. 102 ; Civ. Namur, 14 juin 1945, *Pas.*, 1946, III, p. 66 ; Civ. Liège, 28 février 1984, *J.L.*, 1985, p. 139.

(45) Voy. l'intéressante recherche historique de J. PERILLEUX, « L'obligation *in solidum* entre passé et avenir », in *Liber Amicorum De Bandt*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 513 et s. ; B. DE CONINCK, « Les recours après indemnisation en matière de responsabilité civile extracontractuelle : la condamnation *in solidum* et la contribution à la dette », *J.T.*, 2010, p. 756.

(46) Sur les modifications apportées par l'avant-projet, nous reprenons largement F. GEORGE et X. THUNIS, « Le futur de la subrogation : une évolution sans révolution », *op. cit.*, pp. 160-174.

dont il était tenu avec d'autres, n'acquitte pas exclusivement sa propre dette »<sup>(47)</sup>. L'avant-projet entérine donc l'extension jurisprudentielle de l'actuel article 1251, 3<sup>o</sup>, du Code civil (*infra*, C).

### B. – Conditions spécifiques à la subrogation conventionnelle

12. – Selon l'article 1250 du Code civil, la subrogation « est conventionnelle : 1<sup>o</sup> 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 ». L'article 5.292 de l'avant-projet s'exprime dans des termes similaires.

Une convention spécifique est donc conclue entre le créancier subrogeant et le tiers subrogé par laquelle le tiers payeur bénéficie de la subrogation dans les droits du subrogeant contre le débiteur. La subrogation prévue dans cette disposition est celle consentie par le créancier<sup>(48)</sup>. Celui-ci doit y marquer son accord. Il pourrait refuser la subrogation pour un paiement partiel en vertu du principe de l'indivisibilité du paiement (C. civ., art. 1244)<sup>(49)</sup>.

Ainsi qu'on l'a signalé, la subrogation conventionnelle peut soit confirmer et préciser une subrogation légale dont bénéficie le tiers payeur s'il est tiers intéressé au sens de l'article 1236, alinéa 1<sup>er</sup>, soit créer une subrogation au bénéfice d'un tiers payeur non intéressé qui ne jouit pas de la subrogation légale<sup>(50)</sup>. En matière d'assurances à caractère forfaitaire, le législateur n'a pas instauré de subrogation. Cela tient sans doute au fait que le principe indemnitaire ne s'y applique pas, si bien que l'indemnité versée en exécution d'un contrat d'assurance à caractère forfaitaire peut être cumulée avec d'autres indemnités. L'article 103 de la loi du 4 avril 2014 (ex-art. 49 de la loi du 25 juin 1992) permet cependant à l'assureur d'insérer dans la police une clause établissant une subrogation conventionnelle (sur ce point, *infra*, n<sup>o</sup> 40). On a fait observer, à juste titre, que cette faculté de subrogation conventionnelle permet à l'assureur

(47) Cass., 10 juillet 1952, *Pas.*, 1952, I, p. 738. Voy. aussi Cass., 24 juin 2013, *Pas.*, 2013, p. 1436, commenté au n<sup>o</sup> 16.

(48) Pour rappel, nous n'envisageons que la subrogation à l'initiative du créancier prévue à l'article 1250, 1<sup>o</sup>, du Code civil.

(49) J. MESTRE, *La subrogation personnelle, op. cit.*, p. 628, n<sup>o</sup> 571.

(50) Cass., 21 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1780.

d'obtenir une subrogation alors qu'il acquitte une dette propre, ce qui est une atteinte directe à une condition de base de la subrogation<sup>(51)</sup>.

13. – La subrogation conventionnelle doit satisfaire à certaines conditions spécifiques qui sont exigeantes.

1°) Elle doit être consentie par le créancier au moment du paiement, ni avant, ni après celui-ci. Cette condition est de rigueur. Elle s'explique par le fait que le paiement avec subrogation implique non seulement un paiement, mais aussi et en même temps une cession de créance.

Si la volonté de subroger doit être concomitante au paiement, c'est non seulement parce que « s'il n'y a que paiement, la dette est éteinte et rien ne pourrait la faire revivre »<sup>(52)</sup> mais aussi parce que « si la subrogation était antérieure au paiement, le créancier qui aurait cédé son droit ne pourrait plus s'en prévaloir et le paiement effectué entre ses mains ne se justifierait plus »<sup>(53)</sup>. En cas de paiements partiels successifs, la subrogation consentie par le créancier ne peut avoir lieu qu'à concurrence de chacun des paiements et non point en une fois lors du premier ou du dernier paiement ; la subrogation, en tant que *negotium*, doit donc être réitérée à l'occasion de chaque paiement partiel, ce qui n'est guère pratique. Il ne peut y avoir de subrogation anticipative ou de subrogation sur la base d'une simple promesse de payer.

Cette condition de simultanéité ne concerne que le *negotium*, l'*instrumentum* pouvant, quant à lui, être établi postérieurement ou même antérieurement<sup>(54)</sup>.

2°) La subrogation conventionnelle doit aussi être expresse. Cela ne signifie pas qu'il faille une forme particulière, mais la subrogation ne se présume pas : il faut que la volonté de subroger soit exprimée et certaine<sup>(55)</sup>. Il arrive que la volonté exprimée ne soit pas claire et que le

(51) P. VAN OMMESLAGHE, « Le paiement avec subrogation et le droit des assurances », in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 105, n° 27.

(52) H. DE PAGE, *Traité*, t. III, 3<sup>e</sup> éd, 1967, p. 531, n° 524.

(53) R. O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t. 2, Les Nouvelles, Bruxelles, Larcier, 1962, p. 467. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, n° 705) souligne, en se basant sur un arrêt de la Cour de cassation du 17 mars 1952 (*Pas.*, 1952, I, p. 448), qu'il ne faut pas exagérer la portée de cette concomitance.

(54) Comm. Bruxelles, 6 septembre 1988, *Pas.*, 1989, III, p. 28 indiquant que la subrogation stipulée avant le paiement trouve son point de départ dans le paiement postérieur. C. EYBEN et H. DE RODE, « Subrogation conventionnelle : conditions et effets. Un cas étonnant », note sous Civ. Bruxelles, 13 octobre 2008, *For. Ass.*, 2009, p. 58.

(55) Civ. Bruxelles, 12 octobre 1999, *J.T.*, 1999, p. 813

juge doit l'interpréter, en se conformant aux principes généraux d'interprétation énoncés aux articles 1157 et suivants du Code civil<sup>(56)</sup>.

14. – En pratique, la subrogation conventionnelle est constatée dans une quittance subrogatoire qui facilite le recours ultérieur du tiers payeur contre le débiteur, en bénéficiant de la « condition juridique » du créancier subrogeant, assuré indemnisé par sa compagnie à la suite d'un sinistre causé par un tiers, vendeur d'automobile payé par une société de financement, etc.<sup>(57)</sup>

La clause suivante est extraite d'un contrat de crédit destiné à financer l'achat d'une voiture. Le vendeur, qui est aussi intermédiaire de crédit, consent une subrogation conventionnelle au prêteur, qui est une institution financière.

a) Subrogation

L'intermédiaire de crédit, qui est en même temps vendeur, est payé par le prêteur en lieu et place des consommateurs et le subroge dans ses droits et privilèges de vendeur impayé *en même temps qu'il reçoit paiement*<sup>(58)</sup>.

b) L'intermédiaire de crédit garantit les identités des signataires et l'authenticité des signatures sur tous les documents (contrat, cession de salaires, déclaration de livraison, mandat).

Les compagnies d'assurances utilisent fréquemment la technique du paiement subrogatoire, ce qui se traduit par une quittance subrogatoire dont voici un exemple classique.

Le soussigné...accepte par la présente le montant de...EUR en règlement du sinistre survenu en date du ...La présente proposition est faite sans reconnaissance de responsabilité et sans préjudice des droits et actions de l'assuré.

Dès le paiement, la Compagnie sera subrogée dans tous les droits, recours et actions contre tous garants responsables ou assureurs, à concurrence du montant précité.

(56) Sur cette question, J. MESTRE, *La subrogation personnelle, op. cit.*, pp. 60 et s. En jurisprudence belge, Comm. Bruxelles, 6 septembre 1988, *Pas.*, 1989, III, p. 28. Sur la difficulté d'interpréter une « déclaration de subrogation », Civ. Bruxelles, 13 octobre 2008, cité en note 55 ; Comm. Verviers, 9 janvier 1969 et Liège, 17 mars 1970, *Bull. Ass.*, 1971, p. 236 ayant à interpréter une circulaire adressée par la compagnie à ses agents.

(57) Une quittance subrogatoire peut prendre la forme d'un acte sous seing privé (c'est l'hypothèse envisagée dans ce rapport). Elle peut aussi être faite par acte notarié, quand la créance transférée par le créancier au tiers payeur est garantie par une hypothèque ou un privilège immobilier. De même, elle est soumise à la forme authentique lorsqu'elle est réalisée à l'initiative du débiteur en vertu de l'article 1250, 2<sup>o</sup>, du Code civil. Cette disposition prévoit une possibilité de subrogation conventionnelle au profit du prêteur auquel le débiteur emprunte pour régler sa dette au créancier. L'article 1250, 2<sup>o</sup>, précise : « [i]l faut, pour que cette subrogation soit valable, 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 deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier. Cette subrogation s'opère sans le concours de la volonté du créancier ». La matière est réglée par l'article 5.293 de l'avant-projet.

(58) Nous soulignons.

Cette quittance associe étroitement paiement et subrogation. Elle répond donc, au moins « sur papier », aux conditions légales exposées ci-dessus. En pratique, les compagnies font parfois signer la quittance subrogatoire avant de payer effectivement l'indemnité d'assurance. L'intention demeure cependant d'associer la subrogation et le paiement, si bien que cette façon de procéder est admise à condition toutefois que le paiement ne soit pas différé de façon exagérée<sup>(59)</sup>. Dans ce cas, l'effet de la subrogation est retardé jusqu'au moment du paiement effectif.

La subrogation conventionnelle en matière d'assurances, déroge, de façon parfois beaucoup plus nette, aux conditions générales de la subrogation. La question est alors de savoir dans quelle mesure les parties peuvent s'affranchir de conditions fondamentales de la subrogation, comme l'exigence du paiement préalable effectif (*infra*, C).

### C. – Adaptations et dérogations

**15.** – Même si certaines de nos illustrations empruntent au domaine de l'assurance, on s'est limité, pour l'essentiel, à synthétiser le droit commun du paiement subrogatoire. L'ancrage dans le paiement reste solide. On concentre ci-dessous les transformations qui se dessinent, qu'elles concernent la condition d'un paiement effectif et préalable ou la condition de la dette d'autrui. Sont examinés successivement les assouplissements jurisprudentiels étendant la subrogation légale aux recours contributoires entre codébiteurs *in solidum* et les aménagements contractuels des conditions de la subrogation. On fait brièvement mention d'atteintes plus directes que le législateur porte aux conditions du paiement subrogatoire, ces modifications faisant l'objet d'une analyse dans le point III qui envisage, de façon globale, les conséquences juridiques de l'intervention de tiers payeurs « institutionnels ».

#### 1. Subrogation légale et obligation *in solidum* : extension jurisprudentielle

**16.** – En vertu de la théorie de l'équivalence des conditions, chacun des codébiteurs *in solidum* est réputé avoir par son fait causé tout le dommage de sorte qu'en indemnisant la victime, le codébiteur qui paie la totalité de la dette ne fait que payer sa dette propre. Ce qui

(59) Pour une analyse détaillée, P. VAN OMMESLAGHE, « Le paiement avec subrogation et le droit des assurances », in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 89 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, p. 2039.

lui interdit en principe la subrogation puisque celle-ci suppose que le *solvens* paie la dette d'un tiers et non sa propre dette<sup>(60)</sup>.

La Cour de cassation a contourné l'objection. Dans un arrêt du 10 juillet 1952, elle a précisé que « celui qui paye dans son propre intérêt une dette dont il était tenu avec d'autres, n'acquitte pas exclusivement sa propre dette mais encore celle de ses codébiteurs ; que dès lors, en vertu de l'article 1251, 3°, du Code civil, il est subrogé de plein droit dans tous les droits que possédait le créancier contre le codébiteur *in solidum*, qui profite du paiement »<sup>(61)</sup>. Toujours selon la Cour, « la loi ne refuse le bénéfice de la subrogation qu'à celui qui s'acquitte exclusivement de sa propre dette »<sup>(62)</sup>. À vrai dire, la loi à laquelle la Cour se réfère ne dit pas grand-chose à ce sujet. Elle en dit d'autant moins que les obligations *in solidum* sont une création jurisprudentielle dont le Code civil ne prévoit ni l'existence, ni le régime juridique.

Dans le même sens mais selon une formule plus large, la Cour de cassation a décidé qu'en vertu de l'article 1251, 3°, du Code civil, « celui qui s'acquitte d'une dette qui lui est personnelle peut prétendre bénéficier néanmoins de la subrogation légale s'il a, par son paiement, libéré à l'égard de leur créancier commun celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette »<sup>(63)</sup>. Cette jurisprudence est consacrée par l'article 5. 294, 1°, de l'avant-projet selon lequel « la subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui s'acquitte d'une dette, s'il a, par son paiement, libéré, à l'égard de leur créancier commun, celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette ».

Au stade de la contribution à la dette, le coresponsable *in solidum* qui a indemnisé la victime du dommage en totalité peut se retourner contre les coobligés pour récupérer ce qu'il a payé au-delà de sa part contributive<sup>(64)</sup>.

(60) C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, « Types d'obligations à sujets multiples », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2007, p. 161.

(61) Cass., 10 juillet 1952, *Pas.*, 1952, I, p. 738. Confirmé par Cass., 17 juin 1982, *R.C.J.B.*, 1986, pp. 680 et s., note critique L. CORNELIS.

(62) Cass., 17 juin 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1221, *R.C.J.B.*, 1986, p. 680 note L. CORNELIS ; J.-F. JEUNEHOMME, « La subrogation de l'assurance-loi et de la mutuelle », *J.L.M.B.*, 1988, p. 1045 ; M.-C. ERNOTTE, « Le paiement subrogatoire », *op. cit.*, pp. 216 et s.

(63) Cass., 24 juin 2013, *Pas.*, 2013, p. 1436, concl. J. GENICOT. Pour une analyse détaillée de l'arrêt à la lumière de la jurisprudence française, A. PROST, « Retour sur l'arrêt de la Cour de cassation du 24 juin 2013 en matière de subrogation légale : l'abandon de la condition du paiement de la dette d'autrui », *R.G.D.C.*, 2018, p. 347, part. pp. 354 et s.

(64) On se limite à une hypothèse simple ou les coobligés ont commis des fautes distinctes contribuant à un dommage unique causé à la victime. La jurisprudence montre des hypothèses plus complexes où un des coobligés *in solidum*, responsable du fait d'autrui, intervient comme garant et peut se retourner pour le tout contre le coobligé fautif. Pour une analyse systématique des différents cas de figure et des solutions, parfois incohérentes, parfois cohérentes mais injustes, auxquelles un recours contributoire fondé sur la subrogation légale peut aboutir, B. DE CONINCK, « Les

17. – Personne ne conteste qu’il serait inéquitable que le codébiteur *in solidum*, qui a payé tout le dommage alors qu’il est une cause, parmi d’autres, de celui-ci, ne puisse pas obtenir la contribution des autres coobligés. Cela aboutirait à en faire une victime du droit d’élection exercé par le créancier à son égard. La subrogation légale est-elle indiquée pour lui permettre d’obtenir la contribution des autres coobligés ? À notre avis non. Le motif principal n’est pas que le coobligé *in solidum* acquitterait nécessairement une dette propre. La distinction entre une dette propre et une dette d’autrui n’est pas toujours tranchée. Juridiquement, il est possible, comme le décide la Cour de cassation belge, de considérer que le coobligé *in solidum* n’acquitte pas uniquement sa dette propre mais aussi celle d’autrui ou, en d’autres termes, qu’il a acquitté une dette dont il ne doit pas supporter le poids définitif dans sa totalité. Si on fait de la garantie le fondement de l’obligation *in solidum*, il est aussi possible de soutenir que chaque codébiteur est tenu au tout envers la victime à titre de garantie : « il est débiteur pour sa part et garant pour la part des autres »<sup>(65)</sup>.

De plus, on a fait observer, à juste titre, que si les dettes des différents coobligés *in solidum* sont effectivement distinctes, elles ont le même objet – l’indemnisation de la victime – et le même créancier. « Du côté du créancier, il n’y a qu’une seule créance »<sup>(66)</sup>. Plus largement, il faut s’interroger sur la pertinence réelle de la distinction entre les obligations solidaires et les obligations *in solidum* alors que leurs effets principaux sont identiques<sup>(67)</sup>. Doit-on vraiment accorder la subrogation légale au codébiteur solidaire qui a payé la totalité de la dette au motif qu’il a payé la dette commune et la refuser au codébiteur *in solidum*, qui indemnise tout le dommage, parce que malheureusement pour lui, il est tenu d’une dette distincte<sup>(68)</sup> ? La dette du codébiteur *in*

---

recours après indemnisation en matière de responsabilité civile extracontractuelle : la condamnation *in solidum* et la contribution à la dette », *op. cit.*, p. 756. Après une étude approfondie, cet auteur conclut qu’aucun fondement – subrogation légale, articles 1382 et 1383 du Code civil et enrichissement sans cause – ne peut fournir des solutions entièrement cohérentes et opportunes à l’ensemble des problèmes posés par les recours contributifs en responsabilité civile.

(65) P. RAYNAUD, cité par J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, p. 201, n° 181.

(66) *Ibid.*, n° 179.

(67) Pour une critique de la distinction, A. CATALDO et M. NOUNCKELE, « Deux questions en matière de solidarité : ses aménagements conventionnels et la portée du recours contributif », in *Théorie générale des obligations et contrats spéciaux*, coll. CUP, vol. 168, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 326, n° 39 ; A. CATALDO et M. NOUNCKELE, « Approche critique de la pluralité de contractants », in A. CATALDO et A. PÜTZ (dir.), *De quoi le contrat est-il le nom ?*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 206-209.

(68) À l’inverse, P. A. FORIERS (« Observations sur les arrêts de cassation des 28 avril 2006 et 4 février 2008 ou les limites des raisonnements techniques en droit », in *Liber amicorum J.-L. Fagnart*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 520) fait observer que le codébiteur solidaire et même

*solidum* est distincte mais on ne peut l'isoler de la communauté d'intérêts réunis par l'indemnisation d'un dommage.

18. – À notre avis, fonder le recours contributoire sur la subrogation légale, c'est lui faire une cote mal taillée. Le paiement subrogatoire subit dans l'opération trop d'entorses aux conditions et aux effets qui sont normalement les siens. Ceux-ci ont été maintes fois soulignés. Synthétisons-les<sup>(69)</sup>.

1°) En sa qualité de subrogé, le *solvens* devrait pouvoir exercer tous les droits et actions du subrogeant. Bien qu'il exerce les droits de la victime, le coresponsable subrogé, qui a indemnisé l'intégralité du dommage, ne bénéficie pas du caractère *in solidum* de l'obligation. Son recours subrogatoire ne pourra s'effectuer que déduction faite de sa part contributive. La Cour de cassation a en effet apporté la précision suivante : « la subrogation prévue par l'article 1251, 3°, du Code civil est limitée aux sommes que le subrogé a versées pour la libération du codébiteur »<sup>(70)</sup>. Ceci rejoint la solution prévue par les articles 1213 et 1214 du Code civil en matière de solidarité. Ces dispositions privent le *solvens* du bénéfice de la solidarité dont le créancier disposait. Au niveau contributoire, l'obligation solidaire se divise de plein droit entre les débiteurs. Le codébiteur solidaire qui l'a payée est contraint de diviser son recours. Il ne pourra l'exercer que proportionnellement à la part de chacun des codébiteurs, déduction faite de sa part contributive<sup>(71)</sup>.

2°) La subrogation suppose un paiement préalable et effectif alors que le recours contributoire est formé par la voie d'une demande en intervention et garantie, c'est-à-dire avant tout paiement<sup>(72)</sup>. Le recours au mécanisme de la subrogation conditionnelle permet toutefois de

---

la caution, tenue par une obligation distincte de celle du débiteur principal, paient « d'une certaine manière » une dette propre vis-à-vis du créancier.

(69) Voy. la synthèse de B. DE CONINCK, « Les recours après indemnisation en matière de responsabilité civile extracontractuelle : la condamnation *in solidum* et la contribution à la dette », *op. cit.*, p. 756, n° 5 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, pp. 456-458 ; C. EYBEN, « Le paiement avec subrogation et le fondement du recours contributoire », in F. GEORGE et X. THUNIS (dir.), *Métamorphoses de la subrogation*, coll. CUP, vol. 181, Limal, Anthemis, 2018, pp. 52 et s.

(70) Cass., 10 juillet 1952, *Pas.*, 1952, I, p. 740.

(71) L'obligation du codébiteur obligé de diviser son recours s'explique par la volonté d'éviter une série de recours successifs entre coobligés. On notera que ce principe de la division des recours, prévu par le Code en matière de solidarité, a fait l'objet de critiques parce qu'il constituait une entorse à l'effet translatif de la subrogation. Sur ce point, J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, p. 597. Cette discussion est curieuse parce que, sauf erreur, c'est une action personnelle et non une action subrogatoire que prévoient les articles 1213 et 1214 en matière de solidarité.

(72) C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, « Types d'obligations à sujets multiples », *op. cit.*, p. 160.

surmonter cette difficulté. Il ne suscite pas d'objection majeure ni en doctrine, ni en jurisprudence belge<sup>(73)</sup>.

19. – En raison de son effet translatif, le recours subrogatoire permet au subrogé de bénéficier des garanties et des sûretés dont bénéficiait le subrogeant<sup>(74)</sup>. Les autres codébiteurs peuvent opposer au subrogé toutes les exceptions qu'ils auraient pu opposer au créancier, pourvu qu'elles soient antérieures au paiement<sup>(75)</sup>. Cet effet translatif, auquel on reviendra (*infra*, point II), est un trait fondamental de la subrogation. Aucun fondement proposé au recours contributoire n'est exempt de reproches<sup>(76)</sup>. La subrogation légale nous semble particulièrement inadaptée. Son seul avantage est de fournir au coobligé *in solidum* qui a payé le principe d'un recours pour justifier techniquement une exigence d'équité. Une fois ce principe affirmé, la subrogation ne fournit, en tant que telle, aucun critère permettant de déterminer l'étendue du recours contributoire parce qu'elle organise une transmission de créance et qu'elle n'est pas destinée à être un principe d'imputation du dommage entre coobligés au niveau contributoire<sup>(77)</sup>.

(73) R. O. DALCQ, « Obligation *in solidum* et subrogation », note sous Cass., 18 janvier 1979, *R.C.J.B.*, 1980, pp. 253 et 254 ; P. A. FORIERS, « Observations sur les arrêts de cassation des 28 avril 2006 et 4 février 2008 ou les limites des raisonnements techniques en droit », *op. cit.*, p. 520 ; J. MESTRE, *La subrogation personnelle, op. cit.*, pp. 382 et s.

(74) Cass., 18 septembre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 824.

(75) Cass., 22 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 275 ; Cass., 23 février 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 750 ; Cass., 8 février 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 170.

(76) La contribution précitée (en note 69) de P. A. Foriers contient une intéressante réflexion sur l'apport de l'enrichissement sans cause et de l'équité pour comprendre la jurisprudence de la Cour de cassation belge sur le fondement du recours contributoire. Des arrêts cités et commentés par l'auteur semblent émerger un fondement autonome empruntant à l'enrichissement sans cause et à la responsabilité civile. Ajoutons, dans une autre perspective, la critique de C. Eyben (cité note 70) et la proposition innovante (n<sup>os</sup> 26 et s.) selon laquelle la limite au recours contributoire provient de l'objet même du recours contributoire « qui est de partager définitivement les responsabilités en délaissant, à chacun des coobligés, le poids définitif de la dette qu'ils doivent respectivement supporter. »

(77) Plus largement, on a observé qu'il n'y a pas toujours de cohérence entre le fondement choisi pour justifier le principe du recours contributoire et l'étendue reconnue à celui-ci. En ce sens, en droit français, G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, J. GHESTIN (dir.), Paris, LGDJ, 2013, p. 392, n<sup>o</sup> 424-1. Il nous paraît significatif que dans son ouvrage *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français* (Paris, Dalloz, 2002), M. Mignot étudie l'étendue des recours en matière de solidarité et d'obligation *in solidum* avant d'étudier leur nature juridique.

## 2. Aménagements conventionnels

### a) Le recours de l'employeur qui a payé sa dette propre : parade conventionnelle

**20.** – Un employeur qui paie une rémunération à un préposé frappé d'incapacité à la suite d'un accident causé par un tiers, le fait en raison des dispositions du contrat de travail. En vertu de ces dispositions, l'employeur paie sa propre dette et ne peut par conséquent être subrogé dans les droits de son préposé à l'encontre du responsable de l'incapacité. Certains contrats de travail comportent dès lors une clause en vertu de laquelle les rémunérations versées par les employeurs à leur préposé en incapacité de travail représentent une avance consentie à titre de garantie de ce qui leur serait dû par les tiers responsables de l'incapacité<sup>(78)</sup>. Cette clause présente les paiements effectués par l'employeur comme des paiements de la dette d'un tiers. L'employeur, qui se présente comme tiers *solvens*, peut se prévaloir d'une subrogation, consentie par l'agent ou le travailleur subrogeant. La validité de ce procédé, ingénieux mais artificiel, a été reconnue en jurisprudence belge<sup>(79)</sup>. Elle ne paraît toutefois plus nécessaire, étant donné l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation.

### b) Subrogation sans paiement

**21.** – Il arrive que des compagnies insèrent dans leur contrat une clause du genre suivant :

Les assurés subrogent la compagnie *par le seul fait du contrat d'assurance* (nous soulignons), dans tous leurs droits, actions et recours jusqu'à concurrence de l'indemnité payée.

Cette clause entend organiser conventionnellement une subrogation de l'assureur dans les droits de l'assuré, indépendamment de tout paiement effectif de l'indemnité. Elle a fait l'objet de commentaires, généralement critiques, de la doctrine<sup>(80)</sup>. Il ne peut y avoir une subrogation, légale ou conventionnelle, sans paiement effectif et

(78) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, p. 2043 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, n° 720.

(79) Voy. par ex. Comm. Bruxelles, 4 novembre 1991, *Entr. et dr.*, 1992, p. 105 (subrogation de la SNCB aux droits de son agent en tant que caution) ; Liège, 20 novembre 1998, *R.G.D.C.*, 2002, p. 218, note P. WÉRY ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique (1985-1995) », *op. cit.*, p. 839, n° 54.

(80) B. DUBUISSON et V. CALLEWAERT, « Les recours de l'assureur après l'indemnisation », *op. cit.*, p. 146, n° 9 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Le paiement avec subrogation et le droit des assurances », *op. cit.*, p. 107, n° 29.

préalable, en d'autres termes, sans un respect des conditions minimales essentielles de la subrogation<sup>(81)</sup>. S'il y a accord sur ce point, il n'y en a pas sur la qualification de la clause et sur ses effets. Les uns, se fondant sans doute sur le principe de l'effet utile, lui donnent une certaine efficacité et l'analysent comme une cession de créances futures et éventuelles<sup>(82)</sup>. Par avance, l'assuré cède à l'assureur son éventuelle action en dommages et intérêts contre le tiers responsable du sinistre. Il faut qu'une telle cession satisfasse aux formalités requises pour que la cession soit opposable, en vertu de l'article 1690 du Code civil<sup>(83)</sup>. Cette analyse complexe est valable en droit commun mais elle fait perdre à l'assuré certaines prérogatives comme le droit de préférence du subrogeant par rapport au subrogé. La cession de créance ne donne pas de droit de préférence au cédant par rapport au cessionnaire. Cette conséquence défavorable à l'assuré se heurte, à notre avis, au caractère impératif de la plupart des dispositions de la loi sur les assurances (art. 56 de la loi du 4 avril 2014), particulièrement de celles qui organisent la protection des droits de l'assuré<sup>(84)</sup>.

Comme telle, la clause citée est une promesse de subrogation. On peut aussi y voir une subrogation conditionnelle. Cette subrogation pourra se concrétiser lors de la réalisation du sinistre, pour autant que celui-ci donne lieu à un paiement effectif d'indemnités par la compagnie. À ce moment, il y aura subrogation pour autant que celle-ci soit réitérée et que cette réitération soit contemporaine du paiement. Les clauses contractuelles prévoient en ce sens qu'« [i]ls (les assurés) sont *tenus de réitérer* cette subrogation dans la quittance de l'indemnité » (nous soulignons).

(81) Faut-il aller jusqu'à considérer que les règles qui instaurent la subrogation sont impératives ? Voy. la réponse nuancée de J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, pp. 385 et 386. Il est difficile de donner une réponse générale. Les conditions de la subrogation légale comme celles de la subrogation conventionnelle (qui sont aussi « légales ») font l'objet d'une interprétation rigoureuse par la jurisprudence. Celle-ci veille à préserver l'essence de la subrogation de la même façon qu'elle invalide les clauses d'exonération ou limitatives de responsabilité mettant en cause l'objet essentiel du contrat. Quand la subrogation se met au service du principe indemnitaire qui est d'ordre public, elle en acquiert une impérativité renforcée.

(82) P. VAN OMMESLAGHE, « Le paiement avec subrogation et le droit des assurances », *op. cit.*, p. 107, n° 29. Dans le même sens, en droit français, J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, p. 64, n° 54.

(83) Voy., en droit français, la jurisprudence citée par J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, p. 65, note 57.

(84) M. FONTAINE, *Droit des assurances*, 5<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 93.

### 3. Interventions du législateur (synthèse et renvoi)

#### a) Dérégulation à la condition de coïncidence entre le paiement et la subrogation

**22.** – Le législateur peut déroger à la condition de coïncidence entre le paiement et la subrogation. Tel est notamment le cas en matière d'accidents du travail où la loi autorise la subrogation à concurrence du capital représentatif de la rente bien que ce capital n'ait pas encore été payé. L'article 47 de la loi du 10 avril 1971 ne devrait être applicable que si l'assureur-loi a effectivement payé les indemnités prévues en cette matière. La Cour de cassation a cependant décidé, dans un arrêt du 17 novembre 1975<sup>(85)</sup>, que le législateur avait dérogé à cette règle du paiement effectif en matière d'accidents du travail, en admettant la subrogation à concurrence du montant du capital représentatif de la rente due par l'assureur-loi à l'assuré, alors que ce capital n'est pas effectivement payé. Cette dérogation a pour but d'éviter que chaque versement doive donner lieu à une subrogation distincte, comme l'exigerait l'application du droit commun.

