

complètement manqué si des déclarations faites après coup devaient être considérées comme établissant d'une manière suffisante la destination des fonds empruntés, ou leur emploi au paiement de la dette (1). En invoquant l'esprit de la loi, on avoue implicitement que le texte ne prescrit pas la simultanéité de la convention et de l'acte qui la constate; cela décide la question; dès que le texte n'exige pas cette simultanéité, l'interprète ne peut pas l'exiger comme une condition de validité de la subrogation. Nous disons plus : le législateur a bien fait de ne pas établir cette présomption de fraude, car c'est à cela qu'aboutit la doctrine que nous combattons. Sans doute les déclarations que les parties font postérieurement à la convention par-devant notaires peuvent être inexactes; les tiers ont le droit, en ce cas, de les attaquer. Mais fallait-il *à priori* les présumer inexactes par cela seul qu'elles ne seraient pas simultanées? Le législateur ne l'a pas fait, et il a eu raison de ne pas le faire. Y a-t-il une garantie de sincérité par cela seul que l'acte se fait au moment même où les conventions interviennent? Les déclarations des parties ne peuvent-elles pas être mensongères à quelque moment qu'on les fasse? Tout ce que l'on peut dire, c'est que la fraude sera plus facile lorsque l'acte se passe plus ou moins longtemps après que les conventions sont intervenues. Mais de ce qu'il peut y avoir des actes simulés, fallait-il conclure que tous les actes postérieurs aux conventions sont simulés? Telle est la vraie question. Le silence de la loi prouve que le législateur n'a pas voulu établir une pareille présomption. Il y aurait une rigueur excessive à annuler la subrogation parce la seule que ses actes n'auraient pas été reçus au moment même de l'emprunt et du paiement. Le législateur doit tenir compte de la réalité des choses. Bien des motifs peuvent empêcher les parties de faire dresser immédiatement un acte notarié de leurs conventions; il serait contraire au droit et à l'équité d'annuler la subrogation, quoique sincère, parce que les parties ont été dans l'impossibilité de s'adresser à un notaire

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 178, note 34, § 321.

au moment même où elles contractaient. Il peut y avoir négligence : est-ce qu'une simple négligence doit priver le prêteur du bénéfice de la subrogation, alors que les conventions qui ont précédé l'acte sont sincères? Il peut y avoir fraude; eh bien, les tiers auront l'action en nullité. On ne doit pas présumer la fraude alors que la sincérité est possible (1).

54. Si la convention peut précéder l'acte qui la constate, à plus forte raison ne peut-on pas exiger que les deniers soient remis par le prêteur à l'emprunteur au moment de l'acte d'emprunt, ni que les deniers soient versés entre les mains du créancier au moment où le notaire dresse la quittance. Que la loi ne l'exige pas, cela nous paraît certain, elle veut seulement que les deniers qui servent à payer le créancier proviennent de l'emprunt. Un premier point est admis par tout le monde, c'est qu'il n'est pas nécessaire que les deniers remis au créancier soient identiquement les deniers remis par le prêteur à l'emprunteur. Cette identité eût été le plus souvent impossible, à moins d'exiger la simultanéité de toute l'opération, c'est-à-dire l'emprunt et le paiement en un seul et même contexte; c'est ce que la loi n'a certainement pas exigé; le législateur s'est contenté des déclarations reçues par le notaire (2), sauf aux tiers à en contester la sincérité. Le législateur aurait eu tort de demander plus. Ce formalisme excessif aurait dépassé le but. La remise des deniers en présence du notaire, lors de l'acte d'emprunt et lors de la quittance, serait-elle une garantie de sincérité? Non, l'expérience prouve le contraire, puisque rien n'est plus facile que de faire des remises simulées. Et si la remise était réelle, elle pourrait compromettre les intérêts du prêteur. C'est une grande imprudence de sa part que de se dessaisir des deniers qu'il prête au moment où l'emprunt se contracte; en effet, l'emprunteur peut les dis-

(1) Comparez Larombière, t. III, p. 278, n° 78 de l'article 1250 (Ed. B., t. II, p. 224). Colmet de Santerre, t. V, p. 367, n° 191 *bis* IX. Demolombe, t. XXVII, p. 362, n° 415. Mourlon, p. 280 et suiv. Gauthier, p. 188, n° 190.

