

**Note: Conseil d'État, section, 7 mai 2010, n° 304376.
Compagnie des assurances générales de France et M.
Philippot**
Cécile Guérin-Bargues

► **To cite this version:**

Cécile Guérin-Bargues. Note: Conseil d'État, section, 7 mai 2010, n° 304376. Compagnie des assurances générales de France et M. Philippot. Revue française de droit administratif, Dalloz, 2010, pp.1205-1210. hal-01927761

HAL Id: hal-01927761

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01927761>

Submitted on 20 Nov 2018

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

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

ANNEXE

Conseil d'État, section, 7 mai 2010, n° 304376

Compagnie des assurances générales de France et M. Philippot

Vu, enregistré le 3 avril 2007 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, le jugement du 29 mars 2007 du tribunal administratif de Bastia par lequel ce tribunal transmet au Conseil d'État le dossier de la requête présentée devant lui par la Compagnie des assurances générales de France et M. A ;

Vu la requête, enregistrée le 20 janvier 2006 au greffe du tribunal administratif de Bastia, présentée par la Compagnie des assurances générales de France, dont le siège est 97, rue de Richelieu à Paris (75002) et par M. Georges A, demeurant... ; la Compagnie des assurances générales de France et M. A demandent que le tribunal condamne l'État à leur verser respectivement une somme de 186910,75 euros et une somme de 171766,94 euros et mette à la charge de l'État le versement à chacun d'eux d'une somme de 2000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des assurances ;

Vu le code de la défense ;

Vu la loi n° 72-662 du 13 juillet 1972 ;

Vu le décret n° 2001-407 du 7 mai 2001 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Laurent Cytermann, chargé des fonctions de Maître des Requêtes,

- les observations de la SCP Baraduc, Duhamel, avocat de la Compagnie des assurances générales de France et de M. A,

3- les conclusions de M. Bertrand Dacosta, rapporteur public,

La parole ayant été à nouveau donnée à la SCP Baraduc, Duhamel, avocat de la Compagnie des assurances générales de France et de M. A ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que la villa de M. A, général de gendarmerie alors en activité et ayant précédemment servi en Corse, située à Manso (Haute-Corse), a été détruite le 14 novembre 2002 par une explosion due à un attentat ; que cet attentat a été revendiqué par le mouvement FLNC, la villa étant identifiée comme la villa du général de gendarmerie ; que l'attentat a en outre été dédié par ses auteurs à la mémoire d'un militant décédé dont un parent proche avait été interpellé quelques années auparavant par M. A dans l'exercice de ses fonctions ; que ce dommage a été couvert à hauteur de 186910,75 euros par la Compagnie AGF en tant qu'assureur de dommages du bâtiment ; que M. A a présenté au ministre de la défense une demande tendant à une indemnisation complémentaire de ce dommage, sur le fondement des dispositions de l'article 24 de la loi du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires, aujourd'hui codifiées à l'article L. 4123-10 du code de la défense ; qu'en réponse à cette demande, le ministre s'est prononcé pour une indemnisation partielle à hauteur de 97023,64 euros ; que M. A et la Compagnie AGF ont conjointement présenté devant le tribunal administratif de Bastia une requête tendant à être indemnisés à hauteur respectivement de 171766,94 euros et de 186910,75 euros ;

Sur les conclusions de M. A :

Considérant qu'aux termes de l'article 1er du décret du 7 mai 2001, aujourd'hui codifié à l'article R. 4125-1 du code de la défense, organisant la procédure de recours administratif préalable aux recours contentieux formés à l'encontre d'actes relatifs à la situation personnelle des militaires : Il est institué auprès du ministre de la défense une commission des recours des militaires chargée d'examiner les recours formés par les militaires à l'encontre d'actes relatifs à leur situation personnelle relevant de la compétence du ministre de la défense, à l'exception de ceux concernant leur recrutement ou l'exercice du pouvoir disciplinaire. / La saisine de la commission est un préalable obligatoire à l'exercice d'un recours contentieux, à peine d'irrecevabilité de ce dernier. (...) ;

Considérant que le recours de M. A contre la décision par laquelle le ministre de la défense a refusé de faire droit à l'intégralité de sa demande d'indemnisation est dirigé contre un acte relatif à sa situation personnelle ; que s'agissant d'un militaire, ce recours devait obligatoirement être précédé, en application des dispositions de l'article 1er du décret du 7 mai 2001, de la saisine préalable de la commission des recours des militaires ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que M. A a fait précéder son recours contentieux d'une saisine de la commission des recours des militaires ; que ses conclusions sont par suite irrecevables et doivent être rejetées ;

Sur les conclusions de la Compagnie AGF :

Considérant qu'aux termes de l'article 24 de la loi du 13 juillet 1972 alors applicable, aujourd'hui codifié à l'article L. 4123-10 du code de la défense : Les militaires sont protégés par le code pénal et les lois spéciales contre les menaces, violences, outrages, injures ou diffamations dont ils peuvent être l'objet/. L'État est tenu de les protéger contre les menaces et attaques dont ils peuvent être l'objet à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions et de réparer, le cas échéant, le préjudice qui en est résulté. ; qu'aux termes de l'article L. 121-12 du code des assurances, applicable en matière d'assurance de dommages des bâtiments, l'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé, jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui par leur fait ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur ;

Considérant que l'assureur qui bénéficie de la subrogation instituée par les prescriptions de l'article L. 121-12 du code des assurances dispose de la plénitude des droits et actions que l'assuré qu'il a dédommagé aurait été admis à exercer à l'encontre de toute personne responsable, à quelque titre que ce soit, du dommage ayant donné lieu au paiement de l'indemnité d'assurance ;

