

KM 19

F8

L3

1887

V. 18

TITRE IV.

DES OBLIGATIONS (suite).

CHAPITRE VII.

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS (SUITE).

SECTION I. — Du paiement (suite).

ARTICLE 3. Du paiement avec subrogation (1).

§ 1^{er}. *Notions générales.*

N^o 1. BUT DE LA SUBROGATION ET FONDEMENT JURIDIQUE.

1. En principe, le paiement éteint l'obligation d'une manière absolue, c'est-à-dire à l'égard de toutes les personnes intéressées et avec tous ses accessoires, les cautionnements, privilèges et hypothèques. Quand la dette principale est éteinte, il ne peut plus y avoir d'accessoires, parce qu'il n'y a pas d'accessoire sans principal; le bon sens est d'accord avec le droit pour dire que les garanties stipulées pour assurer le paiement d'une dette n'ont plus de raison d'être du moment que la dette est payée.

Cela est élémentaire, et cela n'a même aucun intérêt

(1) Renusson, *Traité de la subrogation*, Paris, 1701, 1 vol. in-4^o. (Il y a des éditions qui portent *Dernusson*.) Mourlon, *Traité des subrogations personnelles*, 1 vol. in-8^o. Paris, 1848. Gauthier, *Traité de la subrogation de personnes*, 1 vol. in-8^o. Paris, 1853.

quand c'est le débiteur qui paye; les cautions sont libérées et les privilèges et hypothèques sont éteints; personne n'est intéressé à ce que les cautions restent tenues, à ce que les garanties réelles subsistent. Il n'en est pas de même quand c'est un tiers qui paye pour le débiteur. Nous avons dit que ce tiers a toujours une action contre le débiteur, action de mandat, de gestion d'affaires ou de *in rem verso*, mais cette action est personnelle, sans garantie aucune, et un débiteur qui ne paye point ne présente guère de sûreté. Le tiers qui paye aurait donc grand intérêt à se prévaloir, contre le débiteur de la créance primitive, des droits du créancier qu'il paye. Cela se fait moyennant la subrogation qui met le tiers en lieu et place du créancier; de sorte qu'il peut exercer tous les droits qui appartenaient au créancier, cautionnements, privilèges et hypothèques.

La subrogation présente le même intérêt quand le débiteur a payé avec des deniers qu'il a empruntés. Il ne trouvera guère de prêteur disposé à lui avancer la somme qui lui est nécessaire pour s'acquitter de sa dette, quoiqu'il puisse y avoir grand avantage pour lui à l'acquitter. Les capitalistes ne donnent pas leurs fonds au débiteur qui ne paye pas ce qu'il doit, ils exigent des sûretés; quand la créance qu'il s'agit de payer est munie de garanties personnelles ou réelles, ils consentiront à lui faire les avances nécessaires si, de son côté, le débiteur peut les mettre en lieu et place du créancier en les subrogeant à ses droits.

Il y a ensuite des personnes intéressées à ce que la dette soit acquittée. La caution, le codébiteur solidaire y ont intérêt; car tant que la dette subsiste, ils sont tenus personnellement, et peuvent être poursuivis d'un instant à l'autre. S'ils payent, ils rendent service et au débiteur et au créancier; n'est-il pas juste qu'ils puissent invoquer les droits du créancier qu'ils désintéressent? Ceux qui sont détenteurs d'immeubles hypothéqués ont le même intérêt à payer les dettes pour lesquelles leurs biens sont grevés, et ils peuvent invoquer les mêmes considérations d'équité pour être subrogés aux droits du créancier.

2. Au point de vue pratique il est facile de justifier la subrogation. Elle profite à celui qui fait le paiement, puisqu'il succède aux droits du créancier qu'il désintéresse, et ces garanties accessoires lui assurent le remboursement de ses avances. Le créancier reçoit ce qui lui est dû et ce que peut-être il n'aurait pas reçu de son débiteur. Quant aux tiers intéressés à l'extinction de la dette, cautions et créanciers hypothécaires, ils ne peuvent se plaindre de ce que la dette est maintenue, car le paiement avec subrogation ne change pas leur position: que leur importe que la créance existe au profit du subrogé ou au profit du subrogeant? A leur égard, la dette ne peut s'éteindre définitivement que lorsque le débiteur l'a payée; jusque-là la caution sait qu'elle sera tenue, et les créanciers hypothécaires postérieurs doivent s'attendre à être primés par les créanciers antérieurs; ils ont contracté sous ces conditions.