**23.** – Prévue aux articles 134 et suivants de la loi du 4 avril 2014, l'assurance-crédit obéit à des règles particulières. Elle a pour objet de garantir l'assuré contre les risques de non-paiement de créances moyennant le paiement d'une prime. L'article 95 de la loi, qui prévoit que la subrogation de l'assureur dans les droits de l'assuré a lieu à concurrence du paiement effectué, ne s'applique pas en matière d'assurance-crédit<sup>(86)</sup>. L'article 135 (ex-art. 71 de la loi du 25 juin 1992) en écarte l'application. Un assureur-crédit n'intervient jamais à concurrence de la totalité des créances assurées. Il laisse un pourcentage variable de la créance à charge de l'assuré pour des raisons de collaboration à la gestion du risque<sup>(87)</sup>. L'application des règles de droit commun aurait pour conséquence que l'assureur-crédit ne pourrait jamais introduire un recours contre le débiteur pour le tout mais dans la mesure de l'indemnisation partielle de l'assuré. L'article 139 de la loi du 4 avril 2014

(85) *Pas.*, 1975, I, p. 331 ; Voy. aussi Cass., 25 janvier 1994, *Pas.* 1994, I, p. 94 commenté par S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY « Chronique (1985-1995) », *op. cit.*, p. 839, n° 52. Pour une synthèse éclairante des débats auxquels la question du remboursement du capital représentatif de la rente a donné lieu en droit français, J. MESTRE, *La subrogation personnelle, op. cit.*, pp. 376 et s.

(86) En jurisprudence, Civ. Liège, 5 octobre 1983, *Rev. not. b.*, 1985, p. 123.

(87) Le pourcentage de l'indemnisation est de 85 à 90 %. Pour plus de détails, E. RIGUELLE, « L'assurance-crédit. Outil de prévention et assurance contre les défaillances de paiement », *Bull. Ass.*, 2010, p. 136, part. pp. 144 et s. En droit français, c'est un arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 1943 relatif à l'assurance-crédit qui, selon l'expression de J. Mestre (*La subrogation personnelle, op. cit.*, p. 193), « réconcilie assurance et subrogation ».

(ex-art 75 de la loi du 25 juin 1992) prévoit donc un régime spécifique de cession des droits de l'assuré :

« Tous les droits et actions de l'assuré relatifs à la créance faisant l'objet de l'assurance sont transférés à l'assureur qui a indemnisé, même partiellement, l'assuré. Les articles 1689 à 1701 et 2075 du Code civil ne sont pas applicables au transfert de droits et d'actions visé à l'alinéa 1<sup>er</sup>.

Sauf convention contraire, toutes les sommes récupérées après sinistre sont réparties entre l'assureur et l'assuré proportionnellement à leurs parts respectives dans la perte.

Si, par le fait de l'assuré, le transfert ne peut plus produire ses effets en faveur de l'assureur, celui-ci peut lui réclamer la restitution de l'indemnité versée dans la mesure du préjudice subi ».

#### b) *Subrogation et quasi-subrogation*

24. – Légale ou conventionnelle, la subrogation requiert que le tiers payeur paie la dette d'autrui et non sa dette propre. Interprétée strictement, cette condition aboutit à refuser à l'assureur le bénéfice de la subrogation légale prévue à l'article 1251, 3<sup>o</sup>, puisque l'indemnité qu'il verse à son assuré pour le dommage causé à son bien par un tiers, trouve sa cause dans le contrat qui le lie à son assuré. En d'autres termes, il exécute une dette contractuelle propre et ne paie pas la dette d'autrui. Il faut donc en déduire que l'assureur ne peut se prévaloir d'un recours subrogatoire contre le tiers responsable du dommage. Ce point de vue rigoureux, voire rigoriste, est toutefois contesté par une partie de la doctrine qui observe que l'assureur, à l'instar d'un codébiteur *in solidum*, pourrait être considéré comme payant une dette propre mais aussi, en tout ou en partie, celle du tiers responsable<sup>(88)</sup>.

Le législateur est donc intervenu pour déroger au droit commun et permettre la substitution du tiers payeur aux droits du créancier dans des hypothèses où le tiers payeur acquitte sa propre dette. L'article 95 de la loi du 4 avril 2014 (ex-art. 41 de la loi du 25 juin 1992) prévoit que « l'assureur qui a payé l'indemnité est subrogé, à concurrence du montant de celle-ci dans les droits et actions de l'assuré ou du bénéficiaire contre les tiers responsables du dommage ». Cette disposition vise le recours de l'assureur contre les tiers<sup>(89)</sup> et ne concerne que les assu-

(88) Sur l'ensemble du débat, B. DUBUISSON et V. CALLEWAERT, « Les recours de l'assureur après l'indemnisation », *op. cit.*, p. 149.

(89) On ne confondra pas cette hypothèse, où l'assureur *se retourne contre le tiers responsable* du dommage, avec celle d'une assurance de responsabilité où l'assureur, couvrant la responsabilité de son assuré fautif, *indemnise le tiers victime* et puis exerce, le cas échéant, un recours contre son assuré responsable. Il s'agit dans ce dernier cas non d'un recours subrogatoire mais d'une action

rances à caractère indemnitaire et non les assurances à caractère forfaitaire telle que l'assurance-vie.

25. – La doctrine a parfois vu dans l'article 41 de la loi du 25 juin 1992 (devenu art. 95 de la loi du 4 avril 2014) un cas de « quasi-subrogation » plutôt qu'un cas de subrogation légale parce que cette disposition déroge à la condition de paiement de la dette d'autrui. La notion de quasi-subrogation a été critiquée. La distinction entre subrogation légale et quasi-subrogation ne présente que peu d'intérêt étant donné que les effets de l'une et de l'autre sont identiques. En instaurant un cas de quasi-subrogation, le législateur évacue la condition du paiement de la dette d'autrui. Il est par contre présumé adopter les autres conditions requises pour la subrogation proprement dite s'il n'exprime aucune solution différente<sup>(90)</sup>.

Sur le plan législatif, la notion de « quasi-subrogation » va disparaître conformément à l'évolution jurisprudentielle récente. Pour rappel, l'article 5.294 de l'avant-projet de loi de réforme du Code civil prévoit que « La subrogation a lieu de plein droit : 1° au profit de celui qui s'acquitte d'une dette, s'il a, par son paiement, libéré, à l'égard du créancier, celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette ». Selon cet article, la subrogation a également lieu « 5° dans tous les autres cas où la loi le prévoit ». L'exposé des motifs confirme qu'il s'agit d'« un renvoi à toutes les hypothèses particulières dans lesquelles le législateur reconnaît au tiers payeur un recours subrogatoire » et que « le concept de “quasi-subrogation légale”, qui était critiqué, devient, désormais, une hypothèse de subrogation légale »<sup>(91)</sup>. De façon générale, dans les cas où le législateur reconnaît au tiers payeur un recours subrogatoire, les rédacteurs de l'avant-projet ont entendu le soumettre au droit commun de la subrogation, ce qui, dans une certaine mesure, simplifiera une matière suffisamment complexe.

---

récursoire, en responsabilité contractuelle, que l'assureur peut intenter contre son assuré si celui-ci ne respecte pas une obligation du contrat d'assurance. Pour une mise au point, B. DUBUISSON, « Les recours de l'assureur », obs. sous Liège, 29 avril 1997 et 23 juin 1997, 13 et 27 mai 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 240.

(90) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, p. 2058. Pour plus de détails, point III.

(91) Exposé des motifs de l'avant-projet de loi approuvé, le 30 mars 2018, par le Conseil des ministres, tel que préparé par la Commission de réforme du droit des obligations instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 et adapté, eu égard aux observations reçues depuis le début de la consultation publique lancée le 7 décembre 2017, [https://justice.belgium.be/sites/default/files/voorontwerp\\_van\\_wet\\_verbintenissenrecht.pdf](https://justice.belgium.be/sites/default/files/voorontwerp_van_wet_verbintenissenrecht.pdf).

## II. – EFFETS DU PAIEMENT SUBROGATOIRE : UN TRANSFERT DE CRÉANCE À LA MESURE DU PAIEMENT

**26.** – « Par l'effet de la subrogation », soulignait le premier avocat général Mahaux, « le subrogé est mis à la place de celui qui a payé [lire : celui qu'il a payé] : il se substitue à lui de telle manière que la situation juridique du subrogeant devient la situation propre du subrogé, qu'il peut exercer les droits de celui-ci comme celui-ci aurait pu les exercer et que, par conséquent, le débiteur peut lui opposer les objections et les exceptions qu'il eût pu opposer à son créancier primitif »<sup>(92)</sup>.

Le paiement subrogatoire est hybride. Il combine deux techniques juridiques – le paiement et la subrogation – dont il cumule les effets : l'effet extinctif du paiement et l'effet translatif relevant de la subrogation<sup>(93)</sup>.

L'effet translatif du paiement subrogatoire, que nous exposons en premier lieu (A), est analogue à celui qui existe pour la cession de créance : pas plus que la cession de créance, le paiement avec subrogation ne peut aggraver le sort du débiteur. Le subrogé endosse la situation juridique du subrogeant à l'égard de la créance qui lui est transmise, ni plus ni moins. Quant à l'effet extinctif (B), il se manifeste dans le fait que le paiement subrogatoire éteint la dette vis-à-vis du créancier primitif à concurrence du paiement effectué par le subrogé.

**27.** – Avant d'analyser ces effets, il importe de mettre en évidence trois principes utiles à leur bonne compréhension et à la détermination de leur portée.

1°) Même si l'effet translatif du paiement subrogatoire est mis en évidence par la doctrine contemporaine, le paiement reste la condition et la mesure du transfert de créance dont bénéficie le tiers payeur<sup>(94)</sup>.

2°) Le moment du paiement subrogatoire est le pivot de l'opposabilité, par le débiteur, des exceptions relatives à la créance transférée par le subrogeant au subrogé.

---

(92) Concl. préc. Cass., 21 juin 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 1001, spéc. p. 1005.

(93) Sur ces effets en général, P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, p. 2067 ; M.-C. ERNOTTE, « Le paiement subrogatoire », *op. cit.*, p. 237. Dans le domaine des assurances, B. DUBUISSON et V. CALLEWAERT, « Les recours de l'assureur après l'indemnisation », *op. cit.*, pp. 163 et s.

(94) Cela est souligné par toute la doctrine. Voy. en particulier l'ample exposé de J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, pp. 414 et s.

3°) La subrogation ne supprime pas l'action que le subrogé aurait contre le débiteur à un autre titre, sur la base d'un contrat ou d'un quasi-contrat avec le débiteur<sup>(95)</sup> ou sur une base extracontractuelle tirée de l'article 1382 du Code civil. Ce recours personnel peut entraîner une rupture dans l'équilibre que le recours subrogatoire essaie de réaliser en mettant des limites au recours du tiers payeur vis-à-vis du responsable. Cette question est examinée au point III.

Il faut enfin à garder à l'esprit, même si ce n'est pas un principe du paiement subrogatoire en tant que tel, que la Cour de cassation veille à aligner l'effet translatif du paiement subrogatoire sur celui de la cession de la créance. Ainsi, l'opposabilité de l'exception d'inexécution par le débiteur au subrogé suit le même principe que l'opposabilité de l'exception par le cédé au cessionnaire. On peut penser que ce souci de cohérence s'exprimera aussi quand la Cour aura l'occasion de décider du transfert de l'action résolutoire du subrogeant au subrogé<sup>(96)</sup>.

#### A. – Effet translatif du paiement subrogatoire

##### 1. Transfert au subrogé de la créance et de ses avantages

28. – Le subrogé remplace le subrogeant dans son rapport de créance avec le débiteur à concurrence du montant qui a été payé. Le créancier change, mais la créance reste la même avec ses caractéristiques et ses avantages, ce qui englobe ses accessoires telle que la notion a été définie par la Cour de cassation à propos de la cession de créance<sup>(97)</sup>.

Le subrogé bénéficie des avantages ou des acquis procéduraux liés à la créance transmise : il profite de l'interruption de la prescription pratiquée par le subrogeant *avant* la subrogation<sup>(98)</sup>, d'une saisie immobilière

(95) Pour un cas où le tiers payeur aurait eu intérêt à choisir l'action personnelle plutôt qu'un recours subrogatoire, Bruxelles, 16 octobre 1989, *J.L.M.B.*, 1990, p. 618, note D. PHILIPPE. Pour une réflexion d'ensemble sur l'opportunité de maintenir une action personnelle quand il existe une subrogation légale, J. MESTRE, *La subrogation personnelle, op. cit.*, p. 315. Cette question est analysée de façon plus approfondie dans le point III.

(96) Sur la façon dont ces questions sont réglées par la Cour de cassation en droit belge en matière de cession de créance, voy. la contribution de P. Wéry dans ce volume.

(97) Cass., 20 septembre 2012, R.G. n° C.11.0662. F, concl. av. gén. GENICOT. En jurisprudence du fond, Comm. Bruxelles, 18 octobre 2012, *D.A.O.R.*, 2013/105-106, pp. 73 et s ; Bruxelles, 9 novembre 2011, *R.G.D.C.*, 2012, p. 112. Pour une analyse, voy. la contribution de P. WÉRY dans ce volume.

(98) Cass., 16 décembre 2004, *Pas.* 2004, I, p. 2014 ; Civ. Mons, 11 décembre 1987, *J.L.M.B.*, 1988, obs. J.-F. JEUNEHOMME. En revanche, il ne bénéficie pas de l'interruption de la prescription pratiquée par le subrogeant après la subrogation puisque la créance a quitté le patrimoine du subrogeant. Civ. Liège, 17 décembre 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1590, obs. P. MONVILLE et C. LOTHAIRE ; C. trav. Bruxelles, 26 juin 2013, *J.T.T.*, 2013, p. 476.

pratiquée par le subrogeant ou du titre exécutoire dont dispose ce dernier. Dans ce dernier cas de figure, toute nouvelle action contre le débiteur est déclarée irrecevable<sup>(99)</sup>. Après quelques controverses, il semble admis que le subrogé puisse se constituer partie civile devant une juridiction pénale ou même lancer une citation directe devant pareille juridiction<sup>(100)</sup>.

Le subrogé garde le bénéfice des sûretés et garanties qui s'attachent à la créance : hypothèque, privilège, action directe dont le subrogeant, victime d'un accident de la circulation, dispose vis-à-vis de l'assureur du tiers responsable<sup>(101)</sup>, gage ou encore clause de réserve de propriété, pour autant que celle-ci porte sur une chose restée identifiable dans le patrimoine du débiteur.

Le subrogé peut également exercer les recours contractuels dont disposait le subrogeant. Il bénéficie ainsi de la clause pénale prévue en faveur du subrogeant dans le contrat conclu avec son débiteur<sup>(102)</sup>. Qu'en est-il de l'action en résolution d'un contrat synallagmatique comme la vente ? On sait que la question a été posée pour la cession de créance. Le cessionnaire de la créance peut-il demander la résolution du contrat synallagmatique qui est à l'origine de la créance cédée, lorsque le débiteur cédé n'exécute pas son obligation ? On peut hésiter car la résolution tend à l'anéantissement du contrat auquel le cessionnaire n'est pas partie et n'est pas un moyen de pression ou de garantie de son exécution. Suivant le raisonnement de son avocat général, la Cour de cassation décide pourtant qu'« Aux termes de l'article 1692 du Code civil, la vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque. La clause résolutoire expresse qui est au service exclusif d'une créance en constitue un accessoire au sens de cette disposition »<sup>(103)</sup>. Cette solution ne va pas de soi. L'action en résolution, qu'elle soit judiciaire ou qu'elle soit

(99) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, pp. 2067-2068.

(100) *Ibid.*, p. 2068.

(101) *Ibid.*

(102) Pour autant que les conditions d'application en soient réunies avant la transmission de la créance. Voy. J. P. Nivelles, 31 janvier 1996 et 4 avril 1996, et Civ. Nivelles, 21 mai 1999, *J.J.P.*, 2000, p. 37, note Chr. BIQUET-MATHIEU (à propos d'un assureur-crédit se voyant refuser le bénéfice d'une clause pénale prévue dans le contrat de prêt mais que le prêteur n'aurait pu invoquer).

(103) Cass., 20 septembre 2012, R.G. n° C.11.0662. F, concl. av. gén. GENICOT ; Comm. Bruxelles, 18 octobre 2012, *D.A.O.R.*, 2013/105-106, pp. 73 et s ; Bruxelles, 9 novembre 2011, *R.G.D.C.*, 2012, p. 112. Pour une analyse approfondie, P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, n° 981 ; Chr. BIQUET-MATHIEU avec la collab. de F. RENSON, « La cession de créance », in M. DUPONT (dir.), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 191, n° 79 (avec une belle typologie des accessoires).

organisée par une clause résolutoire expresse, est inhérente au contrat synallagmatique et ne nous semble pas constituer un accessoire de la créance cédée.

Dans la ligne de ce qu'a décidé la Cour de cassation en matière de cession de créance, le subrogé pourrait-il, comme le cessionnaire de la créance, demander la résolution du contrat synallagmatique qui a fait naître la créance en paiement ? La doctrine belge l'admet sans trop de discussion<sup>(104)</sup>. À nouveau, la solution ne s'impose pas d'évidence. Le subrogé est un *tiers* payeur, il n'est pas partie au contrat liant le subrogeant et le débiteur. Dans l'hypothèse où la créance ferait l'objet d'un paiement partiel, le créancier subrogeant devrait en tout cas demeurer titulaire de l'action en résolution.

Enfin, le subrogé peut bénéficier des présomptions de responsabilité dont pouvait bénéficier le subrogeant, ce qui est plus problématique car le jeu de la subrogation annihile la règle selon laquelle les présomptions de responsabilité ne bénéficient en principe qu'aux victimes directes du dommage<sup>(105)</sup>.

## 2. Exceptions opposables par le débiteur au subrogé

29. – La cour d'appel de Liège rappelle que « si la subrogation a pour effet de permettre au subrogé d'exercer les droits du subrogeant contre le débiteur, tels que ces droits auraient pu être exercés par le subrogeant lui-même, par contre, le même créancier subrogé doit subir les exceptions que le débiteur aurait été en droit d'opposer au créancier primitif »<sup>(106)</sup>. À l'instar de la cession de créance, la subrogation ne peut pas aggraver la situation du débiteur. Toutefois, le sort du subrogé doit, lui aussi, être pris en considération. Peuvent seules être opposées par le débiteur au subrogé les exceptions *antérieures* au paiement. Ainsi que l'a heureusement synthétisé la Cour de cassation dans un arrêt du 22 juin 1988, « Si en raison de cette subrogation, toutes les exceptions contre le subrogeant, antérieures à la subrogation

(104) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, p. 2068 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, n° 723. La jurisprudence française est également en ce sens. Pour une analyse approfondie de cette solution et une réfutation des objections qu'elle a soulevées, J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, pp. 542 et s.

(105) Liège, 19 novembre 1982, *J.L.M.B.*, 1987, pp. 519 et s. (subrogé bénéficiant de la présomption de l'article 1384, al. 1<sup>er</sup>, du Code civil) ; Bruxelles, 8 avril 2008, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14661 ; Cass., 22 octobre 2007, *R.G.A.R.*, 2008, n° 14410, concl. gén. J.-F. LECLERCQ. Pour un commentaire, B. DE CONINCK, « Les recours... », *op. cit.*, p. 761, n° 22.

(106) Liège, 4 décembre 1997, *R.G.D.C.*, 1998, p. 370.

demeurent opposables au subrogé, il n'en est pas de même des exceptions nées postérieurement au paiement qui réalise le transfert de la créance »<sup>(107)</sup>.

C'est donc le paiement de la créance par le subrogé au subrogeant qui cristallise la situation. Dès ce moment, la créance quitte le patrimoine du subrogeant et ne peut plus subir de modification tendant à affaiblir les prérogatives du subrogé. La date du paiement qui fait naître la subrogation est donc cruciale. Elle doit satisfaire aux exigences de l'article 1328 du Code civil pour avoir date certaine, au moins vis-à-vis de personnes n'ayant pas la qualité d'entreprise<sup>(108)</sup>.

**30.** – Si elle n'est pas interrompue par le subrogé ou par le subrogeant, la prescription de la créance continue à courir en faveur du débiteur. Les exceptions *antérieures* à la subrogation sont opposables par le débiteur au subrogé. Il peut en être ainsi de l'exception de compensation admise par l'article 1289 du Code civil pour autant que les conditions en soient réunies avant la subrogation<sup>(109)</sup>, d'une clause compromissoire conclue par l'assuré avec le tiers (contractuellement) responsable<sup>(110)</sup>, de l'exception de transaction<sup>(111)</sup> ou encore d'un partage de responsabilités<sup>(112)</sup> (voy. *infra*, point III).

Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, l'exception d'inexécution est inhérente au contrat synallagmatique de sorte que le débiteur peut opposer au subrogé l'exception d'inexécution « même si celle-ci prend appui sur un manquement postérieur au paiement consenti au subrogeant »<sup>(113)</sup>. Cette solution s'aligne sur celle qui existe pour la cession de créances.

(107) Cass., 22 juin 1988, *Pas.* 1988, I, p. 1275.

(108) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, p. 2047.

(109) Ce qui implique une créance liquide et exigible de la part de celui qui s'en prévaut, avant la subrogation. Comm. Bruxelles, 4 novembre 1991, *Entr. et dr.*, 1992, p. 105 ; Liège, 4 décembre 1997, p. 369. Pour d'autres illustrations, M.-C. ERNOTTE, « Le paiement subrogatoire », *op. cit.*, pp. 237 et s ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY « Chronique (1985-1995) », *op. cit.*, pp. 840-841.

(110) Le responsable d'un manquement contractuel invoque la clause compromissoire convenue avec le subrogeant envers l'assureur subrogé. Le tribunal estime que l'effet translatif lui permet de se prévaloir de la clause. Comm. Mons, 22 novembre 2012, *J.T.*, 2014, p. 120, obs. O. CAPRASSE.

(111) Civ. Bruxelles, 23 mars 1984, *Pas.*, 1985, III, p. 13.

(112) Cass., 2 novembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, note J. TINANT et N. SIMAR. Sur le problème que pose le partage de responsabilités entre l'assuré et un tiers pour déterminer l'étendue du recours de l'assureur, P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, p. 2070 ; B. DUBUISSON et V. CALLEWAERT, *op. cit.*, p. 171, n° 36. En droit français, J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, p. 414.

(113) P. WÉRY, « L'exception d'inexécution dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *R.G.D.C.*, 2006, p. 40.

Telles sont les solutions du droit commun. Des législations spécifiques peuvent infléchir ces principes ou y porter franchement atteinte<sup>(114)</sup>.

**31.** – En ce qui concerne l'effet translatif du paiement subrogatoire, les rédacteurs de l'avant-projet ont exprimé la volonté de procéder à une codification à droit constant de la jurisprudence. Elle se reflète dans l'article 5.296 de l'avant-projet intitulé « effet translatif du paiement subrogatoire ». Les acquis jurisprudentiels et doctrinaux sont coulés dans un texte légal. Aux termes de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 5.296, « Le paiement subrogatoire transmet au bénéficiaire de la subrogation, dans la limite de ce qu'il a payé, la créance et ses accessoires. Le débiteur peut lui opposer toutes les exceptions dont il disposait à l'égard du créancier subrogeant et qui sont nées antérieurement à la notification ou à la reconnaissance du paiement subrogatoire ». Le subrogé remplace le subrogeant dans son rapport de créance avec le débiteur à concurrence du montant qui a été payé. Le créancier change, mais la créance reste la même avec ses caractéristiques et ses avantages. Le régime actuellement en vigueur continue à s'appliquer.

Un glissement du moment pivot s'opère toutefois dans l'avant-projet. En ce qui concerne l'opposabilité du paiement subrogatoire au débiteur, il conviendra d'avoir égard à la date de la notification de celui-ci au débiteur ou de la reconnaissance du paiement subrogatoire par le débiteur. Les principes qui régissent la cession de créance s'appliquent *mutatis mutandis*. D'une part, le paiement de bonne foi du débiteur avant la notification ou la reconnaissance est libératoire. D'autre part, le débiteur de bonne foi peut également invoquer à l'égard du subrogé les conséquences de tout acte juridique accompli à l'égard du subrogeant, avant que la subrogation lui ait été notifiée ou qu'il l'ait reconnue.

L'application de la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'opposabilité des exceptions inhérentes à la nature des contrats synallagmatiques est réaffirmée dans l'exposé des motifs. L'exception d'inexécution, la compensation légale et le droit de résolution pourront être invoqués par le débiteur même si le manquement commis par le subrogeant est postérieur au moment où le paiement subrogatoire

---

(114) Solution reconnue par une jurisprudence déjà ancienne. Liège, 19 mars 1973, *J.T.*, 1973, p. 480. Pour plus de détails, point III.

devient opposable au subrogé dès lors que ces exceptions se situent en germe dans le contrat dès sa conclusion<sup>(115)</sup>.

## B. – *Effet extinctif du paiement subrogatoire*

### 1. *Effet dans la mesure du paiement effectué*

**32.** – Comme tout paiement, le paiement subrogatoire a un effet extinctif. Si le paiement réalisé par le tiers *solvens* éteint, à concurrence de ce qui a été payé, la dette vis-à-vis du créancier subrogeant en raison de l'effet extinctif du paiement subrogatoire, il n'a en revanche pas d'effet extinctif vis-à-vis du débiteur en raison de l'effet translatif<sup>(116)</sup>. Il n'y a pas là plus de fiction que dans la cession de créance ou la représentation mais la conséquence d'une technique juridique constructive.

La subrogation n'a d'effet que dans la mesure du paiement effectué par le subrogé. Le principe est celui de la limitation de la subrogation au paiement effectif. Il existe toutefois une dérogation à ce principe. Elle concerne les intérêts futurs à échoir sur la créance. Bien que ces intérêts n'aient pas été payés par le subrogé parce qu'ils n'étaient pas encore échus, la Cour de cassation considère qu'ils constituent des accessoires de la créance, si bien que la subrogation s'y étend et que le recours du subrogé contre le débiteur pourra les englober<sup>(117)</sup>.

Si le paiement n'a été que partiel, la subrogation ne sera que partielle, avec maintien d'une partie de la dette envers le subrogeant, ce qui peut entraîner un concours entre subrogeant et subrogé.

### 2. *Primauté du subrogeant sur le subrogé en cas de paiement partiel*

**33.** – Si le débiteur est insuffisamment solvable pour désintéresser le subrogeant et le subrogé, le subrogeant sera préféré au subrogé car, selon l'article 1252 du Code civil, « 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

(115) Cass., 25 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1039, note P. HENRY (exception d'inexécution) ; Cass., 4 février 2011, *Pas.*, 2011, liv. 2, p. 438, *R.W.*, 2011-2012, liv. 10, p. 488, note R. HOUBEN, *R.D.C.*, 2011, liv. 9, p. 877 (résolution) ; Cass., 15 mai 2014, *Pas.*, 2014, p. 1184, n° 348 ; Cass., 27 février 2015, *T.B.O.*, 2015, p. 208 (compensation).

(116) C. EYBEN, « Le paiement avec subrogation. Quelques traits d'une évolution autour de la condition du paiement », *op. cit.*, p. 152.

(117) Cass., 12 décembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 32 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, p. 2075.

n'a reçu qu'un paiement partiel ». En d'autres termes, personne n'est censé subroger contre soi. Cette solution est confirmée par l'article 95, alinéa 3, de la loi du 4 avril 2014 (art. 41, al. 3, de la loi du 25 juin 1992) selon lequel « La subrogation ne peut nuire à l'assuré ou au bénéficiaire qui n'aurait été indemnisé qu'en partie. Dans ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, de préférence à l'assureur. »<sup>(118)</sup>

Il y a donc privilège du subrogeant sur le subrogé en cas de concours du subrogeant et du subrogé vis-à-vis du débiteur. Cette solution a pu être adoptée dans des matières éloignées du droit des obligations et des assurances classiques, où le législateur a prévu des « quasi-subrogations »<sup>(119)</sup>.

Cette solution n'existe pas dans le domaine de la cession de créance. C'est une singularité du paiement subrogatoire. Il est donc utile d'en évoquer le ou les fondements<sup>(120)</sup>.

**34. –** L'article 1252 du Code civil énonce un principe général qui transcende les applications que le paiement subrogatoire peut avoir dans différents domaines, assurances, crédit ou droit social.

Un premier fondement, classique, a été recherché dans la volonté présumée du créancier subrogeant. Ce dernier n'est censé consentir à la subrogation que si elle ne nuit pas à ses intérêts. On peut objecter à cette explication que la subrogation légale naît indépendamment de la volonté du créancier subrogeant et que la subrogation conventionnelle à l'initiative du débiteur est imposée au créancier. D'autres fondements à la solution prévue par l'article 1252 du Code civil ont été proposés, l'équité notamment. Ce fondement est fort général et peut, à la limite, être considéré comme sous-jacent à la plupart des solutions légales, même s'il n'est pas affirmé explicitement. Expliquant pratiquement tout, il explique peu. J. Mestre a proposé une explication plus technique : si le paiement partiel avait été effectué par le débiteur, le créancier aurait gardé sa créance pour le surplus contre lui. Que la subrogation soit légale ou conventionnelle, le créancier payé

(118) B. DUBUISSON et V. CALLEWAERT, « Les recours de l'assureur après l'indemnisation », *op. cit.*, p. 167.

(119) Pour un exemple, Cass., 6 décembre 1982, *J.T.*, 1983, p. 361 où la Cour accorde la préférence aux travailleurs salariés (subrogeants) en concours avec le Fonds d'indemnisation pour la partie de créance qui n'a pas été payée par le Fonds. Cette solution, qui concerne une matière relevant du droit social, est devenue obsolète à la suite de l'intervention du législateur qui a octroyé un privilège au Fonds, concurrent de celui des travailleurs. Cette jurisprudence garde pour intérêt de montrer la pertinence de la solution prévue par l'article 1252 du Code civil. En ce sens, S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique (1985-1995) », *op. cit.*, p. 843, n° 61.

(120) J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, pp. 626 et s.

partiellement par un tiers demeure créancier pour le surplus. Le mettre en concurrence avec le tiers payeur aboutit, en cas d'insolvabilité du débiteur, à lui imposer une remise partielle ou totale de la dette et à aggraver sa situation. Une situation qu'il n'a pas nécessairement voulue puisque, dans nombre de cas, il subit le paiement par un tiers.

**35.** – En cas de paiement partiel du subrogeant par le subrogé, la liberté contractuelle peut s'exercer de plusieurs manières, en précisant la portée de l'article 1252.

1°) Les contrats bancaires contiennent des dispositions réglant les droits de la caution qui a acquitté partiellement la dette du bénéficiaire d'un crédit accordé par la banque.

Le tiers garant qui a procédé à un paiement partiel de la dette ne peut intenter aucune action personnelle ou subrogatoire, ni exercer aucun recours d'aucune sorte à l'égard du crédit ou d'un autre tiers garant, tant que la Banque n'est pas entièrement remboursée. Il en va de même pour les crédits en cas de paiement partiel de l'un d'entre eux.

Ou encore :

Le tiers garant, jusqu'au parfait remboursement des engagements garantis par lui,

- peut, comme ses héritiers et ayants droit, être informé par la Banque de l'état des engagements qu'il garantit ;
- reconnaît que toutes modifications des clauses, conditions et modalités du crédit – que celui-ci soit ou non exigible – même non portées à sa connaissance (*sic*), lui sont opposables ;
- (...)
- s'interdit d'invoquer la subrogation dans les droits de la Banque et d'exercer un quelconque recours contre le Crédit ou un autre tiers garant du chef des paiements faits à la Banque.

Ces clauses de « non-concours » protègent la banque, institution prêteuse subrogeante. Elles prémunissent le subrogeant contre le recours, personnel ou subrogatoire, de la caution, tant que le subrogeant n'est pas payé du solde de sa créance. Ces clauses sont valables<sup>(121)</sup>.