Mais considérant que les dispositions de l'article 24 de la loi du 13 juillet 1972, en vertu desquelles l'État est tenu de protéger les militaires contre les menaces et les attaques dont ils peuvent être l'objet à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions et de réparer, le cas échéant, le préjudice qui en est résulté, sont relatives à un droit statutaire à protection qui découle des liens particuliers qui unissent l'État à ses agents, et n'ont pas pour objet d'instituer un régime de responsabilité de l'État à l'égard du militaire ; qu'une telle garantie, qui ouvre droit au militaire à une réparation du préjudice subi, dont il incombe à l'administration de définir, sous le contrôle du juge, les modalités adéquates, n'a pas vocation à se substituer à celles offertes par les assureurs moyennant paiement d'une cotisation notamment au titre des assurances obligatoires ; que sa mise en oeuvre ne peut être demandée que par le militaire lui-même, dans le cadre de sa relation statutaire avec l'État ; qu'il en résulte que ce régime de protection n'est pas au nombre de ceux susceptibles de permettre à l'assureur des personnes ou des biens éventuellement atteints dans le cadre d'un sinistre de cette nature d'être subrogé dans les droits et actions du militaire sur le fondement de l'article L. 121-12 du code des assurances ; que la demande d'indemnisation présentée par la Compagnie AGF n'est donc pas fondée ;

Sur l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge de l'État qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, le versement d'une somme au titre des frais exposés par M. A et la Compagnie AGF et non compris dans les dépens ;

Décide :

Article 1^{er} : La requête de M. A et de la Compagnie des assurances générales de France est rejetée.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à M. A, à la Compagnie des assurances générales de France et au ministre de la défense.

par **Cécile GUÉRIN-BARGUES**

Maître de Conférences à l'Université d'Orléans, Centre juridique Pothier

Victime de l'une de ces « nuits bleues » que la Corse connaît hélas régulièrement, M. Philippot, général de gendarmerie admis depuis lors en deuxième section, voit en novembre 2002 sa résidence secondaire être très largement détruite par une charge d'explosifs. Longtemps, pareils attentats furent exclus de la catégorie des risques assurables, en raison notamment de l'absence de statistiques en la matière. En principe, l'indemnisation des victimes incombait alors aux pouvoirs publics. Tel n'étant plus le cas depuis que la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 a imposé aux contrats d'assurance de biens une extension obligatoire de garantie notamment destinée à couvrir l'indemnisation des dommages matériels causés par ce type d'actes, M. Philippot est couvert par son assureur, la compagnie AGF, à hauteur d'environ 40 % du préjudice qu'il a subi. Estimant l'attentat lié tant à son actuel statut d'officier général qu'aux fonctions qu'il avait exercées en Corse dans les années soixante-dix¹, le général de gendarmerie présente une demande d'indemnisation complémentaire du dommage au ministre de la Défense sur le fondement des dispositions de l'article 24 de la loi du 13 juillet 1972 portant statut général des militaires. Aujourd'hui codifié à l'article L. 4123-10 du Code de la défense, ce texte pose le principe de la protection juridique des militaires dans des termes très proches de ceux de l'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Il prévoit notamment l'obligation pour l'État de les protéger « contre les menaces ou attaques dont ils peuvent être l'objet à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions et de réparer, le cas échéant, le préjudice qui en est résulté ». Inscrivant son interprétation de ladite disposition dans la conception traditionnellement libérale de l'exercice des fonctions², le ministre de la Défense fait pour partie droit à la demande du militaire.

Le général Philippot estima néanmoins insuffisante l'indemnisation accordée par l'État. Il présenta alors, conjointement avec la compagnie AGF, une requête devant le tribunal administratif de Bastia, dirigée contre l'État et fondée sur les dispositions de l'article 24 de la loi du 13 juillet 1972. Le militaire espérait ainsi obtenir réparation de la totalité du préjudice non pris en charge par les AGF, tandis que l'assureur, s'estimant subrogé dans les droits de son assuré, entendait être remboursé de la somme versée au général de gendarmerie. La demande du militaire portant sur un litige relatif à la situation individuelle d'un fonctionnaire nommé par décret du président de la République, elle relevait, en

vertu de la rédaction alors applicable de l'article R 311-1 du Code de justice administrative, de la compétence en premier ressort du Conseil d'État³. Estimant qu'un lien de connexité unit les conclusions du général à celles des AGF, le tribunal administratif de Bastia déclina sa compétence au bénéfice du Conseil d'État, au terme d'une analyse qui recueille l'approbation explicite du rapporteur public et celle, implicite, de la haute juridiction qui accepte en effet de retenir sa compétence.

Les conclusions du militaire sont toutefois déclarées irrecevables. Dirigées contre d'une décision par laquelle le ministre de la Défense a refusé de faire droit à l'intégralité d'une demande d'indemnisation, elles viennent à l'appui d'un recours contre un acte relatif à la situation personnelle d'un militaire. Le recours contentieux aurait donc dû être précédé, ainsi que mentionné dans la notification de la décision et en application de l'article R. 4125-1 du Code de la défense, de la saisine préalable de la commission des recours des militaires⁴. Faute de s'être soumis à ce préalable obligatoire, la requête de M. Philippot se voit opposer une irrecevabilité à titre définitif, le général étant forclos pour saisir la commission⁵.

