

gation existent; dans ce cas, la confirmation se conçoit. Si donc le débiteur a accepté la subrogation, il n'est plus recevable à l'attaquer (1).

35. S'il n'y a pas eu de confirmation, les tiers intéressés peuvent attaquer l'acte, quoiqu'il ait force probante à leur égard. L'acte ne prouve qu'une chose, le fait matériel de la déclaration qu'il constate, il ne prouve pas la vérité de cette déclaration. Si les tiers contestent la réalité matérielle des déclarations, ils doivent s'inscrire en faux. S'ils contestent seulement la vérité des déclarations, ils peuvent combattre l'acte par toute preuve légale. C'est le droit commun. Peuvent-ils demander à prouver par témoins et par présomptions que la subrogation n'a pas eu lieu lors du payement? L'affirmative n'est pas douteuse s'ils attaquent la subrogation comme frauduleuse. Mais s'ils n'allèguent aucune fraude, faudra-t-il qu'ils prouvent leurs allégations par des écrits ayant date certaine? On leur oppose une quittance subrogatoire; ils soutiennent que la dette était déjà éteinte lors de la subrogation, soit par le débiteur, soit par une autre personne que celle qui se prévaut de la subrogation, sans d'ailleurs reprocher aucune collusion à cette dernière. On enseigne qu'ils ne sont admis à prouver l'extinction antérieure de la dette qu'au moyen d'écrits ayant acquis date certaine avant la quittance subrogatoire. S'ils allèguent des écrits, il est certain qu'ils doivent avoir date certaine, conformément à l'article 1328 : c'est le droit commun. Mais ne pourraient-ils pas prouver l'extinction antérieure par témoins et par présomptions? Nous le croyons; c'est le cas d'appliquer l'article 1348. Quand le demandeur a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale, il est admis à la preuve par témoins, quel que soit le montant du litige. Or, telle est bien la position des tiers qui restent étrangers à tout ce qui s'est passé entre le créancier et le tiers subrogé (2).

36. Quand la subrogation consentie par le créancier est nulle, le subrogé aura-t-il une action en garantie? Il

(1) Rejet, 31 mai 1848 (Dalloz, 1848, 1, 209).

(2) Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 172 et 173, § 321.

a été jugé qu'il n'y avait pas lieu à garantie, quand la subrogation est nulle pour défaut de simultanéité dans la subrogation et le payement. La cour de cassation dit que si l'on considère la nullité comme résultant d'un vice de forme, aucune des parties n'en peut être déclarée responsable, cette nullité ne provenant pas de leur fait; et que si on la considère comme un vice du fond, elle n'engage pas davantage le créancier subrogeant, parce que, dans l'espèce, le créancier avait subrogé sans garantie ni restitution de deniers (1). Cette décision implique que le créancier serait soumis à la garantie s'il avait subrogé le tiers à une créance qui n'existait point. Nous avons dit plus haut (n° 24) que, dans notre opinion, le subrogeant n'est jamais tenu à garantie, parce que la subrogation n'est pas une cession; c'est un payement à raison duquel le tiers qui paye peut avoir une action en répétition de l'indû contre le créancier qui a reçu ce qui ne lui est pas dû.

N° 2. DE LA SUBROGATION CONSENTIE PAR LE DÉBITEUR.

I. *But et utilité.*

37. Aux termes de l'article 1250, n° 2, il y a encore subrogation conventionnelle « lorsque le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer sa dette et de subroger le prêteur dans les droits du créancier. » Cette subrogation heurte tous les principes. Conçoit-on que le débiteur cède les droits qui appartiennent au créancier? La subrogation est une cession fictive; on comprend la fiction quand c'est le propriétaire de la créance qui la cède, mais on ne comprend pas que le débiteur cède des droits qui appartiennent au créancier contre lui. Il y a encore un autre principe en matière de subrogation qui est en opposition avec le droit que l'article 1250 donne au débiteur. Le créancier n'intervient pas dans une subrogation qui a pour objet la cession de ses droits; bien plus, elle se fait malgré

(1) Rejet, 13 août 1855 (Dalloz, 1856, 1, 165).

son opposition; cependant l'article 1232 dit que l'on ne peut pas forcer le créancier à subroger celui qui le paye; et voici le débiteur qui force le créancier à céder sa créance au prêteur qui lui a fourni les deniers avec lesquels il paye. Comment expliquer ces étranges anomalies?

