

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

avoir une garantie qu'elle lui sera remboursée qu'il stipule la subrogation; il se contenterait des accessoires s'il pouvait succéder aux droits accessoires sans succéder au droit principal. Ainsi la subrogation n'est pas pour le subrogé une spéculation, il ne veut pas acquérir la créance, il veut s'assurer son remboursement. Il en est autrement dans le transport d'une créance; c'est une vente et toute vente est une spéculation; le vendeur cherche à vendre aussi cher que possible, l'acheteur à payer le moindre prix. Le but de l'acheteur est d'acquérir la créance, en tâchant d'obtenir le montant intégral de la créance, quoiqu'il l'ait achetée au-dessous de la valeur nominale: c'est en cela que consiste la spéculation. Ainsi le cessionnaire n'entend pas du tout libérer le débiteur; la cession a d'ordinaire pour effet d'aggraver sa condition, car le cessionnaire, achetant pour spéculer, se montrera plus sévère que le cédant. Aussi la loi qui favorise la libération, et par suite le paiement avec subrogation, est-elle loin de favoriser la cession de créances, elle s'en défie; elle craint les abus, elle entrave jusqu'au droit de propriété et permet d'exproprier le cessionnaire quand la cession a pour objet un droit litigieux (art. 1699); elle défend à certaines personnes d'acheter des droits litigieux (art. 1597) ou même des droits non litigieux (article 450). Aucune de ces restrictions n'existe pour la subrogation; loin de là, la loi la favorise.

Il y a cependant dans la subrogation une cession fictive. Quel est l'objet de la fiction, et à l'égard de qui produit-elle des effets? La fiction est étrangère au créancier, en ce sens que ce n'est pas dans son intérêt qu'elle est établie. Il reçoit ce qui lui est dû; donc à son égard, comme le dit Pothier, le paiement, quoique fait avec subrogation, est un véritable paiement. Il est vrai que la subrogation est une cession fictive et le créancier y figure comme cédant, c'est-à-dire comme vendeur, mais ce n'est pas lui qui demande à vendre; il n'y a aucun intérêt, il a droit à la somme qu'il touche. C'est le tiers, dont il reçoit son paiement, qui est intéressé à succéder aux droits du créancier, et pour y arriver on feint une cession;

Le tiers est censé acheter la créance avec ses accessoires; ce qu'il paye au créancier est censé le prix de la vente. Cette fiction est étrangère au créancier, il ne reçoit pas un prix de vente, il reçoit le paiement de ce qui lui est dû. Si la fiction est étrangère au créancier, elle ne peut ni lui profiter, ni lui nuire; elle ne lui profite pas, puisqu'il aurait reçu son dû sans la subrogation; elle ne lui nuit pas, parce qu'il serait contraire à tout principe qu'une fiction imaginée dans l'intérêt du tiers subrogé pût être invoquée contre le créancier à qui elle est étrangère. La fiction n'a d'effet qu'à l'égard du subrogé; c'est pour lui qu'elle a été créée, elle ne profite qu'à lui. Sous ce rapport encore, la fiction d'une cession diffère grandement de la cession véritable; la cession est une vente et la vente profite au vendeur aussi bien qu'à l'acheteur; elle est, du moins, contractée dans un intérêt réciproque, c'est pour cela qu'on l'appelle un contrat commutatif (1).

12. De ce principe découlent des conséquences importantes. Elles sont la plupart controversées, cela tient à l'incertitude qui règne toujours sur le principe; une fois le principe admis, les conséquences ne sauraient être douteuses. La cession est une vente; pour vendre il faut avoir la capacité d'aliéner; celui qui est incapable d'aliéner est par cela même incapable de céder une créance. La subrogation est un paiement; donc celui qui est capable de recevoir un paiement peut consentir une subrogation. Que l'on n'objecte pas que la subrogation implique une cession; une cession fictive, oui; mais la fiction est étrangère au subrogeant, à son égard la subrogation n'est qu'un paiement: ce qui est décisif. De là suit que le cocréancier solidaire ne peut pas céder la créance commune, car il n'en est pas le maître (2), mais il peut consentir une subrogation, car il a mandat de recevoir le paiement. Cela est aussi fondé en raison. Le

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 173, § 321. Mourlon, *De la subrogation*, p. 12. Colmet de Santerre, t. V, p. 358, n° 189 bis VII. La cour de cassation de Belgique a nettement décidé la question en ce sens, par arrêt du 12 janvier 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 1, 34).