Si les conclusions du militaire sont déclarées irrecevables, celles des AGF font en revanche l'objet d'un rejet au fond. La haute juridiction refuse en effet de reconnaître à l'assureur du militaire la possibilité d'exercer une action subrogatoire à l'encontre de l'État, pourtant tenu, à l'égard de son agent, à une obligation de protection. Tout l'intérêt de la décision réside dans la combinaison, jusqu'alors inédite, de la subrogation assurantielle et de la garantie fonctionnelle. L'arrêt vise d'ailleurs à la fois le statut général des militaires et le Code des assurances, ici exclusivement envisagé sous l'angle de son article L121-12. Signe qu'un emprunt formel au droit privé ne garantit en rien qu'une utilisation orthodoxe en sera faite par le juge administratif⁶, la solution retenue paraît témoigner d'une interprétation pour le moins novatrice des principes qui prévalent traditionnellement en matière d'assurance. Elle s'explique par la volonté du Conseil d'État, soucieux des deniers publics, de limiter la possibilité pour les compagnies d'assurance d'obtenir le remboursement de leurs débours. En l'espèce, cet objectif est atteint par une insistance toute particulière sur le caractère statutaire de la garantie.

(1) Revendiqué par le Front de libération national de la Corse (FLNC), l'attentat de novembre 2002 fut dédié à la mémoire d'un militant indépendantiste dont l'officier de gendarmerie avait jadis arrêté l'un des proches.

(2) Nous nous permettons de renvoyer sur ce point à notre article, De l'article 75 de la Constitution de l'an VIII à la protection juridique du fonctionnaire : essai de généalogie, RFDA 2009. 987. En l'espèce, une telle interprétation s'imposait d'autant plus que l'art. 112, al. 1^{er}, L. n° 2003-239, 18 mars 2003, pour la sécurité intérieure étend, notamment au bénéfice des gendarmes, la protection juridique aux préjudices subis « à l'occasion ou du fait de leurs fonctions ». Cette évolution, perceptible dès la loi n° 95-113 d'orientation et de programmation relative à la sécurité du 21 janvier 1995, trouvait légitimement ici un terrain d'application.

(3) Depuis l'entrée en vigueur du décret du 22 février 2010 seuls, parmi les litiges concernant les agents publics, ceux relatifs au recrutement et à la discipline continuent de relever de la compétence en premier et dernier ressort du Conseil d'État.

(4) V., en ce sens, à propos d'un recours pour excès de pouvoir, CE 2 mars 2007, M. Lère, n° 291201; AJFP 2007. 239; et, dans le cas d'un recours de plein contentieux, CE 26 oct. 2007 M. Piquet, n°s 284683, 290913, AJDA 2007. 2398.

(5) En vertu de l'art. R. 4125-2 C. défense, le militaire disposait pour ce faire d'un délai de deux mois à compter de la notification de la décision du ministre de la Défense refusant de faire intégralement droit à sa demande d'indemnisation.

(6) V., en ce sens, B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, éd. Panthéon-Assas, 2003, p. 806.

Une interprétation contestable des principes assurantiels

La Compagnie des AGF, s'estimant subrogée dans les droits de M. Philippot, entend obtenir de l'État remboursement des indemnités versées à la victime. Le Conseil d'État, suivant en cela les conclusions du rapporteur public, estime que la société se situe ici dans le cadre du mécanisme de la subrogation légale, prévu à l'article L121-12 du Code des assurances, selon lequel « l'assureur qui a payé l'indemnité d'assurance est subrogé, jusqu'à concurrence de cette indemnité, dans les droits et actions de l'assuré contre les tiers qui, par leur fait, ont causé le dommage ayant donné lieu à la responsabilité de l'assureur ». Triangulaire, l'action subrogatoire est complexe. Elle met en jeu la victime d'un préjudice (le subrogeant), un débiteur primaire qui verse une indemnité réparatrice (le subrogé) et un débiteur final qui devra supporter, en dernière analyse, la charge de la réparation.⁷ Relativement récente⁸, elle bénéficie d'un champ d'application traditionnellement étendu et entraîne un transfert de créance du subrogeant vers le subrogé⁹, caractéristiques qui se trouvent ici partiellement remises en cause.

Une vision restrictive de l'action subrogatoire

Il est *a priori* difficile de concevoir que l'article L. 121-12 – qui prévoit exclusivement la possibilité pour l'assureur d'être subrogé « contre les tiers qui, par leur fait, ont causé le dommage » – puisse être en mesure de fonder la revendication des AGF à l'encontre de l'État. Ainsi que l'observe le rapporteur public, une lecture littérale de ladite disposition laisse en effet à penser que l'assureur ne dispose d'action qu'à l'encontre du tiers directement responsable du dommage¹⁰. Son interprétation extensive par les juges, judiciaires comme administratifs, ouvre toutefois la voie à la prétention du requérant. Le mécanisme joue en effet traditionnellement à l'encontre de toute personne responsable à quelque titre que ce soit du dommage et quelle que soit la nature de la responsabilité mise en jeu (contractuelle, délictuelle ou même non fautive).¹¹ Concernant l'exercice de la subrogation dans le cadre

d'une responsabilité sans faute, la Cour de cassation a ainsi admis – dans un arrêt précisément relatif à un attentat à l'explosif en Corse – que l'assureur était subrogé dans les droits de la victime indemnisée à l'encontre de la commune dont la responsabilité pouvait alors être engagée sur le fondement de l'article L. 133-1 du Code des communes¹². Le juge administratif a emprunté la même voie en acceptant que l'assureur, investi des droits et actions du subrogeant, puisse engager la responsabilité même non fautive de l'administration, notamment lorsque celle-ci est à l'origine d'un risque spécial pour les administrés.¹³ Seule une restriction posée par la loi peut faire obstacle à un tel recours subrogatoire, le législateur subordonnant parfois son exercice à l'engagement de la responsabilité pour faute du tiers. L'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM) illustre parfaitement les limites dans lesquelles s'inscrivent parfois les recours subrogatoires. En vertu de l'article L. 3122-4 du Code de la santé publique, cet établissement public, qui intervient au titre de la solidarité nationale, ne peut être subrogé dans les droits que possède la victime que si le dommage qu'il a indemnisé est imputable à une faute de l'établissement de soins.¹⁴ Un système semblable a été par exemple prévu pour le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante¹⁵. Mais, en dehors de ces cas particuliers, le recours subrogatoire est largement admis.

