

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.

vant son paiement d'un tiers. D'après l'article 1239, le paiement doit être fait au créancier ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui, ou qui soit autorisé par justice ou par la loi à recevoir pour lui. On demande si tous ceux qui ont pouvoir de recevoir pour le créancier ont le droit de subroger. Quand le pouvoir de recevoir le paiement dérive du pouvoir d'administration, l'affirmative n'est pas douteuse : le tuteur, le mari, le mandataire général ont droit de recevoir parce qu'ils sont administrateurs et, en cette qualité, ils peuvent aussi consentir la subrogation; celui qui subroge ne s'oblige pas et, en subrogeant, il reçoit le paiement que peut-être il n'aurait pas reçu du débiteur; l'administrateur améliore donc, en subrogeant, la condition de celui dont il gère les intérêts; ce qui est décisif. Il n'en est pas de même du mandat spécial; il résulte de la nature de ce pouvoir qu'il est limité à l'objet pour lequel il a été donné, et il est de principe que le mandataire ne peut rien faire au delà de ce qui est porté dans son mandat (art. 1989). De là suit que le mandat de recevoir le paiement ne donne pas le droit de subroger. Vainement dirait-on que le créancier n'a aucun intérêt à ne pas subroger, qu'il peut être intéressé, au contraire, à consentir la subrogation; nous répondons que c'est l'affaire du mandant. Le créancier peut refuser de subroger, la loi dit même que le tiers qui paye ne peut pas exiger la subrogation; donc autre chose est de recevoir le paiement, autre chose est de subroger; cela décide la question au point de vue du mandat. Quel sera l'effet de la subrogation si elle est consentie par un mandataire spécial qui avait seulement le droit de recevoir le paiement? La subrogation sera nulle, mais, d'après les principes qui régissent le mandat, la subrogation sera validée si le créancier la ratifie et, aux termes de l'article 1998, la ratification peut être expresse ou tacite (1).

**22.** C'est d'après ces principes qu'il faut décider la question de savoir si l'huissier chargé de recevoir le paiement a pouvoir de subroger celui qui payerait pour le

(1) Demolombe, t. XXVII, p. 303, n° 350. Aubry et Rau, t. IV, p. 170, § 321.

débiteur. Non, il ne peut pas subroger, mais si le créancier reçoit les deniers payés sous condition de subrogation, il valide ce que l'huissier a fait au delà de son mandat et, par suite, la subrogation sera valable.

La jurisprudence a hésité sur cette question, qui est si simple quand on s'en tient aux principes que le code formule au titre du *Mandat*. Il a été jugé en termes absolus que la subrogation consentie par l'huissier est valable à l'égard du débiteur (1). La cour de cassation a décidé, en sens contraire, que le mandat donné à un huissier de recevoir le paiement d'une lettre de change et, à défaut de paiement, de procéder à l'incarcération du débiteur, ne confère pas à l'officier ministériel le pouvoir de subroger le tiers qui l'a payé dans les droits de son mandant contre les endosseurs de cet effet : le mandat de recevoir aurait libéré les endosseurs si le débiteur avait payé, ou un tiers pour lui sans subrogation, tandis que la subrogation consentie par l'huissier faisait revivre la dette contre les endosseurs. On voit par là que recevoir le paiement n'est pas la même chose que subroger (2).

Que devient la subrogation irrégulièrement consentie par l'huissier? La cour de Nancy a jugé que l'huissier, porteur d'un pouvoir spécial, celui de saisir les biens des débiteurs si ceux-ci ne payaient pas le montant des obligations hypothécaires par eux souscrites, ne pouvait *peut-être* pas, en vertu de ce pouvoir, consentir la subrogation, mais qu'il avait été amené à le faire dans l'intérêt bien entendu de ses mandants; qu'en recevant le paiement d'un tiers et en le subrogeant, l'huissier avait *évidemment* procédé et pu procéder comme gérant d'affaires. L'arrêt ajoute que les créanciers avaient encaissé immédiatement les sommes touchées par l'huissier et atteint ainsi le but qu'ils se proposaient sans courir aucun risque, puisque les quittances délivrées au tiers payeur portaient qu'il était subrogé sans garantie aucune. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet. Mais la cour de cassation se

(1) Colmar, 21 décembre 1832 (Daloz, au mot *Saisie-exécution*, n° 67).