2°) D'autres clauses peuvent tempérer ou supprimer le droit de préférence que le législateur de 1804 a accordé au subrogeant. À première vue, ces clauses sont dangereuses pour le subrogeant. En matière

(121) Validité « totale », écrivent M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, Paris, Litec, 2010, p. 197, n° 279.

d'assurances, ces clauses ne sont, à notre avis, pas valables. Elles aboutissent à dépouiller l'assuré d'une prérogative fondamentale et vont à l'encontre de l'article 95, alinéa 3, qui est impératif<sup>(122)</sup>.

36. – La réforme maintient la solution de l'article 1252 du Code civil qui, en cas de paiement partiel et de concours entre le subrogeant et le subrogé, fait primer le premier sur le second. La controverse relative au champ d'application de cet article est néanmoins vidée. Comme le souligne l'exposé des motifs, l'article 5.297 alinéa 2 de l'avant-projet « étend expressément le droit de préférence du subrogeant à tous les cas de paiement subrogatoire, en ce compris, donc, ceux qui ne figuraient pas dans les dispositions précédant l'article 1252 du Code civil ». Sont ainsi explicitement visées les hypothèses de quasi-subrogation et subrogation actuellement réglées en dehors du Code civil.

### III. – TRANSFORMATIONS DE L'ACTION SUBROGATOIRE LIÉES À L'INTERVENTION DE TIERS PAYEURS<sup>(123)</sup>

37. – Synthétisant à grands traits l'histoire du paiement subrogatoire, Carbonnier relate que Pothier faisait dériver la subrogation de la loi d'amour qui veut que chacun – entendons le tiers payeur subrogé – vienne en aide à son prochain – entendons ici le créancier subrogeant – autant qu'il le peut sans se nuire à lui-même. Avec sagacité et humour, il observe qu'« à notre époque, les cas les plus pratiques de subrogation sont les subrogations légales des législations spéciales (assurance, Sécurité sociale), et il faudrait se forcer pour y mettre de l'amour »<sup>(124)</sup>.

À défaut d'amour ou de charité, ces subrogations spécifiques témoignent de l'attachement du législateur au principe indemnitaire ou, plus généralement, au principe de la réparation intégrale du dommage en vertu duquel la victime a droit à la réparation de *tout* le dommage mais *rien* que du dommage. La victime n'est donc pas autorisée à cumuler les indemnités perçues ensuite de l'intervention d'un ou de plusieurs

(122) Notons que la jurisprudence française avait abouti, sur la base de textes plus anciens, moins protecteurs des assurés, à la même conclusion en considérant que le subrogeant ne pouvait renoncer conventionnellement à son droit de préférence. Voy. la jurisprudence citée par J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, op. cit., pp. 632-634, se référant à un arrêt de la Cour de cassation du 5 mars 1945 (*D.*, 1946,1, note BESSON).

(123) Le présent chapitre reprend des développements de la contribution suivante : B. FOSSÉPREZ, « Les recours des tiers payeurs : approche transversale », in *Métamorphoses de la subrogation*, coll. CUP, vol. 181, Limal, Anthemis, 2018, pp. 101 et s.

(124) J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 22<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2000, p. 593.

tiers payeurs avec celles perçues d'un ou de plusieurs responsables. C'est pourquoi le législateur a prévu en faveur de ces tiers payeurs une subrogation spécifique, qui permet d'éviter que la victime ne s'enrichisse en cumulant le bénéfice de la prestation du tiers payeur et le montant de la créance qu'elle peut faire valoir vis-à-vis du tiers responsable, tout en évitant que le tiers responsable ne se procure un avantage illicite en se voyant déchargé des conséquences de sa responsabilité.

Parmi les nombreux tiers payeurs que compte notre droit (C.P.A.S., fonds d'indemnisation, ...), nous limitons notre analyse aux subrogations consenties à l'assureur privé (A), à l'assureur-loi (B) et à la mutuelle (C). Nous envisageons également la situation de l'employeur public qui, alors qu'il dispose d'un recours subrogatoire, se voit reconnaître un droit propre sur la base de l'article 1382 du Code civil (D).

#### A. – *Subrogation au profit de l'assureur privé*

##### 1. *Un paiement par un tiers de la dette d'autrui*

**38.** – Pour rappel, l'article 95 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances (ancien article 41 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre) prévoit, en son alinéa 1<sup>er</sup>, que « L'assureur qui a payé l'indemnité est subrogé, à concurrence du montant de celle-ci, dans les droits et actions de l'assuré ou du bénéficiaire contre les tiers responsables du dommage ».

##### a) *Un paiement par l'assureur : le subrogé*

##### i. *L'assureur intervenu dans le cadre d'une assurance indemnitaire*

**39.** – L'article 95 prend place dans le chapitre que la loi du 4 avril 2014 consacre aux « Dispositions propres aux assurances à caractère indemnitaire ». Comme nous l'avons déjà précisé, la subrogation qu'accorde cet article est donc limitée aux assurances à caractère indemnitaire, à l'exclusion des assurances à caractère forfaitaire. Cela est confirmé par l'article 103 de la loi qui, au cœur du chapitre consacré aux « Dispositions propres aux assurances à caractère forfaitaire », précise que « Sauf convention contraire, l'assureur qui a exécuté les prestations assurées n'est pas subrogé contre les tiers dans les droits du preneur d'assurance ou du bénéficiaire ».

Le législateur a donc réservé la convention contraire pour les assurances de personnes à caractère forfaitaire. B. Dubuisson et

V. Callewaert qualifie cette réserve de curieuse dès lors qu'« elle rompt de manière inexplicable le lien entre la subrogation et le principe indemnitaire ». Ces auteurs sont d'avis que l'inscription d'une clause subrogatoire dans un contrat d'assurance de personnes indique que les parties ont entendu accorder à la prestation garantie un caractère indemnitaire et que le contrat perd son caractère forfaitaire<sup>(125)</sup>. Nous partageons ce point de vue.

ii. *L'assureur qui a payé l'indemnité*

40. – L'article 95 réserve la subrogation à « l'assureur qui a payé l'indemnité ». La question s'est posée de savoir si l'assureur est autorisé à se prévaloir de l'article 95 de la loi du 4 avril 2014 lorsqu'il a payé l'indemnité alors que celle-ci n'était pas due au regard du contrat d'assurance<sup>(126)</sup>. Cette question a déjà été évoquée plus haut, lors de l'examen, sous l'angle du droit commun, des conditions essentielles à toute subrogation, celle-ci supposant une dette à payer (point II). Nous l'approfondissons ci-dessous.

Sous l'empire de la loi du 11 juin 1874 sur les assurances, dont le texte était sur ce point identique à celui de la loi du 4 avril 2014, la Cour de cassation a, dans un arrêt du 31 octobre 1991, répondu que « l'article 22, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 11 juin 1874 est d'application dès que l'assureur, qu'il y fût ou non obligé, a payé le dommage ; que cette disposition légale ne soumet en effet la subrogation de l'assureur qu'à la seule condition que le dommage ait été payé par l'assureur »<sup>(127)</sup>.

Examinant cet arrêt, P. Van Ommeslaghe estime que le texte spécial de l'article 22 de la loi du 11 juin 1874, devenu l'article 95 de la loi du 4 avril 2014, ne permet pas d'expliquer la jurisprudence de la Cour de cassation et souligne qu'il faut une obligation née du contrat d'assurance pour que ces textes puissent jouer<sup>(128)</sup>. J.-L. Fagnart partage cet avis : « S'il n'y a pas d'assurance, il ne peut y avoir application de la règle spécifique organisant la subrogation de l'assureur »<sup>(129)</sup>. Indépendamment de la lettre du texte, B. Dubuisson et V. Callewaert

(125) B. DUBUISSON et V. CALLEWAERT, « Les recours de l'assureur après indemnisation », *op. cit.*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 144.

(126) Voy. notamment Civ. Mons, 1<sup>er</sup> février 2007, *J.J.Pol.*, 2008, p. 100, note C. EYBEN.

(127) Cass., 31 octobre 1991, *R.C.J.B.*, 1993, p. 571, note J.-L. FAGNART.

(128) P. VAN OMMESLAGHE, « Le paiement avec subrogation et le droit des assurances », *op. cit.*, p. 113.

(129) J.-L. FAGNART, « La subrogation de l'assureur ayant payé un sinistre non couvert », *op. cit.*, p. 591.

s'étonnent que le législateur ait voulu faire profiter l'assureur d'une subrogation spécifique alors qu'il n'aurait pas respecté les conditions légales ou contractuelles de son intervention<sup>(130)</sup>.

P. Van Ommeslaghe souligne encore que le législateur a choisi de fonder le recours de l'assureur sur le paiement subrogatoire en raison de l'efficacité et de l'utilité de cette institution et en conclut que l'assureur doit respecter l'ensemble des conséquences de celle-ci « à moins que la volonté contraire soit clairement affirmée »<sup>(131)</sup>. C'est ainsi que J. Wildermeersch et J. Loly estiment que l'article 41 de la loi du 25 juin 1992 (actuel article 95 de la loi du 4 avril 2014) n'est pas une simple redite de l'article 1251, 3<sup>o</sup>, du Code civil<sup>(132)</sup>. Il n'y aurait donc aucune raison de limiter son champ d'application à l'hypothèse où l'assureur est « tenu [...] au paiement de la dette ». P.-H. Delvaux partage cet avis et juge la solution consacrée par la Cour de cassation conforme aux exigences de la pratique, l'assureur n'ayant aucune obligation de soulever une cause de déchéance ou d'exclusion et le responsable d'un dommage n'ayant pas à s'ériger en juge de l'application que l'assureur fait de son contrat<sup>(133)</sup>.

Il nous apparaît toutefois qu'il n'est pas interdit au tiers de critiquer les décaissements effectués par l'assureur dans le cadre de la détermination de l'objet de son recours subrogatoire (voy. *infra*). Si cette possibilité est sérieusement restreinte dans les recours de l'assureur-loi et de la mutuelle, ce n'est qu'en considération du rôle d'intérêt général que ces tiers payeurs jouent en matière de sécurité sociale, rôle que l'assureur privé n'endosse pas. Or, permettre au tiers d'opposer à l'assureur que ses décaissements n'étaient pas justifiés et ainsi de ramener à zéro l'objet du recours subrogatoire de l'assureur revient à la même chose que de lui refuser le bénéfice de l'article 95 de la loi du 4 avril 2014 dans l'hypothèse où il a payé l'indemnité sans y être contractuellement tenu. La discussion perd donc de son utilité.

Quoi qu'il en soit, la lettre de l'article 95 de la loi du 4 avril 2014 ne nous paraît pas suffisamment précise pour justifier une dérogation au droit commun de la subrogation, lequel exige qu'il y ait une dette

(130) B. DUBUISSON et V. CALLEWAERT, « Les recours de l'assureur après indemnisation », *op. cit.*, p. 153.

(131) P. VAN OMMESLAGHE, « Les obligations : examen de jurisprudence (1974 à 1982) », *R.C.J.B.*, 1988, p. 118, n<sup>o</sup> 209, cité par C. EYBEN, « La subrogation légale de l'assureur qui a payé une dette sans y être obligé contractuellement », *op. cit.*, p. 68.

(132) En ce sens, voy. J. WILDERMEERSCH et J. LOLY, « La subrogation de l'assureur », *op. cit.*, p. 86.

(133) P.-H. DELVAUX, « La subrogation et la réparation du dommage », *op. cit.*, n<sup>o</sup> 48.

à payer. Il convient donc de refuser le recours subrogatoire à l'assureur qui a payé l'indemnité sans y être obligé contractuellement, même si cela est délicat au regard de l'objectif commun que poursuivent le principe indemnitaire et la subrogation. En effet, à défaut de subrogation au profit de l'assureur qui a payé la dette sans y être obligé contractuellement, l'effet translatif lié à la subrogation ne pourra pas jouer et le tiers responsable pourra échapper aux conséquences de sa responsabilité.

b) *Un paiement en faveur de l'assuré ou du bénéficiaire : le subrogeant*

41. – L'article 95 de la loi du 4 avril 2014 ne fait état que de la subrogation de l'assureur dans les droits de l'assuré ou du bénéficiaire. Permet-il la subrogation de l'assureur dans les droits de la victime ? Si la subrogation dans les droits de l'assuré se justifie aisément dans les assurances de choses et les assurances de frais où l'assuré perçoit l'indemnité, elle est plus délicate dans les assurances de responsabilité où c'est la victime qui perçoit l'indemnité.

Cette difficulté est écartée si l'on considère qu'en payant la victime, l'assureur a désintéressé son assuré et qu'il se retrouve subrogé dans les droits de ce dernier pour réclamer la part qui incombe à chaque coauteur. Autrement dit, « l'assureur exercerait contre les coresponsables tenus *in solidum* le recours contributoire appartenant à son assuré »<sup>(134)</sup>.

Mobilisant l'article 1251, 3<sup>o</sup>, du Code civil, B. Dubuisson et V. Callewaert précisent que la subrogation de l'assureur dans les droits de la victime n'est pas pour autant interdite : elle pourrait précisément trouver son fondement dans cette dernière disposition et « permettrait à l'assureur d'exercer toutes les actions en responsabilité quasi délictuelle ou contractuelle dont [la victime] disposait à l'égard du tiers ou des tiers responsables sous la réserve que ce responsable ne soit pas son propre assuré »<sup>(135)</sup>.

Quelle que soit l'identité du subrogeant, celui-ci doit être attentif à la subrogation. En effet, l'article 95, alinéa 3, de la loi du 4 avril 2014 précise que « Si, par le fait de l'assuré ou du bénéficiaire, la subrogation ne peut plus produire ses effets en faveur de l'assureur, celui-ci peut lui

(134) B. DUBUISSON et V. CALLEWAERT, « Les recours de l'assureur après indemnisation », *op. cit.*, p. 155.

(135) *Ibid.*, p. 156.

réclamer la restitution de l'indemnité versée dans la mesure du préjudice subi ».

c) *Le paiement de la dette d'autrui : le tiers responsable*

i. *La notion de « tiers responsables du dommage »*

42. – L'article 95, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 4 avril 2014 restreint le recours subrogatoire de l'assureur aux droits et actions contre « les tiers responsables du dommage ». Dans un arrêt du 21 octobre 2016, la Cour de cassation a précisé que « l'assureur qui est subrogé dans les droits de son assuré peut réclamer la restitution du montant de l'indemnité à un autre assuré qui est responsable du dommage lorsque le contrat d'assurance prévoit que l'assuré est un tiers quant au dommage qu'il a causé »<sup>(136)</sup>. Dans le cas soumis à la censure de la Cour, le contrat d'assurance incendie souscrit par une copropriété prévoyait en effet que « les copropriétaires sont considérés comme des tiers les uns vis-à-vis des autres et de la collectivité assurée ». Dans la droite ligne de cette précision, il convient d'observer que l'article 95 interdit à l'assureur de se prétendre subrogé dans les droits de la victime contre son propre assuré. En effet, l'assureur qui souhaiterait réclamer à son assuré le remboursement de ce qu'il a payé en vertu du contrat est tenu d'introduire une action récursoire et, par conséquent, de respecter les conditions inscrites à l'article 152 de la loi du 4 avril 2014.

43. – L'article 95 prive également l'assureur de toute action contre l'assureur du tiers responsable et contre une personne à l'égard de laquelle son assuré disposerait d'un recours à un autre titre qu'une responsabilité. Pareille solution étonne dans la mesure où l'exposé des motifs de la loi du 25 juin 1992 – que l'article 95 de la loi du 4 avril 2014 reprend en substance – révèle que le législateur entendait reproduire le droit antérieur hérité de l'article 22 de la loi du 11 juin 1874<sup>(137)</sup>. Or, cet article ne comportait aucune restriction de cet ordre<sup>(138)</sup>. Celle-ci provient donc d'une inadvertance du législateur. Comme P. Van Ommeslaghe a eu l'occasion de l'expliquer, il n'est malheureusement pas possible de corriger le tir en interprétant le texte de loi conformément

(136) Cass., 21 octobre 2016, R.G. n° C.16.0099.N.

(137) Projet de loi sur le contrat d'assurance terrestre, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess., 1990-1991, n° 1586/1.

(138) Cette disposition précisait, dans un premier alinéa, que « L'assureur qui a payé le dommage est subrogé à tous les droits de l'assuré contre les tiers du chef de ce dommage, et l'assuré est responsable de tout acte qui préjudicierait aux droits de l'assureur contre les tiers ».

à l'intention exprimée par le législateur dans les travaux préparatoires. En effet, « Selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation, le texte clair de la loi doit nécessairement prévaloir sur les intentions exprimées lors de son élaboration »<sup>(139)</sup>. Le fait que le législateur n'ait pas saisi l'opportunité de la refonte de la loi du 25 juin 1992 dans la loi du 4 avril 2014 pour modifier la disposition légale semble d'ailleurs mettre un coup d'arrêt à toute tentative d'interprétation téléologique.

Dans les assurances de la responsabilité, qui reposent sur un transfert de la dette de responsabilité de l'assuré à son assureur, il est toutefois possible de justifier un recours subrogatoire contre l'assureur du responsable en assimilant ce dernier à un tiers responsable<sup>(140)</sup>. Cette proposition n'est toutefois qu'un pis-aller puisqu'elle ne concerne que les assureurs de la responsabilité. B. Dubuisson et V. Callewaert appellent, par conséquent, de leurs vœux une modification légale, tout en rappelant que l'assureur devrait pouvoir exercer son recours subrogatoire sur pied de l'article 1251, 3<sup>o</sup>, du Code civil ou bénéficier d'une subrogation conventionnelle<sup>(141)</sup>.

L'article 1251, 3<sup>o</sup>, du Code civil a notamment été mobilisé par le tribunal de première instance francophone de Bruxelles au profit de l'assureur dégâts matériels qui, ayant indemnisé son assuré, « est légalement subrogé dans les droits de celui-ci à l'égard des assureurs de la responsabilité civile des autres véhicules impliqués, tenus à indemniser cet assuré sur la base de l'article 19bis-11, § 2, de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs »<sup>(142)</sup>. L'article 1251, 3<sup>o</sup>, du Code civil a également permis de justifier le recours contributoire de l'assureur intervenu en cas de pluralité d'assurances indemnitaires (article 99 de la loi du 4 avril 2014), les assureurs étant tenus *in solidum*<sup>(143)</sup>.

44. – Concernant la possibilité d'agir contre l'assureur du tiers responsable, il semble que la Cour de cassation ne s'embarrasse pas de la

(139) P. VAN OMMESLAGHE, « L'arrêt de la Cour constitutionnelle du 16 juin 2011 en matière de subrogation », obs. sous C.C., 16 juin 2011, *For. Ass.*, 2011, p. 179.

(140) J.-L. FAGNART, *Droit privé des assurances terrestres, Principes généraux, Traité pratique de droit commercial*, t. III, 2<sup>e</sup> éd., Waterloo, Kluwer, 2011, p. 375.

(141) B. DUBUISSON et V. CALLEWAERT, « Les recours de l'assureur après indemnisation », *op. cit.*, p. 159.

(142) Civ. Bruxelles fr. (77<sup>e</sup> ch.), 26 avril 2016, *R.G.A.R.*, 2016, n<sup>o</sup> 15.329.

(143) Sur cette question, J. ROGGE, « Pluralité de contrats d'assurance et application de l'article 45 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre », in *Recueil de jurisprudence. Responsabilités, assurances, accidents du travail*, vol. III, *Jurisprudence 2013*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 61 à 69 ; J. WILDERMEERSCH et J. LOLY, « La subrogation de l'assureur », *op. cit.*, p. 79.

limite imposée par l'article 95 de la loi du 4 avril 2014<sup>(144)</sup>. En effet, dans un arrêt du 19 juin 2009, elle a décidé que « l'assureur subrogé [dispose] d'une action directe tendant à l'indemnisation des dégâts causés par l'incendie contre l'assureur incendie du sous-locataire »<sup>(145)</sup>. Par un arrêt du 5 novembre 2012, elle a également autorisé le recours d'un assureur incendie à l'encontre d'un assureur responsabilité civile<sup>(146)</sup>. Un commentateur de ce dernier arrêt souligne toutefois qu'il doit être considéré avec circonspection dans la mesure où « l'absence d'une motivation [...] étayée risque de pousser le lecteur à se perdre en conjectures »<sup>(147)</sup>.

La Cour de cassation est indiscutablement plus tatillonne pour ce qui est de l'action contre une personne tenue à un autre titre qu'une responsabilité. En effet, par un arrêt du 13 mars 2014, elle a décidé que « seuls la victime et ses ayants droit qui ont subi un dommage peuvent obtenir une indemnisation sur la base de l'article 29bis de cette loi. Un assureur ou assureur social qui n'est que subrogé dans les droits de la victime et ses ayants droit contre le tiers responsable, ne peut exercer un recours fondé sur l'article 29bis précité pour les paiements effectués à la victime et à ses ayants droit »<sup>(148)</sup>. Si l'assureur soins de santé privé ne peut se prévaloir, par le biais de l'article 95 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, de l'article 29bis, d'autres tiers payeurs ont obtenu légalement cette possibilité. Par un arrêt du 16 juin 2011<sup>(149)</sup>, la Cour constitutionnelle n'y a toutefois pas vu de discrimination en raison de l'intérêt général poursuivi par ces organismes. Elle a également estimé que l'assureur soins de santé privé « a toujours la possibilité de se faire subroger conventionnellement dans les droits de l'assuré (article 1250, 1<sup>o</sup>, du Code civil) ou de demander à l'assuré la cession de la créance (article 1690 du Code civil) »<sup>(150)</sup>. Conformément à l'arrêt de la Cour de cassation du 24 juin 2013 précité, l'assureur pourrait également s'appuyer sur l'article 1251, 3<sup>o</sup>, du Code civil.

(144) Th. MALENGREAU, « Le recours subrogatoire de l'assureur fondé sur l'article 41 de la loi du 25 juin 1992 et la délicate limite du "tiers responsable" », obs. sous Cass., 5 novembre 2012, *J.L.M.B.*, 2014, p. 848.

(145) Cass., 19 juin 2009, *Pas.*, 2009, I, p. 1604.

(146) Cass., 5 novembre 2012, *J.L.M.B.*, 2014, p. 840, obs. Th. MALENGREAU.

(147) Th. MALENGREAU, « Le recours subrogatoire de l'assureur fondé sur l'article 41 de la loi du 25 juin 1992 et la délicate limite du "tiers responsable" », *op. cit.*, p. 849.

(148) Cass., 13 mars 2014, R.G. n<sup>o</sup> C.13.0392.N.

(149) C.C., 16 juin 2011, *For. Ass.*, 2011, p. 176, obs. P. VAN OMMESLAGHE.

(150) Commentant cet arrêt, F. Tulkens conseille aux assureurs de songer à ces possibilités légales et de les insérer dans leurs polices d'assurance : F. TULKENS, « L'incidence de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sur le droit des assurances (1) », *Bull. Ass.*, 2011, p. 260.

J.-L. Fagnart estime cependant que la Cour constitutionnelle a répondu à une « fausse question » dans la mesure où le juge ayant posé la question préjudicielle est parti de « l'idée inexacte que l'article 29*bis* ne serait pas un régime d'assurance de responsabilité »<sup>(151)</sup>. L'auteur estime que le « tiers responsable » visé par l'article 95 de la loi du 4 avril 2014 doit être considéré comme « toute personne tenue de réparer le dommage, quel que soit le fondement de cette obligation de réparation ». Pour cet auteur, la notion de tiers responsable ne devrait pas être limitée au tiers fautif mais également viser le débiteur d'une indemnité sur la base d'une responsabilité objective<sup>(152)</sup>. Il en déduit que la formulation de l'article 95 de la loi du 4 avril 2014 ne devrait pas permettre d'exclure la possibilité pour l'assureur direct intervenu au profit d'une victime d'un accident de la circulation d'exercer une action subrogatoire contre l'assureur de la responsabilité civile automobile intervenu sur pied de l'article 29*bis* de la loi du 21 novembre 1989. Il souligne qu'il y va du respect du principe indemnitaire et constate en tout état de cause que la subrogation légale organisée par l'article 1251, 3<sup>o</sup>, du Code civil s'applique dès lors qu'en indemnisant la victime, l'assureur hospitalisation a également acquitté la dette de l'assureur R.C. auto du véhicule impliqué<sup>(153)</sup>. Sous cet angle, l'arrêt de la Cour de cassation du 13 mars 2014 apparaît critiquable.

#### ii. *Les abandons de recours*

**45.** – L'originalité de la subrogation inscrite à l'article 95 de la loi du 4 avril 2014 réside incontestablement dans les abandons de recours consignés à l'alinéa 4 en ces termes : « Sauf en cas de malveillance, l'assureur n'a aucun recours contre les descendants, les ascendants, le conjoint et les alliés en ligne directe de l'assuré, ni contre les personnes vivant à son foyer, ses hôtes et les membres de son personnel domestique ». Ces abandons de recours sont justifiés par un principe de solidarité familiale.

L'alinéa 4 réserve l'hypothèse de la malveillance, ce qui signifie que le recours subrogatoire de l'assureur renaît « lorsqu'il ressort des circonstances que la personne immunisée a sciemment et volontairement

(151) J.-L. FAGNART, « Article 29*bis*. Vingt ans de controverse », in *L'assurance R.C. auto. Les 25 ans de la loi du 21 novembre 1989*, Limal, Anthemis, 2014, p. 73.

(152) En ce sens, voy. également B. DE CONINCK et N. SCHMITZ, « L'article 19*bis*-11, § 2, de la loi du 21 novembre 1989. L'obligation d'indemnisation automatique dans le cas d'un accident de la circulation sans responsabilité, impliquant plusieurs véhicules », *R.G.A.R.*, 2016/4, n<sup>o</sup> 15.285<sup>o</sup>.

(153) J.-L. FAGNART, « Article 29*bis*. Vingt ans de controverse », *op. cit.*, p. 77.

porté préjudice à l'assuré »<sup>(154)</sup>. Conformément à l'alinéa 5, le recours subrogatoire de l'assureur renaît également lorsque la personne immunisée est couverte par une assurance responsabilité civile.

En raison du caractère impératif de l'article 95 de la loi, il n'est pas possible de restreindre la protection instituée par cette disposition en prévoyant un recours contre une des personnes y énumérées. En revanche, il est possible d'étendre la protection en l'accordant à d'autres personnes<sup>(155)</sup>. Les clauses conventionnelles d'abandon de recours<sup>(156)</sup> se voient validées à condition qu'elles n'aboutissent pas à un enrichissement de l'assuré en lui permettant de cumuler la prestation de l'assureur avec l'indemnité due par le tiers<sup>(157)</sup>. Le principe indemnitaire s'y oppose.

## 2. Les effets du paiement de l'assureur privé

46. – Pour rappel, le paiement subrogatoire emporte un effet translatif et un effet extinctif dans la mesure où il y a paiement d'une dette, et donc extinction de celle-ci, mais également transfert de la créance du subrogeant au subrogé. L'effet extinctif du paiement subrogatoire implique que le *solvens* n'est subrogé qu'à concurrence du montant qu'il a effectivement payé (objet du recours) tandis que l'effet translatif implique qu'il n'a pas plus de droit que le subrogeant et ne peut donc réclamer au tiers davantage que ce à quoi le subrogeant aurait pu prétendre en droit commun (assiette du recours). C'est ainsi que l'étendue du recours de l'assureur résulte de la comparaison entre l'objet et l'assiette du recours, l'assureur pouvant récupérer le plus petit de ces deux montants.

En d'autres termes, ce n'est que si l'assiette du recours est d'un montant supérieur à l'objet du recours que l'assureur pourra récupérer l'intégralité de ses débours, le surplus allant en pareil cas à la victime. En revanche, si l'objet est supérieur à l'assiette, le recours de l'assureur contre le tiers responsable sera limité à l'assiette.

---

(154) B. DUBUISSON et V. CALLEWAERT, « Les recours de l'assureur après indemnisation », *op. cit.*, p. 175.

(155) J. WILDERMEERSCH et J. LOLY, « La subrogation de l'assureur », *op. cit.*, pp. 67 et 68.

(156) Au-delà des clauses d'abandon de recours, le législateur a privé l'assureur de son recours subrogatoire dans le cadre des lois du 30 juillet 1979 relative à la prévention des incendies et des explosions ainsi qu'à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile dans ces mêmes circonstances et du 1<sup>er</sup> avril 2007 relative à l'assurance contre les dommages causés par le terrorisme.

(157) B. DUBUISSON et V. CALLEWAERT, « Les recours de l'assureur après indemnisation », *op. cit.*, p. 177.

a) *L'effet extinctif lié au paiement de l'assureur*

i. *L'objet du recours*

47. – L'objet du recours impose de tenir compte du montant des décaissements effectués par l'assureur. Ceux-ci sont toutefois fonction de la police d'assurance, si bien qu'il n'est pas possible d'en dresser un éventail. Les termes de la police d'assurance (ou de la transaction conclue entre l'assuré et l'assureur dans le cadre d'une assurance de choses) permettront d'identifier les postes qui relèvent du recours subrogatoire de l'assureur et ceux qui relèvent du recours complémentaire de l'assuré. En effet, les postes du préjudice exclus de la police d'assurance ou laissés en dehors de la transaction relèveront entièrement du recours du subrogeant tandis que les postes concernés par la police d'assurance ou le contrat de transaction relèveront pour partie du recours subrogatoire de l'assureur et pour partie du recours résiduaire de l'assuré, selon les exclusions ou les concessions réciproques. À cet égard, des difficultés peuvent surgir lorsque le contrat de transaction ne mentionne qu'un montant global. Nous ne pouvons que conseiller aux parties au contrat de transaction de ventiler le montant déterminé conformément à leurs concessions réciproques.

ii. *Le privilège du subrogeant sur le subrogé*

48. – Au-delà de l'objet du recours, l'effet extinctif pose la question du privilège du subrogeant sur le subrogé dans l'hypothèse d'un paiement partiel. Comme déjà indiqué, l'article 95 répète la règle inscrite à l'article 1252 du Code civil. En son alinéa 3, il précise que « la subrogation ne peut nuire à l'assuré ou au bénéficiaire qui n'aurait été indemnisé qu'en partie. Dans ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, de préférence à l'assureur ».

Signalons que, dans un arrêt du 19 mai 1981, la Cour de cassation a décidé que l'assuré indemnisé par l'assureur ne peut prétendre obtenir le paiement de la franchise par préférence à l'assureur, si le montant de l'indemnité versée par l'assureur répare intégralement le préjudice au regard des règles du droit commun<sup>(158)</sup>. En effet, il s'impose de constater qu'en pareilles circonstances, l'assuré a été complètement désintéressé et qu'il n'a, par conséquent, plus de droit à faire valoir vis-à-vis du tiers responsable. Peu importe que le dommage de l'assuré n'apparaisse pas

---

(158) Cass., 19 mai 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 1086.

intégralement réparé au regard du mode d'indemnisation prévu par le contrat d'assurance, pourvu que le dommage ait été intégralement réparé en droit commun<sup>(159)</sup>. À l'instar de ce qui sera dit à propos du recours de l'assureur-loi, il convient de ne pas confondre les règles d'indemnisation propres à chaque régime, en l'occurrence droit des assurances (objet du recours) et droit commun (assiette du recours).

b) *L'effet translatif lié au paiement de l'assureur*

i. *L'assiette du recours*

49. – En raison de l'effet translatif de la subrogation, le recours subrogatoire de l'assureur est également soumis à la limite déduite du montant que la victime aurait pu obtenir du tiers responsable en droit commun. À cet égard, il importe de souligner que les plafonds que le législateur a déterminés en assurance RC Auto et en assurance RC familiale ne valent qu'en présence d'une action récursoire, soit une action en responsabilité contractuelle introduite par l'assureur contre son assuré, et n'intéressent pas la question du recours subrogatoire.