(2) Voyez le tome XVII de mes *Principes*, nos 259, p. 263.

créancier solidaire ne peut faire que ce qui est utile à ses cocréanciers; or, la cession de la créance pourrait leur être désavantageuse, tandis que la subrogation ne peut jamais leur nuire. Par la même raison, le mari administrateur sous le régime de la communauté légale ne peut céder une créance personnelle à sa femme, car il n'a pas le droit d'aliéner ce qui appartient à sa femme; mais il peut, en recevant le paiement de ce qui lui est dû, subroger le tiers qui le paye aux droits de la femme créancière, car, comme administrateur, il a le droit de recevoir le paiement des créances personnelles à la femme, et la subrogation est un paiement.

Par contre, certaines personnes sont incapables d'acheter une créance, bien qu'elles aient capacité de recevoir le paiement. Le tuteur ne peut accepter la cession d'aucun droit ou créance contre son pupille (art. 450). Peut-il stipuler la subrogation en faisant un paiement volontaire pour son pupille? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. Payer avec subrogation, c'est faire un paiement, ce n'est pas acheter. Vainement dira-t-on que le tuteur acquiert par la subrogation une créance contre son pupille, ce que la loi défend. Non, la loi défend au tuteur d'acheter une créance contre son pupille, elle ne lui défend pas de payer avec subrogation. La distinction est fondée en raison. Acheter une créance, c'est spéculer; or, la loi ne permet pas au tuteur de spéculer aux dépens de son pupille, tandis que payer, c'est libérer le débiteur; le paiement avec subrogation ne peut qu'être favorable au mineur, tandis que la cession pourrait lui être onéreuse. On objecte que rien ne sera plus facile au tuteur que d'éluder la prohibition de la loi, en faisant, sous le nom de subrogation, une cession prohibée. Nous répondons que la fraude ne prouve pas contre le droit; si la fraude est prouvée, l'acte sera annulé (1).

13. Les conditions requises pour la validité de la cession différent de celles que la loi prescrit pour la validité de la subrogation. Nous ne parlons pas de la subrogation

(1) Mourlon, *De la subrogation*, p. 14, 29 et suiv. Gauthier, p. 101 et suiv., nos 103 et 104. En sens contraire, Duranton, t. XII, p. 188, nos 121 et 122

légale, il n'y a pas de vente légale. Nous parlons de la subrogation consentie par le débiteur; il ne peut pas vendre ce qui ne lui appartient pas, il ne peut donc pas vendre la créance; la loi lui permet néanmoins de subroger le prêteur aux droits du créancier; c'est dire que la subrogation n'est pas une cession. La subrogation consentie par le créancier ressemble à une cession, puisque la convention aboutit à transporter la créance payée au tiers qui a fait le paiement. Néanmoins les conditions diffèrent. L'article 1250, n° 1, veut que la subrogation soit expresse et faite en même temps que le paiement; ces conditions sont requises, parce que la subrogation est une fiction, elles sont étrangères à la vente qui est une opération réelle sans fiction aucune. C'est la remarque faite par la cour de cassation de Belgique (1).

Il y a aussi une différence quant aux conditions de forme. Aux termes de l'article 1690, le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur ou par l'acceptation que ferait le débiteur du transport dans un acte authentique. La loi ne prescrit pas cette formalité pour la subrogation, alors même qu'elle serait consentie par le créancier; donc la subrogation existe à l'égard des tiers comme entre les parties, dès que le créancier l'a consentie, comme le veut l'article 1250, d'une manière expresse et au moment où il reçoit le paiement. La question est cependant très-controversée, ce qui prouve que le principe est toujours incertain. Qu'importe, dit-on, qu'il y ait transport ou subrogation? Dans l'un et l'autre cas, la créance passe au subrogé comme au cessionnaire; dans l'un et dans l'autre cas, le débiteur et les tiers ont intérêt à connaître le changement qui s'est opéré dans la personne du créancier; donc on doit observer pour la subrogation les formes prescrites pour la cession. En théorie, cela est très-vrai; aussi le législateur belge, en prescrivant l'inscription des cessions de créances hypothécaires et privilégiées, a-t-il soumis à la même formalité la subrogation quand

(1) Rejet, 12 janvier 1872 (*Pasicriste*, 1872, 1, 54).

elle a pour objet une créance garantie par un privilège ou par une hypothèque (loi hypoth., art. 5).

