

dispose! Disposer du principal, dit-on, c'est le comble de l'absurde. Et disposer de l'accessoire sans le principal, cela est-il plus rationnel? Nous répétons que dans le domaine de la fiction, le système du code est plus conséquent.

Merlin ajoute que la subrogation, si elle transporte au subrogé la créance avec ses accessoires, se confond avec la cession qui n'est pas autre chose que ce transport. Or, le code traite de la subrogation au chapitre du *Payement*; il la qualifie toujours de *payement avec subrogation*, la subrogation ne joue donc qu'un rôle secondaire dans cette opération, c'est une simple modalité du *payement*. Donc, dit Merlin, cette théorie n'est pas celle du code; il n'y a qu'un moyen de distinguer la subrogation de la cession, c'est d'en limiter les effets aux garanties accessoires, tandis que la cession est le transport de la créance même. Notre réponse est toujours la même. Merlin ne veut pas tenir compte de la fiction qui est la base de la subrogation. Il aurait raison de dire que dans notre opinion l'on confond ce que la loi distingue : la subrogation et la cession; mais Pothier a soin de dire que la subrogation est une cession fictive, et il ajoute que cette fiction n'est pas absolue; nous reviendrons sur ce point (1).

5. Avant tout, il faut compléter la critique que nous faisons d'une opinion qui a pour elle une si grande autorité. Pourquoi la loi consacre-t-elle la fiction de la subrogation qui heurte parfois le droit autant que le bon sens? Elle veut favoriser la libération (n° 2). Que faut-il pour cela? Il faut que celui qui paye exerce tous les droits utiles qui appartiennent au créancier et il n'y a qu'un moyen d'atteindre ce but, c'est de lui transporter la créance même. Si l'on ne donne au subrogé que les accessoires de la créance, il y en aura qui ne pourront pas passer au subrogé. Il y a d'abord un obstacle légal. La subrogation aux garanties accessoires de la créance reste une fiction, fiction plus illogique encore que celle du code. Or, il n'y a pas de fiction légale sans loi, et la loi qui l'établit est de la plus stricte interprétation; on ne peut donc pas l'éten-

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. II p. 612 et suiv.

dre hors des limites du texte. Et que disent nos textes? Les seules garanties accessoires dont ils parlent, ce sont les privilèges, hypothèques et cautionnements (art. 1250, n° 1, et art. 1252). Donc, ce sont là les seules garanties que la subrogation transmet au subrogé. Il y en a d'autres auxquelles il ne pourra pas succéder. Le subrogé pourrait-il profiter du titre exécutoire que possédait le subrogeant? D'après le texte du code, non, et pas davantage, d'après le principe sur lequel repose la théorie de Merlin; le subrogé n'a droit qu'aux accessoires de la créance; or, l'exécution parée n'est pas un accessoire de la créance, c'est un accessoire du titre, de l'acte, et l'écrit authentique ou le jugement sont complètement étrangers à la créance du subrogé qui naît du mandat ou de la gestion d'affaires; le titre du subrogeant ne peut passer au subrogé que s'il succède à tous les droits du subrogeant, c'est-à-dire si la créance lui est transportée, telle que le créancier l'avait, comme dit Dumoulin. Il en est de même de la contrainte par corps et de la compétence commerciale. Pour être logique, et ne faut-il pas l'être dans un système qui n'a d'autre fondement que des répugnances logiques; pour être logique, disons-nous, il faudrait même refuser au subrogé l'hypothèque légale du créancier, car cette hypothèque n'est pas attachée à la créance, elle est donnée au créancier, à raison de son incapacité, et un pareil droit ne peut se transmettre comme accessoire, il faut que la créance même soit transportée (1).

En définitive, le système de Merlin aboutit à une subrogation incomplète, et c'est le plus grand reproche qu'on puisse lui faire. Le but du législateur est de favoriser la libération du débiteur, ce but est atteint dans l'opinion qui transporte tous les droits du créancier au tiers qui est disposé à le payer; tandis que le but est manqué, quand le subrogé ne succède pas à tous les droits du créancier, car ce qu'il y a d'incomplet dans la subrogation l'empêchera peut-être de payer. et alors la

(1) Colmet de Santerre, t. V. p. 355, n° 189 bis III.

libération ne se fera pas. C'est dire que le législateur voulant favoriser la libération du débiteur en créant une fiction, devait admettre la fiction complète.