Le Conseil d'État, dans l'arrêt ici commenté, semble en première analyse s'inscrire dans cette lignée jurisprudentielle qui offre un champ d'application étendu à la subrogation fondée sur l'article L. 121-12 du Code des assurances. Il reprend d'ailleurs une formule de la Cour de cassation¹⁶ en précisant, dans son cinquième considérant, que l'assureur subrogé peut se retourner contre « toute personne responsable, à quelque titre que ce soit, du dommage ». Toutefois, ce faisant, le Conseil d'État réaffirme la subordination de l'action subrogatoire à l'existence d'un lien entre l'obligation de réparation incombant à un tiers et la mise en jeu de sa responsabilité: l'action subrogatoire de l'assureur n'est possible que si la responsabilité du tiers, ne serait-ce que non fautive,

(7) V. Y. Madiot, La subrogation en droit administratif, AJDA 1971. I. 325, n° 2.

(8) La Cour de cassation a en effet longtemps refusé de reconnaître à l'assureur une action personnelle, fondée sur les articles 1382 (« Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ») et 1383 (« Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ») du Code civil, contre le tiers responsable du dommage indemnisé. Ce refus était fondé sur l'analyse selon laquelle l'assureur qui verse une indemnité ne subit pas de préjudice car il ne fait que payer sa propre dette en vertu du contrat d'assurance. La jurisprudence rejetait également les actions fondées sur l'article 1251, alinéa 3, du Code civil, selon lequel la subrogation a lieu de plein droit « au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt à l'acquitter », faute pour l'assureur d'être tenu avec le tiers ou pour lui. Le législateur est alors intervenu par la loi dite Godart du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance. Son article 36, alinéa 1^{er} – devenu l'article L. 121-12 du Code des assurances – entend mettre un terme aux conséquences abusives des cessions d'action conventionnelles en conférant aux assureurs une action récursoire expressément fondée sur la subrogation. Sur cette évolution, v. C. Caillé, « Assurances de dommage », Rép. civ., mise à jour juin 2010, n° 135 s.

(9) Y Madiot, art. préc. p. 325, n° 6.

(10) V. égal. S.-J. Liéber et D. Botteghi, Chronique générale de jurisprudence administrative, AJDA 2010. 1141.

(11) V., sur ce point, concl. rapporteur public.

(12) Civ. 27 janv. 1988, n° 86-14.341, v. sur cet arrêt les concl. préc. Dans le même sens, v. Civ. 9 mai 1990, n° 88-10.617. Depuis les lois du 7 janvier 1983 et du 9 janvier 1986, de tels dommages résultant de crimes et délits commis à force ouverte engagent la responsabilité de l'État et relèvent de la compétence du juge administratif (art. L. 2216-3 CGCT).

(13) V. not. CE, sect., 13 juill. 1967, *Département de la Moselle*, n° 65735: assureur subrogé mettant en cause la responsabilité pour risque de l'administration après avoir indemnisé la victime de dommages occasionnés par un malade psychiatrique en sortie d'essai. Voir également CE, sect., 2 juill. 1976, *Compagnie d'assurances La Nationale*, n° 95823, possibilité identique ouverte à l'assureur d'une personne secourue par un collaborateur bénévole d'une commune, décédé au cours du sauvetage (acceptation du principe mais refus en l'espèce de mettre la réparation à la charge de la commune, en raison de la faute de l'assuré); dans le même sens, CAA de Marseille, 21 janv. 2008, n° 05MA02071. V. enfin CE 28 déc. 2000, AGF, n° 188974, remboursement par l'État, sur le fondement de l'article L. 2216-3 CGCT (préc.), des sommes versées par son assureur à un office public d'aménagement municipal, à la suite de la dégradation de différents bâtiments publics.

(14) Pour un refus de subroger le fonds dans le contexte d'une responsabilité sans faute, v. par ex. CE 23 sept 1998, *APHP*, req. n° 184162; pour la solution inverse dans le cadre d'un manquement à une obligation d'information, v. CE 27 févr. 2002, *Assistance publique de Marseille*, n° 184009.

(15) Art. 53-IV de la loi n° 2000-1257, 23 déc. 2000. V., sur ce point, C. Moniolle, « Actions en garantie », Rép. resp. puiss. publ., mise à jour juin 2010, n° 90.