Reste le débiteur, c'est le principal intéressé dans la subrogation, puisqu'il s'agit d'un paiement. Il y a une subrogation qui se fait par son initiative et qui doit certes se faire dans son intérêt: c'est quand il fait un emprunt pour payer sa dette (art. 1250, 2^o). Quant à la subrogation légale, la loi la fait par des raisons d'équité que le débiteur doit accepter; libéré envers son créancier primitif, il est obligé à l'égard du subrogé; cela doit lui être pour le moins indifférent, puisque son obligation reste la même. La subrogation qui se fait en faveur d'un tiers qui paye la dette pour le débiteur est généralement un service que le tiers rend au débiteur; c'est dans l'intérêt de la libération que la loi permet à un tiers non intéressé de payer la dette; il est vrai que la subrogation peut se faire à son insu, on admet même qu'elle pourrait se faire malgré lui: mais qu'importe? Le créancier pourrait céder sa créance malgré le débiteur, et la subrogation est plus favorable au débiteur que la cession.

En définitive, la subrogation concilie tous les intérêts. La loi la permet et la favorise, parce qu'elle a pour objet direct un paiement qui libère le débiteur, et la libération est toujours favorable. Tel est le principe fondamental.

sur lequel est fondée la subrogation qui accompagne le paiement, et que pour cette raison on appelle paiement avec subrogation.

3. Il est moins facile de justifier la subrogation au point de vue juridique. La doctrine et la jurisprudence sont divisées sur la question de savoir en quoi consiste la subrogation. Un tiers paye le créancier, qui consent à le subroger à ses droits. En quel sens le tiers est-il subrogé? Prend-il la place du créancier, de sorte que la créance même passe sur sa tête? Est-ce cette créance qu'il exerce avec les garanties accessoires qui y sont attachées? Ou la créance est-elle éteinte par le paiement, et le subrogé n'a-t-il que l'action personnelle qui naît du paiement, action de mandat ou de gestion d'affaires, mais garantie par les privilèges, hypothèques et cautionnement, qui étaient les accessoires de la créance que le tiers a payée, accessoires que la loi permet de lui transporter, et que par fois elle transporte elle-même?

Nous croyons que la créance elle-même, avec tous ses accessoires, passe du créancier au subrogé; c'est l'opinion qui tend à l'emporter dans la doctrine et dans la jurisprudence, mais il reste encore bien des hésitations et bien des inconséquences. Les auteurs du code ayant suivi en cette matière Pothier, c'est avant tout la tradition qu'il faut consulter. Or, la doctrine de Pothier n'est pas douteuse. Il définit la subrogation: « Une fiction de droit par laquelle le créancier est censé céder ses droits, actions, privilèges et hypothèques à celui de qui il reçoit son dû. » Pourquoi Pothier ne dit-il pas plus simplement que le subrogeant est censé céder sa créance? C'est que, d'après la subtilité du droit, la créance ne peut pas se céder, car elle consiste essentiellement dans un lien personnel que l'obligation crée entre le débiteur et le créancier, et ce lien ne se transporte pas d'une personne à une autre; voilà pourquoi les jurisconsultes romains avaient imaginé une cession d'actions que le cédant fait au cessionnaire; ce langage est resté celui de Pothier; sa pensée est donc que tous les droits qui naissent d'une créance passent du subrogeant au subrogé par une cession fictive. Notre droit

moderne ignore la subtilité, pour mieux dire, la finesse qui caractérise le droit romain; le code assimile entièrement la cession à une vente, et c'est la créance qui est vendue. Si donc la subrogation est une cession fictive, il en faut conclure que c'est la créance même du subrogeant qui est transportée au subrogé. Dans son traité des Obligations, Pothier emploie toujours l'expression *cession d'actions*, ce qui équivaut à dire que c'est la créance même qui est transportée au subrogé. Les explications qu'il donne ne laissent aucun doute sur sa pensée: « La dette, dit-il, n'est pas censée éteinte; la créance acquittée est réputée, en faveur de celui qui est subrogé, subsister avec tous les droits qui en dépendent (1). » Pothier lui-même n'est que l'organe de la tradition du xvi^e siècle, le siècle des grands jurisconsultes. Dumoulin dit en parlant du subrogé: Il succède à tout le droit et au droit tel qu'il appartenait au cédant. Ailleurs il dit que la subrogation ne crée pas une nouvelle obligation, c'est toujours l'ancienne créance qui subsiste, sauf que la personne du créancier est changée, le subrogeant est remplacé par le subrogé (2). Renusson s'exprime dans le même sens; il dit que les *droits et actions* sont des termes synonymes que l'on joint ordinairement ensemble pour marquer que le subrogé a le *même droit* et la *même action* que le créancier auquel il a succédé: le débiteur demeure obligé au nouveau créancier subrogé, de même qu'il l'était à l'ancien qui a été payé; *il n'y a pas mutation de droit, il n'y a que mutation du créancier* (3). Il y a une autorité plus grande que celle des jurisconsultes, c'est celle du législateur. Eh bien, le premier édit sur la matière, celui de Henri IV de 1609, contient les mêmes expressions et, par conséquent, la même pensée: « Voulons qu'ils soient et demeurent de droit aux droits, hypothèques, noms (4), raisons et actions desdits anciens créanciers, sans autre cession et transport d'iceux. »

(1) Pothier, *Introduction à la Coutume d'Orléans*, titre XX, n^o 66; *Traité des Obligations*, n^{os} 519 et 522.