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 179, note 38, § 321. Colmet de Santerre, t. V, p. 369, n° 191 *bis* XI. Demolombe, t. XXVII, p. 371, n° 422.

siper ou les employer à une autre destination. Il fallait donc laisser toute latitude aux parties intéressées. Sans doute il y a encore un autre intérêt, celui des tiers, mais il est suffisamment sauvegardé par l'action en nullité qui leur appartient. Quant à la remise des deniers lors de l'acte qui constate le paiement, le prêteur aurait certes intérêt à ce qu'il ne se fit qu'à ce moment, mais il se peut qu'il ait dû se faire plus tôt; quand le créancier exerce des poursuites, ou menace de poursuivre le débiteur, le prêt et le paiement doivent se faire de suite, avant que l'on puisse recourir à un notaire pour dresser les actes. Le législateur a donc dû permettre aux parties d'agir selon les circonstances (1).

55. La jurisprudence est hésitante; les juges décident d'après la conviction qu'ils ont de la sincérité des actes, et ils formulent les principes d'après les circonstances. Un arrêt de la cour d'Orléans décide en termes formels qu'exiger comme condition substantielle de la subrogation que l'acte d'emprunt constate la réalisation, à la vue du notaire, des espèces fournies, ce serait ajouter aux exigences de la loi (2). Un autre arrêt de la même cour est plus sévère, au moins si l'on s'en tient aux considérants. Une quittance dressée le 17 septembre constate que le paiement a eu lieu le 11 juillet. L'arrêt dit que cela prouve que la dette était définitivement éteinte au moment où la quittance subrogatoire avait été dressée. Cela est possible en fait, mais la cour a eu tort d'eriger le fait en droit. Sans doute la libération s'opère par le paiement, lequel se trouve seulement constaté par la quittance (2); est-ce à-dire que lorsque la quittance est écrite postérieurement au paiement, la subrogation devienne impossible? Oui, si le paiement a été pur et simple, c'est-à-dire s'il n'a pas été fait avec condition de subrogation. Non, si, lors du paiement, il a été dit qu'il se faisait avec des deniers empruntés, sous condition de subrogation et avec la réserve qu'une quittance subrogatoire serait dressée par acte no-

(1) Orléans, 19 décembre 1863, et Rejet, 14 février 1865 (Daloz, 1865, 1, 255).

(2) Orléans, 10 janvier 1850 (Daloz, 1851, 2, 124).

tarié. Il faut donc examiner ce qui s'est passé entre les parties lors du paiement avant de décider en droit.

La cour de Douai a jugé en termes plus absolus encore que le but de la loi ne peut être atteint que par la simultanéité du paiement et de la quittance subrogatoire; que s'il était permis de séparer ces deux faits par un intervalle de temps, il en résulterait non-seulement un défaut de certitude sur l'origine des deniers employés au paiement du créancier, mais encore la possibilité de faire revivre avec les garanties hypothécaires une créance éteinte par un paiement pur et simple. La possibilité de la fraude suffit-elle pour la présumer dans tous les cas? et la loi a-t-elle établi cette présomption? Telle est la vraie difficulté, et sur ce point l'arrêt ne dit rien (1).