(2) Lyon, 2 février 1844, et Rejet, 2 août 1848 (Daloz, 1848, 1, 206).

garde bien de reproduire la théorie de la gestion d'affaires sur laquelle la cour de Nancy avait fondé sa décision. La jurisprudence abuse singulièrement de la gestion d'affaires; on dirait une panacée qui peut remédier à tous les vices et couvrir toutes les nullités. Les interprètes oublient que la gestion d'affaires est un quasi-contrat, ce qui suppose absence de consentement du maître; or, dans l'espèce, il y avait consentement, mais consentement de recevoir, et non consentement de subroger: le contrat excluait le quasi-contrat. C'était un mandataire qui dépassait les bornes de son mandat; ce qu'il faisait était nul, mais le mandant pouvait ratifier; la cour de cassation jugea qu'il avait ratifié en encaissant les deniers touchés par l'huissier (1). C'est l'application de l'art. 1998; la ratification équivaut au mandat, mais elle exclut la gestion d'affaires; celle-ci, quand elle existe, tient lieu de mandat sans ratification aucune.

**23.** Qui peut demander la subrogation? L'article 1250 répond: La tierce personne qui paye pour le débiteur. Donc tous ceux qui payent peuvent être subrogés par le créancier qui reçoit le paiement. La condition essentielle pour qu'il y ait subrogation, c'est que le tiers paye, c'est-à-dire qu'il remette les deniers au créancier. Un mandataire pourrait-il remettre les deniers au nom du tiers? La question ne devrait pas même être posée, car c'est demander si nous pouvons faire par mandataire ce que la loi nous permet de faire personnellement. Mais si le débiteur était porteur du mandat? Nous ne voyons toujours pas de motif de douter. Il est bien vrai que le débiteur n'intervient pas dans la subrogation que le créancier consent; mais est-ce intervenir dans un acte que d'y figurer comme mandataire? C'est le mandant qui seul y est partie, donc le tiers qui paye, et non le débiteur qui a seulement mandat de remettre les deniers. On insiste et l'on invoque l'autorité de Renusson. Mais Renusson suppose un prêt, de sorte que le débiteur est emprunteur, partant

(1) Nancy, 3 mai 1856 (Dalloz, 1856, 2, 261), et Rejet, chambre civile, 7 avril 1858 (Dalloz, 1858, 1, 155).

propriétaire des deniers qu'il remet au créancier en son propre nom. Ce n'est pas là le cas de l'article 1250, n° 1, c'est le cas du n° 2, c'est-à-dire de la subrogation consentie par le débiteur; il ne suffit pas, pour qu'il y ait subrogation dans ce cas, que le débiteur remette au créancier les deniers empruntés, il faut d'autres conditions et d'autres formes que nous exposerons plus loin. Telle n'est point notre hypothèse. Le débiteur se présente, non comme emprunteur, au nom d'un prêteur, il se présente comme mandataire d'un tiers qui paye; si le mandat est constant, nous sommes dans le cas prévu par le n° 1 de l'article 1250: la subrogation est parfaitement valable. On craint la fraude; la subrogation se fera pour le prêteur, dit-on, sans les garanties que la loi exige. Il va de soi que la fraude fait exception; on est toujours admis à la prouver par tout moyen de preuve, et si l'acte est frauduleux, il sera annulé (1).

#### II. Conditions requises pour la validité de la subrogation.

**24.** C'est le créancier qui subroge. La loi veut que la subrogation soit expresse. Pourquoi? Parce que la subrogation est une fiction; dans la réalité des choses, le paiement éteint la créance ainsi que les accessoires. Pour que la créance subsiste au moment même où on l'éteint en la payant, il faut une déclaration de volonté bien formelle. Quand il s'agit d'une exception, la loi et les principes veulent qu'elle soit stipulée expressément; à plus forte raison faut-il une convention expresse pour une fiction, c'est-à-dire pour un fait juridique qui est en opposition avec la réalité des choses. Un tiers paye, et il est censé acheter; le créancier reçoit ce qui lui est dû, et il est censé vendre. Si les parties entendent faire autre chose que ce qu'elles font, il faut qu'elles le disent.