(2) Dumoulin, *Tract de usuris*, n^o 344 (*Op.*, t. II, p. 141).

(3) Renusson, *De la subrogation*, chap. IV, p. 100, n^o 24.

(4) *Nomina*, créances.

Le langage du code est celui de la tradition qu'il a consacrée. Aux termes de l'article 1249, « la subrogation dans les droits du créancier au profit d'une tierce personne qui le paye est ou conventionnelle ou légale. » Ainsi la subrogation consiste à donner au subrogé les *droits* du créancier qu'il paye, tous les droits, sans exception : n'est-ce pas dire que le subrogé succède à la créance? qu'est-ce, en effet, que la créance, sinon les droits qui en résultent? L'article 1250, n° 1, reproduit les termes de la définition de Pothier : « Le créancier, recevant son paiement d'une tierce personne, la subroge dans ses *droits, actions, privilèges* ou hypothèques contre le débiteur. » Si la subrogation ne transportait au subrogé que les garanties accessoires de la créance, pourquoi la loi parlerait-elle des *droits et actions*? Les *droits et actions* n'impliquent-ils pas, comme dit Renusson, que le tiers subrogé a contre le débiteur les mêmes droits qui appartenaient à l'ancien créancier dont il prend la place? Le n° 2 de l'article 1250 est plus concis tout ensemble et plus expressif : le débiteur qui emprunte une somme à l'effet de payer sa dette subroge le prêteur dans les *droits* du créancier. Il n'est pas question de garanties, de cautionnement, d'hypothèque, de privilège; le débiteur transporte au prêteur les *droits* du créancier, donc la créance avec ses accessoires, car tel est bien le sens de l'expression *les droits*. Le code parle encore de subrogation dans d'autres articles; c'est toujours le même langage et la même pensée. D'après l'article 874, le légataire particulier qui a acquitté la dette dont l'immeuble légué était grevé demeure subrogé aux *droits* du créancier. Aux termes de l'article 2029, la caution qui a payé la dette est subrogée à *tous les droits* qu'avait le créancier contre le débiteur. Qui dit *tous les droits* ne dit-il pas avant tout la créance d'où dérivent ces droits?

Les textes du code reproduisent fidèlement la tradition. Cela devrait suffire pour prévenir tout doute sur la pensée du législateur. Du reste, les auteurs du code l'ont exprimée clairement dans les discours où ils exposaient les motifs de la législation nouvelle. Bigot-Préameneu,

dans l'Exposé des motifs de notre titre, dit : « Si celui qui paye se fait subroger, il n'y a plus paiement, mais *transport de la créance*. » C'est identifier d'une manière trop absolue la subrogation et la cession, mais c'est aussi marquer énergiquement l'effet de la subrogation : la créance même est transportée au subrogé. Écoutons le rapporteur du Tribunat, Jaubert, dont le rapport sur le titre des *Obligations* est une œuvre remarquable : « Si le créancier reçoit son paiement d'un tiers, il peut *transporter tous ses droits* à ce tiers, avec tous les privilèges attachés à ces mêmes droits, même la contrainte par corps si la créance en était susceptible. » Le langage de Jaubert est si net qu'il ne permet plus aucune équivoque; on ne peut pas dire que l'expression *droits et actions* se rapporte aux garanties accessoires de la créance; le rapporteur du Tribunat distingue clairement, d'abord, les *droits* du créancier qui sont tous transportés au subrogé, puis *tous les privilèges* attachés à ces droits, et par là il entend toutes les garanties accessoires; il cite la contrainte par corps qui certes n'est pas un privilège, mais c'est une garantie accessoire; et la créance principale passant au subrogé, il va de soi que les accessoires lui appartiennent également. Enfin l'orateur du Tribunat est tout aussi explicite. « Il n'y a, dit Mouricault, que le paiement pur et simple qui éteigne la dette, le paiement avec subrogation la laisse *subsister*. » Ainsi la créance, quoique payée, n'est pas éteinte, elle *subsiste*; donc c'est la créance qui passe du subrogeant au subrogé (1).