La cour de cassation ne prononce guère, en cette matière, que des arrêts de rejet, et ces arrêts n'ont pas une grande autorité de doctrine. Toutefois elle est restée plus fidèle au texte de la loi que les cours dont nous venons d'analyser les décisions. Dans une espèce, le pourvoi soutenait la thèse que nous avons combattue, c'est-à-dire qu'au moment même de l'emprunt les deniers doivent être remis à l'emprunteur et que cette remise doit être constatée authentiquement. La cour répond que cette doctrine dépasse la loi; l'article 1250 n'exige l'authenticité que pour l'acte d'emprunt, il n'impose pas, comme condition essentielle de la validité de la subrogation, la numération immédiate des fonds empruntés. La remise des valeurs, qui réalise la convention primitive et consomme le prêt, peut donc être effectuée après l'acte public d'emprunt et n'être constatée que par des quittances privées. Le prêt avait été fait sous forme d'ouverture de crédit, et la convention avait été constatée par acte notarié; on ne pouvait certes pas exiger le versement préalable ou immédiat des fonds, puisqu'il est de la nature de ce contrat que le crédit touche les fonds au fur et à mesure de ses besoins, et ces versements successifs sont constatés par un simple reçu (2).

(1) Douai, 10 février 1853 (Daloz, 1854, 2, 199).

(2) Rejet, 28 avril 1863 (Daloz, 1863, 1, 329).

56. L'emprunt et le paiement doivent-ils être simultanés? Dans l'opinion que nous combattons on devrait aller jusque-là, puisque c'est le seul moyen d'éviter la fraude; encore ne l'éviterait-on pas si toutes les parties contractantes veulent se faire complices de la fraude. Mais ici la tradition et le texte de la loi sont formels. Pothier dit : « Il n'importe quel temps se soit écoulé entre le prêt fait par le nouveau créancier et le paiement fait à l'ancien (1) ». L'article 1250 consacre la doctrine traditionnelle; il suppose deux actes, un emprunt et une quittance, donc un intervalle entre ces deux actes; la loi ne prescrit rien sur la durée de cet intervalle (2). Pourquoi le code n'a-t-il pas exigé la simultanéité de l'emprunt et du paiement? Parce que souvent la simultanéité eût été impossible; or, le législateur favorise la subrogation; pour l'établir, il recourt à une fiction, il déroge aux principes, dès lors il devait aussi laisser aux parties intéressées la latitude nécessaire pour procéder aux diverses opérations selon les circonstances.

Cependant, plus le délai qui s'écoule entre l'emprunt et la subrogation est long, plus la fraude devient probable. Celui qui emprunte pour payer une dette est pressé de payer, puisque c'est par intérêt ou par nécessité qu'il contracte l'emprunt, il n'a donc aucune raison d'attendre; s'il attend, l'opération devient suspecte, il est à craindre qu'il n'y ait quelque simulation. Est-ce à dire qu'il y ait présomption de fraude? Il ne peut être question d'une présomption légale, puisqu'il n'y a pas de loi; quant aux présomptions de l'homme, elles sont abandonnées à la prudence du magistrat. C'est une question de preuve. A qui est-ce à prouver? Puisqu'il n'y a pas de présomption légale, on reste dans le droit commun. C'est à celui qui attaque la subrogation à prouver que les actes sont frauduleux, le subrogé n'a rien à prouver. Dès qu'il y a un acte d'emprunt et une quittance dressés dans les formes

(1) Pothier, *Introduction à la Coutume d'Orléans*, tit. XX, n° 81.
 (2) Paris, 11 avril 1829 (Daloz, au mot *Effets de commerce*, n° 599).

légales, la subrogation existe jusqu'à ce qu'elle soit annulée par sentence du juge (1).