38. L'origine de cette subrogation nous en fait connaître le but et l'explique, sinon comme une institution juridique, du moins comme une institution utile. Elle a été introduite par un édit de Henri IV de mai 1609. Le taux maximum des arrrages de rente qui était au denier 12 ($8 \frac{1}{3}$ pour 100) avait été abaissé par un édit de 1601 au denier 16 ($6 \frac{1}{4}$ pour 100). Les débiteurs de rentes constituées au taux de $8 \frac{1}{3}$ cherchèrent à emprunter au taux de $6 \frac{1}{4}$ pour rembourser leur dette, en profitant de la réduction de la rente. Mais les capitalistes exigeaient des garanties que beaucoup de débiteurs ne pouvaient fournir qu'en subrogeant les nouveaux prêteurs aux droits des créanciers primitifs. Cette subrogation ne pouvait se faire que du consentement des créanciers, et ceux-ci naturellement refusaient de recevoir le remboursement de capitaux placés au denier 12, alors qu'ils ne pouvaient plus les placer qu'au denier 16. Le mauvais vouloir des créanciers, dit Henri IV, privait les débiteurs du bénéfice de la réduction de la rente. Il n'y avait qu'un moyen de briser leur résistance, c'était de permettre aux débiteurs de subroger les prêteurs sans le consentement des créanciers, et au besoin malgré leur opposition. Tel fut le but de l'édit de 1609. La subrogation ainsi autorisée par la volonté du débiteur a été maintenue par les auteurs du code. La réduction des rentes n'est plus à craindre, ni à prévoir, par l'excellente raison qu'elle est devenue inutile, le taux de l'intérêt étant libre, mais cette liberté même rend la subrogation utile et nécessaire. Le taux de l'intérêt varie d'après la valeur courante de l'argent. Celui qui est obligé d'emprunter à 8 pour 100 quand l'argent est rare est très-intéressé à faire un emprunt à 4 pour 100 quand l'argent est abondant; si le premier prêt est garanti par des hypothèques, il trouvera facilement à emprunter, en subrogeant le nouveau créancier aux droits de l'ancien.

Reste à justifier cette subrogation au point de vue des principes. L'opération est avantageuse au débiteur, cela va sans dire; elle est utile au prêteur, puisqu'il trouve un placement assuré pour ses capitaux. Il n'y a que le créancier qui est lésé, en ce sens qu'il est tenu de recevoir le remboursement d'un capital placé à un intérêt élevé alors que l'intérêt a baissé; en réalité, ce n'est pas le remboursement qui le constitue en perte, c'est la baisse de l'intérêt; quant au paiement, il devait bien s'y attendre, puisque c'est un droit du débiteur; que le débiteur paye avec ses propres deniers ou avec des deniers empruntés, cela ne regarde pas le créancier; et que le nouveau prêteur soit subrogé à ses droits, cela ne lui nuit pas; donc, au point de vue pratique, la subrogation se justifie parfaitement. Quant à la difficulté de droit, elle est tranchée par le législateur, qui se guide par des motifs d'intérêt général: qu'importe que la subrogation soit consentie par celui qui n'a pas pouvoir de la consentir? Après tout, la subrogation ne porte atteinte à aucun droit, dès lors le législateur doit être libre d'agir comme il l'entend (1).

II. Conditions.

39. L'article 1250 dit que la subrogation se fait quand le débiteur *emprunte* une somme à l'effet de payer sa dette et subroge le *prêteur* dans les droits du créancier. La loi suppose donc que le débiteur paye son créancier avec des deniers *empruntés*, et c'est le nouveau *prêteur* qui profite de la subrogation. Faut-il que le débiteur ait reçu les deniers à titre de prêt? On décide généralement que la loi n'est que démonstrative, qu'elle prévoit le cas ordinaire, sans vouloir exclure les autres cas. Cette interprétation trouve quelque appui dans la tradition. Voici un cas qui s'est présenté sous l'empire du code civil et qui était fréquent dans l'ancien droit. Un père constitue à sa fille une dot en argent: il est stipulé que les

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 191 bis I-IV. Toullier, t. IV, 1, p. 97, n° 98.

deniers dotaux seront employés à payer une dette hypothécaire moyennant subrogation. Il a été jugé que la subrogation pouvait se faire en vertu de l'article 1250 (1).