La détermination de l'assiette du recours nécessite, par ailleurs, de ventiler les montants en fonction de chacun des postes de préjudice couverts. En effet, si l'assureur n'a pas pris en charge certains postes de préjudice en raison de l'une ou l'autre exclusion, il n'est pas autorisé à en inclure l'indemnisation dans l'assiette de son recours dans la mesure où l'assuré conserve, pour les postes concernés, son recours contre le tiers responsable. C'est ainsi que dans l'hypothèse d'un incendie volontaire, l'assiette du recours de l'assureur incendie comprendra le dommage matériel lié à la destruction du bien et les pertes d'exploitation, dès lors qu'ils sont couverts par la police d'assurance, mais elle ne comprendra pas le dommage moral si celui-ci est exclu de la couverture d'assurance. Cette approche « poste par poste » permet non seulement de préserver la possibilité pour l'assuré d'obtenir une indemnisation des dommages pour lesquels il n'aurait pas été entièrement indemnisé au regard du droit commun, mais également de s'assurer que le tiers responsable paye tout le dommage mais rien que le dommage. L'assiette du recours comprend également les intérêts.

---

(159) P.-H. DELVAUX, « La subrogation et la réparation du dommage », *op. cit.*, n° 27.

## ii. *L'opposabilité des exceptions*

**50.** – Pour rappel, l'effet translatif du paiement subrogatoire implique que le tiers puisse opposer au subrogé toutes les exceptions dont il disposait, au jour de la subrogation, à l'égard du subrogeant<sup>(160)</sup>. Par un arrêt du 22 juin 1988, la Cour de cassation a jugé que « si en raison de la subrogation, toutes les exceptions contre le subrogeant antérieures à la subrogation demeurent opposables au subrogé, il n'en est pas de même des exceptions nées postérieurement au paiement qui réalise le transfert de la créance, puisqu'à compter du paiement, le droit de créance étant acquis au subrogé, aucun acte relatif au subrogeant n'est susceptible d'affecter ce droit »<sup>(161)</sup>.

**51.** – C'est ainsi qu'en présence d'une transaction conclue entre l'assuré et le tiers responsable, ce dernier ne pourra l'opposer à l'assureur que si elle est antérieure à la subrogation. S'agissant d'une donnée antérieure à la subrogation, le tiers responsable est également autorisé à se prévaloir du partage de responsabilités intervenu entre l'assuré et lui. Par un arrêt du 20 décembre 1971, la Cour de cassation a permis à l'assureur de mettre en œuvre son recours subrogatoire à concurrence de tout ce qui a été payé, sans pouvoir dépasser le montant dû par le responsable<sup>(162)</sup>. Il en résulte que le partage de responsabilité relève du droit commun de la responsabilité et influence donc l'assiette du recours, et non son objet<sup>(163)</sup>.

## B. – *La subrogation au profit de l'assureur-loi*

### 1. *Un paiement par un tiers de la dette d'autrui*

**52.** – L'article 47 de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail précise, dans un premier alinéa, que « L'entreprise d'assurances et Fedris<sup>(164)</sup> peuvent exercer une action contre le responsable de l'accident du travail, jusqu'à concurrence des débours effectués en vertu de l'article 46, § 2, alinéa 1<sup>er</sup>, des capitaux y correspondant, ainsi que des montants et capitaux visés aux articles 51bis, 51ter et 59quinquies ».

(160) Cass., 23 février 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 750.

(161) Cass., 22 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1275.

(162) Cass., 20 décembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 382.

(163) B. DUBUISSON et V. CALLEWAERT, « Les recours de l'assureur après indemnisation », *op. cit.*, p. 172.

(164) Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, le Fonds des maladies professionnelles (F.M.P.) et le Fonds des accidents du travail (F.A.T.) ont fusionné pour donner naissance à Fedris, l'Agence fédérale des risques professionnels.

Dans un deuxième alinéa, l'article 47 prévoit qu'« Ils peuvent intenter cette action civile de la même façon que la victime ou ses ayants droit, et être subrogés dans les droits que la victime ou ses ayants droit auraient pu exercer en vertu du droit commun, en cas de non indemnisation conformément à l'article 46, § 2, premier alinéa ».

L'article 47 de la loi du 10 avril 1971 fait état de la *possibilité* qui est accordée à l'entreprise d'assurances et à Fedris d'intenter un recours subrogatoire, celui-ci indiquant que l'entreprise d'assurances et Fedris *peuvent être subrogés*. On se rappellera que l'article 95 de la loi du 4 avril 2014 précise, quant à lui, que *l'assureur est subrogé*. Cette simple possibilité implique-t-elle qu'en matière d'accidents du travail, la subrogation ne jouera que moyennant l'accord du subrogeant ? L'existence d'une subrogation légale semble s'y opposer, de même que le respect du principe indemnitaire. Celui-ci plaide en effet pour une subrogation automatique en faveur de l'assureur-loi afin que le tiers responsable n'échappe pas aux conséquences de sa responsabilité.

a) *Un paiement par l'assureur-loi ou Fedris : le subrogé*

**53.** – La subrogation est consentie à l'assureur-loi et à Fedris dans la mesure où, conformément à l'article 58 de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail, cette agence assure la réparation des accidents du travail survenus aux gens de mer ou lorsque l'employeur n'a pas conclu de contrat d'assurance ou que l'entreprise d'assurance reste en défaut de s'acquitter de cette réparation. Il est donc logique qu'elle dispose également de la subrogation<sup>(165)</sup>.

b) *Un paiement en faveur de la victime ou de ses ayants droit : le subrogeant*

**54.** – Aux termes de l'article 47 de la loi du 10 avril 1971, l'assureur-loi est subrogé dans les droits de la victime et de ses ayants droit. Il s'impose toutefois de constater que l'article 46, § 2, de la loi précise que « La réparation en droit commun qui ne peut se rapporter à l'indemnisation des dommages corporels, telle qu'elle est couverte par la présente loi, peut se cumuler avec les indemnités résultant de la présente loi ». Il en ressort que le recours en droit commun de la victime ne porte pas sur les préjudices relevant de la loi du 10 avril 1971 et

---

(165) Toute référence à l'assureur-loi dans la suite de l'exposé devra être comprise comme incluant également Fedris.

donc que l'assureur-loi peut exercer des droits que la victime ne détient pas<sup>(166)</sup>. P.-H. Delvaux explique qu'en retirant à la victime le droit d'agir en responsabilité pour les postes indemnisés en loi, le législateur a « inventé la subrogation dans des droits inexistants »<sup>(167)</sup>.

**55.** – Au rang des dérogations que comporte la subrogation accordée à l'assureur-loi par rapport à la subrogation de droit commun, signalons encore que la subrogation accordée à l'assureur-loi joue également pour des montants qui, pour des raisons budgétaires, n'ont pas été versés à la victime mais à Fedris. Cela recouvre trois hypothèses :

- la valeur de la rente non diminuée après expiration du délai de révision pour les accidents survenus avant le 1<sup>er</sup> janvier 1988 et ayant entraîné une incapacité permanente partielle inférieure à 10 % (article 45<sup>ter</sup>) ;
- la valeur de l'allocation annuelle et de la rente non diminuée pour les accidents survenus après le 1<sup>er</sup> janvier 1988 et ayant entraîné une incapacité permanente partielle inférieure à 10 % (article 45<sup>quater</sup>) ;
- la valeur de la rente qui n'est finalement pas servie aux ascendants dès lors que la victime est décédée avant l'âge de 25 ans et n'était pas leur principale source de revenus (articles 20<sup>bis</sup> et 59<sup>quinquies</sup>).

Si le tiers sera amené à supporter la charge de ces décaissements, sous la réserve du résultat de la comparaison entre l'objet et l'assiette du recours (*infra*, n<sup>os</sup> 62 et s.), il s'impose de constater que la victime est privée de la possibilité de réclamer une indemnisation complémentaire pour ces postes. En effet, l'assureur-loi est seul autorisé à agir contre le tiers responsable pour ces montants qui, ayant été versés à Fedris, n'ont pas permis à la victime d'obtenir une indemnisation complète.

### c) *Le paiement de la dette d'autrui : le tiers responsable*

#### i. *La notion de « responsable de l'accident du travail »*

**56.** – L'article 47 de la loi du 10 avril 1971 prévoit que l'assureur-loi peut exercer une action « contre le responsable de l'accident du travail ». Or, l'assureur-loi est appelé à couvrir le dommage causé au moment même de l'accident mais aussi toutes les suites ultérieures dont l'accident est la cause<sup>(168)</sup>. L'assureur-loi est donc amené à prendre en

(166) En ce sens, M. JOURDAN et S. REMOUCHAMPS, *Accident (sur le chemin) du travail : responsabilité et subrogation légale*, Waterloo, Kluwer, 2013, pp. 122 et 123.

(167) P.-H. DELVAUX, « La subrogation et la réparation du dommage », *op. cit.*, n<sup>o</sup> 62.

(168) Cass., 27 janvier 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 491.

charge l'ensemble des conséquences de l'accident du travail, y compris celles liées à une faute commise dans le cadre des soins prodigués à la suite de l'accident du travail.

En pareilles circonstances, l'assureur-loi est-il autorisé à agir contre le prestataire de soins, bien qu'il ne soit pas le *responsable de l'accident du travail* ? Par un arrêt du 13 janvier 2014, la Cour de cassation a répondu par l'affirmative en estimant que « l'assureur-loi est subrogé jusqu'à concurrence des débours effectués et des capitaux versés dans les droits que la victime ou ses ayants droit auraient pu exercer en vertu du droit commun à l'égard du *responsable du dommage* indemnisé en application de la loi du 10 avril 1971 »<sup>(169)</sup>. Dans le cas d'espèce, l'assureur-loi réclamait le remboursement des dépenses exposées en raison de l'hémorragie cérébrale subie par la victime au cours du traitement des lésions d'un accident du travail, à savoir une fracture du poignet. Les juges d'appel avaient considéré que même si l'hémorragie cérébrale a aggravé les lésions résultant de l'accident du travail antérieur, elle ne constitue pas un accident du travail dès lors qu'elle s'est produite alors que la victime ne se trouvait pas sous l'autorité de son employeur et que l'exécution du contrat de travail était suspendue au moment des soins. La Cour de cassation considère que « Les juges d'appel qui ont décidé par ces motifs que la demanderesse ne pouvait exercer le recours visé à l'article 47 de la loi du 10 avril 1971 à l'égard du responsable de l'hémorragie cérébrale, n'ont pas justifié légalement cette décision ».

Il suit de cet arrêt que, bien que l'article 47 de la loi du 10 avril 1971 précise que l'assureur-loi est subrogé dans les droits de la victime à l'encontre du *responsable de l'accident du travail*, il est en réalité autorisé à agir à l'encontre du *responsable du dommage* indemnisé en application de la loi du 10 avril 1971. R. Capart et B. Devos soulignent toutefois que la décision de cassation s'explique par la motivation de la décision de la cour d'appel, celle-ci ayant considéré que l'hémorragie cérébrale ne peut être considérée comme un accident du travail. Ils sont, par conséquent, d'avis que la Cour de cassation n'a pas expressément pris « position sur la question de savoir si un assureur-loi peut exercer son recours subrogatoire contre le tiers responsable non pas de l'accident mais du dommage »<sup>(170)</sup>. Nous ne partageons pas cet avis dans la mesure où, si c'est bien la qualification d'accident du travail qui a

(169) Cass., 13 janvier 2014, R.G. n° C.13.0208.N ; souligné par nos soins.

(170) R. CAPART et B. DEVOS, « Le recours de l'assureur-loi et de l'assureur maladie invalidité », in *Questions choisies en droit des assurances*, Limal, Anthemis, 2016, p. 87.

conduit la Cour de cassation à affirmer que les juges d'appel n'ont pas justifié légalement leur décision, elle a expressément indiqué que l'assureur-loi est subrogé dans les droits de la victime à l'égard du responsable du dommage.

Si le doute devait toutefois être permis et qu'il convenait de s'en tenir à la lettre de l'article 47 de la loi du 10 avril 1971, le recours à l'encontre du responsable du dommage n'en serait pas pour autant impossible puisqu'il pourrait s'appuyer sur l'article 95 de la loi du 4 avril 2014<sup>(171)</sup>, à condition toutefois que l'on reconnaisse le caractère indemnitaire de l'assurance accidents du travail, ce qui est débattu<sup>(172)</sup>. Il pourrait également s'appuyer sur l'article 1251, 3<sup>o</sup>, du Code civil dans la mesure indiquée par la Cour de cassation dans son arrêt précité du 24 juin 2013. Le recours à ces fondements priverait toutefois l'assureur-loi du bénéfice de la subrogation pour les montants non versés à la victime et le contraindrait à attendre que le paiement ait été réalisé pour pouvoir faire valoir son recours.

57. – Les inévitables difficultés, au regard de la formulation de l'article 47 de la loi du 10 avril 1971, qu'aurait pu rencontrer l'assureur-loi dans le cadre d'un recours dirigé contre l'assureur appelé à intervenir sur pied de l'article 29*bis* de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs sont contournées par la mobilisation de l'article 48*ter* de la loi du 10 avril 1971. En cas de concours avec la réparation accordée en vertu de l'article 29*bis*, l'article 48*bis* de la loi du 10 avril 1971 prévoit, dans un § 1<sup>er</sup>, que « l'entreprise d'assurances reste tenue du paiement des indemnités résultant de la présente loi [...] », instaurant ainsi la primauté de l'intervention de l'assureur-loi sur celle de l'assureur du véhicule automobile. Il appartient donc à l'assureur-loi d'indemniser la victime d'un accident de la circulation survenu sur le chemin de son travail, quand bien même celle-ci s'y rendait à vélo ou, faisant du covoiturage, était installée à bord d'une voiture en tant que passager et présentait, par conséquent, la qualité d'usager faible lui ouvrant un recours sur la base de l'article 29*bis* de la loi du 21 novembre 1989.

Dans un § 2, l'article 48*bis* édicte toutefois que « La réparation accordée conformément à l'article 29*bis* de la loi précitée du 21 novembre

(171) En ce sens, voy. Liège, 16 novembre 2009, cité par R. CAPART et B. DEVOS, « Le recours de l'assureur-loi et de l'assureur maladie invalidité », *op. cit.*, p. 85.

(172) Sur cette question, voy. J.-M. BINON, « Le contrat d'assurance », in 1903-2003. *Accidents du travail : cent ans d'indemnisation*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 158.

1989 qui ne peut se rapporter à l'indemnisation des dommages corporels telle qu'elle est couverte par la présente loi, peut se cumuler avec les indemnités résultant de la présente loi », suggérant *a contrario* que la victime ne peut cumuler l'indemnisation en loi et l'indemnisation accordée sur pied de l'article 29*bis* pour les dommages qui relèvent du champ d'application de la loi du 10 avril 1971. C'est la raison pour laquelle l'article 48*ter* de la loi du 10 avril 1971 accorde à l'entreprise d'assurances et à Fedris un droit de subrogation à l'encontre de l'entreprise d'assurances qui couvre la responsabilité du propriétaire, du conducteur ou du détenteur du véhicule automoteur ou contre le Fonds commun de garantie belge pour les débours effectués en vertu de l'article 48*bis*.

## ii. *Les personnes immunisées*

58. – L'article 47 de la loi du 10 avril 1971 prévoit que l'assureur-loi peut intenter une action contre le responsable de l'accident du travail « de la même façon que la victime ou ses ayants droit ». Or, la victime voit son droit d'action limité par les immunités que consacre l'article 46, § 1<sup>er</sup>, de la loi. En effet, cet article n'autorise la victime ou ses ayants droit à intenter une action en justice, conformément aux règles de la responsabilité civile, à l'encontre de l'employeur, ses mandataires et préposés que dans les hypothèses y énumérées<sup>(173)</sup>.

59. – L'entreprise d'assurances et Fedris étant « subrogés dans les droits que la victime ou ses ayants droit auraient pu exercer en vertu du droit commun », il eût été logique de les autoriser à mettre en œuvre le recours subrogatoire à l'encontre de l'employeur, ses mandataires et préposés dans les hypothèses visées à l'article 46, § 1<sup>er</sup>. Cependant, dans un arrêt du 5 février 1980, la Cour de cassation a écarté toute action subrogatoire contre l'employeur aux motifs qu'« en payant les indemnités légales, l'entreprise d'assurances s'acquitte des obligations résultant du contrat d'assurance souscrit » et que « l'entreprise d'assurances ne peut exercer un recours contre son assuré »<sup>(174)</sup>. Cette règle ne profitant qu'à l'employeur, l'entreprise d'assurance et Fedris conservent leur action subrogatoire à l'encontre des mandataires et préposés de

(173) Pour un examen détaillé de ces immunités, notamment en cas de prêt de personnel, voy. R. CAPART et B. DEVOS, « Le recours de l'assureur-loi et de l'assureur maladie invalidité », *op. cit.*, pp. 110 et s.

(174) Cass., 5 février 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 658 ; voy. également Cass., 8 septembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1009.

l'employeur, dans les circonstances visées à l'article 46, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 10 avril 1971, sous la réserve que le préposé pourra éventuellement faire valoir l'immunité que lui accorde l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative au contrat de travail pour ses fautes légères et occasionnelles.

Concernant ce dernier article, la Cour de cassation a, par un arrêt du 8 mars 2006, estimé que l'immunité qu'il instaure est « personnelle au travailleur, en ce sens qu'elle n'exclut pas la responsabilité de son commettant, sur la base de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil » mais que « L'assureur de la responsabilité civile du travailleur peut, quant à lui, se prévaloir de cette immunité pour repousser l'action directe exercée contre lui »<sup>(175)</sup>. En cas d'accident de la circulation survenu dans le cadre des fonctions exercées par un préposé, l'assureur de la responsabilité civile automobile dudit préposé pourrait donc faire valoir que la faute commise par son assuré apparaît légère et occasionnelle pour décliner son intervention. Ce bénéfice apparaît logique au regard des engagements souscrits par l'assureur dans le cadre du contrat d'assurance responsabilité civile.

## 2. Les effets du paiement de l'assureur-loi

**60.** – À l'instar de ce qui a été dit à propos de l'étendue du recours de l'assureur privé, il y a lieu de distinguer l'objet du recours et l'assiette du recours. Des deux sommes ainsi arrêtées, c'est la plus faible qui sera accordée à l'assureur-loi à l'issue de son recours subrogatoire<sup>(176)</sup>.

### a) L'effet extinctif lié au paiement de l'assureur-loi

#### i. L'objet du recours

**61.** – Le recours subrogatoire de l'assureur-loi et de Fedris s'exerce « jusqu'à concurrence des débours effectués en vertu de l'article 46, § 2, alinéa 1<sup>er</sup>, des capitaux y correspondant et des montants et capitaux visés aux articles 51bis, 51ter et 59quinquies ». Ils ne doivent donc pas attendre l'exécution de l'intégralité de leurs paiements pour exercer

(175) Cass., 8 mars 2006, *J.T.*, 2006, p. 625 ; *Pas.*, 2006, I, p. 549 ; *R.G.A.R.*, 2006, n° 14185 ; *Chron. D.S.*, 2007, p. 374 ; *R.A.B.G.*, 2007, p. 892, obs. V. VERVLLET.

(176) Une convention « Accidents de Travail/Droit commun » (en abrégé : AT/DC) a été conclue entre les assureurs sous l'égide d'Assuralia. Aux termes de celle-ci, l'assureur droit commun renonce à contester l'expertise réalisée en loi et l'assureur-loi, ainsi dispensé de devoir prouver le préjudice subi en droit commun, accepte de réduire sa réclamation de 10 % en certaines circonstances. Sur cette convention, voy. R. CAPART et B. DEVOS, « Le recours de l'assureur-loi et de l'assureur maladie invalidité », *op. cit.*, pp. 108 et s.

leur action subrogatoire. Il s'agit là d'une dérogation au droit commun de la subrogation qui nécessite qu'un paiement ait été effectué.

L'objet du recours s'apprécie conformément à la loi du 10 avril 1971<sup>(177)</sup> et se compose des éléments suivants :

- les décaissements effectués au profit de la victime ou au profit de Fedris : frais médicaux, pharmaceutiques et de prothèse (article 28), frais de déplacement (article 33), indemnités d'incapacité temporaire totale et partielle (articles 22 et s.), aide de tiers (article 24), réserve mathématique provisoire constituée au moment de la consolidation et destinée au paiement des allocations annuelles de l'incapacité permanente, réserve mathématique définitive constituée à l'expiration du délai de révision et destinée au paiement de la rente viagère ;
- les intérêts sur ces décaissements à dater du paiement des différentes indemnités ou de la date de constitution du capital représentatif de la rente<sup>(178)</sup> ;
- les retenues obligatoires (cotisations de sécurité sociale<sup>(179)</sup> <sup>(180)</sup> et précompte professionnel<sup>(181)</sup>), l'assureur étant en droit d'obtenir le remboursement des montants bruts qu'il a décaissés au profit de la victime à titre de revenu de remplacement<sup>(182)</sup> ;
- les frais de gestion<sup>(183)</sup>.

**62.** – Il convient d'observer que Fedris a une mission de vérification des débours exposés par l'assureur-loi, si bien que les décaissements opérés par ce dernier ne seront que rarement discutés par le tiers responsable qui sera appelé à faire confiance à cette agence. En effet, en vertu de l'article 58, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 10 avril 1971, « Fedris a pour mission : [...] 9<sup>o</sup> d'exercer le contrôle sur l'application de la présente loi ».

Certains ont fait état d'une « incontestabilité » à propos des décaissements de l'assureur-loi dans la mesure où celui-ci est autorisé à exercer

(177) Pour une approche détaillée des prestations de l'assureur-loi, voy. X., « Le recours de l'assureur-loi et de la victime contre le tiers responsable », in *Manuel de la réparation des dommages corporels en droit commun*, Malines, Kluwer, mis à jour jusqu'au 15 septembre 2016, pp. 7/71 et s.

(178) Cass., 15 avril 2004, *Pas.*, 2004, p. 625.

(179) Voy. les articles 43 de la loi du 10 avril 1971 et 32 de l'arrêté royal du 21 décembre 1971 portant exécution de certaines dispositions de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail.

(180) Cass., 26 octobre 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 866, *R.W.*, 1993-1994, p. 986 ; Cass., 8 septembre 1999, *Arr. Cass.*, 1999, p. 1060, *Bull.*, 1999, I, p. 1100, *Dr. circ.*, 2000, p. 67, *R.W.*, 2002-2003, p. 36.

(181) Voy. art. 73 C.I.R.

(182) Cass., 8 octobre 2007, *Bull. Ass.*, 2008, p. 155, obs. J. MUYLDERMANS.

(183) Voy. à cet égard Cass., 2 novembre 1994, *Arr. Cass.*, 1994, p. 903, *Bull.*, 1994, p. 884, *J.L.M.B.*, 1995, p. 474, note J. TINANT et N. SIMAR, *J.T.*, 1995, p. 282, *Pas.*, 1994, I, p. 884, *R. Cass.*, 1995, p. 138, note C. PERSYN, *R.G.A.R.* 1995, n<sup>o</sup> 12.454, note L. VAN GOSSUM et J. VANHOREN, *R.W.*, 1995-1996, p. 150, note, *Dr. circ.*, 1995, p. 176.

un recours subrogatoire pour l'ensemble de ses décaissements, y compris ceux qui n'ont pas profité à la victime<sup>(184)</sup>. Ils y voient toutefois une nuance, étant la possibilité accordée à la victime d'agir contre le tiers responsable afin d'obtenir paiement du montant non cumulable de la rente versée en application de la loi du 10 avril 1971 avec la pension légale. En effet, en vertu de l'article 42*bis*, le bénéficiaire d'une rente résultant d'un accident du travail qui atteint l'âge de la pension ne peut plus bénéficier que d'une partie de cette rente, la partie non cumulable étant, quant à elle, reversée au Fedris<sup>(185)</sup>. Auparavant, l'assureur-loi était autorisé à récupérer la partie des prestations qui ne peuvent être cumulées avec une pension de survie sur la base de la subrogation<sup>(186)</sup>. Saisie d'une éventuelle discrimination entre la victime d'un accident du travail et la victime d'un accident de la vie privée, eu égard à la portée de la subrogation de l'assureur-loi, la Cour constitutionnelle, alors Cour d'arbitrage, a retenu l'existence d'une discrimination non justifiée dès lors que la victime d'un accident du travail ne peut percevoir la partie non cumulable ni de l'assureur-loi, ni du responsable, ce dernier devant la rembourser à l'assureur-loi dans le cadre de la subrogation<sup>(187)</sup>. À la suite de cet arrêt, la référence à l'article 42*bis* contenue à l'article 47 de la loi du 10 avril 1971 a été supprimée.

#### ii. *Un privilège du subrogeant sur le subrogé ?*

**63.** – Le recours subrogatoire de l'assureur-loi peut entrer en concours avec le recours complémentaire de l'assuré, victime du dommage, pour l'obtention de l'indemnisation du préjudice non couvert en loi. En effet, la victime ou ses ayants droit peuvent non seulement prétendre à la réparation, en droit commun, des dommages corporels non visés par la loi du 10 avril 1971 mais également à la réparation des dommages corporels visés par la loi du 10 avril 1971 « dans la mesure où l'indemnité calculée sur la base du droit commun excède les indemnités légales payées à la victime ou à ses ayants droit en vertu de [cette loi] et uniquement à concurrence de la différence »<sup>(188)</sup>.

(184) R. CAPART et B. DEVOS, « Le recours de l'assureur-loi et de l'assureur maladie invalidité », *op. cit.*, p. 95.

(185) *Ibid.*

(186) À ce sujet, voy. Cass., 2 novembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 474, note J. TINANT et N. SIMAR, *J.T.*, 1995, p. 282, *R.G.A.R.*, 1995, n° 12545, note L. VAN GOSSUM et J. VANHOREN, *Bull.*, 1994, p. 884.

(187) C.A., 9 février 2000, n° 18/2000.

(188) Cass., 22 juin 2010, R.G. n° P. 09.1912.N.

64. – En cas d’insolvabilité du tiers, qui de l’assureur-loi ou de la victime aura la préférence ? Il a été affirmé que « l’on ne décèle ni dans les travaux préparatoires, ni dans la loi elle-même la volonté du législateur de donner une préférence à l’action de l’assureur contre le tiers responsable en remboursement des indemnités payées à la victime ou à l’action de la victime elle-même contre ce tiers en complément du dommage non couvert en loi » pour juger que « le but du législateur n’est pas incompatible avec un partage au marc le franc, dès lors que la victime a obtenu le paiement de l’indemnité forfaitaire »<sup>(189)</sup>. Pour notre part, nous estimons qu’à défaut de disposition légale en sens contraire, il n’y a pas lieu de se départir de la règle inscrite à l’article 1252 du Code civil, qui donne la priorité au subrogeant. L’avant-projet de loi est en ce sens.

b) *L’effet translatif lié au paiement de l’assureur-loi*

i. *L’assiette du recours*

65. – L’assiette du recours subrogatoire de l’assureur-loi s’entend des montants réparant, en droit commun, les mêmes postes du préjudice que ceux couverts par la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail, à augmenter des intérêts compensatoires. En sont donc exclus le dommage aux biens, le dommage moral, le *pretium doloris*, le préjudice ménager – sauf s’il y a octroi de l’assistance d’une tierce personne et que cette assistance inclut l’aide à la personne –, le préjudice esthétique – sauf s’il est constitutif d’une atteinte à la capacité concurrentielle de la victime sur le marché du travail –, le préjudice d’agrément, le dommage extra-professionnel ou encore le dommage post-lucratif. L’assureur-loi ou Fedris ne peuvent donc récupérer à charge du tiers responsable que les parties de la créance de droit commun qu’ils ont couvertes en raison de leurs obligations légales.

La détermination de l’assiette du recours implique donc une sélection des postes du préjudice en droit commun dans une optique tout d’abord distributive, à savoir identifier ceux qui relèvent du recours résiduaire de la victime et ceux qui relèvent du recours subrogatoire de l’assureur-loi. L’assiette du recours subrogatoire de ce dernier inclura donc, en cas de blessures, l’incapacité économique temporaire et permanente, les frais médicaux, pharmaceutiques et hospitaliers, les frais de prothèse, les frais de déplacement et l’aide d’une tierce personne.

(189) Liège, 16 février 1988, *J.L.*, 1988, p. 885.

En cas de décès, elle couvrira les frais funéraires et le préjudice économique par répercussion.

**66.** – Il est traditionnellement enseigné que la comparaison entre l’objet et l’assiette du recours doit se faire *in globo*, c’est-à-dire en comparant deux masses indemnitaires. Conformément à cette approche, le dommage en droit commun devrait donc être établi globalement, en principal et intérêts, et ensuite comparé à la totalité des débours de l’assureur-loi. R. Capart et B. Devos précisent ainsi que « toute démarche indemnitaire d’un recours de l’assureur-loi passe nécessairement par les étapes suivantes :

- a) déterminer ce que l’assureur-loi a décaissé au profit de la victime de l’accident du travail (objet du recours) ;
- b) déterminer ce que le tiers responsable aurait dû régler s’il n’y avait eu d’indemnisation légale par l’assureur-loi (l’assiette) ;
- c) comparer globalement les deux masses indemnitaires et déterminer alors, d’une part, le recours de l’assureur accident du travail et, d’autre part, l’étendue du recours éventuel complémentaire de la victime pour l’excédent, si l’indemnisation de droit commun est supérieure à l’indemnisation légale forfaitaire pour le dommage matériel réparable ;
- d) déterminer les éventuels préjudices non couverts par le forfait et les évaluer au profit de la victime (incapacité ménagère, incapacité personnelle, dommages post-lucratifs...) »<sup>(190)</sup>.

Or, la comparaison de deux masses indemnitaires n’est pas sans incidence sur les droits respectifs de l’assureur et de la victime, comme le montre l’exemple suivant. À la suite de l’accident du travail, l’assureur-loi a versé à la victime 5 000 € au titre de frais médicaux, 1 250 € au titre de l’aide d’une tierce personne, 40 000 € au titre de l’incapacité temporaire et 95 000 € au titre de l’incapacité permanente. L’objet du recours s’élève donc à un montant global de 141 250 €. En droit commun, le préjudice subi par la victime s’élève à 5 000 € au titre des frais médicaux (à supposer que l’intervention de la mutuelle ne soit pas sollicitée), 2 500 € au titre de l’aide d’une tierce personne, 50 000 € au titre de l’incapacité temporaire et 75 000 € au titre de l’incapacité permanente, soit une assiette de 132 500 €.

(190) R. CAPART et B. DEVOS, « Le recours de l’assureur-loi et de l’assureur maladie invalidité », *op. cit.*, p. 107.

Si l'on retient une approche globale, le recours de l'assureur-loi sera limité à l'assiette, soit 132 500 €. La victime ne percevra rien en ce qui concerne les postes qui relèvent du champ d'application de la loi du 10 avril 1971, alors même qu'elle n'a pas obtenu une réparation intégrale pour ce qui est de l'aide d'une tierce personne.