6. Nous ne savons pas encore en quoi consiste cette fiction. Pothier est très-précis : il dit que la subrogation est une *fiction de droit* par laquelle le créancier est censé céder ses droits à celui qui le paye. Pourquoi la subrogation est-elle une fiction? et en quel sens cette fiction est-elle une cession? La subrogation accompagne le paiement; le paiement est un vrai paiement; or, tout paiement éteint la créance, ainsi que ses accessoires. Voilà la réalité des choses. Comment concevoir qu'une créance éteinte existe encore et soit transportée avec ses accessoires au subrogé? Ce ne peut être que par une fiction. La fiction, établie dans l'intérêt du subrogé, consiste en ceci, c'est qu'il est censé avoir plutôt acheté la créance que l'avoir payée. La subrogation est donc une cession fictive (1).

Est-ce que telle est aussi la théorie du code? Le mot de fiction ne se trouve pas dans nos textes, ni celui de cession. Mais cela ne prouve rien. Il s'agit de définir la subrogation et de déterminer son caractère juridique; or, le législateur recule devant les définitions et ne s'occupe pas de questions qui sont du domaine de la doctrine. Le silence de la loi ne prouve donc rien. Que la subrogation repose sur une fiction, cela ne saurait être nié. Pothier vient de nous le dire et de le prouver. Le paiement fait avec subrogation est un vrai paiement, donc il éteint la créance, et néanmoins la créance est transportée au tiers qui paye le créancier et voilà la fiction : elle est évidente. Il est tout aussi certain que la fiction doit être une cession; c'est le seul moyen juridique par lequel la créance puisse passer du créancier au tiers; le tiers est donc censé acheter la créance. Telle est, au fond, l'opinion de tous les auteurs; seulement les uns limitent la fiction aux accessoires de la créance, tandis que les autres l'appliquent à la créance elle-même.

(1) Pothier, *Introduction à la Coutume d'Orléans*, tit. XX, n^{os} 66 et 67.

Les orateurs du gouvernement et du Tribunat s'expriment dans le même sens, ils ne prononcent pas le nom de cession, mais ils disent la chose. A vrai dire, le mot de *cession* n'est pas le terme technique dont le code se sert pour marquer la vente d'une créance; le chapitre VIII du titre de la *Vente*, qui traite de cette matière, est intitulé : « Du transport des créances et autres droits incorporels. » Eh bien, Bigot-Préameneu dit en toutes lettres, dans l'Exposé des motifs, que si le tiers qui paye se fait subroger aux droits du créancier, ce n'est plus un paiement, c'est un *transport* de l'obligation. Cela est trop absolu; plus loin l'orateur du gouvernement dit que l'acte par lequel le créancier subroge le tiers qui le paye dans ses droits contre le débiteur diffère du transport de la créance (1); en cela il ne fait que suivre Pothier qui, après avoir dit que la subrogation est une cession fictive, explique les différences qui existent entre la subrogation et la cession. Jaubert, qui était un théoricien, est plus explicite : « Si le créancier reçoit volontairement d'un tiers, il peut transporter tous ses droits à ce tiers, ce tiers devient *cessionnaire* (2). » Voilà les deux termes par lesquels on indique la vente d'une créance, c'est un *transport-cession*. Mouricault, l'orateur du Tribunat, se place sur le terrain pratique, et là il paraît n'y avoir aucune différence entre la cession et la subrogation. Celui, dit-il, qui intervient pour payer le créancier, et désire la subrogation, n'a d'autre motif apparent que d'*acquérir* la créance; il faut donc qu'il s'adresse aux propriétaires de cette créance (3) : c'est dire qu'il y a achat de la créance par le subrogé.

7. On pourrait induire des paroles de l'orateur du Tribunat que la subrogation est une véritable vente; ce serait dépasser sa pensée; il ne se proposait pas d'examiner s'il y a une différence entre la cession et la subrogation, il marquait seulement en passant quel était le caractère de la subrogation; elle implique un transport de créance; mais le transport est fictif, car, en réa-

(1) Exposé des motifs, n^{os} 114 et 128 (Loché, t. VI, p. 163 et 170).