(16) Civ. 1^{re}, 8 nov 1982, n° 81-14.845. Les arrêts postérieurs de la Cour de cassation relatifs au champ d'application de la subrogation légale retiennent une formule quasi identique. Ils précisent systématiquement que le recours subrogatoire « peut être exercé contre toute personne responsable, quel que soit le fondement de cette responsabilité »: Civ. 9 mai 1990, n° 88-10.617; Civ. 9 nov. 1999, n° 97-16.306; Civ. 2^e, 12 mai 2010, n° 08-21.966.

est susceptible d'être mise en cause. Suivant en cela la démarche préconisée par son rapporteur public, la haute juridiction se démarque donc de son avis contentieux *Société GAN Incendie-Accidents* du 16 février 1990. La section du contentieux avait alors été saisie de la question de savoir si le fondement de la responsabilité sans faute incombant à l'État pour les dégâts et dommages résultant des crimes et délits commis par des attroupements ou rassemblements¹⁷ permettait d'accueillir dans tous les cas l'action subrogatoire formée, contre l'État et sur le fondement de l'article L. 121-12, par l'assureur ayant indemnisé le préjudice subi par la victime. Répondant par l'affirmative, le Conseil d'État ne s'était pas contenté de considérer que la responsabilité sans faute de l'État était engagée envers l'assureur subrogé, il avait précisé, de manière plus générale, que l'assureur subrogé dispose de la plénitude des droits et actions que l'assuré qu'il a dédommagé aurait été admis à exercer « à l'encontre de toute personne tenue, à quelque titre que ce soit, de réparer le dommage ». Dans la mesure où l'État est tenu, en vertu de l'article L. 4123-10 du Code de la défense, de réparer les préjudices subis par les militaires à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions, l'avis du 16 février 1990 aurait pu inciter le Conseil à accueillir l'action subrogatoire des AGF. S'éloignant de cette conception extensive de la subrogation, le Conseil d'État, dans l'arrêt du 7 mai 2010, subordonne au contraire l'exercice de la subrogation légale, non plus à la seule obligation de réparation, mais à l'existence d'une action en responsabilité à l'encontre du débiteur final, c'est-à-dire l'État.

Cette réaffirmation d'un lien entre responsabilité et exercice de la subrogation peut surprendre. Certes, la jurisprudence administrative, notamment la plus récente, plaide pour l'essentiel en sa faveur. Ainsi, le mécanisme de subrogation légale dont bénéficient les caisses de sécurité sociale¹⁸ ne peut jouer que contre l'auteur responsable de l'accident¹⁹ ou l'établissement de soin responsable, même sans faute, de l'accident médical ayant donné lieu au paiement des prestations.²⁰ De la même manière, le Conseil d'État a récemment considéré que le tiers payeur qui a versé des prestations à la victime d'un dommage et qui bénéficie d'un recours subrogatoire contre les personnes « tenues à réparation du dommage »²¹, ne saurait obtenir de l'ONIAM le remboursement de ses débours, faute pour l'établissement public d'être responsable de l'accident survenu à la victime²². Enfin, concernant plus précisément la possibilité pour l'assureur d'un agent public, agissant à titre subrogatoire, de rechercher la garantie de l'employeur, sur le fondement de l'article 11, alinéa 2, de la loi du 13 juillet 1983²³, la Cour administrative d'appel de Douai, dans un arrêt du

25 juin 2008²⁴, a expressément subordonné une telle possibilité à l'existence d'une faute de service.

Pourtant le rejet par le Conseil d'État, dans l'arrêt du 7 mai 2010, des prétentions des AGF, faute pour l'État de pouvoir être tenu pour responsable du préjudice subi par le général Philippot, ne s'imposait pas comme une évidence. En témoigne notamment la jurisprudence constante qui reconnaît au Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et autres infractions (FGTI) la possibilité d'obtenir de la collectivité publique le remboursement des sommes ou des provisions qu'il a versées à l'agent agressé dans le cadre de ses fonctions.²⁵ L'exercice de l'action subrogatoire ne repose pas alors sur une responsabilité quelconque de la collectivité publique à l'égard de ses agents, mais découle de l'obligation qui lui incombe, au titre de l'article 11, alinéa 3, de la loi du 13 juillet 1983, de réparer le préjudice résultant de violences subies par un agent public à l'occasion de ses fonctions. Il est vrai qu'à la différence d'une compagnie d'assurance, le FGTI peut se prévaloir de l'article 706-11 du Code de procédure pénale, qui lui permet d'obtenir des personnes « responsables du dommage (...) ou tenues à un titre quelconque d'en assurer la réparation partielle ou totale » le remboursement de l'indemnité ou de la provision versée à la victime. Fallait-il pour autant en conclure, comme semble le penser le Conseil d'État, qu'à défaut de disposition dissociant de la sorte responsabilité et obligation de réparation, l'assureur ne peut exercer d'action subrogatoire à l'encontre d'une collectivité publique dont la responsabilité n'est pas engagée?

Les raisons d'être d'une telle solution vont en réalité bien au-delà de la seule combinaison de l'action subrogatoire et de la protection juridique du fonctionnaire ou du militaire. Il s'agit en réalité de protéger l'équilibre financier des fonds d'indemnisation, en évitant que les compagnies d'assurances puissent systématiquement se retourner contre ces derniers, dès lors qu'elles ont indemnisé un préjudice qu'un fonds est tenu de réparer au titre de la solidarité nationale²⁶. Il n'en demeure pas moins contestable qu'une telle action soit admise au bénéfice du FGTI à l'encontre de l'État mais ne puisse être exercée par une compagnie d'assurance, alors que d'un point de vue structurel et financier, il n'y a pas de différence fondamentale entre ces deux débiteurs primaires. Le FGTI est en effet une personne morale de droit privé²⁷ dont le budget est constitué par un prélèvement sur les contrats d'assurance de biens²⁸. En d'autres termes, dans l'un et l'autre cas, le financement provient des cotisations des assurés, auxquels risque d'être imputé à terme le surcoût résultant de l'impossibilité d'exercer l'action subrogatoire. De plus, du point de vue des actions subrogatoires ouvertes aux compagnies d'assurance, il est pour le moins surprenant de constater que celles-ci, investies des droits et actions du

(17) En vertu de l'art. 92, L. n° 83-8, 7 janv. 1983.