Nous écartons l'ancien droit; l'édit de 1609 était conçu en termes généraux, qui permettaient au débiteur de subroger tous ceux qui *fournissaient* (c'est le terme de l'édit), n'importe à quel titre, les deniers avec lesquels il acquittait sa dette. Le code ne parle que de deniers empruntés et de la subrogation du prêteur. Peut-on étendre le texte à un cas qu'il ne prévoit point? Cela nous paraît très-douteux. Il n'y a rien de *démonstratif* en matière de subrogation, tout est de droit étroit. Vainement dit-on qu'il n'y a aucune raison pour restreindre la disposition au cas de prêt; nous répondrons que c'est bien là le cas pour lequel elle a été introduite; dans l'esprit de l'édit, la subrogation était établie dans l'intérêt de l'emprunteur, tandis que la subrogation consentie moyennant des deniers dotaux aurait plutôt pour objet de garantir le remboursement de la dot. Ce n'est pas là l'hypothèse que le législateur a eu en vue. S'il s'agissait d'un principe de droit commun, on pourrait l'étendre par voie d'analogie, mais la subrogation par le débiteur est trop anormale pour qu'on puisse l'appliquer par voie d'analogie.

40. Faut-il que le débiteur fasse le remboursement intégral de sa dette pour que la subrogation ait lieu au profit du prêteur? On l'a prétendu; la cour de Liège a repoussé cette singulière prétention (2). Sans doute, le créancier peut refuser un paiement partiel, et alors il ne peut être question de subrogation. Mais si le créancier consent à recevoir un paiement partiel, il ne peut pas empêcher la subrogation, car il y reste étranger; la subrogation est parfaitement valable, parce que l'on est dans le texte et dans l'esprit de la loi.

41. L'article 1250 suppose que le *débiteur* emprunte. Faut-il limiter la subrogation au débiteur principal? Tout

(1) Metz, 16 août 1811. Mourlon, *De la subrogation*, p. 328, et tous les auteurs, excepté Dalloz. au mot *Obligations*, n° 1866.

(2) Liège, 3 août 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2. 290).

le monde admet que la subrogation peut être consentie par celui qui a intérêt à payer et qui, à raison de cet intérêt, est subrogé en vertu de la loi lorsqu'il paye de ses propres deniers; s'il emprunte des deniers pour payer, il doit avoir le droit de subroger le prêteur. Cela n'est pas contesté dans le cas prévu par l'article 1251, n° 1, c'est-à-dire lorsque celui qui est lui-même créancier paye un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges et hypothèques. Il y a un arrêt de la cour de cassation en faveur de cette opinion (1). N'est-ce pas étendre une disposition anormale au delà des limites que la loi a tracées à la fiction? Ce serait bien notre avis. L'art. 1250 ne parle que du *débiteur* qui emprunte; or, le créancier qui paye un créancier antérieur n'est certes pas débiteur. On n'est donc pas dans le texte de la loi, et l'esprit de la loi est également étranger à cette hypothèse. Le créancier qui paye un créancier antérieur ne le fait pas dans le but de profiter d'une réduction ou d'une baisse d'intérêt, son but est tout autre, comme nous le dirons plus loin. Qu'il y ait des raisons pour autoriser la subrogation au profit du prêteur à tous les cas où la loi l'établit au profit de celui qui paye, nous l'admettons volontiers, mais les meilleures raisons du monde ne suffisent pas pour admettre une fiction ou pour l'étendre; or, la subrogation est une fiction et, dans le n° 2 de l'article 1250, elle est de plus en opposition avec les principes de droit; le législateur seul pourrait l'établir, et nous cherchons vainement un texte qui l'établisse. Telle est cependant l'opinion universellement admise, et il en faut tenir compte dans la discussion que nous allons engager.

42. L'acquéreur d'un immeuble qui emploie le prix au paiement des créanciers hypothécaires peut-il subroger le prêteur qui lui a avancé les deniers avec lesquels il paye les créanciers? Qu'il puisse le subroger cela n'est contesté par personne. En effet, si l'on admet la subrogation au profit du prêteur dans le cas du n° 1 de l'arti-

(1) Cassation, 7 novembre 1854 (Dalloz, 1854, 1, 409). Aubry et Rau, t. IV, p. 176, et notes 30 et 31 du § 321. Demolombe, t. XXVII, p. 343, nos 397 et suiv.

de l'article 1250, on doit l'admettre à plus forte raison dans le cas du n° 2, puisque l'acquéreur d'un immeuble grevé d'hypothèques est débiteur en un certain sens, étant tenu hypothécairement au paiement de la dette. La difficulté est de déterminer les effets de la subrogation.