Si l'on retient une approche « poste par poste », l'assureur pourra récupérer 5 000 € au titre de frais médicaux, 2 500 € au titre de l'aide d'une tierce personne, 40 000 € au titre de l'incapacité temporaire et 75 000 € au titre de l'incapacité permanente, soit un total de 122 500 €. Quant à la victime, elle pourra récupérer un complément pour ce qui est de l'aide d'une tierce personne et de l'incapacité temporaire.

L'approche retenue conditionne donc le recours de l'assureur-loi mais également celui de la victime dans la mesure où, dans l'hypothèse où l'assiette est supérieure à l'objet, le surplus revient à la victime. Nous nous interrogeons, par conséquent, sur la pertinence d'une comparaison de deux masses indemnitaires, la règle n'étant, à notre connaissance, inscrite nulle part. La jurisprudence de la Cour de cassation ne fait d'ailleurs état d'une approche *in globo* qu'en ce qui concerne le dommage matériel résultant de la réduction de la capacité de travail de la victime.

**67.** – En effet, par un arrêt du 11 janvier 1979, la Cour de cassation a indiqué que « le dommage matériel doit être considéré dans son ensemble, incapacités temporaires et permanentes incluses »<sup>(191)</sup>. C'est en considération de cet enseignement qu'elle a indiqué, dans un arrêt du 22 juin 2010, que « La circonstance que l'indemnité de droit commun du chef de perte de revenus est déterminée sur la base de la durée de vie lucrative de la victime alors que le capital qui est fixé sur la base de la loi du 10 avril 1971 est fondé sur la durée totale de survie statistique, n'empêche pas que ces indemnités couvrent un dommage identique et que lors de la détermination de l'indemnité de droit commun accordée à la victime ou à ses ayants droit, ce capital doit être déduit de cette indemnité »<sup>(192)</sup>.

Au regard de cette jurisprudence, il est incontestable que l'incapacité temporaire et l'incapacité permanente doivent être globalisées. Cette appréciation globale s'explique par le fait que les indemnisations accordées en vertu du droit commun à la suite du dommage matériel subi

(191) Cass., 11 janvier 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 538, *R.G.A.R.*, 1981, n° 10400.

(192) Cass., 22 juin 2010, *R.G.* n° P. 09.1912.N.

par la victime en raison d'une réduction temporaire et d'une réduction permanente de son aptitude au travail concernent le même dommage professionnel matériel que celui qui est couvert par les indemnités accordées en vertu de la loi du 10 avril 1971<sup>(193)</sup>.

Nous sommes d'avis que cette approche globale doit être limitée aux incapacités temporaire et permanente. Une approche globale au sens de la comparaison entre deux masses indemnitaires n'apparaît pas respectueuse des droits en présence. En effet, dans l'exemple ci-dessus, la victime a, au terme d'une approche « poste par poste », la possibilité de réclamer au tiers responsable le montant de 1 250 €, lequel excède l'objet du recours de l'assureur-loi pour l'aide d'une tierce personne, alors que ce montant tombe dans le recours de l'assureur-loi au terme d'une approche *in globo*.

**68.** – À noter que l'approche *in globo* permet également d'éviter de « confondre les régimes de détermination de l'indemnisation, et donc d'appliquer à un régime indemnitaire les règles d'évaluation tirées de l'autre régime. Les spécificités de l'indemnisation en loi ne peuvent donc avoir d'incidence sur l'indemnisation en droit commun »<sup>(194)</sup>. Il convient, en effet, de ne pas tirer de l'un ou l'autre mécanisme des interférences inopportunes<sup>(195)</sup>. Dans la rigueur des principes, il convient donc d'établir la rémunération effectivement perdue par la victime en droit commun<sup>(196)</sup>, et non de se contenter de la rémunération de base prise en considération en loi, s'agissant d'une rémunération plafonnée.

#### ii. *L'opposabilité des exceptions*

**69.** – L'examen de l'effet translatif pose également la question de l'opposabilité des exceptions. Deux d'entre elles méritent que l'on s'y attarde.

La première est déduite de la transaction conclue entre la victime et le tiers responsable. Celle-ci n'est pas opposable à l'assureur-loi si elle a été conclue sans son accord. La Cour de cassation s'est exprimée en ces termes : « une transaction intervenue entre la victime d'un

(193) Sur l'existence d'un même dommage, voy. Cass., 21 octobre 1992, R.G. n° 9793 ; Cass., 16 mars 2004, R.G. n° P. 03.1518.N ; Cass., 19 décembre 2006, R.G. n° P. 03.1518.N.

(194) R. CAPART et B. DEVOS, « Le recours de l'assureur-loi et de l'assureur maladie invalidité », *op. cit.*, p. 91.

(195) Sur cette question, voy. X., « Le recours de l'assureur-loi et de la victime contre le tiers responsable », *op. cit.*, pp. 7/182 et s.

(196) À cet égard, la question de la rémunération brute ou nette a fait couler beaucoup d'encre et la solution est loin d'être unanime. Pour une synthèse de la question, voy. R. CAPART et B. DEVOS, « Le recours de l'assureur-loi et de l'assureur maladie invalidité », *op. cit.*, pp. 102 et s.

accident du travail et le tiers responsable de cet accident sans l'accord de l'assureur-loi de cette victime n'est pas opposable à celui-ci ; [...] la renonciation de la victime résultant de pareille transaction ne prive l'assureur-loi ni du droit d'agir, ni de son intérêt à agir en justice, en sa qualité, acquise avant la transaction, de subrogé dans les droits de la victime, en application des articles 46, § 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup>, et § 2, et 47 de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail, contre le tiers responsable en remboursement des décaissements qu'il a effectués, des indemnités qu'il a payées et du capital représentant la valeur de l'indemnité annuelle ou de la rente dont il est redevable en vertu de cette loi, et ce jusqu'à concurrence de ce qui est dû en vertu du droit commun à la victime pour le même dommage que celui réparé en vertu de cette loi »<sup>(197)</sup>.

La Cour de cassation faisant état de la qualité de subrogé « acquise avant la transaction », il est permis de se demander si sa jurisprudence concerne également la transaction conclue antérieurement à la subrogation, auquel cas il conviendrait d'y voir une dérogation au principe selon lequel le débiteur peut opposer au subrogé les exceptions nées antérieurement à la subrogation. À la suite de la subrogation, les droits de la victime sont transférés à l'assureur, si bien que celle-ci n'est plus en mesure de conclure une transaction, conformément à l'article 2045, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil. La jurisprudence de la Cour de cassation ne peut, par conséquent, avoir de sens que si elle concerne la transaction conclue antérieurement à la subrogation et consacre, par conséquent, une exception au régime de droit commun. Il est étonnant que le législateur n'ait pas pris position sur ce point, comme il l'a fait pour la mutuelle (voy. *infra*, n° 94).

**70.** – La seconde est déduite du partage de responsabilités. À l'heure d'examiner cette question, la doctrine traditionnelle distingue, eu égard à l'immunité accordée à l'employeur, à ses mandataires et à ses préposés par l'article 46, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 10 avril 1971, l'hypothèse de l'accident dû au fait d'un tiers à l'entreprise et au fait de la victime elle-même et celle de l'accident dû au fait d'un tiers à l'entreprise et à celui de l'une des personnes immunisées civilement par la loi du 10 avril 1971.

**71.** – Dans la première hypothèse, la Cour de cassation a, par un arrêt du 10 janvier 1992, jugé que la subrogation de l'assureur-loi

(197) Cass., 24 octobre 2001, *Pas.*, 2001, p. 1700 ; voy. également Cass., 17 avril 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 893 ; Cass., 20 juin 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 1178 ; Cass., 6 avril 1959, *Pas.*, 1959, I, p. 785 ; Cass., 13 septembre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 44.

« n'est pas limitée à la fraction des indemnités légales payées correspondant à la part de responsabilité mise à charge du tiers » au motif que « La limitation du droit de subrogation de l'assureur-loi à cette fraction permettrait soit à la victime ou ses ayants droit, contrairement aux dispositions prévues à l'article 46 de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail, de cumuler pour le même dommage les indemnités légales avec la réparation de droit commun, soit au tiers responsable de se procurer un avantage illicite en ce qu'il ne répare pas intégralement le dommage qu'il a causé »<sup>(198)</sup>. La Cour de cassation a donc consacré le droit de l'assureur-loi de se prévaloir de la subrogation à concurrence du total de ses décaissements, même sur une indemnité qui ne répare que partiellement le dommage<sup>(199)</sup>. Ce faisant, elle a rompu avec sa jurisprudence antérieure<sup>(200)</sup> et a reconnu, à l'instar de ce qui prévaut dans le cadre de la subrogation consentie à l'assureur privé et de la subrogation consentie à la mutuelle, que le partage de responsabilités affecte l'assiette de la subrogation, et non son objet<sup>(201)</sup>.

**72.** – La seconde hypothèse implique de tenir compte de la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle lorsqu'un dommage a été causé par les fautes respectives de deux personnes, la circonstance que ce dommage résulte d'un accident du travail est sans effet sur l'obligation à la réparation intégrale à laquelle est tenue envers la victime, en l'absence de faute de celle-ci, celle de ces personnes qui n'est ni l'employeur de la victime, ni son mandataire, ni son préposé<sup>(202)</sup>. Par un arrêt du 19 juin 2015, la Cour de cassation a d'ailleurs rappelé que « celui qui est responsable de l'accident du travail et qui a indemnisé l'assureur-loi de ses dépenses envers la victime et ses ayants droit ne dispose d'une action en responsabilité civile contre l'employeur coresponsable de la victime que dans les cas prévus par l'article 46, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail »<sup>(203)</sup>.

(198) Cass., 10 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 398, *R.G.A.R.*, 1992, n° 12058, note J. SCHRIJVERS ; dans le même sens, voy. Cass., 16 janvier 2012, R.G. n° C.11.0256.N.

(199) Cass., 10 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 398, *R.G.A.R.*, 1992, n° 12058, note J. SCHRIJVERS

(200) Cass., 13 juin 1972, *Pas.*, I, p. 942 ; Cass., 6 janvier 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 476 ; Cass., 25 avril 1990, *R.G.A.R.*, 1992, n° 11973.

(201) En ce sens, voy. J. SCHRIJVERS, « L'action subrogatoire en matière d'assurance », note sous Cass., 10 janvier 1992, *R.G.A.R.*, 1992, n° 12058 et N. SIMAR, « Le recours de l'assureur-loi », *Assurances, roulage, préjudice corporel*, vol. 44, Liège, Ed. Formation permanente CUP, 2001, p. 283.

(202) Cass., 27 novembre 1986, *Pas.*, I, 1987, p. 391, *Bull. Ass.*, 1987, p. 416, obs. L. V.G., *R.W.*, 1986-1987, p. 2327, *J.T.*, 1987, p. 149.

(203) Cass., 19 juin 2015, R.G. n° C.14.0169.N.

En d'autres termes, l'immunité accordée par l'article 46 de la loi du 10 avril 1971 est opposable au tiers à l'entreprise, si bien que le recours contributoire de ce dernier contre le bénéficiaire de l'immunité apparaît purement hypothétique. Il assumera donc seul les conséquences de l'action subrogatoire de l'assureur. Il n'est pas ici question d'une analyse en termes d'assiette, dans la mesure où celle-ci demeurera intégrale, le tiers étant tenu pour le tout (*in solidum*).

Personnellement, nous estimons que la Cour de cassation aurait dû aller au bout de la logique liée à l'intervention d'un assureur-loi et permettre au responsable de mobiliser le partage des responsabilités de façon à laisser à la charge de l'assureur-loi la part de responsabilité qui incombe à son assuré immunisé. Cette solution nous paraît justifiée par le fait que l'immunité est accordée en considération du fait l'employeur paie des primes à l'assureur-loi. Ainsi, le tiers responsable étranger à l'entreprise n'aurait pas à souffrir de l'immunité accordée par la loi du 10 avril 1971, loi dont il ne bénéficie à aucun titre.

### C. – *La subrogation accordée à la mutuelle*

#### 1. *Un paiement par un tiers de la dette d'autrui*

**73.** – L'article 136, § 2, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, interdit, dans un alinéa 1<sup>er</sup>, le cumul entre la réparation en assurance maladie invalidité et la réparation allouée par une autre législation ou le droit commun. En principe, la mutuelle ne doit donc pas intervenir lorsque le dommage qui est de nature à donner lieu à l'application de la loi du 14 juillet 1994 entraîne l'intervention d'un tiers.

L'alinéa 3 de cette même disposition prévoit toutefois une intervention de la mutuelle à titre provisionnel, « en attendant que le dommage soit effectivement réparé ». Comme le souligne A. Gille, « Ce principe est justifié par le souhait du législateur de ne pas laisser les victimes d'un accident avec tiers responsable dans une situation encore plus difficile en les privant des bénéfices d'une sécurité sociale pour laquelle elles ont cotisé »<sup>(204)</sup>.

En contrepartie de cette indemnisation provisionnelle, la mutuelle s'est vue reconnaître, à l'alinéa 4, un droit de subrogation libellé en

(204) A. GILLE, « L'assurance et la victime face à la mutualité », in *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, Limal, Anthemis, 2016, p. 164.

ces termes : « L'organisme assureur est subrogé de plein droit au bénéficiaire ; cette subrogation vaut, à concurrence du montant des prestations octroyées, pour la totalité des sommes qui sont dues en vertu d'une législation belge, d'une législation étrangère ou du droit commun et qui réparent partiellement ou totalement le dommage visé à l'alinéa 1<sup>er</sup> ».

a) *Un paiement par un tiers : l'organisme assureur subrogé*

74. – L'article 136, § 2, de la loi du 14 juillet 1994 prévoit que « l'organisme assureur est subrogé de plein droit au bénéficiaire ». À cet égard, la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler, par un arrêt du 20 octobre 2016, que cette subrogation intervient « dès l'instant où il est acquis que la victime a perçu des indemnités de la mutuelle »<sup>(205)</sup>. En conséquence, il appartient au juge appelé à se prononcer dans le cadre du recours de la victime contre le tiers responsable, de réserver à statuer sur le préjudice résultant, en droit commun, du dommage professionnel lorsqu'il constate que la victime perçoit depuis l'accident une indemnité de la mutuelle et qu'aucune pièce n'est cependant produite au débat afin de déterminer le montant versé par celle-ci.

b) *Un paiement en faveur du bénéficiaire : le subrogeant*

75. – Conformément à l'article 136, § 2, de la loi du 14 juillet 1994, la subrogation est acquise à la mutuelle « dans les droits du bénéficiaire ». Par un arrêt du 22 octobre 2007, la Cour de cassation a considéré que « lorsqu'un organisme assureur, qui a octroyé à la victime d'un accident des prestations de l'assurance, demande au responsable du dommage ou à son assureur de la responsabilité civile le remboursement de ces prestations, il n'exerce pas une action distincte de celle de la victime mais, par une demande distincte de celle de la victime, il exerce l'action en paiement des indemnités de la victime elle-même, à laquelle il est subrogé de plein droit. L'organisme assureur ainsi subrogé à la victime peut, dès lors, au même titre que celle-ci, invoquer contre l'auteur responsable du dommage la présomption de responsabilité instituée par l'article 1384, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, qui existe en faveur des seules personnes directement victimes du dommage »<sup>(206)</sup>.

(205) C. DELBRASSINE, « La subrogation de la mutuelle », *Les Pages*, 2017, liv. 13, p. 4.

(206) Cass., 22 octobre 2007, *J.T.T.*, 2008, p. 997.

Afin de permettre à la mutuelle d'exercer son recours subrogatoire, le bénéficiaire des prestations est tenu d'une obligation d'information aux termes de l'article 295, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 3 juillet 1996 portant exécution de l'article 136 de la loi coordonnée du 14 juillet 1994.

*c) Le paiement de la dette d'autrui : le débiteur de la réparation*

76. – L'article 136, § 2, de la loi du 14 juillet 1994 vise les sommes dues « en vertu d'une législation belge, d'une législation étrangère ou du droit commun ». Le débiteur est donc toute personne appelée à intervenir au profit de la victime, sans que cette intervention soit limitée au droit de la responsabilité. Il s'agit d'une différence par rapport aux recours de l'assureur privé et de l'assureur-loi.

77. – En vertu de l'article 136, § 2, alinéa 6, le débiteur de la réparation ou les compagnies d'assurances responsabilité civile qui y sont assimilées ont l'obligation d'avertir la mutuelle de leur intention d'indemniser le bénéficiaire et de lui transmettre, si elle n'y est pas partie, une copie des accords ou décisions de justice intervenues. À l'alinéa 7, il est prévu que le débiteur de la réparation qui aurait omis d'informer la mutuelle ne peut opposer à celle-ci les paiements effectués en faveur du bénéficiaire et qu'« en cas de double paiement, ces paiements resteront définitivement acquis au bénéficiaire ». Il s'agit là d'une dérogation à l'interdiction de cumul dans la mesure où la victime conservera, pour un même dommage, l'indemnité perçue de la mutuelle et celle perçue du tiers. La mutuelle serait donc privée de la possibilité d'agir à l'encontre de la victime sur pied de l'article 174 de la loi du 14 juillet 1994 en paiement d'indu. Par un arrêt du 15 mars 2010, la Cour de cassation a d'ailleurs indiqué que « l'existence d'un jugement condamnant le débiteur de la réparation à indemniser le bénéficiaire, d'une part, n'exonère pas l'organisme assureur de son obligation d'octroyer les prestations prévues par la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités dans l'attente de l'exécution effective de ce jugement et de l'annonce par le débiteur de la réparation de cette exécution, à tout le moins, de l'intention d'exécuter le jugement et, d'autre part, ne prive pas cet organisme assureur du droit de réclamer par la voie de son droit de recours subrogatoire le remboursement des prestations qu'il a octroyées dans l'attente de l'avertissement du débiteur de la réparation visé à l'article 136, § 2, alinéa 6, de la loi relative

à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités »<sup>(207)</sup>. La jurisprudence de fond en a déduit que « L'irrespect de l'obligation d'information de l'organisme assureur par le débiteur de la réparation est sanctionné par l'inopposabilité des paiements faits par ce dernier en sorte que ce qui est acquis par la victime par deux versements l'est définitivement »<sup>(208)</sup>.

78. – Enfin, signalons qu'il résulte d'un arrêt de la Cour de cassation du 12 janvier 2004 que « le recours subrogatoire prévu en faveur de l'organisme assureur peut être exercé contre la personne responsable du dommage en vertu du droit commun, même si cette personne est le père de l'enfant bénéficiaire des prestations et possède la qualité de titulaire, au sens de l'article 2, f, de la loi du 9 août 1963 et, dès lors, contre l'assureur de la responsabilité civile du titulaire »<sup>(209)</sup>. Il s'agit là d'une différence notable avec la subrogation que connaît l'assureur privé dans la mesure où celui-ci ne peut agir contre les membres de la famille et les proches de l'assuré. En outre, la qualité de titulaire implique la qualité d'assuré, si bien qu'il convient d'y voir une dérogation au principe selon lequel l'assureur ne peut tenter un recours subrogatoire à l'encontre de son assuré.

## 2. Les effets du paiement de la mutuelle

79. – Le droit de subrogation inscrit à l'article 136, § 2, alinéa 4, est limité par le dommage de la victime en droit commun et par les sommes effectivement payées par la mutualité sur la base de la loi du 14 juillet 1994 relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités<sup>(210)</sup>. Déterminer l'étendue du recours subrogatoire accordé à la mutualité implique, par conséquent, de comparer les sommes que la victime aurait pu obtenir du débiteur de la réparation (assiette du recours) avec les indemnités effectivement versées par la mutualité (objet du recours), cette dernière ayant droit à la plus petite des deux sommes<sup>(211)</sup>.

(207) Cass. 15 mars 2010, *Pas.*, 2010, p. 881 ; voy. également Cass., 29 mai 2006, *Pas.*, 2006, p. 294.

(208) C. trav. Mons, 11 avril 2013, R.G. n° 2011/AM/419.

(209) Cass., 12 janvier 2004, R.G. n° C.03.0327.F.

(210) Sur l'application concrète de cette double limite, voy. O. MICHIELS, « L'action subrogatoire de l'organisme assureur », *Assurances, roulage, préjudice corporel*, vol. 44, Liège, Éd. Formation Permanente CUP, 2001, pp. 258 et s.

(211) Afin de faciliter le recours subrogatoire de la mutuelle à l'encontre de l'assureur RC, une convention a été conclue entre Assuralia et le Collège intermutualiste national. Celle-ci a précisément pour objectif d'améliorer la communication entre les assureurs maladie-invalidité et les assureurs responsabilité civile et d'éviter ou limiter les difficultés résultant de la comparaison entre

a) *L'effet extinctif lié au paiement de la mutuelle*

i. *L'objet du recours*

**80.** – L'article 136, § 2, de la loi coordonnée du 14 juillet 1994 précise que la subrogation vaut « à concurrence du montant des prestations octroyées ». L'objet du recours, soit les décaissements opérés par la mutuelle, est donc déterminé par les dispositions de la loi du 14 juillet 1994.

Par conséquent, celui-ci recouvre les indemnités versées en compensation de la perte de capacité économique de la victime (article 100), les soins de santé (articles 34 et s.) ou encore l'aide d'une tierce personne, laquelle est accordée au regard des activités suivantes : se déplacer, absorber ou préparer sa nourriture, assurer son hygiène personnelle et s'habiller, assurer l'hygiène de son habitat et accomplir des tâches ménagères, vivre sans surveillance, être conscient des dangers et être en mesure de les éviter, communiquer et avoir des contacts sociaux.

À propos des indemnités pour incapacité de travail, la Cour de cassation a, par un arrêt du 11 octobre 1999, précisé que « la décision de l'organisme assureur en matière de maladie-invalidité qui constate l'état des capacités de travail ou d'invalidité ne peut être critiquée devant le juge qui statue sur l'action de l'assureur subrogé contre le tiers responsable de l'accident. Est illégal l'arrêt qui rejette l'action de l'organisme assureur pour les périodes où le degré d'incapacité de travail est inférieur au pourcentage de 66 % requis par l'article 56 de la loi du 9 août 1963 »<sup>(212)</sup>, actuel article 100 de la loi coordonnée du 14 juillet 1994. On retrouve donc l'idée selon laquelle il ne peut y avoir d'interférence entre les deux régimes. La Cour de cassation, dans un arrêt du 9 février 2004, autorise toutefois le juge à contrôler que les indemnités payées par l'assurance maladie-invalidité sont bien accordées en conformité avec la décision du médecin-conseil, que l'affilié est en règle de stage et qu'il n'a pas déjà été indemnisé<sup>(213)</sup>.

Quant aux soins de santé, il convient de souligner que seule la quote-part à charge de la mutualité relève de l'objet du recours, à l'exclusion du ticket modérateur laissé à charge de la victime.

l'assiette et l'objet du recours ; sur cette convention, voy. R. CAPART et B. DEVOS, « Le recours de l'assureur-loi et de l'assureur maladie invalidité », *op. cit.*, pp. 141 et 142.

(212) Cass., 11 octobre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 524.

(213) Cass., 9 février 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 239.

Concernant les intérêts, la Cour de cassation a estimé que si les sommes qui sont dues à la victime en droit commun produisent des intérêts, la mutuelle a droit, en vertu de la subrogation, aux intérêts calculés au même taux sur les sommes qu'elle est en droit de réclamer en raison de la subrogation<sup>(214)</sup>.

**81.** – Par ailleurs, c'est l'ensemble des décaissements qui ont été effectués au profit du bénéficiaire qui doivent être pris en considération, même si le paiement n'a pas été fait au bénéficiaire lui-même. Cela résulte d'un arrêt de la Cour de cassation du 9 mai 2016 libellé en ces termes : « L'article 136, § 2, alinéa 4, de la loi [...] n'établit pas de distinction selon la personne à qui les prestations sont payées. Il s'ensuit que cette subrogation vaut jusqu'à concurrence du montant tant des prestations payées au bénéficiaire lui-même que de celles payées au profit du bénéficiaire, directement aux prestataires ou aux institutions de soins »<sup>(215)</sup>. Dans le cas soumis à la censure de la Cour de cassation, il s'agissait d'une allocation pour soins et assistance dans les actes de la vie journalière accordée à une maison de repos et de soins au profit de ses résidents.

**82.** – Il est important de souligner que seuls font partie de l'objet du recours de la mutuelle les décaissements en rapport avec l'accident pour lequel l'intervention du tiers est recherchée conformément à une législation belge, une législation étrangère ou le droit commun. Conformément à l'article 138 de la loi coordonnée du 14 juillet 1994, ces prestations sont identifiées dans des listes dressées sous forme de fichiers intégrés au moyen des données conservées ou traitées par voie électronique. Or, l'alinéa 3 de cette disposition précise qu'« après authentification par un mandataire de l'organisme assureur ou de l'office de tarification agréé par le fonctionnaire dirigeant du Service du contrôle administratif, ces listes font foi jusqu'à preuve du contraire, également à l'égard de tiers ».

Il en résulte que « l'assureur maladie-invalidité dispose d'un mode de preuve spécifique dans la mesure où il peut certifier lui-même les prestations dont il réclame le remboursement sans possibilité de contestation sur le *quantum* »<sup>(216)</sup>. La Cour de cassation a toutefois précisé qu'« il ne résulte pas du fait que l'existence des sommes est établie qu'il existe

(214) Cass., 12 novembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 270 ; Cass., 7 avril 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 954 ; Cass., 2 décembre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 404 ; Cass., 4 mars 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 810.

(215) Cass., 9 mai 2016, R.G. n° C.13.0252.N.

(216) R. CAPART et B. DEVOS, « Le recours de l'assureur-loi et de l'assureur maladie invalidité », *op. cit.*, p. 135.

un lien de causalité entre les sommes et l'accident »<sup>(217)</sup>. R. Capart et B. Devos en déduisent qu'il appartient à la mutuelle de démontrer que les décaissements qu'elle a effectués ont une cause médicale identique à celle qui justifie l'intervention du tiers<sup>(218)</sup>. En tout état de cause, il convient d'inviter le tiers à vérifier la date et le code INAMI de la prestation pour « établir » si cette dernière relève bien de l'accident et de reconnaître que ce tiers « doit agir avec une confiance mitigée et souvent se contenter de présomptions »<sup>(219)</sup>.

Il s'ensuit que l'objet du recours de la mutuelle, à l'instar de ce qui a été dit à propos de l'assureur-loi (voy. *supra*, n° 62), ne pourra que rarement être contesté par le tiers.

#### ii. *Un privilège du subrogeant sur le subrogé ?*

**83.** – Comme nous aurons l'occasion de le préciser au titre de l'assiette du recours, le subrogé, soit la victime bénéficiaire des prestations de la mutuelle, conserve la possibilité de faire valoir ses droits à l'indemnisation des dommages qui ne relèvent pas du champ d'application de la loi du 14 juillet 1994. Elle dispose également de la possibilité d'obtenir un complément d'indemnisation pour les dommages qui relèvent du champ d'application de la loi du 14 juillet 1994 dans la mesure où l'indemnisation à laquelle elle peut prétendre en droit commun apparaît supérieure aux indemnités perçues de la mutuelle.

Dans l'hypothèse où le tiers ne serait pas suffisamment solvable pour désintéresser la victime, subrogeant, et la mutuelle, subrogée, se pose la question du droit de préférence. À notre connaissance, la jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur ce point. Nous estimons toutefois qu'il n'y a pas lieu de s'écarter de l'article 1252 du Code civil, à défaut de disposition en sens contraire. Pour rappel, l'avant-projet de loi va dans ce sens.

**84.** – Notons d'ores et déjà que la doctrine fait traditionnellement état d'un droit de préférence au profit de la mutuelle en cas de partage de responsabilités entre le tiers et la victime bénéficiaire des prestations de la mutuelle. Ce *droit de préférence* doit-il s'entendre comme la reconnaissance d'un *privilège du subrogé sur le subrogeant* ? La question ne présente que peu d'intérêt dans la mesure où nous démontrerons, dans

(217) Cass., 7 février 2000, *Pas.*, 2000, p. 95.

(218) R. CAPART et B. DEVOS, « Le recours de l'assureur-loi et de l'assureur maladie invalidité », *op. cit.*, p. 135.

(219) X., « Le recours de la mutuelle », *op. cit.*, p. 8/11.

le point consacré à l'opposabilité des exceptions, que ce droit de préférence n'existe pas (voy. *infra*, n<sup>os</sup> 95 à 97).

b) *L'effet translatif lié au paiement de la mutuelle*

i. *L'assiette du recours*

**85.** – L'article 136, § 2, de la loi coordonnée du 14 juillet 1994 indique que la subrogation vaut « pour la totalité des sommes qui sont dues en vertu d'une législation belge, d'une législation étrangère ou du droit commun et qui réparent partiellement ou totalement le dommage visé à l'alinéa 1<sup>er</sup> ». L'assiette du recours est donc constituée par la totalité des sommes que la victime aurait pu obtenir si la mutuelle n'était pas intervenue. Sa détermination exacte pose la question de l'approche qu'il convient de privilégier pour identifier les postes du dommage de droit commun qui doivent en faire partie : approche globale ou poste par poste ?

**86.** – Il est acquis, à l'instar de ce qui a pu être dit à propos des recours de l'assureur privé et de l'assureur-loi, que la subrogation de la mutuelle ne joue que pour les dommages dans la réparation desquels elle est intervenue, soit les soins de santé, l'aide d'une tierce personne et l'incapacité de travail. Son recours subrogatoire ne peut donc jamais porter sur le dommage aux biens, le dommage moral, le préjudice d'agrément, le préjudice sexuel<sup>(220)</sup>, ... La question du préjudice ménager est plus délicate dans la mesure où la mutuelle accorde une allocation pour l'aide d'une tierce personne en considération de différents critères, au rang desquels figure le fait de pouvoir assurer l'hygiène de son habitat et d'accomplir des tâches ménagères. Dans la mesure où, pour déterminer la nécessité d'une aide de tiers, le médecin-conseil attribue un score de 0 à 3 points en fonction des tâches concrètes qui peuvent encore être effectuées, il conviendra de vérifier sa décision et le score qui a été réservé au critère des tâches ménagères afin de déterminer si le préjudice ménager reconnu en droit commun doit intégrer ou non l'assiette du recours.

Pour tous les postes de son préjudice qui ne relèvent pas du domaine d'intervention de la mutualité, l'assuré social conserve son droit de recours contre le tiers responsable. Ceci étant, il convient de se

---

(220) Sur la question de l'intégration des indemnités dues à la perte de chance dans l'assiette du recours, voy. B. FOSSÉPREZ, « Les recours des tiers payeurs : approche transversale », *op. cit.*, pp. 101 et s.

demander si la mutuelle peut faire valoir sa subrogation sur la totalité des montants qui sont alloués en droit commun pour réparer les postes du préjudice qui relèvent du champ d'application de la loi coordonnée du 14 juillet 1994. La doctrine s'est parfois posé la question suivante : « la mutualité a-t-elle un droit subrogatoire sur la totalité du dommage de la victime ou uniquement sur le(s) poste(s) pour le(s) quel(s) elle est intervenue ? »<sup>(221)</sup>. En ces termes, la question nous paraît mal posée puisqu'elle laisse entendre que la mutuelle pourrait avoir un droit sur les indemnités de droit commun qui sortent du champ d'application de la loi coordonnée du 14 juillet 1994, ce qui n'est absolument pas le cas<sup>(222)</sup>.