(18) Art. L. 376-1 CSP.

(19) Art. L. 1142, al. 2, II, CSP.

(20) V. à ce propos les concl. d'A. Dulmet sur TA de Strasbourg, 21 avr. 2009, RFDA 2009. 1015. Cette subordination de l'action subrogatoire des caisses de sécurité sociale à la responsabilité du débiteur final exclut notamment son exercice à l'encontre de l'ONIAM: v. sur ce point l'avis *Coppola* n° 331716 rendu par le Conseil d'État le 22 janv. 2010.

(21) Sur le fondement, par ex., de l'art. 28, L. n° 87-677, 5 juill. 1985 modifiée, relative à l'indemnisation des accidents de la circulation.

(22) Avis *Coppola*, préc.

(23) « Lorsqu'un fonctionnaire a été poursuivi par un tiers pour faute de service et que le conflit d'attribution n'a pas été élevé, la collectivité publique doit, dans la mesure où une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions n'est pas imputable à ce fonctionnaire, le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui ».

(24) Req. n° 06DA01632.

(25) V. CE 8 juill. 2009, *Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer et des Collectivités territoriales*, req. n° 317291, concl. C. de Salins; CE 10 avr. 2009, *FGTI*, nos 307871, 307872 et 307920, concl. J.-Ph. Thiellay, CAA de Paris, *FGTI*, n° 07PA05107; CAA de Bordeaux, 2 oct. 2007, *FGTI c. CH de Cadillac*, n° 06BX00583, concl. J.-M. Vié, AJDA 2007. 2392.

(26) V. sur ce point les conclusions du rapporteur public et S.-J. Liéber et D. Botteghi, chron. préc., p. 1142.

(27) L. n° 86-1020, 9 sept. 1986, art. 9.

(28) Le FGTI ne saurait toutefois être réduit à une simple assurance puisque ses bénéficiaires dépassent les seuls assurés. Il est ainsi compétent pour les dommages causés à toute personne victime d'attentats sur le territoire français ou hors de France et assure la réparation des conséquences de certaines infractions pénales. V. P.-L. Frier et J. Petit, *Précis de droit administratif*, 6^e éd., Domat Montchrestien, 2010, p. 519.

subrogeant, puissent se retourner contre l'État lorsqu'est pris en charge un risque d'ordre général, sur le fondement de sa responsabilité non fautive – par exemple dans le cas de crimes et délits commis par des attroupements et rassemblements – mais ne sont pas en mesure de le faire quand, comme en l'espèce, le lien entre le dommage et la collectivité, via les fonctions exercées par l'assuré, est beaucoup plus net²⁹. Critiquable sur le fond, le refus de reconnaître aux AGF une action subrogatoire à l'encontre de l'État peut également être contesté au regard de ses motifs.

Une confusion latente entre actions récursoire et subrogatoire

En justifiant essentiellement le refus d'accorder aux AGF l'action subrogatoire par l'absence de responsabilité de l'État à l'égard de ses agents, l'arrêt du 7 mai 2010 fait l'économie de la délicate distinction entre actions récursoire et subrogatoire. Si ces deux actions permettent au débiteur d'une indemnité de ne pas en supporter la charge définitive, elles n'en demeurent pas moins fondamentalement distinctes³⁰. Dans le cadre d'une action récursoire, on considère que le *solvens* a subi lui-même un véritable préjudice et qu'il est en conséquence titulaire d'un droit propre. Il se trouve ainsi dans une situation plus favorable qu'un simple subrogé puisque, par exemple, les exceptions opposables à la victime ne le lui sont pas. Le subrogé, en revanche, ne bénéficie que d'un transfert de créance³¹, de sorte qu'il ne peut faire valoir que les actions que le subrogeant aurait pu exercer lui-même³². Pour être transmise au subrogé, l'action contentieuse du subrogeant contre le tiers doit donc exister au moment de la subrogation, ne pas être par exemple éteinte par prescription ou par renonciation de l'assuré³³. Or, loin de ces règles qui prévalent habituellement en matière de subrogation, le Conseil d'État en l'espèce déclare à la fois irrecevable l'action du subrogeant – faute pour M. Philippot d'avoir saisi au préalable la commission de recours des militaires – et admet le principe même de la recevabilité de celle du subrogé. Ce défaut de cohérence dans l'application des irrecevabilités est d'autant plus apparent qu'assuré et assureur avaient présenté une requête conjointe et qu'en acceptant de se prononcer en premier ressort sur les conclusions de la Société AGF comme sur celles du général, le Conseil d'État en admet la connexité. Enfin, on comprend d'autant moins que l'irrecevabilité de l'action du subrogeant soit sans effet sur celle du subrogé que le Conseil d'État considère que l'action des AGF est fondée sur l'article L. 121-12 du Code des assurances. Or cet article, dans son alinéa 2, insiste précisément sur l'impossibilité, pour le subrogé, d'avoir plus de droits que le subrogeant, en prévoyant une exception de subrogation au bénéfice de l'assureur, lorsque ce dernier est privé de recours contre le tiers par le fait de l'assuré³⁴. La solution retenue apparaît dès lors émi-

nemment paradoxale. Elle s'inscrit formellement dans une logique d'emprunt au droit privé – la décision visant le Code des assurances et faisant expressément référence à son article L121-12 – mais s'attache à en déformer le contenu, au risque de voir ainsi le juge administratif altérer le sens de règles dont pourtant l'interprétation et la création ne relèvent pas en principe de sa compétence³⁵. Tenant à rejeter les prétentions des AGF, le Conseil d'État aurait donc pu se contenter de les déclarer irrecevables. Loin d'opter pour cette solution, la haute juridiction accepte de se prononcer sur leur bien-fondé pour mieux les réfuter, au nom de la dimension exclusivement statutaire de la garantie.