Les tribunaux jugent en fait. Un acte d'emprunt est reçu le 20 décembre 1846; le paiement constaté par quittance ne se fait que le 10 février 1847. La cour de Paris a jugé que malgré cet intervalle il n'en était pas moins certain que les fonds qui avaient servi à éteindre la dette venaient du prêteur (2). Les juges ne se bornent pas toujours à décider en fait; habitués à juger en droit, ils cèdent facilement à la tendance qui les porte à transformer le fait en droit. On lit dans un arrêt de la cour d'Orléans que le paiement et la subrogation doivent se faire dans un temps rapproché qu'il appartient aux tribunaux d'apprécier. En fait, cela est exact. Mais en faut-il conclure que si l'intervalle entre l'emprunt et le paiement se prolonge, il en résultera une présomption contre la sincérité de l'acte, en ce sens que ce sera au subrogé à prouver que la subrogation est sincère? La cour le dit en invoquant la doctrine des anciens jurisconsultes; les moins rigoureux, et dans les circonstances les plus favorables, fixaient l'intervalle à six mois. Qui ne voit que le législateur seul pourrait établir cette condition et en induire une présomption de fraude? La cour dit qu'admettre qu'à quelque époque que le paiement se fasse, fût-ce cinq ans après l'emprunt, l'acte fera néanmoins foi par lui-même, ce serait ouvrir la porte aux fraudes et mettre les créanciers dans l'impossibilité de s'en défendre, puisqu'il deviendrait impossible de suivre les deniers pour savoir s'ils ont servi à la destination promise (3). Nous renvoyons ces considérations au législateur, lui seul peut établir des conditions, lui seul peut créer des présomptions. L'interprète ne le peut sans violer la loi. Et qu'en résulterait-il? L'arbitraire le plus absolu; or, l'arbitraire est une mauvaise garantie.

57. Les tiers ont les garanties du droit commun, et

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 368, n° 191 bis X. Demolombe, t. XXVII, p. 372, n° 424. Aubry et Rau, t. IV, p. 179, notes 40 et 41, § 321.
 (2) Paris, 30 juin 1853 (Daloz, 1854, 2, 108).
 (3) Orléans, 3 avril 1851 (Daloz, 1851, 2, 66).

elles leur suffisent, car elles donnent aux juges un pouvoir presque discrétionnaire. On suppose que la subrogation est régulière en la forme, elle peut néanmoins être frauduleuse, les tiers au préjudice desquels la fraude a été pratiquée peuvent agir en nullité. Cela est incontestable; mais quelle preuve devront-ils faire? On leur oppose les actes authentiques; faudra-t-il qu'ils s'inscrivent en faux? Non, car les actes notariés ne font pas foi jusqu'à inscription de faux de la sincérité des déclarations qui y sont constatées; ceux qui attaquent cette sincérité sont admis à faire la preuve par toute voie légale. Il faut ajouter que lorsque les tiers attaquent un acte comme entaché de simulation et de fraude, ils peuvent prouver la simulation et la fraude par témoins et par simples présomptions (art. 1348 et 1353). C'est le droit commun, nous l'exposons au chapitre des *Preuves* (1).

La cour de cassation a appliqué ce principe au cas où un long intervalle s'était écoulé entre l'emprunt et le paiement. Il en naissait des doutes sur l'identité des fonds empruntés et de ceux qui avaient servi au paiement et, par suite, sur la sincérité des déclarations consignées dans les actes. La cour d'appel, se fondant sur les circonstances de la cause, c'est-à-dire sur des présomptions, décida que les déclarations n'étaient pas sincères; ce qui entraînait la nullité de la subrogation. La décision fut confirmée par la cour de cassation, la cour d'appel n'ayant fait qu'une appréciation qui rentrait dans ses attributions souveraines (2).

58. Renusson dit qu'il se faisait de son temps (le bon vieux temps), une fraude que les auteurs du code ont eu tort de ne pas prévoir, bien qu'il soit facile de la prévenir en ordonnant la publicité de la subrogation comme condition de validité à l'égard des tiers. Le débiteur, après avoir emprunté avec condition d'employer les deniers empruntés à payer une dette en subrogeant le prêteur au créancier, contracte un second, un troisième emprunt,

(1) Douai, 3 avril 1851 (Daloz, 1851, 2, 66).