Mais ce que le législateur peut faire, l'interprète ne le peut pas. En vain dit-on que la subrogation est un transport; nous savons d'avance répondu à l'objection. Non, la subrogation n'est pas une cession; seulement les mêmes motifs pour lesquels la loi prescrit certaines formalités dans l'intérêt des tiers, en cas de cession, existent en cas de subrogation. Quoique ces actes diffèrent à bien des égards, ici il y a analogie; mais l'analogie ne suffit point pour que l'interprète étende à la subrogation des conditions et des formes que la loi n'établit que pour le transport. Toutefois les auteurs qui enseignent que la subrogation ne doit être ni notifiée ni acceptée s'accordent à dire que la prudence exige que le subrogé fasse connaître la subrogation au débiteur et même à la caution; car dans l'ignorance où ils seraient de la subrogation, ils pourraient payer au subrogeant leur ancien créancier et le paiement serait certainement valable, puisqu'il aurait été fait au possesseur de la créance (art. 1240), mais une notification quelconque, une simple lettre même suffiraient (1).

La jurisprudence est divisée comme la doctrine. Notre cour de cassation s'est prononcée pour l'opinion que nous venons d'enseigner par un arrêt très-bien motivé. La cour pose en principe que le paiement avec subrogation consentie par le créancier est une convention qui diffère du transport de créance; l'une est un paiement, dont la loi traite au chapitre du *Paiement*; l'autre est une vente, et la loi en traite au titre de la *Vente*. Il est vrai que la subrogation contient une cession fictive. Mais jusqu'où doit aller la fiction? La cour de Douai répond très-bien que l'article 1250 décide la question; c'est au législateur et à lui seul à déterminer les effets que doit produire la cession fictive, il le dit dans l'article 1250, cela est décisif; l'interprète ne peut pas aller plus loin

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 174, note 21, § 321. Colmet de Santerre, t. IV, p. 360, n° 189 bis X. Demolombe, t. XXVII, p. 280, n° 329. En sens contraire, la plupart des auteurs.

sans étendre une fiction légale, et il n'a pas ce droit (1).

14. L'article 1693 porte : « Celui qui vend une créance ou autre droit incorporel doit en garantir l'existence au temps du transport, quoiqu'il soit fait sans garantie. » C'est le droit commun en matière de vente. Le créancier qui consent la subrogation est-il aussi tenu de la garantie, si la créance dont il a reçu le paiement n'existait pas lors de la subrogation? Non, car il n'est pas vendeur, il ne peut donc être tenu des obligations que la loi impose à celui qui vend. Il reçoit ce qui lui est dû, dit Renusson (2); s'il reçoit ce qui ne lui est pas dû, il y a lieu à la répétition de l'indû, mais il ne saurait être question de garantie là où il n'y a point de vente. Il est vrai qu'il y a une cession fictive dans la subrogation; le créancier qui subroge cède ses actions; oui, dit Dumoulin, mais telles qu'il les a (3). Pothier résume la tradition tout ensemble et la vraie doctrine en écrivant : « La subrogation diffère du transport en ce que le créancier qui a subrogé à ses droits celui de qui il a reçu son dû n'étant réputé vendre et transporter sa créance que par une pure fiction qui ne doit pas lui préjudicier, il ne s'oblige à aucune garantie (4). » L'orateur du gouvernement, qui a exposé les motifs du titre des *Obligations*, reproduit cette doctrine : « Le transport est une aliénation qui de droit emporte la garantie à laquelle le créancier reste obligé. Par le paiement avec subrogation toute obligation est éteinte à l'égard du créancier et, par conséquent, il n'en contracte aucune à l'égard du subrogé (5).

Ainsi les auteurs du code, d'accord avec la tradition, distinguent nettement la subrogation qui est un paiement de la cession qui est une vente. La conséquence qui découle du principe est évidente, la cour de cassation de Belgique l'a formulée : le cédant est tenu de la garantie,

(1) Arrêt précité de la cour de cassation de Belgique (p. 27, note 1). Douai, 27 juillet 1857 (Dalloz, 1858, 2, 51). En sens contraire, Paris, 15 juillet 1856, non motivé (Dalloz, 1857, 2, 121).

(2) Renusson, *De la subrogation*, chap. II, p. 29, n° 22.

(3) Dumoulin, *De usuris*, n° 672 (*Op.*, t. II, p. 277).