4. La démonstration est complète, nous semble-t-il; le texte est d'accord avec la tradition et avec l'esprit de la loi pour établir que c'est bien la créance, telle que la possédait le créancier subrogeant, qui est transportée au tiers subrogé. Cela est même si évident, que l'on pourrait nous demander pourquoi nous insistons si longuement sur une question qui n'en est pas une. C'est que l'opinion contraire est soutenue par le meilleur de nos ju-

(1) Exposé des motifs, n° 114 (Loché, t. VI, p. 168). Jaubert, Rapport, n° 20 (Loché, p. 209). Mouricault, Discours, n° 37 (Loché, p. 250).

riseconsultes modernes, et la doctrine de Merlin, quoique généralement abandonnée, a laissé des traces dans la jurisprudence (1); il n'y a qu'un moyen de mettre fin aux inconséquences, c'est de formuler nettement le principe en l'appuyant sur des bases inébranlables. Merlin brille par la logique, il doit donc se trouver mal à l'aise sur le terrain des fictions, et la théorie de la subrogation repose tout entière sur une fiction.

Le code ne se sert pas de l'expression *subrogation*; le paragraphe II du chapitre qui traite du paiement est intitulé : *Du paiement avec subrogation*. Ce langage, dit-on, est remarquable : la subrogation ne fait qu'accompagner le paiement; l'opération essentielle, appelée subrogation, consiste à payer une dette garantie par des droits accessoires; or, le paiement éteint la créance; comment veut-on qu'une créance éteinte passe au subrogé? La subrogation aurait-elle la puissance de faire revivre une créance qui a cessé d'exister? Ce serait là un miracle, et le droit ne connaît pas de miracles. Nous répondons que la logique est un mauvais guide sur le terrain des fictions. Sans doute, le paiement éteint la dette et une dette éteinte ne saurait revivre. Mais le paiement avec subrogation n'est pas un paiement ordinaire, c'est un paiement qui n'éteint pas définitivement la dette; au moment même où la dette est payée, et avant qu'elle soit éteinte, le créancier transporte ses droits au subrogé. Cela n'empêche pas qu'il n'y ait paiement, puisque le créancier reçoit ce qui lui est dû. Il y a donc tout ensemble extinction de la créance et transport de la créance. Ici nous entrons dans le domaine de la fiction. Comment concevoir qu'une créance soit éteinte par le paiement et transportée par la subrogation? Elle est éteinte à l'égard du créancier, elle subsiste à l'égard du subrogé. Cela est absurde, dit Merlin. D'accord; il y a toujours un côté absurde dans les fictions, puisqu'elles sont en opposition avec la réalité des choses

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Subrogation*, sect. II, § 1, et la consultation de Grappe, professeur en droit, dans les *Questions de Merlin*, au mot *Subrogation de personne*, § I (t. XIV, p. 388). Bugnet s'est rallié à cette doctrine dans ses *Notes sur Pothier*, t. II, p. 136, 291 et 299.

Ne veut-on pas de l'absurdité, il faut rejeter la subrogation. Veut-on maintenir la subrogation, et il va sans dire que Merlin la maintient, alors il est impossible d'échapper à l'absurdité qu'elle implique. Aussi Merlin n'y échappe-t-il pas. La créance est éteinte, dit-il, elle ne passe pas au subrogé; voilà la logique satisfaite. Qu'est-ce donc qui passe au subrogé? Les garanties personnelles et réelles qui assureraient le paiement de la créance. Mais ces garanties aussi ne sont-elles pas éteintes? Quand la créance principale est éteinte par le paiement, conçoit-on qu'il subsiste encore des accessoires? Voilà une chose plus impossible encore à comprendre que la fiction du code. Quoi! la dette garantie par une hypothèque est éteinte et l'hypothèque subsiste, il y a un accessoire sans principal! La fiction du code est plus conséquente que celle de Merlin, elle maintient le principal et l'accessoire; par quelle fiction, étrange, l'accessoire survivrait-il au principal, comme le veut Merlin?

Merlin insiste et dit qu'il y a un cas où la fiction est impossible, parce qu'elle n'a plus de sens. C'est le débiteur qui emprunte une somme pour payer sa dette et qui subroge le prêteur aux droits du créancier (art. 1250, n°1). Voilà l'idéal en fait d'absurde. Que le créancier soit censé céder ses droits, à la bonne heure; il peut faire une cession réelle, on conçoit donc qu'il fasse une cession fictive. Mais le débiteur peut-il céder des droits qui appartiennent à son créancier? et si cette cession est une absurdité au premier chef, n'en faut-il pas dire autant de la subrogation? Le débiteur ne peut pas plus subroger à des droits qui ne lui appartiennent pas qu'il ne peut les céder. Nous convenons que la subrogation par le débiteur heurte le droit aussi bien que le bon sens; nous dirons plus loin pourquoi néanmoins la loi l'admet. Est-ce que par hasard le système de Merlin échappe à cette absurdité? Le débiteur ne transporte pas la créance au prêteur, soit; cela suffit-il pour que la logique soit sauvée? Le débiteur transporte les garanties accessoires. Cela est-il moins absurde? Est-ce que les garanties personnelles ou réelles appartiennent au débiteur? Non, certes, et néanmoins il en