**87.** – Dans ce cadre, il convient tout d'abord de rappeler que l'indemnisation des soins de santé laisse à charge de l'assuré social une quote-part constitutive du ticket modérateur. Dans la mesure où ce poste ne fait pas partie des décaissements opérés par la mutualité, doit-il être intégré à l'assiette du recours subrogatoire de la mutuelle ? Par un arrêt du 8 octobre 2007, la Cour de cassation a précisé que « le montant du dommage qu'a subi le bénéficiaire consistant dans la quote-part des frais médicaux que la législation sur l'assurance obligatoire en matière de soins de santé laisse à sa charge n'est pas exclu de la subrogation de l'organisme assureur »<sup>(223)</sup>. Alors que le ticket modérateur ne fait pas partie de l'objet du recours, à défaut d'avoir été versé à l'assuré social, il est inclus dans l'assiette du recours de la mutuelle, au détriment, donc de l'assuré social qui ne peut en demander la réparation au tiers dans le cadre de son recours résiduaire.

Au-delà de cette précision, la question demeure de savoir si la mutuelle qui a octroyé des indemnités d'incapacité de travail peut faire porter sa subrogation sur l'ensemble des montants alloués en droit commun en réparation du dommage résultant de l'incapacité temporaire et de l'incapacité permanente<sup>(224)</sup>.

Le problème semble venir du fait que la consolidation ne sera pas nécessairement fixée à la même date par le médecin-conseil de la mutuelle et par l'expert désigné en droit commun et du fait que la mutuelle n'intervient qu'en présence d'une incapacité supérieure à

(221) A. GILLE, « L'assurance et la victime face à la mutualité », *op. cit.*, p. 170.

(222) X., « Le recours de la mutuelle », *op. cit.*, p. 8/3.

(223) Cass., 8 octobre 2007, R.G. n° C.06.0350.F ; voy. également Cass., 8 septembre 2014, R.G. n° C.09.0546.F.

(224) X., « Le recours de la mutuelle », *op. cit.*, p. 8/4.

66 % (article 100 de la loi coordonnée) là où l'expert en droit commun aura vraisemblablement retenu des taux dégressifs.

**88.** – Dans l'hypothèse où les prestations de la mutuelle couvrent la même période que celle pour laquelle le bénéficiaire est admissible, en droit commun, à une indemnité pour incapacité temporaire de travail, la mutuelle ne peut faire porter sa subrogation que sur les montants dus en droit commun pour le dommage matériel résultant de l'incapacité temporaire<sup>(225)</sup>, à l'exclusion des montants dus pour le dommage matériel résultant de l'incapacité permanente.

**89.** – En revanche, dans l'hypothèse où la mutuelle a octroyé des prestations à la fois pendant les périodes qualifiées en droit commun d'incapacité temporaire et d'incapacité permanente, l'étendue du recours subrogatoire accordé à la mutuelle sera-t-elle déterminée, conformément à une approche globale, par les indemnités accordées en droit commun pour l'incapacité temporaire et l'incapacité permanente ou selon une ventilation entre l'incapacité temporaire et l'incapacité permanente ?

Sur cette question, la jurisprudence de la Cour de cassation est divisée. Par un arrêt du 21 avril 2008<sup>(226)</sup>, elle a décidé qu'« Il suit [de l'article 136, § 2, alinéa 4, de la loi coordonnée du 14 juillet 1994 relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités] que l'organisme assureur, qui a fourni à la victime d'un dommage résultant d'une maladie, de lésions, de troubles fonctionnels ou du décès l'une des prestations prévues par l'assurance obligatoire, est subrogé à la victime, jusqu'à concurrence du montant de cette prestation, sur la totalité des sommes dues, compte tenu du partage éventuel de responsabilité, par le tiers responsable ou par son assureur en réparation de ce dommage, *sans qu'il soit requis que les sommes auxquelles s'étend la subrogation réparent le même élément du dommage* que celui auquel correspond la prestation octroyée, pourvu que l'élément du dommage que ces sommes réparent soit de nature à justifier l'octroi d'une prestation de l'assurance obligatoire »<sup>(227)</sup>.

(225) Cass., 4 mai 1988, *J.T.*, 1989, p. 112.

(226) Cass., 21 avril 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 281, concl. J.-M. GENICOT, *NjW*, 2009, p. 219, note I. BOONE, *Pas.*, 2008, p. 944, concl. J.-M. GENICOT, *J.J.Pol.*, 2008, p. 203.

(227) Nous soulignons.

Dans cet arrêt, la Cour de cassation privilégie une approche globale du recours subrogatoire de la mutuelle<sup>(228)</sup> qui traduit le recours préférentiel de celle-ci, l'idée étant de protéger les intérêts de l'assureur maladie-invalidité dans ses possibilités de recours<sup>(229)</sup>.

**90.** – En revanche, par un arrêt du 22 septembre 2008<sup>(230)</sup>, la Cour de cassation a décidé que « L'interdiction [...] de cumuler les prestations visées par la loi [du 14 juillet 1994] et les indemnités dues en vertu du droit commun ou d'une autre législation, belge ou étrangère, et la subrogation de l'organisme assureur aux droits du bénéficiaire ne s'appliquent que *pour autant que ces prestations et indemnités concernent le même dommage ou la même partie du dommage* »<sup>(231)</sup>. Elle en a conclu que « L'organisme assureur qui a payé des indemnités pour incapacité de travail pour une période déterminée n'est pas subrogé aux droits du bénéficiaire en ce qui concerne les montants dont le responsable est redevable en droit commun pour une période subséquente, l'indemnité de droit commun ne couvrant pas, dans ce cas, la même partie du dommage que les indemnités pour incapacité de travail payées par l'organisme assureur ». L'assuré conserve donc son droit de recours contre le tiers responsable pour tous les postes de son préjudice qui ne sont pas effectivement couverts par l'assurance maladie-invalidité, quand bien même ceux-ci relèvent du domaine d'intervention de la mutualité.

Comme le soulignent R. Capart et B. Devos, la question de l'indemnisation globalisée ou trait pour trait « n'est pas sans incidence sur les droits résiduels de la victime qui, suivant la solution imposée par l'arrêt de la Cour de cassation du 21 avril 2008, voit son action complémentaire, pour les dommages qui ne sont pas couverts par la législation de l'assurance maladie-invalidité, limitée »<sup>(232)</sup>. En effet, dans l'hypothèse d'une approche globale, la victime ne peut réclamer au tiers que la réparation des préjudices qui sortent du champ d'application de la loi coordonnée du 14 juillet 1994, à l'exclusion de la réparation du préjudice qui excède les indemnités versées par la mutuelle.

**91.** – L'article 136, § 2, de la loi du 14 juillet 1994 nous paraît d'ailleurs imposer une approche poste par poste dans la mesure où ses

(228) S. HOSTAUX, « La subrogation en assurance maladie-invalidité : de nouveaux développements tirés de la jurisprudence de la Cour de cassation (les arrêts du 8 octobre 2007 et 21 avril 2008) », *J.T.T.*, 2008, p. 320.

(229) Concl. av. gén. J.-M. GÉNICOT, préc., Cass., 21 avril 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 281.

(230) Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 22 septembre 2008, R.G. n° C.07.0531.

(231) Nous soulignons.

(232) R. CAPART et B. DEVOS, « Le recours de l'assureur-loi et de l'assureur maladie invalidité », *op. cit.*, p. 141.

alinéas 1<sup>er</sup>, 3 et 5 exigent une telle approche et que la cohérence du système implique qu'il en aille de même pour l'action subrogatoire inscrite à l'alinéa 4.

**92.** – Dans l'attente d'un nouvel arrêt concernant l'approche à privilégier pour déterminer l'assiette, la Cour de cassation a rendu, le 15 septembre 2014, un arrêt qui systématise les règles qui régissent l'étendue du recours subrogatoire de la mutuelle en quatre points :

- « les conditions d'octroi des prestations de l'organisme assureur en vertu desquelles [...] celui-ci dispose d'un droit de subrogation, ainsi que le montant de ces prestations, sont régies par la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités ;
- l'action de l'organisme assureur ne peut excéder la somme due en droit commun qui répare partiellement ou entièrement le même dommage ;
- la victime, qui a perçu des prestations de l'organisme assureur pour un dommage résultant d'une incapacité de travail, ne peut réclamer une indemnité de droit commun pour ce même dommage que dans la mesure où cette indemnité excède les prestations de l'organisme assureur et ce, à concurrence de la différence entre les deux sommes ;
- la différence entre les prestations de l'organisme assureur et l'indemnité de droit commun doit être calculée selon les règles propres à chacun des régimes »<sup>(233)</sup>.

#### ii. *L'opposabilité des exceptions*

**93.** – À nouveau, se pose la question de l'opposabilité des exceptions. Deux d'entre elles retiennent notre attention, à savoir l'exception de transaction et le partage des responsabilités.

Le statut de la transaction est déterminé par l'article 136, § 2, qui, dans un alinéa 5, précise que « La convention intervenue entre le débiteur de la réparation et le bénéficiaire n'est pas opposable à l'organisme assureur sans l'accord de ce dernier »<sup>(234)</sup>. La Cour de cassation a, par un arrêt du 10 novembre 1981, précisé que « cette disposition a une portée générale et s'applique indépendamment de la date de la

(233) Cass., 15 septembre 2014, R.G. n° C.14.0116.N ; la Cour de cassation a rappelé la troisième règle dans l'arrêt suivant : Cass., 20 octobre 2016, R.G. n° C.16.0014.F.

(234) Sur cette question, voy. Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 11 octobre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 522 ; Bruxelles (ch. suppl. G), 27 mai 1999, R.G. n° 93/AR/291.

transaction »<sup>(235)</sup>. L'alinéa 5 de l'article 136, § 2, de la loi coordonnée du 14 juillet 1994 constitue donc une dérogation au régime de droit commun de la subrogation<sup>(236)</sup>. Cette solution doit être rapprochée de celle dictée par l'arrêt de la Cour de cassation du 24 octobre 2001 à propos de l'assureur-loi et s'explique par le fait que l'assureur-loi et la mutuelle participent au système de sécurité sociale. En effet, la règle inscrite dans l'article 136, § 2, alinéa 5, « tend à ne pas répercuter la réparation du dommage sur la communauté et à restreindre les dépenses de l'Institut national de l'assurance maladie-invalidité (INAMI). Elle est d'ordre public. Le débiteur de la réparation du dommage qui aurait exécuté la transaction, conclue sans l'accord de l'organisme assureur, ne saurait se prévaloir de l'article 1240 du Code civil, fût-il de bonne foi »<sup>(237)</sup>.

94. – En ce qui concerne le partage des responsabilités, la doctrine fait traditionnellement état d'un droit de préférence reconnu à la mutuelle. Elle relève qu'afin de déterminer ce qui revient à la mutuelle, il convient d'appliquer la clé du partage des responsabilités à l'assiette du recours et que le résultat est octroyé préférentiellement à la mutuelle jusqu'à concurrence de ses décaissements, le solde éventuel étant octroyé à la victime<sup>(238)</sup>.

S'il est aujourd'hui acquis que le partage des responsabilités influence l'assiette du recours et non son objet, cette question a toutefois nécessité que la subrogation accordée à la mutuelle repasse sur le métier. En effet, l'ancêtre de l'article 136, § 2, de la loi du 14 juillet 1994, à savoir l'article 70, § 2, de la loi du 9 août 1963 instituant et organisant un régime d'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, se contentait d'indiquer que « L'organisme assureur est subrogé de plein droit au bénéficiaire ». Sur la base de cet article, la Cour de cassation a, en présence d'un accident dont la responsabilité incombait pour moitié à la victime et pour moitié au prévenu, rendu le 11 juin 1974 un arrêt libellé en ces termes : « l'organisme assureur reste tenu du paiement de la fraction des indemnités correspondant à la part de responsabilité qui n'incombe pas au tiers »<sup>(239)</sup>. Ce faisant, la Cour de cassation décidait que

(235) Cass., 10 novembre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 358 ; voy. également Cass., 12 juin 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 1263, *J.T.*, 1986, p. 668, *R.W.*, 1986-1987, p. 1480, *R.G.A.R.*, 1987, n<sup>os</sup> 11266 et 11317.

(236) Pour une confirmation, voy. B. DE CONINCK, « La transaction », in *Les contrats spéciaux. Chronique de jurisprudence 1996-2000*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 216.

(237) P. MARCHAL, « La transaction », *Rép. not.*, t. IX, liv. X, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 139.

(238) A. GILLE, « L'assurance et la victime face à la mutualité », *op. cit.*, p. 172 ; X., « Le recours de la mutuelle », *op. cit.*, p. 8/7.

(239) Cass., 11 juin 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 1046.

le partage de responsabilités influence l'objet du recours. Cette solution a suscité de nombreuses critiques liées au fait que la victime recevait davantage que le dommage qu'elle subissait et obtenait ainsi une indemnisation supérieure à celui-ci<sup>(240)</sup>.

En réaction à cette décision de la haute juridiction, l'arrêté royal n° 19 du 4 décembre 1978 modifiant et complétant l'article 70 de la loi du 9 août 1963 a ajouté la précision suivante : « cette subrogation vaut à concurrence du montant des prestations octroyées, pour la totalité des sommes qui sont dues en vertu d'une législation belge, d'une législation étrangère ou du droit commun et qui réparent partiellement ou totalement le dommage visé à l'alinéa 1<sup>er</sup> ». L'adoption de cet arrêté a été justifiée par le souci de « protéger les intérêts de l'assurance maladie-invalidité dans ses possibilités de récupération auprès de tiers responsables, des prestations octroyées lorsque le tribunal a prononcé un partage de responsabilité. Même si la responsabilité n'est que partielle, l'organisme assureur pourra poursuivre la récupération des prestations à concurrence de l'entier des sommes mises à charge d'un tiers »<sup>(241)</sup>.

**95.** – La Cour de cassation a aligné sa jurisprudence sur la modification légale. Elle constate dorénavant que « l'organisme assureur est subrogé dans les droits du bénéficiaire pour l'intégralité des prestations octroyées, même si la responsabilité du dommage couvert par ladite loi ne résulte que partiellement de la faute d'un tiers ; dans ce cas, la subrogation de l'organisme assureur s'étend à l'intégralité des sommes dues par le tiers responsable en réparation du dommage couvert par la loi, sans pouvoir excéder le montant des prestations octroyées »<sup>(242)</sup>.

Elle a confirmé cette jurisprudence sous l'empire de la loi coordonnée du 14 juillet 1994 en indiquant, dans un arrêt du 2 mars 2011, que « Le total des décaissements effectués par le subrogé au profit de la victime ainsi que le montant revenant à celle-ci en vertu du droit commun et couvrant le même dommage constituent les limites de la subrogation, celle-ci ne se bornant pas, en revanche, à une fraction des débours, correspondant à la part de responsabilité du tiers dans le dommage »<sup>(243)</sup>. Le principe de la réparation intégrale du dommage est ainsi préservé

(240) S. HOSTAUX, « La subrogation en assurance maladie-invalidité : de nouveaux développements tirés de la jurisprudence de la Cour de cassation (les arrêts du 8 octobre 2007 et 21 avril 2008) », *op. cit.*, p. 318.

(241) Rapport au Roi précédant l'A.R. n° 19 du 4 décembre 1978, *Pasin.*, 1<sup>er</sup> – 4 décembre 1978, p. 2151.

(242) Cass., 11 avril 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 922.

(243) Cass., 2 mars 2011, R.G. n° P. 10.1652.F. ; voy. également Cass., 9 février 2015, R.G. n° C.14.0210.N.

tant dans le chef de la victime que dans le chef du tiers responsable. Comme le souligne la Cour de cassation dans ce même arrêt, « le total du montant octroyé à la victime et de celui alloué à l'organisme assureur ne peuvent excéder la somme due en vertu du droit commun à titre de réparation par le tiers responsable ou son assureur, compte tenu d'un éventuel partage de responsabilité ».

**96.** – En revanche, l'affirmation selon laquelle le résultat de l'application de la clé de responsabilité à l'assiette du recours serait octroyé préférentiellement à la mutuelle, jusqu'à concurrence de ses débours, ne nous paraît pas justifiée au regard du principe de la réparation intégrale qui veut que la victime n'obtienne l'indemnisation de *tout* son dommage que dans les limites de la responsabilité du tiers.

Ce droit de préférence ne résulte d'ailleurs pas clairement de la loi coordonnée du 14 juillet 1994. Devrait-on le déduire de l'expression « pour la totalité des sommes qui sont dues » utilisée par l'article 136, § 2, alinéa 4 ? Ou plutôt de l'expression « qui répare partiellement ou totalement le dommage visé à l'alinéa 1<sup>er</sup> » ? Ces précisions nous paraissent uniquement indiquer que le partage de responsabilités affecte l'assiette du recours et non son objet.

C'est d'ailleurs sans identifier le fondement de ce droit de préférence que la doctrine en propose les illustrations suivantes :

*« Premier exemple :* la mutuelle a effectué des prestations pour 2 478,94 EUR. Le dommage de la victime s'évalue en droit commun à 3 718,40 EUR mais elle doit supporter un partage de responsabilités  $\frac{1}{2}$  –  $\frac{1}{2}$ .

La dette du responsable est, en droit commun, de 1 859,20 EUR. La mutuelle pourra exercer sa subrogation à concurrence de 1 859,20 EUR.

*Deuxième exemple :* la mutuelle a effectué des décaissements pour 2 478,94 EUR. Le dommage de la victime s'évalue en droit commun à 7 436,81 EUR mais celle-ci doit supporter un partage de responsabilités  $\frac{1}{2}$  –  $\frac{1}{2}$ .

La dette du responsable est en droit commun de 3 718,40 EUR. Les débours de la mutuelle étant de 2 478,94 EUR, la subrogation de celle-ci s'exercera à concurrence de ces 2 478,94 EUR.

*Troisième exemple :* Les débours de la mutuelle s'élèvent à 2 478,94 EUR. Le dommage de la victime s'évalue en droit commun à 1 983,15 EUR mais celle-ci doit supporter un partage de responsabilités  $\frac{1}{2}$  –  $\frac{1}{2}$ .

La dette du responsable s'élève en droit commun à 991,57 EUR. La subrogation de la mutuelle peut s'exercer à concurrence de ces 991,57 EUR ».

Or, comme indiqué lors de l'examen de l'assiette du recours, « la victime qui a perçu des prestations de l'organisme assureur pour un dommage résultant d'une incapacité de travail ne peut réclamer une indemnité de droit commun pour ce même dommage que dans la mesure

où cette indemnité excède les prestations de l'organisme assureur et ce, jusqu'à concurrence de la différence entre les deux sommes »<sup>(244)</sup>.

Dans la mesure où un droit de préférence semble indiquer que la mutuelle reçoit une priorité au détriment du bénéficiaire, l'existence de ce droit de préférence est incertaine. Dans les exemples cités, il y a lieu de constater que le dommage de la victime a été intégralement indemnisé par les prestations de la mutuelle pour les postes qui relèvent du champ d'application de la loi du 14 juillet 1994 et qu'il ne peut, par conséquent, être question d'un droit de préférence en cas de partage de responsabilités.

En effet, dans le premier exemple, la victime promérite en droit commun une indemnisation d'un montant de 1 859,20 € et a reçu de la mutuelle un montant de 2 478,94 €. Elle a donc bénéficié, compte tenu du partage de responsabilités, d'une réparation intégrale de son dommage.

Dans le second exemple, la victime a droit, en droit commun, à un montant de 3 718,40 € et elle a reçu de la mutuelle une somme de 2 478,94 €. Pour obtenir une réparation intégrale de son dommage, compte tenu du partage de responsabilités, elle doit encore recevoir du tiers la somme de 1 239,46 €. Or, la mutuelle voit son recours subrogatoire limité à un montant de 2 478,94 €, ce qui laisse subsister un solde de 1 239,46 € qui échoira précisément à la victime et lui permettra d'obtenir la réparation intégrale de son préjudice.

Dans le troisième exemple, la victime promérite, en droit commun, une indemnisation d'un montant de 991,57 € et elle a reçu de la mutuelle une somme de 2 478,94 €. Elle voit donc son préjudice intégralement remboursé compte tenu du partage de responsabilités.

Il résulte de ces différents exemples que la mutuelle ne perçoit aucune somme au détriment de la victime. L'existence d'un droit de préférence au profit de la mutuelle nous paraît, par conséquent, devoir être remise en question.

#### D. – *La subrogation accordée à l'employeur public : une coquille vide ?*

97. – Si on la compare avec les subrogations spécifiques examinées ci-dessus, la subrogation accordée à l'employeur public fait office de parent pauvre dans la mesure où elle a été évincée en jurisprudence

(244) Cass., 20 octobre 2016, R.G. n° C.16.0014.F.

par l'octroi d'un recours direct. Après avoir examiné le siège légal de la subrogation, nous analysons donc directement les questions que soulève le recours direct de l'employeur public.

### 1. *La subrogation consentie à l'employeur public*

**98.** – Aux termes des articles 3 et 3bis de la loi du 3 juillet 1967 sur la prévention ou la réparation des dommages résultant des accidents du travail, des accidents survenus sur le chemin du travail et des maladies professionnelles dans le secteur public, la victime d'un accident du travail ou survenu sur le chemin du travail a droit à :

- une indemnité pour frais médicaux, chirurgicaux, pharmaceutiques, hospitaliers, de prothèse et d'orthopédie ;
- une rente en cas d'incapacité de travail permanente ;
- une indemnité d'incapacité temporaire de travail.

En cas de décès de la victime de l'accident du travail ou survenu sur le chemin du travail, ses ayants droit peuvent prétendre à :

- une indemnité pour frais funéraires ;
- une rente de conjoint survivant, de partenaire cohabitant légal survivant, d'orphelin ou d'ayant droit à un autre titre.

**99.** – Après avoir énuméré, dans un § 1<sup>er</sup>, les actions que la victime ou ses ayants droit peuvent intenter en justice conformément aux règles de la responsabilité civile, l'article 14 de la loi du 3 juillet 1967 précise, en son § 2, qu'indépendamment de ces recours, « les personnes ou les établissements visés à l'article 1<sup>er</sup> restent tenus du paiement des indemnités et rentes résultant de la présente loi ».

En son § 3, cet article précise, dans un alinéa 1<sup>er</sup>, que « L'application des dispositions de la présente loi implique, de plein droit, subrogation au profit des personnes morales ou des établissements susvisés qui supportent la charge de la rente dans tous les droits, actions et moyens généralement quelconques que la victime ou ses ayants droit seraient en droit de faire valoir conformément au § 1<sup>er</sup> contre la personne responsable de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle et ce, à concurrence du montant des rentes et des indemnités prévues par la présente loi et du montant égal au capital représentatif de ces rentes ». La mention d'un recours subrogatoire « à concurrence du montant des rentes et des indemnités prévues par la présente loi et du montant égal au capital représentatif de ces rentes » introduit une exception à la

condition de concomitance du paiement et de la subrogation, à l'instar de ce qui est prévu dans la loi du 10 avril 1971 relative aux accidents du travail.

Dans un second alinéa, le § 3 indique qu'« En outre, les personnes morales ou les établissements susvisés qui supportent la charge de la rémunération sont subrogés de plein droit dans tous les droits, actions et moyens généralement quelconques que la victime serait en droit de faire valoir conformément au § 1<sup>er</sup> contre la personne responsable de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle jusqu'à concurrence de la rémunération payée pendant la période d'incapacité temporaire ».

**100.** – S'agissant d'un recours subrogatoire, l'étendue du recours de l'employeur public sur pied de l'article 14, § 3, de la loi du 3 juillet 1967 est déterminée selon une comparaison entre l'objet et l'assiette du recours, l'employeur public ne pouvant obtenir plus que le montant de l'indemnité à laquelle son agent aurait pu prétendre en droit commun<sup>(245)</sup>. Dans un arrêt du 14 mai 2012, la Cour de cassation a précisé que « La partie subrogée dans les droits de la victime n'est en droit d'obtenir du tiers responsable de l'accident ou de son assureur le remboursement des montants bruts qu'elle a décaissés au profit de la victime à titre de revenus de remplacement que pour autant que le juge constate que l'indemnité que la victime aurait pu obtenir en droit commun aurait été soumise à des charges équivalentes à celles grevant sa rémunération »<sup>(246)</sup>. Il en résulte que, dans le cadre de son recours subrogatoire, l'employeur public ne peut prétendre qu'à des montants nets, à l'exclusion des cotisations sociales et fiscales qu'il a continué à verser sur les rémunérations. C'est pour cette raison que le recours subrogatoire va être évincé par le recours direct, lequel permet à l'employeur public de récupérer des montants bruts (*infra*, n° 109).

## 2. La reconnaissance d'un droit propre

**101.** – Outre la subrogation consacrée par les dispositions précitées, la Cour de cassation a reconnu à l'employeur public un recours

(245) Cass., 3 septembre 2008, R.G. n° P. 08.0022.F.

(246) Cass., 14 mai 2012, R.G. n° C.09.0318.F.

direct<sup>(247)</sup> sur la base de l'article 1382 du Code civil par cinq arrêts prononcés les 19 et 20 février 2001<sup>(248)</sup>.

Dans ces arrêts, la Cour de cassation a estimé que « les pouvoirs publics qui, à la suite de la faute d'un tiers, doivent continuer à payer la rémunération et les charges grevant cette rémunération en vertu d'obligations légales ou réglementaires qui leur incombent, sans bénéficiaire de prestations de travail en contrepartie, ont droit à une indemnité dans la mesure où ils subissent ainsi un dommage. [...] L'existence d'une obligation contractuelle, légale ou réglementaire n'exclut pas qu'il y ait un dommage au sens de l'article 1382 du Code civil, sauf lorsqu'il ressort du contenu ou de la portée du contrat, de la loi ou du règlement que ladite dépense ou prestation à intervenir doit définitivement rester à charge de celui qui s'y est obligé ou qui doit l'exécuter<sup>(249)</sup> en vertu de la loi ou du règlement »<sup>(250) (251)</sup>.

**102.** – Selon la Cour de cassation, l'existence d'une subrogation spécifique constitue un indice révélateur de l'intention de l'auteur de la norme de ne pas laisser la dépense définitivement à charge de l'autorité<sup>(252)</sup>. Si le recours subrogatoire permet de justifier l'existence du droit propre, il ne permet toutefois pas d'en apprécier l'étendue. La Cour de cassation a d'ailleurs eu l'occasion de préciser que « l'étendue de la subrogation [...] est sans intérêt »<sup>(253)</sup>.

(247) C'est de façon fort opportune que B. Dubuisson a rappelé qu'il était préférable, pour désigner le recours consacré par la Cour de cassation dans ses arrêts des 19 et 20 février 2001, de recourir à l'expression « recours personnel » ou « recours direct » plutôt qu'à celle d'action directe et cela afin de ne pas créer de confusion avec l'action directe telle que consacrée par l'article 1798 du Code civil. Voy. B. DUBUISSON, « Les vertus inattendues de l'article 1382 du Code civil pour l'employeur public et les tiers payeurs », in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 175.

(248) Cass., 19 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 322 ; Cass., 19 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 327 ; Cass., 19 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 329 ; Cass., 19 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 332 ; Cass., 20 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 335.

(249) Ce critère de la charge définitive de la dette a été réutilisé par la Cour de cassation dans son arrêt du 24 juin 2013 (R.G. n° C.12.0336.F.). Sur cette question, voy. A. PROST, « Retour sur l'arrêt de la Cour de cassation du 24 juin 2013 en matière de subrogation légale : l'abandon de la condition du paiement de la dette d'autrui », *op. cit.*, pp. 358 à 360.

(250) Cass., 19 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 329.

(251) Par un arrêt du 18 septembre 2007, la Cour de cassation a précisé qu'« il appartient au juge d'apprécier, par l'interprétation du contrat, de la loi ou du règlement, si, en fonction de la teneur ou de la portée du contrat, de la loi ou du règlement, les dépenses faites doivent, oui ou non, rester définitivement à charge de celui qui a dû les effectuer » et qu'« Il n'incombe pas aux parties de prouver si les dépenses effectuées doivent ou non rester définitivement tenues pour compte selon le contrat, la loi ou le règlement, ni, corrélativement, la qualification desdites dépenses comme dommage indemnisable » (Cass., 18 septembre 2007, R.G. n° P. 07.0005.N) ; voy. également Cass., 7 mai 2015, R.G. n° C.14.0011.F.

(252) Cass., 19 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 326.

(253) Cass., 19 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 322.

La haute juridiction semble toutefois avoir consenti quelques nuances à cette affirmation. En effet, alors que l'existence d'un recours direct aurait dû amener l'employeur public à pouvoir réclamer au tiers responsable le remboursement de la totalité de ses décaissements, quand bien même son agent en serait partiellement responsable, la Cour de cassation s'est prononcée en sens inverse. Dans un arrêt du 21 septembre 2009, elle a constaté qu'il ressort de la subrogation prévue à l'article 14, § 3, de la loi du 3 juillet 1967 que « dans la mesure où l'incapacité de travail du membre du personnel concerné est due à sa propre faute, la charge financière de la poursuite du paiement du traitement doit demeurer à charge de l'employeur du secteur public ». Elle a d'ailleurs précisé que « L'incapacité de travail due à la faute du membre du personnel concerné est un risque que le législateur a entendu mettre définitivement à charge de l'employeur » et en a conclu que « Lorsque l'incapacité de travail du membre du personnel résulte des fautes concurrentes du membre du personnel et d'un tiers, l'employeur du secteur public n'a droit qu'à l'indemnisation du dommage qu'il subit de ce fait à concurrence de la part de responsabilité du tiers dans le dommage »<sup>(254)</sup>. Les droits de la victime, à l'aune desquels est apprécié le recours subrogatoire, font donc une timide réapparition dans le recours direct<sup>(255)</sup>.

**103.** – Dans ses arrêts des 19 et 20 février 2001, la Cour de cassation a également souligné que « la circonstance que l'autorité est statutairement tenue de payer une rémunération à ses agents est étrangère à la question de savoir s'il existe un lien de causalité entre la faute commise par un tiers et le dommage résultant pour l'autorité de la circonstance qu'elle doit continuer à payer une rémunération sans bénéficiaire de contrepartie »<sup>(256)</sup>. Ce faisant, elle abandonne la théorie de la rupture du lien causal par l'intervention d'une cause juridique propre<sup>(257)</sup> et place le débat sur le plan du dommage.

(254) Cass., 21 septembre 2009, R.G. n° C.08.0245.N.

(255) En ce sens, voy. J.-C. THIRY, « Le chemin de croix du recours propre de l'employeur public », *C.R.A.*, 2017, p. 9.

(256) Cass., 19 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 329.

(257) Sur cette théorie, voy. notamment G. SCHAMPS, « L'interposition d'une cause juridique propre. De son incidence sur le lien causal entre la faute et le dommage », *J.L.M.B.*, 1991, pp. 869 à 873 ; M. VAN QUICKENBORNE, « L'incidence de l'intervention d'une cause juridique propre sur la relation de cause à effet et sur le dommage en matière de responsabilité civile », *R.C.J.B.*, 1986, pp. 657 à 679 ; M. VANDERWECKENE, « Sur le principe de la rupture du lien de causalité par l'interposition d'une cause juridique propre », *R.G.A.R.*, 1993, n° 12137.