(2) Jaubert, Rapport, n^o 20 (Loché, t. VI, p. 209).

(3) Mouricault, Discours, n^o 37 (Loché, t. VI, p. 250).

lité, il y a un paiement, et une créance éteinte par le paiement ne peut pas être cédée. Il faut donc maintenir l'élément de fiction. C'est un point très-important, non-seulement au point de vue de la théorie, mais aussi pour l'application de la loi. Si la subrogation était une véritable vente, elle resterait dans le droit commun, et il faudrait interpréter les dispositions de la loi d'une manière extensive, comme on le fait de toutes les dispositions qui concernent les contrats. Tandis que, si la subrogation est une fiction légale, elle est de la plus stricte interprétation. D'abord elle est de droit étroit, comme le dit la cour de Poitiers, et ne peut être admise hors des cas prévus par la loi (1); puis elle doit être restreinte, quant à ses effets, dans les limites que la loi a tracées, c'est-à-dire qu'il faut voir en quoi consiste la fiction, au profit de qui elle est établie et à l'égard de qui la fiction est étrangère. C'est parce que la jurisprudence ne procède pas d'un principe certain en cette matière, qu'elle est si hésitante et si remplie de contradictions.

Il a été jugé, par application de ce principe, qu'un bordereau de collocation ne subroge pas le créancier aux droits de son débiteur. En effet, il n'y a, dans ce cas, ni subrogation conventionnelle, en vertu de l'article 1250, ni subrogation légale, en vertu de l'article 1251; donc il n'y a aucune cause qui permette au créancier de demander contre l'acquéreur la résolution de la vente pour défaut de paiement du prix (2).

8. Nous allons voir d'autres conséquences de notre principe; avant tout il faut le défendre contre ceux qui nient toute fiction en assimilant entièrement la subrogation à un transport de créance. Les premiers commentateurs du code s'y sont trompés; ils ont pris au pied de la lettre ce que Dumoulin disait des effets de la subrogation: elle a le même effet, dit-il, que si la créance avait été vendue au subrogé. Cela est vrai en un certain sens, mais cela ne veut pas dire que la subrogation soit

(1) Poitiers, 22 avril 1825 (Dalloz, au mot *Privilèges et Hypothèques*, n° 2351, 3°).

(2) Orléans, 18 novembre 1836 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 2426, 3°).

une vente. C'est néanmoins la conclusion que Toullier en tire: Il n'y a pas de différence, dit-il, entre la cession et la subrogation consenties par le créancier; ou, si l'on en veut trouver une, il faut dire qu'il existe entre elles la même différence qu'entre la cause et l'effet. La cession est la cause, la subrogation est l'effet. Le tiers qui paye n'est subrogé ou mis dans la place du créancier que par la cession des droits de ce dernier. C'est par elle que le subrogé lui succède et représente sa personne (1). Toullier perd de vue que la subrogation accompagne le paiement; le code l'appelle un paiement avec subrogation; l'élément essentiel de la convention qui intervient entre le créancier et le tiers est donc un paiement; or, le paiement éteint la créance; comment concevoir qu'au moment même où la créance est éteinte elle soit vendue? Pothier a raison de dire que cela ne se comprend que par une fiction et la fiction n'est jamais l'image exacte de la réalité; le créancier est *censé* céder sa créance: voilà la fiction. La cession est donc fictive, et nous allons voir que la fiction diffère en bien des points de la réalité.

9. Peut-on effacer la fiction et assimiler entièrement la subrogation à un transport de créance? Cette confusion altérerait la notion de la subrogation. Le code en parle au chapitre du *Paiement*, tandis qu'il traite de la véritable cession au titre de la *Vente*. Cela suffit pour établir une distinction fondamentale entre la subrogation et le transport d'une créance: l'une est un paiement et l'autre est une vente. Cette différence, qui résulte de la nature des choses et que le code consacre par sa classification, est cependant méconnue dans l'application, tantôt par les auteurs, tantôt par la jurisprudence.

La cour d'Aix a nettement établi la différence qui existe entre la subrogation et la cession. Elle dit très-bien que l'objet principal et direct de la vente est de transporter la créance sur la tête de quelqu'un qui l'achète, tandis que la subrogation n'est que l'accessoire d'un paiement fait pour libérer le débiteur et éteindre une obligation.