(4) Pothier, *Introduction à la coutume d'Orléans*, tit. XX, n° 66.

(5) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, n° 128 (Loché, t. VI, p. 170).

le créancier subrogeant n'en est pas tenu (1). La cour de cassation de France s'est prononcée pour l'opinion contraire, sur les conclusions de Delangle; nous ne connaissons pas ces conclusions et l'arrêt de la cour est à peine motivé. Elle pose en principe, ce qu'il fallait démontrer, que la subrogation consentie par le créancier, *ayant pour objet la transmission d'une créance*; reste soumise aux règles d'une cession; d'où elle conclut que, de même qu'en matière de cession, l'existence de la créance à céder est la condition essentielle de la validité de la subrogation (2). Non, la subrogation n'a pas pour objet la transmission d'une créance; le texte même du code dit le contraire, car il la qualifie de *payement* avec subrogation; c'est donc le payement qui est l'objet du fait juridique, et le payement peut-il obliger le créancier qui le reçoit? Ce payement, sans doute, n'est pas un payement ordinaire, car le créancier transmet sa créance au tiers qui le paye. Voilà, dira-t-on, le transport. Oui, mais un transport fictif; et qui donne à la cour de cassation le droit d'étendre à une cession fictive ce que la loi dit d'une cession réelle? Il est très-vrai que l'existence de la créance est nécessaire pour qu'il y ait subrogation, comme elle est nécessaire pour qu'il y ait vente; mais là n'est pas la question; il s'agit de savoir quels sont les effets d'un vente quand la chose vendue n'existe pas, et quels sont les effets du payement avec subrogation quand le subrogé a payé une créance qui n'existait point. Or, les différences sont grandes dans l'une et l'autre hypothèse.

Le créancier cède une créance qui n'existe pas; il est tenu de la garantir (art. 1693). Si le créancier reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, il s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu. La garantie et la répétition de l'indû sont-ils par hasard un seul et même droit?

Celui qui agit en garantie n'a qu'une chose à prouver, la non-existence de la créance. Celui qui agit en répéti-

(1) Rejet, 12 janvier 1872 (*Pasicriste*, 1872, 1, 34).

(2) Cassation, 4 février 1846 (*Dalloz*, 1846, 1, 49), et sur renvoi, Montpellier, 15 décembre 1847 (*Dalloz*, 1848, 2, 29).

tion de l'indû a des preuves difficiles à faire : il faut qu'il prouve le payement, puis que ce payement a été fait par erreur, et sans qu'il y eût une dette à sa charge. Les résultats de l'une et de l'autre action diffèrent également. Celui qui agit en garantie est pleinement indemnisé de la perte qu'il a subie et du gain qu'il n'a point fait. Le créancier qui reçoit ce qui ne lui est pas dû doit restituer ce qu'il a reçu, mais seulement en tant qu'il s'est enrichi, s'il est de bonne foi; c'est seulement quand il est de mauvaise foi qu'il doit la réparation de tout le préjudice qu'il a causé par son dol. Il y a d'autres différences que nous négligeons. Il importe donc beaucoup de savoir si le créancier doit la garantie, ou s'il est tenu de restituer ce qu'il a indûment reçu. La cour de cassation confond donc deux ordres d'idées tout à fait distincts (1).

15. L'article 1252 établit le principe que la subrogation ne peut nuire au créancier; la loi en conclut que s'il n'est payé qu'en partie, il peut exercer ses droits pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un payement partiel. Nous reviendrons sur cette disposition que l'on a eu tort de critiquer; le créancier ne reçoit que ce qui lui est dû; s'il consent la subrogation, c'est uniquement dans l'intérêt du subrogé; de là suit qu'on ne peut jamais se prévaloir de la subrogation contre lui. Il en est tout autrement de la cession : le créancier qui cède une partie de sa créance ne pourrait pas invoquer l'art. 1252; la cession se fait dans son intérêt et dans celui du cessionnaire; il est donc juste qu'ils soient sur un pied d'égalité parfait; si, en cas de cession partielle, il y a une perte à supporter, elle doit retomber sur le cédant et sur le cessionnaire à proportion de leur part dans la créance (2).

16. Les cessions de créances en matière civile se font presque toujours pour un prix inférieur au montant nominal de la créance; cela n'empêche pas que le cessionnaire ne puisse réclamer le payement intégral de la créance qu'il a achetée; le tiers débiteur ne peut pas se prévaloir de ce qui s'est passé entre le cédant et le ces-

(1) Mourlon, *De la subrogation*, p. 14 et 15. Gauthier, p. 34, n° 99-102 Aubry et Rau, t. IV, p. 174 et suiv., notes 24, 25.