### 3. *L'étendue du recours direct de l'employeur public*

**104.** – La Cour de cassation a progressivement balisé le recours direct de l'employeur public. I. Boone a émis l'hypothèse que ces balises puissent témoigner du souci de la Cour de cassation de ne pas laisser le recours propre continuer à prendre de l'ampleur<sup>(258)</sup>.

#### a) *Une réparation limitée à la contrepartie des prestations de travail*

**105.** – La notion de dommage réparable au cœur de la jurisprudence de la Cour de cassation inaugurée par les arrêts des 19 et 20 février 2001 a connu des évolutions notables<sup>(259)</sup>. Nous en retraçons l'essentiel dans les lignes qui suivent.

Par un arrêt du 9 janvier 2006, la Cour de cassation a refusé à l'employeur public le droit de récupérer, sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, le montant de la rente d'incapacité permanente partielle de travail (ou du capital constitué pour la servir) versée à son agent ayant repris le travail<sup>(260)</sup>. Elle a justifié ce refus en ces termes : « Le but de la loi ou du règlement qui oblige un employeur intervenant à titre d'assureur à déboursier des sommes dont le montant est supérieur à celui qu'il aurait dû payer en tant qu'employeur pour des prestations de services, est de laisser ces sommes définitivement à charge de l'employeur. L'employeur qui respecte son obligation ne subit pas un dommage récupérable auprès du tiers responsable ». La Cour de cassation a confirmé cette solution les 12 novembre 2008<sup>(261)</sup>, 30 juin 2009<sup>(262)</sup> et 2 mars 2012<sup>(263)</sup>. Dans ce dernier arrêt, elle a précisé que « Lorsque, conformément à la loi ou au règlement, l'employeur public est tenu de verser à son agent, outre une rémunération, une rente d'incapacité permanente partielle alors qu'il n'est pas privé des prestations de celui-ci, le paiement de cette rente ou du capital constitué pour la servir ne constitue pas un dommage au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil ».

(258) I. BOONE, « L'abandon de la rupture du lien causal par la Cour de cassation », in *La rupture du lien causal ou « L'avènement de l'action directe et le déclin du recours subrogatoire ? »*, Liège, A.S.B.L. Éditions du Jeune Barreau de Liège, 2007, p. 38.

(259) Pour une critique originale de ces évolutions, voy. J.-L. FAGNART, « L'employeur public, la Cour de cassation et les aides d'État », *R.G.A.R.*, 2018, n° 15.515.

(260) Cass., 9 janvier 2006, R.G. n° C.05.0007.N.

(261) Cass., 12 novembre 2008, R.G. n° P. 07.1531.F.

(262) Cass., 30 juin 2009, R.G. n° P. 08.1773.N.

(263) Cass., 2 mars 2012, R.G. n° C.10.0569.F.

Par un arrêt du 26 mai 2009, la Cour de cassation a estimé que l'employeur public ne subit pas de dommage au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil lorsqu'il verse une pension d'invalidité à un employé qu'il a dû mettre prématurément à la pension après que celui-ci se soit retrouvé en incapacité permanente de travail par la faute d'un tiers<sup>(264)</sup>. Elle a confirmé cette jurisprudence dans un arrêt du 19 juin 2015, constatant que « la pension d'invalidité ne constitue pas une rémunération payée sans contrepartie normale mais une allocation de sécurité sociale qui couvre le risque d'incapacité permanente de travail et qui, dans le secteur public, est prise en charge par l'employeur »<sup>(265)</sup>.

Par un arrêt du 14 mai 2012, la haute juridiction a également décidé que l'employeur public qui est tenu, après l'expiration du contrat de travail, de continuer à payer à un agent contractuel des indemnités pendant toute la durée de l'incapacité temporaire totale résultant d'un accident du travail ou sur le chemin du travail, ne subit pas de dommage indemnisable au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil étant donné qu'il n'est pas privé des prestations de son agent en raison de l'accident<sup>(266)</sup>.

Par un arrêt du 24 janvier 2013, la Cour de cassation a encore privé l'employeur public de la possibilité de récupérer le montant de la rente versée au conjoint de son agent décédé à la suite d'un accident survenu sur le chemin du travail<sup>(267)</sup>. Elle a justifié sa décision par le fait que « le paiement de cette rente, qui ne constitue pas la contrepartie des prestations de travail dont l'employeur aurait bénéficié en l'absence de l'accident, n'est pas un dommage indemnisable au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil ». Dans le même ordre d'idées, elle a estimé que les pensions d'orphelins et de survie versées par l'Union européenne en faveur des enfants ou de la veuve ou de la précédente épouse de son agent décédé ne constituent pas la contrepartie des prestations de travail dont elle aurait bénéficié en l'absence de l'accident, si bien que leur paiement n'est pas un dommage réparable au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil<sup>(268)</sup>. Dans un arrêt du 16 février 2018, la Cour de cassation a pareillement indiqué que « l'indemnité d'invalidité [à laquelle le fonctionnaire des Communautés européennes a droit

(264) Cass., 26 mai 2009, R.G. n° P. 08.1288.N. ; voy. également Cass., 28 mars 2017, R.G. n° P. 16.0115.N.

(265) Cass., 19 juin 2015, R.G. n° C.12.0577.N.

(266) Cass., 14 mai 2012, R.G. n° C.09.0318.F.

(267) Cass., 24 janvier 2013, R.G. n° C.12.0113.F.

(268) Cass., 24 janvier 2013, R.G. n° C.12.0308.F.

lorsqu'il est atteint d'une invalidité permanente considérée comme totale et le mettant dans l'impossibilité d'exercer les fonctions correspondant à un emploi dans son groupe de fonctions] ne constitue pas la contrepartie des prestations de travail dont la demanderesse aurait bénéficié en l'absence de l'accident et n'est, partant, pas un dommage réparable au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil »<sup>(269)</sup>.

**106.** – Dans l'arrêt précité du 24 janvier 2013, la Cour de cassation a renvoyé à la motivation consacrée à l'exclusion de la rente versée au conjoint survivant du recours direct de l'employeur public pour affirmer que « le jugement attaqué, qui considère que 'les frais funéraires constituent également un dommage consécutif à la faute', ne justifie pas légalement sa décision [...] de condamner la demanderesse à payer à la défenderesse un montant correspondant aux frais funéraires »<sup>(270)</sup>. Nous sommes d'avis qu'une solution similaire doit s'appliquer concernant les frais médicaux que l'employeur public est amené à prendre en charge. Cette solution nous paraît devoir s'imposer nonobstant l'arrêt du 1<sup>er</sup> octobre 2007 par lequel la Cour de cassation a validé un jugement qui avait constaté que les frais médicaux supportés par l'employeur public constituent un dommage réparable au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil<sup>(271)</sup>. La question ne présente toutefois que peu d'intérêt en pratique puisque la subrogation permet aux employeurs publics de récupérer les frais dans la même mesure que le recours direct<sup>(272)</sup>.

**107.** – Enfin, sans prétendre à l'exhaustivité, signalons que la Cour de cassation a, par un arrêt du 26 janvier 2017, considéré que « le pécule de vacances est dû à l'agent pour des jours de vacances. L'employeur public qui paie ce pécule ne perçoit pas de prestations de travail en contrepartie. Dès lors que ce n'est pas l'accident imputable à un tiers qui le prive de ces prestations, le paiement du pécule de vacances ne constitue pas un dommage réparable »<sup>(273)</sup>.

Il résulte de ce panorama jurisprudentiel que les seuls dommages dont l'employeur public peut se prévaloir dans le cadre de son recours direct résident dans le paiement de la rémunération brute sans avoir pu bénéficier en contrepartie du travail de son agent. Dans un arrêt

(269) Cass., 16 février 2018, R.G. n° C.16.0344.F.

(270) Cass., 24 janvier 2013, R.G. n° C.12.0113.F.

(271) Cass., 1<sup>er</sup> octobre 2007, R.G. n° C.06.0389.N ; concernant un paiement volontaire sur la base de la politique interne de l'État, voy. également Cass., 4 mars 2002, R.G. n° C.01.0284.N.

(272) En ce sens, voy. Th. DUBUISSON, « Recours "direct" des employeurs publics en général et des Communautés européennes en particulier », in *Responsabilité, indemnisation et recours. Morceaux choisis*, coll. CUP, vol. 174, Limal, Anthemis, 2017, pp. 117 et 118.

(273) Cass., 26 janvier 2017, R.G. n° C.16.0179.F.

du 30 mai 2011, la Cour de cassation a souligné que « Le droit de l'employeur à réparation pour le dommage qu'il subit à la suite de l'incapacité de travail d'un membre de son personnel n'est pas limité au montant de l'indemnité qui serait due à la victime elle-même pour l'incapacité de travail fixée en droit commun »<sup>(274)</sup>. Elle a précisé sa pensée dans un arrêt du 18 novembre 2011 : « Le dommage de l'employeur consistant dans la privation de prestations de travail équivaut à la rémunération et aux charges fiscales et sociales y afférentes qu'il doit payer ». Il en résulte qu'« En refusant d'indemniser la demanderesse pour le versement des cotisations patronales afférentes à la rémunération qu'elle a été tenue de payer à son agent pendant les périodes d'incapacité temporaire de travail, le jugement attaqué n'accorde pas à la demanderesse la réparation intégrale de son dommage et viole, par tant, l'article 1382 du Code civil »<sup>(275)</sup>. À la lecture de ce dernier arrêt, J. Decharneux observe avec pertinence que « la décision de la Cour de cassation aurait pu être différente ou autrement motivée si le juge du fond avait tranché que les cotisations patronales ne font pas partie du dommage, parce qu'elles doivent rester définitivement à charge de l'employeur à défaut d'élément permettant d'établir le contraire » dès lors qu'« il n'existe en effet par définition, pas de recours subrogatoire dans les droits de l'agent pour les cotisations patronales »<sup>(276)</sup>.

**108.** – L'employeur public est donc appelé à jongler avec les différentes facettes de son dommage pour apprécier, en fonction du type de décaissement effectué, s'il lui revient d'invoquer son recours propre ou son recours subrogatoire<sup>(277)</sup>. Pour récupérer les frais payés ainsi que les rentes d'incapacité permanente et les capitaux représentatifs de celles-ci, l'employeur public devra exercer son recours subrogatoire. Le recours direct lui permettra uniquement de récupérer les montants versés durant les incapacités temporaires, à condition que « ceux-ci soient représentatifs de la valeur des prestations de travail perdues »<sup>(278)</sup>.

(274) Cass., 30 mai 2011, R.G. n° C.09.0499.N ; traduction libre de l'attendu suivant : « *Het recht op vergoeding van de werkgever voor de schade die hij lijdt ingevolge de arbeidsongeschiktheid van zijn personeelslid, is niet beperkt tot het bedrag van de vergoeding die aan het slachtoffer zelf verschuldigd zou zijn voor de naar gemeen recht vastgestelde arbeidsongeschiktheid* ».

(275) Cass., 18 novembre 2011, R.G. n° C.09.0521.F ; voy. également Cass., 23 octobre 2013, R.G. n° P. 13.0727.F.

(276) J. DECHARNEUX, « L'abandon de la théorie de la rupture du lien causal : une sortie par la porte pour mieux rentrer par la fenêtre ? », in *Recueil de jurisprudence : responsabilité – assurances – accidents du travail*, vol. 1, *Jurisprudence 2011*, Limal, Anthemis, 2013, p. 80.

(277) *Ibid.*, p. 88.

(278) L'expression est de Th. DUBUISSON, « Recours "direct" des employeurs publics en général et des Communautés européennes en particulier », *op. cit.*, pp. 134 et 135.

L'employeur public pourra rapporter cette preuve au départ d'« informations sur la nature des dépenses qu'il effectue mais également sur la façon dont celles-ci sont calculées »<sup>(279)</sup>.

La Cour constitutionnelle a eu à se prononcer sur l'existence d'une éventuelle discrimination liée à ces différentes limitations, les employeurs publics étant traités différemment selon la nature des dépenses qu'ils exposent à l'égard de la victime d'un accident causé par un tiers et de ses ayants droit. Elle a toutefois jugé cette différence de traitement raisonnablement justifiée aux motifs que « le dommage purement économique supporté par l'employeur public d'une victime d'un accident de la circulation est, dans ce contexte, défini en lien direct avec le fonctionnement normal de la relation de travail, qui est elle-même à l'origine du dommage supporté par l'employeur de la victime » et que « Lorsque l'employeur public assume, en outre, des prestations relevant d'un régime de sécurité sociale, les dépenses liées à de telles prestations dépassent ce que l'employeur est en droit d'attendre de son agent en raison de l'exécution normale de la relation de travail ». Elle a également jugé cette différence de traitement proportionnée aux motifs que « L'employeur public dispose [...] d'une action subrogatoire qui lui permet d'obtenir une indemnisation, même si celle-ci est limitée à ce que la victime elle-même pourrait obtenir » et qu'« Il peut, par ailleurs, s'assurer pour couvrir le risque lié à ces décaissements ». La Cour constitutionnelle a enfin observé que « l'appréciation du dommage à l'aune de l'absence de contrepartie normale de prestations de travail permet de ménager un juste équilibre entre les intérêts des différentes parties concernées, l'employeur public bénéficiant d'une action directe se cumulant à une action subrogatoire, tandis que la personne tenue de l'indemniser ne devra pas prendre en charge le versement de prestations qui procèdent d'options propres à la relation de travail en cause, et qui peuvent se révéler sans commune mesure avec le dommage subi directement par la victime auquel est, en principe, limitée l'action subrogatoire »<sup>(280)</sup>.

De façon plus pragmatique, Th. Werquin a, dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 24 janvier 2013, précisé que seul un jugement de valeur peut expliquer la différence, au regard de la notion de dommage réparable, entre les sommes versées

(279) Th. DUBUISSON, « Recours "direct" des employeurs publics en général et des Communautés européennes en particulier », *op. cit.*, pp. 110 et 111.

(280) C.C., 20 octobre 2016, n° 136/2016.

durant l'incapacité temporaire et celles versées durant l'incapacité permanente<sup>(281)</sup>.

b) *Une réparation limitée aux dépenses en lien causal avec la faute du tiers*

**109.** – Comme l'a souligné la Cour de cassation dans un arrêt du 30 mai 2011, il appartient à « l'employeur public qui invoque l'existence d'un dommage qui résulte de l'accident causé par la faute d'un tiers dont son agent a été victime, consistant en ce qu'il a poursuivi le paiement de traitements et des charges relatives à ces traitements sans bénéficier de prestations de travail [...] d'apporter la preuve que ce dommage est en relation causale avec la faute »<sup>(282)</sup>. La Cour poursuit en affirmant que « l'employeur est tenu d'établir non seulement le montant des traitements payés mais aussi le fait que ces traitements ont été payés pour la période pendant laquelle l'agent en question était en incapacité de travail à la suite de l'accident » et qu'« Il peut apporter ces preuves par tous moyens de droit ».

**110.** – C'est dans ce cadre que s'est posée la question de la valeur des constatations du MEDEX, soit l'Administration de l'Expertise médicale, sur la base desquelles l'employeur public est amené à verser les indemnités dues en vertu de la loi du 3 juillet 1967. Dans l'arrêt du 30 mai 2011, la Cour de cassation a précisé que « les constatations du service précité peuvent être invoquées à titre de présomption de fait soumise à l'appréciation du juge »<sup>(283)</sup>. Elle a confirmé sa position les 18 novembre 2011<sup>(284)</sup>, 30 janvier 2015<sup>(285)</sup>, 8 septembre 2016<sup>(286)</sup> et 12 octobre 2016<sup>(287)</sup>. Dans ce dernier arrêt, la haute juridiction a précisé qu'« En vertu des règles relatives à la charge de la preuve et du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense, les décisions du service de santé administratif [lire : MEDEX] ne s'imposent pas aux tiers, qui peuvent les contester, notamment sur la base des conclusions d'une expertise judiciaire »<sup>(288)</sup>. Le juge est, par conséquent,

(281) Concl. préc. Cass., 24 janvier 2013, *Pas.*, 2013, p. 203.

(282) Cass., 30 mai 2011, R.G. n° C.09.0499.N.

(283) Cass., 30 mai 2011, R.G. n° C.09.0499.N.

(284) Cass., 18 novembre 2011, *Pas.*, 2011, I, p. 2539.

(285) Cass., 30 janvier 2015, *Pas.*, 2015, I, p. 245.

(286) Cass., 8 septembre 2016, R.G. n° C.15.0523.F.

(287) Cass., 12 octobre 2016, R.G. n° P. 15.1667.F.

(288) Dans cette jurisprudence apparemment harmonieuse, un arrêt de la Cour de cassation du 23 octobre 2013 fait tâche (R.G. n° P. 13.0727.F). On peut y lire que le dommage spécifique subi par l'employeur public « peut être défini par la décision du service de santé administratif, qui s'impose

autorisé à écarter le rapport du MEDEX s'il estime que les conclusions du rapport de droit commun cernent mieux la notion d'incapacité économique.

111. – J. Decharneux se demande si cette jurisprudence n'aboutit pas à réintroduire la théorie de la rupture du lien causal par une cause juridique propre. Elle constate que la discordance entre les conclusions du MEDEX et les conclusions de l'expertise judiciaire peut conduire à ce que certains des montants exposés par l'employeur public ne puissent pas être récupérés auprès du tiers fautif et en conclut que « la réglementation qui impose à l'employeur de suivre les conclusions du Medex continue donc *de facto* de faire obstacle à ce qu'un décaissement puisse être récupéré auprès du tiers responsable »<sup>(289)</sup>.

#### 4. *Les critiques réservées à ce droit propre*

112. – Le recours direct de l'employeur public ne cesse de susciter l'étonnement. À la faveur des limitations successives concédées à la notion de dommage réparable, J.-C. Thiry marque son étonnement « devant l'exceptionnelle complexité d'une jurisprudence par rapport au but poursuivi » et invite la Cour de cassation à admettre que « le mécanisme de la subrogation mis en place par le législateur permet une juste indemnisation des administrations publiques »<sup>(290)</sup>. Après avoir observé que « le recours direct se réduit à un recours marginal existant à côté du recours subrogatoire qui embrasse la quasi-totalité des hypothèses », Th. Dubuisson se demande « si un retour pur et simple au seul recours subrogatoire ne doit pas être envisagé »<sup>(291)</sup>. Seul V. De Wulf se refuse à pareil constat au motif que les arrêts de la Cour de cassation des 19 et 20 février 2001 ont inauguré une série d'arrêts ayant consacré d'importantes avancées en faveur des victimes par répercussion<sup>(292)</sup>.

---

à l'employeur, et d'où il suit que la victime n'a pas été autorisée à reprendre le travail pendant une période déterminée, quel que soit le taux, éventuellement dégressif, de l'incapacité subie durant cette période ». Cet arrêt doit toutefois être considéré comme isolé dans la mesure où la solution qu'il consacre n'a pas été maintenue.

(289) J. DECHARNEUX, « L'abandon de la théorie de la rupture du lien causal : une sortie par la porte pour mieux rentrer par la fenêtre ? », *op. cit.*, pp. 85-86.

(290) J.-C. THIRY, « Le chemin de croix du recours propre de l'employeur public », *op. cit.*, pp. 4 à 17.

(291) Th. DUBUISSON, « Recours "direct" des employeurs publics en général et des Communautés européennes en particulier : nouveautés », *op. cit.*, pp. 86 à 135.

(292) V. DE WULF, « Le recours direct de l'employeur public », in *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, 2<sup>e</sup> éd., Limal, Anthemis, 2018, p. 299.

**113.** – De longue date, la reconnaissance de ce droit propre révèle un certain nombre de paradoxes ou d'incohérences<sup>(293)</sup>. En guise de pré-lude, il nous paraît essentiel de constater que le raisonnement de la Cour de cassation est aux limites de l'illégalité en considération des deux principes suivants :

- *lex specialis derogat generali* dans la mesure où les articles 14, § 3, et 14bis de la loi du 3 juillet 1967 organisent spécifiquement la réparation des dommages résultant des accidents du travail, des accidents survenus sur le chemin du travail et des maladies professionnelles dans le secteur public là où l'article 1382 du Code civil représente le droit commun de la réparation des dommages ; et
- *lex posterior derogat priori* dans la mesure où la loi du 3 juillet 1967 est postérieure à l'article 1382 du Code civil<sup>(294)</sup>.

**114.** – Indépendamment de ce constat, il importe de rappeler que la Cour de cassation observe qu'une subrogation est un indice révélateur de l'intention de l'auteur de la norme de ne pas laisser la dépense définitivement à charge de l'autorité<sup>(295)</sup>. Sur ce point précis, la jurisprudence de la Cour de cassation apparaît néanmoins fluctuante. Elle constate régulièrement que le législateur n'a pas entendu que la dette reste définitivement à charge du tiers payeur, tout en lui refusant un droit de recours sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil. C'est ainsi que, dans un arrêt du 3 septembre 2008, la Cour de cassation a décidé que le service des pensions du secteur public, qui a versé à la veuve de la victime une rente, bénéficie, en vertu de l'article 14, § 3, de la loi du 3 juillet 1967, d'un recours subrogatoire et que cette subrogation exclut que les décaissements effectués restent définitivement à sa charge<sup>(296)</sup>. Or, par son arrêt précité du 24 janvier 2013, elle a laissé à charge de l'employeur public le montant de la rente versée au conjoint de son agent décédé à la suite d'un accident survenu sur le chemin du travail, estimant qu'il ne s'agit pas d'un dommage indemnifiable au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil<sup>(297)</sup>.

(293) Pour une synthèse des différentes incohérences dont est affectée la jurisprudence de la Cour de cassation, voy. É. STAMPETTA et L. DONNET, « Le recours propre de l'employeur public : une jurisprudence qui manque de netteté », *Pli jur.*, 2015/34, pp. 18 et s.

(294) É. STAMPETTA et L. DONNET, « Le recours propre de l'employeur public : une jurisprudence qui manque de netteté », *op. cit.*, p. 15.

(295) Cass., 19 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 332.

(296) Cass., 3 septembre 2008, R.G. n° P. 08.0022.F.

(297) Cass., 24 janvier 2013, R.G. n° C.12.0113.F.

Dans l'arrêt du 14 mai 2012, la Cour de cassation a pareillement reconnu que les indemnités d'incapacité temporaire totale de travail payées à l'agent après l'expiration de son contrat de travail ne devaient pas définitivement rester à charge de l'employeur public en lui reconnaissant la possibilité d'agir sur la base de l'article 14, § 3, de la loi du 3 juillet 1967<sup>(298)</sup>. Pourtant, elle lui a refusé le bénéfice d'un recours direct.

Il semble que la Cour de cassation ait finalement résolu cette difficulté en substituant à une motivation portant sur l'interprétation qu'il convient de faire du texte imposant la dépense une motivation portant sur la définition du dommage personnel subi par l'employeur public<sup>(299)</sup>, comme l'illustrent notamment les motifs repris au numéro 106.

**115.** – Au-delà de ces incohérences, l'existence d'un recours subrogatoire nous paraît interdire la reconnaissance d'un droit propre. Comme le souligne J.-C. Thiry, l'instauration du procédé de la subrogation conduit à penser que le législateur a considéré que l'employeur n'était pas titulaire d'un droit propre et qu'il lui appartenait, pour récupérer ses débours, d'utiliser les droits d'un tiers, en l'occurrence son agent<sup>(300)</sup>. Avec justesse, B. Dubuisson souligne que « l'ouverture du recours personnel sur le fondement de l'article 1382 du Code civil sape complètement l'édifice légal. Il rompt, en effet, le lien qui relie de façon à la fois logique et cohérente le principe indemnitaire, la subrogation et le non-cumul des indemnités. En permettant au tiers payeur de récupérer ses débours presque sans limite, le recours direct brise le savant équilibre réalisé par la voie de la subrogation, entre le droit de la victime d'obtenir réparation intégrale de son dommage, l'interdiction pour celle-ci d'obtenir réparation plusieurs fois d'un même dommage et l'obligation qu'a le tiers responsable de contribuer à la réparation, conformément aux règles du droit commun de la responsabilité civile »<sup>(301)</sup>.

**116.** – Récemment, C. Eyben affirmait qu'« Accepter la jurisprudence critiquée de la Cour de cassation revient à méconnaître la limite intrinsèque à tout recours contributoire et à saper l'édifice séparant obligation et contribution en aggravant la dette de responsabilité du

---

(298) Cass., 14 mai 2012, R.G. n° C.09.0318.F.

(299) Th. DUBUISSON, « Recours "direct" des employeurs publics en général et des Communautés européennes en particulier : nouveautés », *op. cit.*, p. 96 et pp. 111 à 113.

(300) J.-C. THIRY, « Le recours direct de l'employeur public sur base de 1382 : un chemin semé d'embûches », *C.R.A.*, 2009, p. 102.

(301) B. DUBUISSON, « Les vertus inattendues de l'article 1382 du Code civil pour l'employeur public et les tiers payeurs », *op. cit.*, p. 175.

tiers payeur sans la moindre justification »<sup>(302)</sup>. L'auteur explique que le recours personnel ou direct de l'employeur public constitue un recours contributoire : lorsque survient l'accident dont l'agent est victime, l'employeur public n'a pas la qualité de victime mais bien celle de codébiteur tenu, en vertu de la loi, de verser sa rémunération à son agent en état d'incapacité et, par conséquent, de payer en partie la dette du tiers responsable. Il est donc exclu que l'employeur public change de qualité pour accéder à celle de victime dans le décours d'un même accident<sup>(303)</sup>. En outre, lorsqu'il verse, en tout ou en partie, les rémunérations à son agent, l'employeur public indemnise celui-ci, ce qui opère la transition entre le stade de l'obligation à la dette et celui de la contribution à la dette. À la suite de son paiement, le tiers payeur exerce un recours contributoire, lequel doit trouver pour limite la dette de responsabilité du tiers responsable en droit commun. Le recours direct perd ainsi de son intérêt...

**117.** – Nous devons reconnaître la pertinence de cette analyse eu égard au sort réservé au tiers responsable. En raison du recours direct accordé à l'employeur public, le tiers responsable se voit traité différemment selon que son imprudence atteigne une personne au service d'un employeur privé ou une personne au service d'un employeur public, sans que cette différence de traitement apparaisse raisonnablement justifiée. La Cour constitutionnelle n'est toutefois pas de cet avis. Par un arrêt du 7 novembre 2007, elle a constaté que la loi du 10 avril 1971, en raison de l'obligation faite à l'employeur privé de souscrire une assurance, n'impose à ce dernier que des obligations limitées à l'égard du travailleur, lequel peut agir directement contre l'assureur, tandis que la loi du 3 juillet 1967 impose à l'employeur public de rétribuer l'agent et de lui octroyer des rentes et indemnités. Elle en a conclu que « De ce que tant la victime de l'accident que l'employeur privé ou l'autorité publique se trouvent ainsi dans des situations essentiellement différentes, il découle qu'il en va de même pour le tiers responsable de l'accident et qu'il n'est pas dépourvu de pertinence d'ouvrir une action fondée sur l'article 1382 du Code civil à l'autorité publique qui prend seule en charge les sommes dues à l'agent et le dommage que lui cause son absence, alors que l'employeur privé ou l'assureur subrogé

(302) C. EYBEN, « Le paiement avec subrogation et le fondement du recours contributoire », *op. cit.*, p. 69.

(303) *Ibid.*, pp. 67-68.

à celui-ci ne dispose que d'une action subrogatoire »<sup>(304)</sup>. Elle a répété cette conclusion mot pour mot dans un arrêt du 17 avril 2008<sup>(305)</sup>.

Dans un arrêt du 1<sup>er</sup> février 2018, après avoir constaté que l'autorité publique a, même lorsqu'elle s'assure, des obligations plus larges que l'employeur du secteur privé dans la mesure où le premier demeure le débiteur des indemnités prévues pour les accidents du travail, la victime n'ayant aucune action directe contre l'assureur, la Cour constitutionnelle a considéré que « cette différence explique donc également pourquoi l'assureur responsabilité du tiers responsable doit payer un montant qui est plus élevé lorsque la victime est un fonctionnaire que lorsqu'elle est un travailleur du secteur privé »<sup>(306)</sup>.

Nous ne partageons pas cette lecture. Si la différence de traitement entre les tiers responsables d'un dommage occasionné à un agent du secteur public et les tiers responsables d'un dommage occasionné à un travailleur du secteur privé repose sur un critère objectif, elle nous paraît disproportionnée, précisément parce que le législateur a consacré tant au profit de l'employeur public qu'au profit de l'employeur privé une subrogation qui comporte comme limite les droits de la victime à l'égard du responsable. En effet, cette limite a également pour objectif de garantir au tiers responsable, s'il doit réparer *tout* le dommage, qu'il ne devra prendre en charge *rien* que le dommage. Il nous semble que le tiers responsable n'a pas à souffrir de l'intervention d'un tiers payeur et des choix, en matière de rémunération, qui pourraient être posés par celui-ci.

##### 5. *Le cas particulier du pouvoir public subsidiant*

**118.** – Saisi d'un recours direct introduit par la Communauté française à l'encontre du Fonds commun de garantie automobile à la suite de l'accident sur le chemin du travail subi par un enseignant au sein d'un établissement scolaire subventionné par la Communauté française, le tribunal de première instance francophone de Bruxelles a souligné que « la Communauté française n'intervient qu'en tant que pouvoir subventionnant » et « n'établit, ni même n'allègue, avoir subi de dommage distinct de celui qui résulte de la perte des prestations de travail

(304) C. const., 7 novembre 2007, n° 135/2007.

(305) C. const., 17 avril 2008, n° 65/2008.

(306) C. const., 1<sup>er</sup> février 2018, n° 10/2018.

de M.D., dommage qui, en réalité, ne peut être invoqué que par son employeur » pour lui en refuser le bénéfice<sup>(307)</sup>.

**119.** – Pareille motivation a été soumise à la censure de la Cour de cassation. Concernant l'invitation faite à l'employeur public de justifier d'un préjudice distinct du paiement de la rémunération à son agent, elle a, dans un arrêt du 22 juin 2017, précisé que « l'employeur public n'est pas tenu d'établir qu'il subit un dommage distinct de celui qui résulte de la circonstance qu'il a payé la rémunération et les charges sans bénéficiaire de prestations de travail en contrepartie »<sup>(308)</sup>.

**120.** – Quant à la proposition de distinguer employeur public et pouvoir subsidiant, elle a été rejetée par la première chambre néerlandophone mais avalisée par la première chambre francophone<sup>(309)</sup>. Par un arrêt du 7 novembre 2014, la première chambre néerlandophone a considéré que la circonstance que la Communauté flamande ne soit pas l'employeur proprement dit n'empêche pas qu'elle subisse un dommage propre indemnisable au sens de l'article 1382 du Code civil », celle-ci versant une rémunération sans bénéficiaire des prestations de travail correspondantes<sup>(310)</sup>. En revanche, la première chambre francophone a, par un arrêt du 5 mars 2015, considéré que ce n'est pas le paiement de la rémunération qui constitue le dommage propre mais l'absence de contrepartie à ce paiement et a, par conséquent, refusé à la Communauté française le droit de fonder son action sur l'article 1382 du Code civil<sup>(311)</sup>.