Voici l'exemple que l'on donne. Je vous vends un immeuble pour 100,000 francs; il est grevé de trois hypothèques en faveur de A, B et C. Vous empruntez une somme de 50,000 francs à l'effet de désintéresser les créanciers A et B. Puis l'immeuble est saisi et vendu sur un sous-acquéreur. Se présentent à l'ordre, le prêteur pour 50,000 francs, le créancier C non payé, et le vendeur pour les 50,000 francs qui restent dus. Le prêteur subrogé aux créanciers A et B primera-t-il le créancier C et le vendeur? La question était controversée dans l'ancien droit, elle l'est encore en droit moderne. Nous croyons que le prêteur prime le vendeur et le créancier postérieur.

La difficulté est celle-ci : l'acquéreur qui paye les créanciers avec des deniers empruntés en subrogeant le prêteur le subroge-t-il aux droits des créanciers ou le subroge-t-il aux droits du vendeur? Si le prêteur est subrogé au vendeur, celui-ci peut invoquer le principe de l'art. 1252, d'après lequel la subrogation ne nuit pas au subrogeant; le vendeur primera donc le prêteur et le prêteur sera aussi primé par le créancier postérieur qui est l'ayant cause du vendeur. Si, au contraire, le prêteur est subrogé aux droits des créanciers qu'il paye, il primera le vendeur et le créancier postérieur, parce qu'il exerce les droits des créanciers qui auraient certainement primé le vendeur et le créancier postérieur.

A notre avis, la question est décidée par le texte de l'article 1251, n° 2. La loi subroge l'acquéreur qui paye les créanciers inscrits sur l'immeuble vendu. A qui le subroge-t-elle? Naturellement aux créanciers qu'il paye, donc l'acquéreur qui paye le prix de ses deniers est subrogé aux droits des créanciers; par conséquent s'il paye ses créanciers avec des deniers empruntés, il subroge le prêteur dans les droits desdits créanciers. Cela nous paraît décisif.

Il y a cependant une objection très-sérieuse. Dans le cas de l'article 1250, n° 2, c'est le *débiteur* qui subroge le prêteur dans les droits du *créancier*. Or, qui est débiteur dans l'espèce et qui est créancier? C'est l'acquéreur qui est débiteur et c'est le vendeur qui est créancier; c'est en acquit de cette dette que l'acquéreur paye son prix aux créanciers inscrits; ceux-ci ne sont, en réalité, que les mandataires du vendeur, l'acquéreur n'est pas leur débiteur, il est tiers détenteur, et qui dit tiers détenteur dit *tiers* à la *dette*; l'acquéreur n'est donc pas leur débiteur, et ils ne sont pas ses créanciers. Dès lors on n'est pas dans les conditions de la subrogation de l'article 1250, n° 2; le prêteur sera, à la vérité, subrogé, mais il ne sera pas subrogé aux créanciers, il sera subrogé au vendeur, dont les créanciers ne sont que les mandataires. La conséquence est que le vendeur et ses ayants cause peuvent opposer l'article 1252 au prêteur. Il est très-vrai que l'acquéreur n'est pas le débiteur personnel des créanciers inscrits, mais il est tenu à leur égard hypothécairement, c'est à ce titre de débiteur hypothécaire que la loi lui permet de payer avec subrogation les créanciers inscrits, donc c'est bien à ces créanciers qu'il est subrogé. L'acquéreur réunit deux qualités dans sa personne, il est débiteur personnel et il est débiteur hypothécaire; comme débiteur personnel, il peut payer au vendeur avec subrogation; dans ce cas, il sera primé en vertu de l'art. 1252; comme débiteur hypothécaire, il peut payer les créanciers inscrits et, dans ce cas, le vendeur ne peut pas lui opposer l'article 1252, puisque ce n'est pas à lui que le prêteur est subrogé (1).

Il y a un arrêt de la cour de Nîmes en faveur de cette opinion, et la cour de cassation l'a confirmé. Les deux décisions sont très-bien motivées (2).

43. Quand la subrogation est consentie par le créan-

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 176, note 31 du § 321. Demolombe, t. XXVII, p. 344, nos 399-403. Larombière, t. III, p. 44, n° 39 de l'article 1252 (Ed. B., t. II, p. 274). En sens contraire, Renusson, Merlin, Toullier, Duranton, Pont et Gauthier.