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 175. Voyez, plus loin, n° 132.

sionnaire, il reste étranger à la cession, et ce n'est pas dans son intérêt qu'elle se fait. C'est une spéculation qui a quelque chose d'aléatoire; le cessionnaire doit profiter des bonnes chances, comme il subit les mauvaises. Il n'en est pas de même de la subrogation : c'est un paiement; si la loi autorise la fiction qui permet au créancier de transporter au subrogé les droits du créancier qu'il paye, c'est pour favoriser la libération. Donc le paiement avec subrogation comme sans subrogation se fait dans l'intérêt du débiteur; tout ce qui résulte du paiement avec subrogation, c'est que le subrogé peut réclamer contre le débiteur le remboursement de ses avances avec les garanties qui étaient attachées à la créance primitive. Si donc le créancier a consenti à recevoir une somme moindre que le montant nominal de la créance, le subrogé ne peut réclamer contre le débiteur que ce qu'il a déboursé. Tous les auteurs sont d'accord sur ce point; de jurisprudence il n'y en a point, le cas ne pouvant guère se présenter. Le créancier ne consentira à recevoir moins que le montant nominal de sa créance que si le débiteur est insolvable et si les garanties personnelles ou réelles attachées à la créance sont insuffisantes; dans ces conditions, il se trouvera difficilement un tiers qui consente à payer pour le débiteur, même avec subrogation. Supposons que le cas se présente. Le subrogé a payé 10,000 francs alors que le montant de la créance est de 12,000 fr. Il ne peut répéter que 10,000 francs; mais pourquoi? Dans le système de Merlin, la réponse est très-simple : l'action du subrogé n'est pas l'action du créancier, c'est l'action du mandat ou de la gestion d'affaires, c'est-à-dire une action en remboursement des avances faites par le mandataire ou le gérant. Dans l'opinion générale que nous avons suivie, le subrogé succède à la créance même qu'il paye. Pourquoi ne peut-il pas l'exercer en entier? A quel titre le débiteur se prévaudra-t-il d'une convention à laquelle il est resté étranger? La réponse se trouve dans le principe qui domine cette matière (n° 1). A la différence de la cession, la subrogation n'est pas une spéculation, c'est un paiement; quoique avancé par un tiers, le paiement se fait

dans l'intérêt du débiteur, le subrogé fait l'affaire du débiteur, il ne peut donc réclamer que ses avances. La loi ne le dit pas, elle n'avait pas besoin de le dire; cela résulte de la nature même du paiement, et la subrogation est un paiement (1).

17. On dit d'ordinaire, et cela est vrai en général, que le tiers qui paye a intérêt à obtenir la subrogation; elle lui assure les garanties accessoires attachées à la créance qu'il paye. Le cessionnaire a les garanties de plein droit, puisque la cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque (art. 1692). Mais le subrogé a encore une action que le cessionnaire n'a pas : il paye d'ordinaire comme mandataire ou comme gérant d'affaires; il a donc l'action du mandat ou de gestion d'affaires, outre celle qui est attachée à la créance qu'il a acquittée. Généralement cette dernière est plus favorable, et elle rend l'autre inutile. Toutefois il se peut que l'action personnelle née du mandat ou de la gestion d'affaires présente plus d'avantage que les garanties réelles qui sont l'objet de la subrogation. Si la dette que le tiers a acquittée ne produisait pas d'intérêts, le subrogé n'en peut pas réclamer du chef du subrogeant; mais, comme mandataire ou gérant d'affaires, il a droit à l'intérêt de ses avances; il est donc intéressé à intenter l'action de mandat ou de gestion d'affaires, pourvu que le débiteur soit solvable (2).

18. Nous venons de signaler les différences importantes qui existent entre la cession et la subrogation. Il y a aussi des analogies incontestables. Les analogies sont telles qu'elles ont prêté à la confusion : entre le tiers subrogé et le débiteur la subrogation a les effets de la vente. Dans l'un et l'autre cas, le débiteur reste débiteur, et de la même dette; les garanties personnelles et réelles subsistent, il y a seulement changement de créancier, sans toutefois qu'il y ait novation (3). Les analogies étant

(1) Duranton, t. XII, p. 188, n° 122. Colmet de Santerre, t. V, p. 358, n° 189 bis VIII; Aubry et Rau, t. IV, p. 174, note 23, § 321. Mourlon, *De la subrogation*, p. 26. Demolombe, t. XXVII, p. 278, n° 328.