En quel sens la subrogation doit-elle être *expresse*? Nous avons rencontré bien des fois ce terme, il donne

(1) Comparez Renusson, chap. XI, p. 317, nos 2-5; Demolombe, t. XXVII, p. 305, n° 352, p. 309, nos 358 et 360; Larombière, t. III, p. 189, art. 1250, n° 7 (Ed. B., t. II, p. 193).

parfois lieu aux plus vives controverses (art. 843). Quand on s'en tient au texte et à la signification du mot, il n'y a aucun doute; la loi veut que la volonté de subroger soit exprimée par le créancier, et comment exprime-t-on sa volonté? Par des paroles; il faut donc des paroles, non pas sacramentelles, mais des paroles qui rendent la même pensée que le mot *subroger* (1). Faut-il ajouter que la meilleure et la plus simple de toutes les expressions est celle dont la loi se sert? Il y a donc, en ce qui concerne la subrogation consentie par le créancier, une dérogation aux principes généraux qui régissent le consentement. Le consentement peut être tacite, tandis qu'en matière de subrogation il doit être exprès. Pourquoi la loi ne se contente-t-elle pas de la volonté tacite du créancier? Nous venons de répondre que les principes de droit exigent une déclaration qui ne laisse aucun doute sur la volonté des parties contractantes. Cela est aussi fondé en raison. La subrogation intéresse les tiers, elle peut donner lieu à bien des fraudes; il importe qu'elle soit certaine, évidente, au moment même où le créancier reçoit son paiement; et il n'y a qu'un moyen de lui donner cette certitude, c'est d'exiger une déclaration expresse.

Sur quoi doit porter cette déclaration? L'article 1250 dit que le créancier subroge le tiers dans ses droits, actions, privilèges ou hypothèques contre le débiteur. Faut-il que l'acte de subrogation reproduise cette énumération? La négative est certaine et admise par tout le monde. Nous dirons plus loin qu'il ne faut pas même d'acte, donc rien de solennel. Si l'article 1250, n° 1, énumère les droits auxquels le subrogé succède, il faut, dit Toullier, attribuer cette énumération à la malheureuse habitude d'employer toujours, en style de pratique, des redondances et des accumulations de mots inutiles, dans la crainte d'en oublier un qui soit nécessaire. Quand les rédacteurs des actes apprendront-ils à écrire simplement? Ici la loi elle-même donne le mauvais exemple; il est certain que l'énumération de l'article 1250, n° 1, est parfaitement inutile;

(1) Toullier, t. V, 1, p. 109, n° 121.

la loi s'en écarte dans le n° 2, où elle parle seulement de la subrogation *aux droits* du créancier; il en est de même dans l'article 1249. Cela suffit; le mot *subroger*, sans ajouter *aux droits*, suffit, car il a une signification technique; et quand le créancier déclare qu'il subroge le débiteur, il va sans dire qu'il le subroge à ses droits, actions, privilèges, hypothèques, il faut ajouter le cautionnement (1).

25. L'article 1250 prescrit une seconde condition: « La subrogation doit être faite en même temps que le paiement. » Bigot-Préameneu en dit la raison dans l'Exposé des motifs, elle est évidente: « Le créancier ne pourrait postérieurement exercer aucun droit résultant d'une obligation éteinte à son égard. » Cette condition n'est pas seulement fondée sur la rigueur du droit, elle est nécessaire pour empêcher qu'on ne puisse faire revivre une créance éteinte, dans le dessein de procurer une préférence à des créanciers nouveaux sur des créanciers antérieurs(2). Il suit de là que la subrogation consentie après le paiement, quand même ce serait le même jour, est nulle, et à l'égard du tiers et à l'égard du débiteur; elle serait nulle quand même il n'y aurait aucune fraude, pour mieux dire, elle serait inexistante. La subrogation est une cession fictive: peut-on céder une créance qui n'existe plus? Ce serait une vente sans objet, et une vente pareille est radicalement nulle, en ce sens qu'elle n'a point d'existence aux yeux de la loi. Les tribunaux mettent une grande rigueur dans l'application de cette disposition, et avec raison; le droit la commande ainsi que l'intérêt des tiers. Le créancier promet la subrogation avant le paiement; puis, dans la quittance donnée au moment du paiement, il se réserve de la réaliser ultérieurement, sans indiquer la personne qu'il entend subroger. Manifester l'intention de subroger, ce n'est pas subroger actuellement. La cour

(1) Duranton, t. XII, p. 185, nos 118 et 119. Colmet de Santerre, t. V, p. 361, n° 190 bis I. Aubry et Rau, t. IV, p. 171, notes 9 et 10, § 321. Demolombe, t. XXVII, p. 314, nos 364-367. La jurisprudence est dans le même sens. Rejet, 4 février 1839; Bourges, 19 juin 1838 (Dalloz, au mot *Obligations*, nos 1842 et 1848, 2°).