(2) Nîmes, 29 janvier 1861, et Rejet, 28 avril 1863 (Daloz, 1863, 2, 21, et 1863, 1, 329).

cier, le simple consentement du subrogeant suffit, aucune forme n'est requise; si les parties dressent un écrit, c'est seulement pour avoir une preuve littérale de leur convention. Il n'en est pas de même de la subrogation consentie par le débiteur; pour qu'elle soit valable, dit l'art. 1250, 2°, il faut que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaires. Cela ne suffit point, la loi indique ce que l'acte d'emprunt doit contenir; il faut qu'il y soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le paiement. Et il faut que dans la quittance il soit déclaré que le paiement a été fait des deniers prêtés.

Quelle est la raison de ces formalités? Mourlon dit qu'il est très-difficile de la préciser. Il ne suffit pas de répondre que la loi a voulu prévenir la fraude, il faut dire en quoi la fraude consiste et en quel sens les formalités prescrites par la loi l'empêchent ou la rendent plus difficile.

J'ai un immeuble valant 50,000 francs hypothéqué à deux créanciers; Pierre est inscrit pour 50,000 francs, Paul pour 50,000. Je paye le premier: l'hypothèque est éteinte, le second créancier devient le premier en rang. Pressé par le besoin, je veux emprunter de nouveau une somme de 50,000 francs, je n'ai aucune garantie à offrir, mon immeuble étant hypothéqué pour toute sa valeur. Pour assurer une garantie au nouveau prêteur j'antidate l'emprunt en lui donnant une date antérieure au paiement du premier créancier hypothécaire, comme si l'emprunt avait été fait pour payer ce créancier. L'acte est frauduleux; il me procurera une somme de 50,000 francs, mais ce sera aux dépens du second créancier hypothécaire, qui, devenu premier créancier par l'effet du paiement réel, redescendra au second rang par l'effet de la subrogation frauduleuse. L'acte authentique exigé par l'article 1250 prévient cette fraude, car on n'antidate pas les actes authentiques. Il faut ajouter qu'un acte authentique n'est pas nécessaire, il suffisait d'exiger un acte sous seing privé ayant date certaine.

Voici une autre fraude. Je paye le premier créancier hypothécaire avec des deniers qui m'appartiennent; mais,

en vue des éventualités de l'avenir, je veux me procurer, par fraude, le moyen de reprendre les 50,000 francs que je paye au créancier. Dans ce but, je fais un acte d'emprunt simulé et je subroge le prêteur fictif dans les droits du créancier; je paye celui-ci avec mes deniers, mais en faisant constater par la quittance que ces deniers sont empruntés. Armé de ces deux actes, je pourrai, de collusion avec le prêteur, me présenter à l'ordre sur l'immeuble vendu et me faire payer de préférence aux créanciers postérieurs, que je dépouille réellement de leurs droits par cette fraude. L'acte authentique que la loi prescrit prévient-il la fraude que je veux pratiquer au préjudice de mes créanciers? Non, mais elle la rendra plus difficile. La fraude pourra toujours se faire si je trouve un complice, mais les prête-noms reculent souvent devant la nécessité de constater la fraude dans un acte authentique; puis le notaire, s'il s'aperçoit de la fraude, refusera son ministère; enfin, le prêteur fictif peut être trompé lui-même, il sera éclairé par ce qui se passera en présence du notaire. L'authenticité est donc un frein contre la fraude, mais un frein malheureusement insuffisant (1).

Il y a encore une troisième fraude possible. Je m'adresse successivement à plusieurs capitalistes pour emprunter la même somme avec la même subrogation. Si j'en trouve deux qui consentent à m'avancer la somme que je demande, l'un des deux sera trompé. L'authenticité prévient-elle cette fraude? Non, elle la rend seulement plus difficile, puisqu'elle donne une certaine publicité aux actes. Il y a une garantie plus efficace, c'est la publicité légale et complète prescrite par notre loi hypothécaire. Nous reviendrons sur ce point.

Ce que nous venons de dire concerne l'authenticité de l'acte d'emprunt. Quant à l'authenticité de la quittance, elle prévient les *postdates*. J'ai payé depuis plusieurs années un créancier qui avait une première inscription sur mon immeuble. Je fais un nouvel emprunt en m'entendant avec l'ancien créancier, qui consent à me donner une nouvelle

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 365, nos 191 bis VI-VIII.