(1) Toullier, t. IV, 1, p. 102, n° 118. Delvincourt, t. II, p. 559.

Dans la vente d'une créance, la commune intention des parties est d'aliéner et d'acquérir; au contraire, lorsqu'il se fait un paiement avec subrogation, le créancier qui subroge a l'intention, non pas de vendre, mais d'obtenir le paiement de ce qui lui est dû. Cet arrêt a été cassé. Que dit la cour de cassation? Que la subrogation consentie par le créancier a pour effet la transmission d'une créance, ainsi que de tous les droits qui s'y rattachent; la cour en conclut que cette subrogation reste soumise aux règles de la cession (1). La cour de cassation ne décide pas en termes absolus que la subrogation est un transport de créance; sa décision est spéciale, elle ne s'applique qu'à la subrogation conventionnelle de l'article 1250, n° 1, c'est-à-dire à la subrogation consentie par le créancier. Il y aurait donc deux espèces de subrogations: l'une serait une cession, et l'autre, que serait-elle? La cour de cassation ne le dit point. Si l'on demandait à la cour sur quoi elle fonde cette distinction? Ce n'est certes pas sur les textes, car nos textes ignorent la distinction imaginée par la cour. Le code ne connaît qu'une seule subrogation, celle qui donne au tiers subrogé tous les droits du créancier qu'il paye (art. 1249). La subrogation peut être conventionnelle ou légale; le code n'établit aucune différence entre ces deux espèces de subrogations, quant aux effets qu'elles produisent, bien moins encore entre les deux cas de subrogation conventionnelle de l'article 1250. Il faut donc dire que toute subrogation est une cession, ou qu'aucune subrogation n'est une cession véritable. La cour de cassation n'ose pas dire que toute subrogation est une cession, cela serait absurde. Il y a des cas de subrogation légale; dira-t-on que ce sont des ventes légales? Une vente légale est un non-sens. Il y a une subrogation conventionnelle consentie par le débiteur; dira-t-on que le débiteur vend la créance, alors que c'est le créancier qui en est le propriétaire? Encore un non-sens. Si toutes ces subrogations ne sont pas des ventes, il faut dire qu'aucune subrogation n'est une vente,

(1) Cassation, 4 février 1846 (Dalloz, 1846, 1, 49).

car la loi ne fait aucune différence entre les divers cas de subrogation. Cela nous paraît décisif au point de vue des textes, et ne sont-ce pas les textes qu'il faut consulter quand il s'agit de fictions?

10. La distinction que nous combattons a trouvé faveur en matière fiscale. Quels droits faut-il percevoir sur l'acte de subrogation? D'après les principes du droit civil, il faudrait répondre que la subrogation est un paiement, que le paiement est constaté par la quittance, que, par conséquent, il n'y a qu'un droit de quittance à percevoir. Nous comprenons que la régie n'ait pas admis une doctrine qui permettrait d'échapper aux droits établis pour la cession d'une créance; il suffirait de la déguiser sous la forme d'un acte de subrogation. La subrogation donne au subrogé les mêmes avantages qu'un acte de vente; pourquoi ne payerait-il pas les mêmes droits? Au point de vue fiscal, cela est évident. Mais comment motiver cette distinction? On ne peut le faire qu'en prenant appui sur le droit civil; or, le droit civil ne distingue pas. Un excellent jurisconsulte a essayé de justifier la jurisprudence de la régie. Championnière écarte d'abord la subrogation légale; le but unique du législateur, dit-il, a été la libération du débiteur; il veut faciliter les moyens de faire payer sa dette; pour cela il n'avait besoin que de transmettre à celui qui paye les privilèges et hypothèques de la créance qu'il s'agit d'éteindre; il n'est pas nécessaire de céder la créance, et de fait il n'y a pas de cession de créance dans les divers cas de subrogation légale. Reste la subrogation conventionnelle. Quand elle se fait par le débiteur, il y a, outre le paiement, un emprunt. Quant à la subrogation consentie par le créancier, c'est une cession fictive, selon Pothier; on peut donc exiger le droit de cession de créance (1). L'argumentation nous paraît très-faible. Pothier ne limite pas la définition de la subrogation au cas où le créancier consent la subrogation; toute subrogation est une fiction, car toute subrogation accompagne le paiement; il y a donc dans toute