Au lendemain du prononcé de ces arrêts, É. Stampetta et L. Donnet ont qualifié l'arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 2014 d'« erreur de parcours » ou d'« entorse flagrante à son raisonnement, maintes fois affirmé, selon lequel le dommage de l'employeur consiste, non pas en la rémunération payée, mais en l'absence de prestations en contrepartie »<sup>(312)</sup>. Ils ont, par conséquent, salué l'arrêt du 5 mars 2015 qui avait le mérite « de remettre les pendules à l'heure, tout en

(307) Civ. Bruxelles (fr.), 16 décembre 2014, *Bull. Ass.*, 2015, obs. N. SIMAR et Th. DUBUISSON ; voy. également Civ. Bruxelles (fr.), 10 février 2015, *For. Ass.*, 2016, p. 149.

(308) Cass., 22 juin 2017, *R.G.A.R.*, 2017, n° 15.504 ; voy. également Cass., 8 septembre 2016, *R.G.* n° C.15.0523.F.

(309) Sur cette jurisprudence contradictoire, voy. O. DIERCKX DE CASTERLÉ, note sous Cass., 5 mars 2015 et Cass., 7 novembre 2014, *C.R.A.*, 2015, p. 105.

(310) Cass., 7 novembre 2014, *R.G.* n° C.13.0199.N.

(311) Cass., 5 mars 2015, *R.G.* n° C.14.0197.F.

(312) É. STAMPETTA et L. DONNET, « Le recours propre de l'employeur public : une jurisprudence qui manque de netteté », *op. cit.*, p. 18.

assurant une certaine orthodoxie dans la jurisprudence de la Cour de cassation »<sup>(313)</sup>.

**121.** – La Cour constitutionnelle a été appelée à départager les deux thèses en présence. Par un arrêt du 25 janvier 2017<sup>(314)</sup>, elle a relevé, eu égard à l'arrêt de la Cour de cassation du 5 mars 2015, l'existence d'une différence selon que la Communauté française agisse en qualité d'employeur public ou en qualité de pouvoir subsidiant. Si la Cour constitutionnelle a constaté que le critère de distinction est objectif, l'autorité publique étant dans un cas l'employeur de la victime de l'accident en incapacité de travail et dans l'autre le pouvoir subsidiant du réseau d'enseignement dont dépend le pouvoir organisateur qui est l'employeur de la victime. La Cour constitutionnelle a en revanche estimé que ce critère n'était pas pertinent au motif que « les conséquences de l'absence temporaire d'un membre du personnel, que celui-ci exerce ses fonctions dans un établissement subventionné ou dans un établissement de la Communauté, sont identiques : dans les deux cas, la Communauté doit supporter la rémunération ainsi que les charges grevant celle-ci sans que les prestations pour lesquelles elle était normalement due aient été accomplies ». La Cour en a conclu que « L'article 1382 du Code civil, interprété comme ne permettant pas à la Communauté française, agissant en sa qualité de pouvoir subsidiant [...] d'obtenir le remboursement de la rémunération et des charges grevant celle-ci, payée à un membre du personnel d'un établissement d'enseignement subventionné durant son absence due à un accident, à charge du tiers responsable de celui-ci, n'est pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution ». Elle a enfin souligné que l'article 1382 du Code civil ne crée pas de différence de traitement et n'est, par conséquent, pas incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution dans l'interprétation retenue par la Cour de cassation dans son arrêt du 7 novembre 2014. Ce point de vue a été confirmé dans deux arrêts rendus le 15 juin 2017<sup>(315)</sup>.

**122.** – Par un arrêt du 3 novembre 2017, la première chambre francophone de la Cour de cassation a aligné sa jurisprudence sur celle de la Cour constitutionnelle. Après avoir rappelé que « la défenderesse [lire : la Communauté française] peut, sur la base desdits articles 1382 et 1383, faire valoir un dommage propre lorsqu'elle est tenue de verser une rémunération à un membre du personnel enseignant de son propre

---

(313) *Ibid.*, p. 18.

(314) C. const., 25 janvier 2017, n° 7/2017.

(315) C. const., 15 juin 2017, n°s 77/2017 et 79/2017.

réseau d'enseignement qui est absent en raison d'une incapacité de travail temporaire causée par un accident dû à la faute d'un tiers », elle a estimé que « Le même droit doit, dans les mêmes circonstances, lui être reconnu lorsque, en qualité de pouvoir subsidiant de l'enseignement subventionné, elle est tenue de payer, via le mécanisme de la subvention-traitement, une rémunération à un enseignant dont elle n'est pas l'employeur sans que soient accomplies les prestations de travail pour lesquelles cette rémunération est normalement due »<sup>(316)</sup>.

### 6. *Le recours direct : un succès à grande échelle ?*

**123.** – La mise en œuvre d'un recours direct est-elle réservée à l'employeur public ou doit-elle être étendue à d'autres tiers payeurs, comme l'assureur privé, l'assureur-loi ou la mutualité ? I. Boone répondrait vraisemblablement par la négative, elle qui estime que « la situation de l'employeur diffère de celle des assureurs privés et des autres tiers payeurs, pour lesquels le paiement de l'indemnité due en cas de réalisation du risque couvert constitue l'essence du contrat d'assurance ou – en ce qui concerne les assureurs sociaux et les fonds d'indemnisation – appartient à leur tâche essentielle »<sup>(317)</sup>. Nous constatons cependant que le maintien de la rémunération en période d'incapacité de travail temporaire est assimilable à une prestation de sécurité sociale, à l'instar des indemnités d'incapacité temporaire de travail versées par la mutualité, mais nous concédons volontiers que cette prestation n'appartient pas à une tâche essentielle de l'employeur public.

**124.** – La Cour de cassation a, jusqu'à présent, toujours refusé aux autres tiers payeurs le bénéfice de l'article 1382 du Code civil<sup>(318) (319)</sup>.

(316) Cass., 3 novembre 2017, R.G. n° C.15.0337.F

(317) I. BOONE, « L'abandon de la rupture du lien causal par la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 46.

(318) Pour l'assureur, voy. Cass., 24 avril 2002, *Bull. Ass.*, 2002, p. 951, *R.G.A.R.*, 2002, n° 13.639 ; Cass., 26 mars 2003, *Bull. Ass.*, 2004, p. 229, *Pas.*, 2003, p. 638, concl. J. SPREUTELS ; Cass., 11 mars 2015, R.G. n° P. 13.2051.F. Dans ce dernier arrêt, la Cour de cassation précise qu'« En énonçant [...] que ce n'est pas l'existence d'une obligation conventionnelle qui fait obstacle au recours direct, mais l'absence de dommage personnel dans son chef, le tribunal a légalement justifié sa décision ». Ce faisant, la Cour de cassation s'inscrit pleinement dans le revirement de jurisprudence qu'elle a opéré par les arrêts des 19 et 20 février 2001 puisqu'elle se situe sous l'angle du préjudice réparable.

(319) Pour la mutuelle, voy. Cass., 3 septembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1346, *R.G.A.R.*, 2005, n° 13.967, *R.G.D.C.*, 2005, p. 497. Dans cet arrêt, la Cour de cassation mobilise une justification peu heureuse puisqu'elle souligne qu'« en accordant à [ceux qui ont souffert un dommage causé par une infraction] des prestations de l'assurance maladie-invalidité, l'organisme assureur ne subit pas un dommage causé par une infraction mais exécute une obligation légale », s'inscrivant ainsi dans le cadre de la théorie de la rupture du lien causal par une cause juridique propre.

La Cour constitutionnelle a, quant à elle, cru devoir rompre une lance en faveur de la reconnaissance d'un droit propre à l'employeur privé. Dans les arrêts qu'elle a consacrés à la différence de traitement entre les tiers responsables d'un accident selon que la victime est un agent du secteur public ou un travailleur du secteur privé, elle a constaté que « dans l'interprétation du juge *a quo*, le bénéfice du cumul de l'action subrogatoire et de l'action fondée sur l'article 1382 du Code civil ne serait ouvert qu'à l'employeur public, l'employeur privé ne disposant que de l'action subrogatoire ». Sous le couvert de cette interprétation, elle a, dans ses arrêts des 7 novembre 2007<sup>(320)</sup> et 17 avril 2008<sup>(321)</sup>, distingué les accidents du travail ou survenus sur le chemin du travail et les autres accidents, à savoir les accidents de la vie privée à l'origine desquels un tiers responsable peut être identifié.

Concernant les accidents du travail ou survenus sur le chemin du travail, elle a dit pour droit que « L'article 1382 du Code civil ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il est interprété comme ne pouvant être invoqué par un employeur du secteur privé qui, pour obtenir le remboursement des sommes qu'il a dû payer à un travailleur se trouvant en incapacité de travail à la suite d'un accident survenu sur le chemin du travail, exercerait une action contre le tiers responsable de cet accident ». La justification de cette absence de discrimination a été examinée ci-dessus (voy. *supra*, n° 118). Nous n'y revenons pas.

Concernant les autres accidents, elle a, en revanche, estimé que « L'article 1382 du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il est interprété comme ne pouvant être invoqué par un employeur du secteur privé qui, pour obtenir le remboursement des sommes qu'il a dû payer à un travailleur se trouvant en incapacité de travail à la suite d'un accident autre qu'un accident du travail ou qu'un accident survenu sur le chemin du travail, exercerait une action contre le tiers responsable de cet accident ». Dans la droite ligne de la justification tirée de l'existence d'une assurance, la Cour constitutionnelle a considéré que « l'on n'aperçoit pas en quoi le dommage auquel est confronté l'employeur public qui, en raison de l'incapacité de travail frappant son agent victime d'un accident causé par un tiers, doit garantir à cet agent, sans contrepartie, des prestations financières et réorganiser ses services, se distinguerait de celui auquel serait confronté, dans des circonstances analogues, un employeur du secteur privé ». Elle a toutefois

(320) C. const., 7 novembre 2007, n° 135/2007.

(321) C. const., 17 avril 2008, n° 65/2008.

estimé que « L'article 1382 du Code civil ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il est interprété comme pouvant être invoqué par un employeur du secteur privé qui, pour obtenir le remboursement des sommes qu'il a dû payer à un travailleur se trouvant en incapacité de travail à la suite d'un accident autre qu'un accident du travail ou qu'un accident survenu sur le chemin du travail, exercerait une action contre le tiers responsable de cet accident ».

Par son arrêt du 1<sup>er</sup> février 2018, la Cour constitutionnelle a fait un pas supplémentaire en considérant que « les dispositions en cause n'empêchent nullement l'employeur du secteur privé qui subit un dommage propre à la suite de l'accident de son travailleur sur le chemin du travail, de réclamer une indemnisation au tiers responsable de cet accident » sur pied des articles 1382 et 1383 du Code civil<sup>(322)</sup>. La Cour constitutionnelle abandonne désormais la distinction entre les accidents du travail ou survenus sur le chemin du travail et les autres accidents et suggère d'étendre l'application de la jurisprudence inaugurée par les arrêts de la Cour de cassation des 19 et 20 février 2001 à l'employeur privé en toutes circonstances.

**125.** – L'abandon de cette distinction étonne dans la mesure où la Cour constitutionnelle insiste, dans les motifs qui précèdent, sur la différence qui existe entre l'employeur public et l'employeur privé concernant les accidents du travail ou survenus sur le chemin du travail, le premier demeurant le débiteur des indemnités prévues pour les accidents du travail, même lorsqu'il fait le choix de s'assurer. C'est sans fournir la moindre argumentation à ce sujet qu'elle fait soudainement fi des différences de régime entre l'employeur public et l'employeur privé qu'elle s'était pourtant attelé à mettre en évidence. Ces différences auraient dû conduire, nous semble-t-il, à réaffirmer que l'employeur privé ne peut prétendre au bénéfice de l'article 1382 du Code civil, à tout le moins pour ce qui concerne les accidents du travail ou survenus sur le chemin du travail.

L'interprétation que la Cour constitutionnelle propose nous paraît également difficilement conciliable avec les considérations qu'elle a développées dans son arrêt du 20 octobre 2016. Pour rappel, la Cour constitutionnelle y précisait que certaines des prestations de l'employeur public relèvent d'un régime de sécurité sociale et dépassent ce que celui-ci est en droit d'attendre de son agent en raison de l'exécution

---

(322) C. const., 1<sup>er</sup> février 2018, n° 10/2018.

normale de la relation de travail. Or, si la jurisprudence de la Cour de cassation devait également s'appliquer aux employeurs privés, il faudrait s'interroger sur les motivations d'un employeur qui s'engagerait contractuellement à accorder des avantages auxquels il n'est pas tenu légalement.

**126.** – Au-delà des incohérences qui nous semblent affecter la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, se pose la question de la situation de l'assureur-loi. Comme nous l'avons souligné plus haut, l'assureur-loi est subrogé dans les droits de la victime ou de ses ayants droit, et non dans les droits de l'employeur privé. L'application de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle risque, par conséquent, de créer une discrimination entre l'assureur-loi et l'assureur avec lequel l'employeur public peut contracter. En effet, l'article 27 de l'arrêté royal du 13 juillet 1970 relatif à la réparation, en faveur de certains membres du personnel des services ou établissements publics du secteur local, des dommages résultant des accidents du travail et des accidents survenus sur le chemin du travail autorise les employeurs publics à souscrire des contrats d'assurance pour couvrir intégralement ou partiellement la charge qui leur incombe. Or, cet assureur, sous le bénéfice de l'article 95 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, sera subrogé dans les droits de son assuré, à savoir l'employeur public, et pourra profiter du recours direct que la Cour de cassation lui reconnaît.

Celle-ci le confirme dans un arrêt du 30 mars 2015 : « Il suit de l'article 41, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre [actuel article 95 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances] que la subrogation de l'assureur, avec qui un employeur public a conclu un contrat d'assurance en faveur de ses agents contre les accidents du travail et les accidents sur le chemin du travail, n'est pas limitée à l'action subrogatoire qu'accorde à cet employeur l'article 14, § 3, de la loi du 3 juillet 1967 sur la prévention ou la réparation des dommages résultant des accidents du travail, des accidents survenus sur le chemin du travail et des maladies professionnelles dans le secteur public mais s'étend aux autres droits et actions de l'employeur public contre l'auteur du dommage »<sup>(323)</sup>.

Il en résulte que l'assureur intervenant dans le secteur privé verra sa demande de remboursement limitée aux revenus nets, à l'exclusion des charges sociales et fiscales, alors que l'assureur intervenant dans

(323) Cass., 30 mars 2015, *J.T.T.*, 2015, pp. 244 et s.

le secteur public aura la possibilité de réclamer des montants bruts. Cette différence de traitement aurait dû conduire la Cour constitutionnelle à réfléchir à deux fois avant de proposer son interprétation de l'article 1382 du Code civil. Elle invite à en revenir aux fondamentaux : l'action subrogatoire. Pareille constatation s'impose d'autant plus qu'I. Boone a eu l'occasion de souligner la réalité du danger d'une prolifération des recours propres qui parcourent le système des recours subrogatoires<sup>(324)</sup>.

#### IV. – RÉFLEXIONS FINALES : UN TABLEAU FORT CHARGÉ

##### A. – *Le paiement subrogatoire et la cession de créance : deux techniques différentes, un effet identique*

**127.** – La Cour de cassation a, très tôt, insisté sur la différence fondamentale qui existe entre le paiement subrogatoire et la cession de créance. Dans un arrêt du 12 janvier 1872<sup>(325)</sup>, elle l'énonce en des termes qui méritent d'être cités :

« Considérant que le payement avec subrogation consentie par le créancier est une convention qui diffère du transport de créance ;

Que le Code civil traite du premier de ces contrats au chapitre de l'extinction des obligations et, du second, au titre de la vente ;

Que, par cette classification séparée, il assigne à chacun d'eux un objet ou un but spécial ;

Qu'il leur trace, en outre, des conditions distinctes de validité et leur attribue des effets juridiques qui ne sont pas les mêmes ;

Que, notamment, il exige pour la subrogation une simultanéité de paiement qui n'est point requise pour le transport de créance et qu'il impose au vendeur une garantie qu'il ne met pas à la charge du créancier dans la subrogation ; ... »

Ce rappel vigoureux, pertinent et synthétique introduit à merveille les réflexions qui suivent sur les ressemblances et les différences entre le paiement subrogatoire et la cession de créance.

**128.** – Les applications contemporaines du paiement subrogatoire soulignent l'effet translatif du paiement subrogatoire, ce qui incite à le rapprocher de la cession de créance<sup>(326)</sup>. Ce rapprochement ne date pas d'hier. En droit français, des débats déjà anciens ont eu lieu pour

(324) I. BOONE, « L'abandon de la rupture du lien causal par la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 37.

(325) Cass., 12 janvier 1872, *Pas.*, 1872, I, p. 34, concl. conf. proc. gén. FAIDER.

(326) Sur les différences et les ressemblances entre le paiement subrogatoire et la cession de créance, C. VANACKERE, « Paiement avec subrogation », *op. cit.*, V.1.6-3 et 4 ; S. MEYS, « Vergelijking van de overdracht van schuldvordering met de betaling met indeplaatsstelling », *op. cit.*, p. 602.

savoir si les garanties prévues en matière de cession de créance par le Code ne devaient pas être étendues au paiement subrogatoire. Il fut rétorqué que le paiement subrogatoire était une variété de paiement et non une vente ou une cession<sup>(327)</sup>. Le créancier subrogeant n'est tenu à aucune garantie envers le subrogé, même dans l'hypothèse d'une subrogation conventionnelle. Si la créance est inexistante, le *solvens* devra se contenter d'un recours en répétition de l'indu<sup>(328)</sup>. Cela étant, si le paiement subrogatoire sert, comme c'est le cas en droit français, à réaliser une opération d'affacturage, rien n'interdit aux parties de prévoir un régime de garantie portant sur l'existence ou la qualité des créances transférées de l'adhérent au factor.

**129.** – Le paiement avec subrogation a des effets analogues à la cession de créance. Le subrogeant désintéressé par le tiers se présente comme un cédant et le tiers payeur, qui lui est subrogé légalement ou conventionnellement, a un statut juridique comparable à celui d'un cessionnaire<sup>(329)</sup>. Cela ne suffit pas à les assimiler.

La cession de créance et le paiement avec subrogation gardent, malgré l'évolution, une philosophie différente qui se traduit par un centre de gravité différent. Il est souvent souligné que la cession de créance à titre onéreux est une opération spéculative, au contraire du paiement subrogatoire. Le paiement subrogatoire a cessé d'être un service d'ami mais la différence de philosophie continue de s'exprimer sur le plan technique : le volet « paiement » de la subrogation personnelle ne se retrouve pas dans la cession de créance.

L'organisation du paiement subrogatoire gravite autour du paiement fait par le subrogé au subrogeant. La subrogation suppose un paiement par un tiers. C'est à concurrence de ce paiement que la subrogation, conventionnelle ou légale, intervient. La subrogation conventionnelle doit être convenue au moment du paiement, quand elle est consentie par le créancier. Une fois que les conditions de la subrogation (légale ou conventionnelle) sont réunies, le tiers qui a effectué le paiement de la dette concernée acquiert celle-ci avec tous ses accessoires et ses garanties. La subrogation, même conventionnelle, n'échappe pas à

(327) Ces débats sont relatés par J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, p. 660, n° 608.

(328) La doctrine belge est plutôt elliptique à ce sujet. En doctrine française, outre J. Mestre précité, J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes*, *op. cit.*, p. 406, n° 370.

(329) Sur les différences entre le paiement subrogatoire et la cession de créance, C. VANACKERE, « Paiement avec subrogation », *op. cit.*, V.1.6-3 et 4 ; S. MEYS, « Vergelijking van de overdracht van schuldvordering met de betaling met indeplaatsstelling », *op. cit.*, p. 602.

la contrainte résultant du paiement qui est la condition et la mesure de la subrogation. La cession de créance peut, quant à elle, se négocier pour un prix inférieur à la valeur nominale de la créance. Le transfert de valeur au cessionnaire peut donc être supérieur au montant effectivement payé par le cessionnaire. Quand le cédant est en difficulté, la cession de créance peut devenir une opération suspecte et être considérée comme anormale en cas de faillite<sup>(330)</sup>.

En cas de paiement partiel de la créance, la subrogation n'a lieu qu'à concurrence de ce montant. Si le patrimoine du débiteur ne permet pas de désintéresser tout à la fois le subrogeant et le tiers subrogé, la préférence doit aller au premier. Personne n'est censé subroger contre soi-même (C. civ., art. 1252). Le concours est, dans la jurisprudence, fréquent en matière de paiement subrogatoire alors que le concours entre cessionnaire et cédant n'est pas organisé. À notre connaissance, il est rare.

**130.** – La force d'attraction du paiement s'exprime aussi dans la présentation qui est faite du paiement subrogatoire. Tout en soulignant l'importance croissante de l'aspect translatif du paiement subrogatoire, nombre d'auteurs continuent à l'étudier à la suite du paiement volontaire<sup>(331)</sup>. La même conception s'exprime, dans les dispositions consacrées par le nouveau Code civil français au paiement subrogatoire.

Le paiement subrogatoire est réglé à la sous-section 4 dans les articles 1346 et suivants. Voici ce que dit le rapport au Président de la République :

*Rapport, JO, 11 février 2016.* La subrogation, souvent considérée aujourd'hui comme une opération purement translative de créance, est délibérément maintenue dans le chapitre consacré à l'extinction de l'obligation, dans la section relative au paiement, ce qui permet de rappeler qu'elle est indissociablement liée à un paiement fait par un tiers, qui libère un débiteur – totalement ou partiellement – envers son créancier, et qu'elle ne constitue pas une opération translative autonome, mais une modalité du paiement.

**131.** – Le débat sur les formalités permettant d'opposer la transmission de créance au débiteur est tout aussi significatif. Selon l'article 1250, 1<sup>o</sup>, du Code civil, la subrogation se réalise par une convention conclue entre le créancier et le tiers payeur. Le débiteur ne doit pas y apporter son consentement, pas plus que le cédé dans la cession de

(330) Cass., 15 mars 1928, *Pas.*, 1928, I, p. 111 ; Cass., 6 décembre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 443.

(331) Il y a des exceptions. J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau (*Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes, op. cit.*, pp. 344 et s., pp. 387 et s.) traitent du paiement subrogatoire dans le titre relatif à la transmission de créance, à la suite de la cession de créance.

créance. Différence : la subrogation est opposable aux tiers, en particulier au débiteur, sans formalité particulière alors que dans la cession de créance, certaines formalités d'opposabilité restent prescrites par l'article 1690 du Code civil belge vis-à-vis du débiteur cédé en dépit d'assouplissements législatifs.

En droit français, cette différence de traitement a soulevé, au début du XIX<sup>e</sup> siècle, certaines objections et suscité l'une ou l'autre proposition pour que l'opposabilité de la subrogation au débiteur soit subordonnée aux mêmes formalités que celles prévues pour la cession de créance. Ce fut refusé au motif notamment que le paiement subrogatoire avait un caractère spécifique et qu'il fallait sauvegarder l'efficacité de la subrogation<sup>(332)</sup>.

On sait que le droit français a été modifié sur ce point. Le nouveau Code civil français prévoit à l'article 1346-5, alinéa 1<sup>er</sup>, que « Le débiteur peut invoquer la subrogation dès qu'il en a connaissance mais elle ne peut lui être opposée que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte ».

En droit belge actuel, aucune formalité ne gouverne l'opposabilité du paiement subrogatoire au débiteur<sup>(333)</sup>, ce qui est un avantage « concurrentiel »<sup>(334)</sup>. Le créancier subrogé a toutefois intérêt à l'informer du paiement qu'il vient d'effectuer, afin d'éviter l'application de l'article 1240 du Code civil au profit du débiteur qui, de bonne foi, aurait payé le subrogeant<sup>(335)</sup>. Le cessionnaire de la créance, lui aussi, fera bien, une fois la cession conclue, de prendre l'initiative de notifier la cession au débiteur cédé. C'est la date du paiement fait par le tiers au subrogeant qui, en droit positif actuel, va déterminer les exceptions, antérieures ou postérieures, que le débiteur peut ou non opposer au subrogé. Rappelons toutefois que la Cour de cassation belge a veillé à la cohérence de l'opposabilité dans les deux institutions même si le moment clé, date du paiement d'un côté, formalités d'opposabilité de l'autre, est différent.

(332) Sur l'ensemble de la discussion, J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, op. cit., pp. 57-58.

(333) Ce point est au cœur de l'arrêt du 12 janvier 1872 précité. *Adde* Civ. Liège, 28 février 1984, *J.L.*, 1985, p. 139, obs., *Rev. not. b.*, 1985, p. 561, obs. Les deux institutions sont toutefois soumises au formalisme d'opposabilité de l'article 5 de la loi hypothécaire, lorsque la créance transférée est hypothécaire ou privilégiée sur immeuble.

(334) En droit français, la subrogation personnelle a fourni un support juridique de choix à l'affacturage. C. DESCHAMP-POPULIN, *La cause du paiement : une analyse innovante du paiement et des modes de paiement*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 341 et s. Voy., dans cet ouvrage, le rapport de V. MAZEAUD.

(335) J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, op. cit., pp. 490 et s.

Le tiers payeur et le cessionnaire peuvent entrer en concours, ce qui oblige à fixer un ordre de priorité qui va être déterminé d'après des critères différents, la date du paiement pour le paiement subrogatoire, la date de la conclusion du contrat de cession ou de sa notification au débiteur cédé en cas de cession de créance<sup>(336)</sup>.

Ainsi qu'on l'a indiqué, dans la réforme du droit belge, le paiement subrogatoire se voit doté d'un nouveau formalisme d'opposabilité calqué sur celui déjà applicable à la cession de créance. Pour être opposable au débiteur, la subrogation doit avoir été notifiée ou reconnue par celui-ci (art. 5. 295). Étant donné les convergences croissantes du paiement subrogatoire et de la cession de créance, on peut se demander s'il est bien nécessaire de maintenir les deux techniques.

### B. – *Un tableau excessivement complexe*

**132.** – Le paiement subrogatoire est une opération singulière et complexe. Cette complexité ne fait que croître avec l'intervention de tiers payeurs, assureur privé, assureur-loi ou mutuelle auxquels sont consenties des subrogations spécifiques. En effet, celles-ci révèlent un certain nombre de difficultés qui surgissent dès l'identification des droits dans lesquels le tiers payeur est subrogé. Seule la mutuelle semble y échapper. L'assureur et l'assureur-loi voient, en revanche, leur recours compromis par un texte légal parfois trop restrictif. Ainsi le premier est-il subrogé contre le « tiers responsable du dommage » alors qu'il devrait l'être contre le tiers, même tenu indépendamment d'un régime de responsabilité, et surtout contre l'assureur de celui-ci. Ainsi le second est-il subrogé dans les droits de la victime ou de ses ayants droit « vis-à-vis du responsable de l'accident du travail » alors qu'il devrait l'être dans les droits de la victime vis-à-vis du responsable du dommage. Or, ces limitations malheureuses risquent de conduire à des entorses aux règles chapeautées par le principe indemnitaire, alors même que celui-ci constitue l'essence même du régime de la subrogation accordée aux tiers payeurs.

Ces difficultés paraissent pouvoir être écartées en mobilisant la subrogation de droit commun et l'article 1251, 3<sup>o</sup>, du Code civil. Si la possibilité, pour le tiers payeur, de mobiliser cette disposition a été confirmée

---

(336) Voy. les hypothèses envisagées par P. VAN OMMESLAGHE, « À propos de la cession de créance : le concours entre le créancier cessionnaire de la créance (en propriété ou à titre pignoratif) et le tiers *solvens* subrogé dans les droits du créancier cédant », *op. cit.*, p. 300.

par la Cour de cassation, la modification du Code civil visant à indiquer que ces subrogations particulières s'inscrivent dans ce droit commun ne peut qu'être encouragée. En effet, il nous paraît que le recours des tiers payeurs doit être ancré dans la subrogation de droit commun avec comme conséquence que les règles de celle-ci sont supposées maintenues, à défaut de dérogation explicite. Ainsi, l'application de l'actuel article 1252 du Code civil, repris à l'article 5.294 de l'avant-projet de réforme du Code civil, permettrait de trancher les questions que soulève la coexistence du recours entre le subrogeant et le subrogé. À cet égard, l'exposé des motifs de l'avant-projet de réforme précise que dans les cas où le législateur reconnaît au tiers payeur un recours subrogatoire, « le droit commun de la subrogation, tel qu'il est exposé dans les dispositions suivantes, s'applique en l'absence de volonté contraire du législateur ». C'est d'ailleurs ce droit commun qui, sauf disposition contraire comme l'article 136, § 2, alinéa 5, de la loi du 14 juillet 1994, explique le régime de l'opposabilité des exceptions.

La volonté contraire du législateur est toutefois préservée, certaines dérogations à ce droit commun étant compréhensibles. Ainsi en est-il, en matière d'assurances, de l'article 95, alinéa 4, de la loi du 4 avril 2014 qui prévoit des abandons de recours, lesquels constituent une limite à l'effet translatif de la subrogation<sup>(337)</sup>. Il est cependant moins compréhensible que le législateur invente une subrogation au profit de l'assureur-loi dans des droits que la victime ne détient pas.

**133.** – L'appréciation de l'étendue du recours des tiers payeurs offre des joies subtiles à ceux qui aiment les questions complexes. Il n'est pas toujours aisé d'identifier les postes relevant de l'objet et de l'assiette du recours. Or, il apparaît indispensable de déterminer précisément l'étendue des recours des tiers payeurs sous le prisme d'une évaluation poste par poste et d'une nomenclature précise des chefs de préjudice réparables, accompagnée d'une table de concordance entre les prestations versées par les tiers payeurs et les postes de préjudice sur lesquels ils peuvent s'imputer. B. Dubuisson appelle donc de ses vœux une intervention du législateur destinée à régler globalement le recours des tiers payeurs<sup>(338)</sup>. Au vu des questions que pose régulièrement l'étendue des recours des tiers payeurs, nous ne pouvons qu'abonder dans son sens.

(337) P. BAYARD, « Clause d'abandon de recours et malveillance envers l'assuré », note sous Mons, 25 novembre 2014, *For. Ass.*, 2015, p. 146.

(338) B. DUBUISSON, « L'inflation des recours directs fondés sur l'article 1382 du Code civil ou la transfiguration des tiers payeurs », in *La rupture du lien causal ou « L'avènement de l'action directe et le déclin du recours subrogatoire » ?*, Liège, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 2007, p. 254.

**134.** – Enfin, et conformément aux critiques que soulève la jurisprudence de la Cour de cassation concernant le recours direct de l’employeur public, il nous apparaît que le recours des tiers payeurs ne devrait pas être contaminé par la reconnaissance d’un droit propre mais circonscrit aux limites de la subrogation. En effet, seule cette dernière base permet d’assurer le respect du principe indemnitaire et de son corollaire, le transfert de la charge du dommage sur les épaules du tiers responsable.

**135.** – Face à un tel tableau, il est significatif que la Commission du droit de la responsabilité n’ait pas inclus le recours des tiers payeurs dans l’avant-projet de loi relatif à la responsabilité extracontractuelle. La Commission s’exprime de façon un peu désabusée dans les termes suivants : « Les recours des tiers payeurs après indemnisation mériteraient d’être complètement réorganisés. Au fur et à mesure de la multiplication des recours directs ou subrogatoires consacrés par les lois particulières qui viennent s’ajouter à ceux issus du droit commun sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil, la matière est devenue une véritable jungle. Vu la complexité de la tâche et l’ampleur des enjeux, l’idée de remettre de l’ordre dans cette matière a finalement été abandonnée »<sup>(339)</sup>.

Affaire à suivre...

---

(339) Exposé des motifs de l’avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l’arrêté ministériel du 30 septembre 2017, p. 14.