Une affirmation accentuée de la dimension statutaire de la garantie

Si le Conseil d'État entérine pour partie les conclusions du rapporteur public en subordonnant l'exercice de la subrogation à l'existence d'une action en responsabilité, il s'en affranchit par ailleurs en refusant de voir dans la protection juridique un régime de responsabilité sans faute. Ce refus, qui, sans doute, renvoie essentiellement à des préoccupations de nature financière, se fonde sur la conviction que la protection juridique des agents publics ne se réduit pas à une question de responsabilité.

Le refus d'assimiler la protection à un régime de responsabilité sans faute

Loin d'adhérer pleinement à la position défendue par le rapporteur public, le Conseil d'État refuse de voir dans la protection juridique du militaire un régime de responsabilité sans faute. La solution préconisée par le rapporteur n'était pourtant pas, en l'espèce, dénuée d'attrait.

Solution utile tout d'abord, car elle offrait au Conseil la possibilité d'admettre la prétention des AGF à l'encontre de l'État, tout en le laissant libre de réduire la portée de son avis *Société GAN Incendie-Accidents*³⁶, de manière à interdire aux compagnies d'assurance de se retourner systématiquement contre les fonds d'indemnisation. De plus, elle permettait d'obvier l'iniquité du sort ici réservé aux compagnies d'assurance, au regard de la possibilité, pour les fonds d'indemnisation, de se retourner contre l'État, sur le fondement de la protection juridique. L'arrêt commenté renforce à l'inverse cette différence de traitement en soulignant, dans son dernier considérant et pour preuve de la dimension exclusivement statutaire de la protection, que sa mise en œuvre « ne peut être demandée que par le militaire lui-même ». Pourtant, dans le cadre de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983, cette même nature institutionnelle ne fait en rien obstacle à la possibilité, pour le FGTI, d'être subrogé aux droits de l'agent indemnisé, alors même que celui-ci n'a pas demandé à bénéficier de la protection juridique³⁷. Analyse légitime ensuite car si la garantie n'a pas pour objet d'aménager au bénéfice des militaires un statut privilégié qui les proté-

(29) V., sur ce point, concl. rapporteur public.

(30) Sur cette distinction, v. not. Y Madiot, art. préc. p. 325, n° 5.

(31) C'est la raison pour laquelle l'action de l'assureur est notamment soumise aux mêmes délais et aux mêmes règles de compétence juridictionnelle que celle de l'assuré: v. par ex. CAA de Douai, 13 mai 2004, *Société Dalkia*, n° 01DA00617; ou CAA de Nantes, 14 nov. 2002, *Maniguet*, n° 99NT02817, AJDA 2003. 79, note J.-F. Millet.

(32) V. par ex. CE, sect., 2 juill. 1976, *La Nationale*, préc.; CAA de Lyon, 20 juin 1991, *Fonds de garantie automobile*, n°89LY00456.

(33) V. C. Caillé, Rép. préc., n° 145.

(34) Art. L. 121-12, al. 2, « L'assureur peut être déchargé, en tout ou en partie, de sa responsabilité envers l'assuré, quand la subrogation ne peut plus, par le fait de l'assuré, s'opérer en faveur de l'assureur ».

(35) Pour une critique assez vive de ce type de démarche et les alternatives possibles, v. B. Plessix, *op. cit.*, p. 805 à 809.

(36) Avis cont. préc., 16 févr. 1990.

(37) V. CAA de Bordeaux, 2 oct. 2007, sur concl. conformes J.-M. Vié, préc.

gerait des aléas de la vie en société, elle s'attache en revanche à pallier les conséquences d'une rupture exceptionnelle de l'égalité devant les charges publiques³⁸, situation qui fonde traditionnellement l'existence d'un régime de responsabilité sans faute.

Raisonnement cohérent enfin, puisque l'article L.4123-10 du Code de la défense, à l'instar d'ailleurs de l'article 11 de la loi de 1983, ne formule aucune restriction à l'exercice de la protection qui tiendrait à l'attitude de la collectivité publique. Interprétant les dispositions implicites de l'article 11, le Conseil d'État a d'ailleurs confirmé la portée impérative de l'obligation de protection pesant sur la collectivité publique, « même en l'absence de faute ».³⁹ Cette obligation existe donc dès lors que sont réunies les conditions posées par la loi, en dehors de tout comportement fautif de la collectivité publique. En revanche, un refus irrégulier de protéger l'agent ou de réparer le préjudice qu'il a subi est, lui, constitutif d'une faute envers l'agent. Il est d'ailleurs susceptible, en cas de préjudice, d'entraîner la condamnation de la collectivité à des dommages et intérêts qui viendront s'ajouter à la réparation à laquelle l'agent a droit du fait des attaques subies⁴⁰. On pourrait donc effectivement considérer le mécanisme comme reposant sur un système de responsabilité sans faute quant au fond de l'obligation, et de responsabilité pour faute, pour manquement à une obligation légale, en cas de refus ou d'insuffisance de protection⁴¹. Une telle analyse aurait cependant contraint le Conseil d'État à accueillir la prétention d'un assureur dont les prestations ne sont au demeurant que la contrepartie de primes périodiquement versées. Le Conseil d'État préfère rejeter la requête des AGF, en insistant sur le caractère fondamentalement statutaire de la garantie, au risque d'ailleurs de priver quelque peu de cohérence le contenu même de sa décision.