(1) Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, t. II, p. 267, nos 1243-1252.

subrogation un mélange de paiement, ce qui est le fait réel; et de cession, ce qui est la fiction légale. La distinction de Championnière manque de base; elle n'en a ni dans la tradition, ni dans les principes, et le texte du code y est également contraire; il ignore toute distinction, il ne connaît qu'une seule subrogation, et il y attache les mêmes effets, qu'elle soit conventionnelle ou légale, qu'elle soit consentie par le créancier ou par le débiteur.

La jurisprudence a consacré le système de la régie. Mais grand est l'embarras des tribunaux quand il s'agit de motiver leurs décisions. Nous citerons un arrêt de la cour de cassation de Belgique. Elle a décidé, comme le font les cours de France, que l'acte par lequel le créancier reconnaît avoir reçu une somme d'un tiers payant pour compte et à la décharge du débiteur, avec subrogation expresse au profit du tiers, ne contient pas une quittance pure et simple, que c'est un transport de créance soumis au droit d'un pour cent. Le tribunal de Gand avait jugé, conformément à la doctrine de Merlin, que le paiement éteint la première créance et que la subrogation ne la fait pas revivre, que son seul effet est de transmettre au subrogé les garanties accessoires de l'ancienne créance. Cette décision était en opposition avec la lettre de la convention et avec le texte de l'article 1250, n° 1, que l'acte reproduisait littéralement. Restait à qualifier le fait juridique, tel qu'il est consacré par loi. Il est impossible, dit la cour, qu'une subrogation telle qu'elle est qualifiée dans cet article, ne constitue pas une cession de créance (1). C'est une affirmation énergique, mais ce n'est qu'une affirmation, et affirmer n'est pas prouver. La cour met la subrogation consentie par le créancier absolument sur la même ligne que la cession, elle les identifie. Ainsi formulée, la décision de la cour est en opposition avec la tradition, avec les principes et avec le texte du code. C'est ce que la cour elle-même a reconnu dans un arrêt postérieur où les intérêts du fisc n'étaient point en cause. Nous y reviendrons.

(1) Cassation, 3 décembre 1838 (*Pasicriste*, 1838, I, 410).

En résumé, la théorie fiscale n'a aucune base juridique. Tout ce que l'on peut dire, c'est qu'il y a une lacune dans la loi sur l'enregistrement. La subrogation n'est pas un simple paiement, elle accompagne le paiement et transporte la créance payée au subrogé; mais la subrogation n'est pas non plus une pure cession; il y a des différences essentielles que nous allons signaler. La loi fiscale aurait donc dû mentionner la subrogation à part en la tarifant.

N° 2. SUBROGATION ET CESSION.

11. Nous admettons avec Pothier que la subrogation est une cession fictive. Si la fiction était identique avec la réalité, il en faudrait conclure que la subrogation produit tous les effets d'une cession de créance. Mais la conclusion pèche par sa base. La fiction, loin d'être l'expression exacte de la réalité, est, au contraire, en opposition avec la réalité, sans cela le législateur n'aurait pas besoin de feindre. Pothier nous dit en quoi consiste la fiction et quelle est la réalité. Le paiement, quoique fait avec subrogation, est un vrai paiement, et telle est certainement la théorie du code, puisqu'il qualifie le fait juridique de *paiement avec subrogation*. Ce n'est que par une fiction que le subrogé est censé avoir acheté la créance. On peut donc dire que la subrogation est une cession fictive, tandis que la cession véritable est une vente. Quelle différence y a-t-il entre la cession véritable et la cession fictive qui existe dans le paiement avec subrogation?

Le paiement, quoique fait avec subrogation, dit Pothier, est un vrai paiement; or, l'objet essentiel du paiement, c'est l'extinction d'une dette, la libération du débiteur. Ce caractère subsiste dans le paiement avec subrogation. Vainement dit-on que le tiers qui se fait subroger a encore un autre but, celui de succéder aux droits du créancier; nous répondons que ce n'est pas là un but, c'est un moyen. Le tiers qui paye la dette fait une avance, il veut rentrer dans son avance; c'est pour