(2) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 611 et suiv.

(3) Duranton, t. XII, p. 188, n° 121.

si considérables, la confusion est facile, car les différences tiennent à des distinctions assez délicates. Comment distinguera-t-on, en fait, la subrogation du transport? Quand il s'agit de contrats qui ont une grande analogie, tels que la vente et l'échange, on prend en considération les termes de l'acte, termes dont tout le monde connaît la signification. Les auteurs ont raison de dire que, dans notre espèce, il faut se défier des termes dont les parties ou le rédacteur de l'acte se servent; les praticiens emploient indifféremment les expressions *céder* et *subroger*, parfois ils les cumulent. Sera-ce une cession? Sera-ce une subrogation? Les auteurs établissent des présomptions, et chacun a les siennes. Il y a un caractère qui est décisif quand il est constant : si l'opération se fait dans l'intérêt du débiteur, c'est un paiement; si elle se fait dans l'intérêt du créancier, c'est une cession. Mais comment savoir si le tiers paye dans l'intérêt du débiteur ou dans son propre intérêt? Ici viennent les probabilités, les présomptions de fait (1); nous croyons inutile de les reproduire, parce que nous doutons fort que toutes ces présomptions éclairent le débat, elles ne servent guère qu'à donner des arguments aux plaideurs. C'est dans les circonstances de chaque cause que le juge doit puiser les éléments de sa décision; après tout ce que nous venons de dire des caractères qui distinguent la subrogation, il est inutile de les répéter pour en induire des présomptions (2).

§ II. De la subrogation conventionnelle.

19. La subrogation est conventionnelle ou légale (art. 1249). Elle est conventionnelle dans deux cas : d'abord quand elle est consentie par le créancier, ensuite quand elle est consentie par le débiteur (art. 1250, 1° et 2°).

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 360, n° 189 bis XII. Demolombe, t. XXVII, p. 329, n° 385. Duranton, t. XII, p. 191, n° 122. Aubry et Rau, t. XV, p. 175, note 27, § 321.

(2) Voyez un exemple dans l'espèce jugée par la cour de cassation de Belgique, que nous avons citée à plusieurs reprises (p. 30, note 2).

N° 1. DE LA SUBROGATION CONSENTIE PAR LE CRÉANCIER.

I. Qui peut consentir la subrogation et au profit de qui?

20. L'article 1250, 1°, répond à notre question. « Le créancier, recevant son paiement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits, actions, privilèges ou hypothèques contre le débiteur. » Tout se passe donc entre le créancier et le tiers qui le paye : celui-ci offre le paiement en demandant la subrogation et le créancier y consent. Le débiteur n'intervient pas, il reste étranger à la subrogation, quoi qu'elle se fasse, en un certain sens, contre lui, le subrogé succédant à tous les droits que le créancier avait contre son débiteur. Pourquoi le débiteur ne concourt-il pas à la subrogation? Parce qu'il n'a pas de consentement à donner, ni à refuser. Le créancier pourrait vendre la créance à l'insu du débiteur et malgré lui; s'il peut faire une cession véritable, il doit aussi avoir le droit de faire une cession fictive. Cela est encore plus évident quand on considère quel est l'objet principal de la subrogation : c'est un paiement; or, le débiteur ne doit pas intervenir dans le paiement qu'un tiers fait de la dette; le tiers peut même payer en son nom propre (art. 1236), et, dans l'opinion commune, il peut payer malgré le débiteur (1). Donc le débiteur ne doit intervenir ni dans le paiement ni dans la subrogation. Il change de créancier, il est vrai, et il est intéressé à savoir à qui il doit et peut payer; le législateur aurait donc dû prescrire une notification quelconque de la subrogation au débiteur. Il ne l'a pas fait, c'est une lacune, mais la lacune ne nuit pas au débiteur; le paiement qu'il fera de bonne foi entre les mains de son créancier primitif sera valable. En définitive, il est entièrement désintéressé dans la convention de subrogation qui intervient entre le créancier et le subrogé.

21. Qui a le droit de subroger? C'est le créancier rece-

(1) Voyez le tome XVII de mes *Principes*, p. 476, n° 485.