(2) Exposé des motifs, n° 128 (Loché, t. VI, p. 170). Toullier, t. IV, 1, p. 100, n° 116. Duranton, t. XII, p. 183, n° 116.

de Grenoble avait néanmoins admis la subrogation, parce que telle avait toujours été l'intention des parties; elle en concluait que rien ne s'opposait à ce que la subrogation fût réalisée dans un acte postérieur au paiement. Sa décision fut cassée. La cour de cassation dit qu'il y avait un obstacle dans la loi, dont le texte précis ne laisse point à la disposition des parties ni à celle des tribunaux le soin d'établir les règles et les garanties qui peuvent assurer la validité de la subrogation conventionnelle : il ne dépend pas, dit l'arrêt, des parties de s'affranchir des conditions prescrites par la loi, ni des tribunaux de les dispenser de leur accomplissement. Dans l'espèce, le paiement avait été fait le 10 février et la subrogation n'avait été consentie que le 10 avril, sans que, lors du paiement, la subrogation eût été convenue, donc elle était nulle (1).

26. Il se fait quelquefois des paiements partiels, donc successifs : peut-on, lors du dernier paiement, stipuler la subrogation pour toute la créance? En principe, non, car chaque versement est un paiement et, par suite, la dette est éteinte jusqu'à concurrence de la somme payée; on ne peut pas, en stipulant la subrogation pour la créance entière, faire revivre la partie de la créance qui est éteinte (2).

Toutefois il ne faut point dépasser la rigueur de la loi; elle n'exige pas d'acte pour la validité de la subrogation, il n'est donc pas nécessaire que la quittance constate qu'au moment même du paiement le créancier a consenti à subroger le tiers qui le paye, il suffit que la volonté de subroger ait été déclarée expressément lors de la remise des deniers. Il y a là une question de fait à examiner. La quittance subroge le tiers au créancier; elle porte que les deniers ont été versés hors la vue du notaire; mais la cour établit, en fait, que les deniers n'avaient été versés qu'à la charge de subrogation; il y avait donc une convention verbale par laquelle le créancier, en recevant le paiement, consentait la subrogation; cela était décisif.

(1) Cassation, 30 juillet 1838 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 1843, 1°).

(2) Limoges, 27 novembre 1841 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 1843, 4°).

Peu importait que dans la quittance délivrée postérieurement il fût dit que les deniers avaient déjà été versés, la subrogation ne datait pas de la quittance, elle datait du paiement, la quittance ne faisait que la constater (1).

A plus forte raison la condition de simultanéité est-elle remplie quand le paiement n'a pas été fait avant l'acte de subrogation. Des banquiers ouvrent en 1848 à un industriel un crédit de 45,000 francs garanti par une hypothèque. En 1853, un tiers leur offre de payer, en l'acquit du débiteur et moyennant subrogation, une somme de 15,000 francs formant le reliquat du compte de ce dernier. Les créiteurs acceptent cette offre et inscrivent sur leurs livres une somme de 15,000 fr. au débit du tiers. Puis, un mois plus tard, au jour où les espèces leur furent versées, ils donnèrent au tiers une quittance subrogatoire. La validité de la subrogation fut attaquée. Annulée par le premier juge, elle a été maintenue en appel. La cour de Besançon dit très-bien qu'il n'y avait rien eu de définitif dans les opérations jusqu'au jour du versement des espèces et de l'acte subrogatoire, que ce jour-là avait été réellement celui du paiement; d'où suivait que les conditions de l'article 1250 étaient remplies. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet; la difficulté consistait à déterminer l'effet de l'inscription que les banquiers avaient faite sur leurs livres : était-ce un paiement? dans ce cas, la subrogation était nulle. En réalité, ce n'était pas un paiement, car le paiement exige un concours de volontés, le créancier ne peut pas se payer sans le consentement du tiers; or, l'inscription avait eu lieu sans que le tiers y consentît, elle ne fut acceptée que le jour où il versa les espèces; ce qui décidait la question (2).

La cour de cassation s'est prononcée dans le même sens dans une affaire qui n'aurait pas dû être portée jusque devant la cour suprême. Un tiers dépose entre les mains d'un notaire la somme qui doit servir à payer le créancier, moyennant subrogation. Plus tard, la somme

(1) Metz, 10 juin 1847, et Rejet, 31 mai 1848 (Daloz, 1848, 1, 209).

(2) Rejet, 14 décembre 1858 (Daloz, 1859, 1, 150).