Une insistance paradoxale sur la dimension statutaire de la garantie

Il est vrai que, comme le souligne d'ailleurs le rapporteur public, la protection juridique, par son aspect statutaire et compréhensif, ne se laisse pas aisément réduire à un simple mécanisme de responsabilité. L'article L.4123-10 du Code de la défense, parce qu'il reprend les principales dispositions de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983, permet aux militaires de bénéficier d'un véritable droit à protection. L'alinéa 2 de l'article L.4123-10 impose en effet à l'État, dès lors que les conditions formelles d'octroi de la protection sont remplies⁴², une double obligation⁴³: il s'agit non seulement « de faire cesser les attaques mais aussi d'assurer à l'agent une réparation adéquate des torts qu'il a subis ».⁴⁴ Les moyens utiles à la protection peuvent revêtir diverses formes et intervenir

dans le domaine tant administratif que judiciaire: mise en œuvre de mesures de sécurité particulières, soutien juridique et financier, déclenchement de poursuites pénales à l'encontre de l'auteur des attaques⁴⁵, remboursement des frais d'avocat... L'octroi de la protection permet en outre à son bénéficiaire d'obtenir de la collectivité publique le paiement de sommes couvrant le préjudice qu'il a subi, que celui-ci soit comme ici matériel ou encore corporel ou moral. Le Conseil d'État considère en l'espèce que ces dispositions « sont relatives à un droit statutaire à protection qui découle des liens particuliers qui unissent l'État à ses agents et n'ont pas pour objet d'instituer un régime de responsabilité de l'État à l'égard de ses agents ». Ce faisant, la haute juridiction insiste avec raison sur la dimension institutionnelle de la protection. Celle-ci en effet n'est pas accordée aux militaires dans leur intérêt, mais avant tout dans celui de l'État. Il s'agit à la fois d'en garantir le respect à travers celui qui est dû à ses agents et d'en protéger le bon fonctionnement en assurant à ces derniers la tranquillité d'esprit nécessaire à l'exercice serein et impartial de la mission qui leur est confiée.⁴⁶ Cette protection s'impose d'ailleurs tout particulièrement dans le cadre du personnel de la défense nationale, en raison de la nature spécifique des missions qui lui sont confiées et des sujétions qui lui sont imposées. Dès lors, loin de correspondre à un régime de responsabilité de la collectivité publique, la protection juridique relève d'un droit statutaire. Ce régime spécifique découle des liens particuliers qui unissent les agents publics à leur employeur⁴⁷.

Pour justifiée qu'elle soit, cette accentuation de la nature institutionnelle de la protection ne met pas pour autant la décision du Conseil à l'abri de la contradiction. Il y a en effet quelque paradoxe à insister sur la dimension statutaire de la protection tout en considérant que la réparation, par la collectivité publique, du préjudice subi du fait des fonctions exercées n'est que subsidiaire, n'a vocation à jouer que si la victime n'a pas pu être complètement indemnisée par ailleurs⁴⁸. Or c'est très précisément dans ce type de raisonnement que s'inscrit le Conseil d'État, notamment lorsqu'il évoque, dès son premier considérant, « la demande tendant à une indemnisation complémentaire » du dommage présentée par le général Philippot au ministre de la Défense. Pourtant, mettre l'accent sur les liens qui unissent un militaire à la collectivité, c'est admettre qu'à travers les attaques dont il fut victime, c'est l'État qui était visé. Dans une telle perspective se justifie une protection de principe de l'agent et en conséquence la possibilité pour son assureur d'être subrogé aux droits de son assuré au titre de la garantie fonctionnelle. À défaut, il est probable que l'agent ait notamment à subir une augmentation de primes résultant de l'obligation ici imposée aux assureurs de couvrir le coût d'attaques qui, au-delà de la personne privée de l'assuré, cherchent à atteindre la collectivité tout entière. Or, loin de la position ici adoptée par le Conseil d'État, c'est au prix d'une telle interprétation libérale de la garantie et de ses incidences que continuera à être pleinement assurée la nécessaire protection de l'agent public.

(38) C'est d'ailleurs cette caractéristique qui, au-delà des différences très sensibles dans les modalités de chacune des protections, permet de percevoir une certaine forme d'unité conceptuelle de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII à l'article 11 du statut de 1983. V. sur ce point notre art. préc.

(39) CE 26 mars 1965, *Villeneuve*, n° 60630. V., dans le même sens, CE 10 oct. 2003, *Consorts C.*, n° 197826.

(40) Sur ce point, v. notre art. p. 993.

(41) V., en ce sens, J.-M. Bréton, La protection fonctionnelle des agents de l'administration, AJDA 1991. 171.

(42) Qualité du bénéficiaire, existence d'une demande suffisamment précise de bénéficier de la protection, lien des dommages allégués avec le service...

(43) Sur l'étendue de cette double obligation et le contenu de la protection, v. notre art. préc., p. 991 à 993.

(44) CE 18 mars 1994, *Rimasson*, n° 92410, AJDA 1994. 394. Il s'agit là d'un considérant classique du Conseil d'État, souvent repris à propos de l'article 11 de la loi du 13 juill. 1983.

(45) L'article L. 4123-10, al. 3, permet d'ailleurs à l'État d'exercer à cette fin une action directe devant la juridiction pénale par voie de constitution de partie civile.

(46) V., en ce sens, C. fonct. publ., comm. ss art. 11, L. n° 83-634, 13 juill. 1983.

(47) S.-J. Liéber et D. Botteghi, chron. préc., p. 1143.

(48) Pour la position inverse, v. concl. J.-Ph. Thiellay, sur CE 10 avr. 2009, préc.