(2) Rejet, 16 mars 1852 (Daloz, 1852, 1, 102).

toujours sous la condition de subroger les prêteurs aux droits du créancier. Renusson dit que le débiteur peut dissiper les deniers empruntés et n'en faire aucun emploi; il peut encore, tout en acquittant sa dette, ne pas déclarer avec quels deniers il la paye, ou il peut ne faire cette déclaration qu'au profit de l'un des prêteurs; on peut encore supposer qu'il remplit les formalités légales au profit de tous. Il est souvent arrivé, ajoute Renusson, que des personnes, se voyant mal dans leurs affaires, ont pris prétexte de faire construire des bâtiments et, ayant proposé tel emploi, ont emprunté de plusieurs personnes des deniers qui ont excédé dix fois la valeur du bâtiment. De là une difficulté de droit sur laquelle les auteurs ne sont pas d'accord. Lequel des prêteurs sera subrogé (1)? Si, comme Renusson le dit, le débiteur a dissipé les deniers empruntés sans faire aucun emploi, la question tombe, puisqu'il n'y a pas de subrogation quand les formalités légales n'ont pas été remplies. Si l'emprunteur n'a rempli les formalités que pour l'un des prêteurs, celui-là seul sera subrogé, les autres ne peuvent pas invoquer la subrogation, puisqu'ils n'ont pas été subrogés. Reste l'hypothèse où ils auraient tous été subrogés; qui le sera? Chaque auteur a sa solution et ses présomptions (2); à notre avis, la question est tranchée par la date de la quittance, c'est un acte authentique qui fait foi de sa date. Le premier prêteur subrogé l'emportera sur les autres, car le débiteur ne peut pas subroger deux ou trois fois à la même créance; la première subrogation a pour effet de transmettre la propriété de la créance au subrogé, dès lors le débiteur ne peut plus lui enlever son droit pour le céder en tout ou en partie à d'autres créanciers.

Le législateur belge a mis fin à ces difficultés et à la fraude qui les faisait naître, en exigeant que la subrogation à une créance hypothécaire ou privilégiée soit rendue publique pour avoir effet à l'égard des tiers (loi. hyp.,

(1) Renusson, p. 319, chap. XI, n° 4.

(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 370, n° 191 bis XII. Larombière, t. III, p. 274, n° 76 de l'article 1250 (Ed. B., t. II, p. 223). Demolombe, t. XXVII, p. 375, n° 427.

art. 5). Nous reviendrons sur cette innovation au titre des *Hypothèques*.

59. L'article 1250 dit, à la fin : « Cette subrogation s'opère sans le concours de la volonté du créancier. » C'est la conséquence du principe sur lequel la subrogation est fondée dans le cas prévu par le n° 2; elle est consentie par le débiteur, le créancier y reste étranger. Il faut cependant que le créancier reçoive son paiement, ce qui est la condition de toute subrogation; et il faut de plus qu'il donne quittance, et que dans cette quittance il soit déclaré que le paiement a été fait des deniers prêtés par le nouveau créancier. Qu'arrivera-t-il si le créancier refuse de recevoir le paiement, s'il ne veut pas donner quittance, ou s'il s'oppose à ce que l'on insère dans la quittance la déclaration prescrite par la loi? On peut supposer ce mauvais vouloir au créancier, puisque c'est le refus des créanciers qui a donné lieu à l'édit de 1609. Il va sans dire que la résistance du créancier ne peut pas devenir un obstacle à l'exercice d'une faculté légale; mais comment la brisera-t-on? Le débiteur fera des offres réelles et consignera la somme due. Cela ne suffit point, il faut encore une déclaration reçue par un officier public; or, l'huissier qui fait les offres a qualité pour offrir, il n'a pas qualité pour recevoir une déclaration. C'est d'ailleurs lors de la consignation que la déclaration doit se faire, puisque c'est la consignation qui tient lieu de quittance. Il suit de là que c'est le fonctionnaire public chargé de recevoir les consignations qui constatera la déclaration du débiteur. L'ordonnance française du 3 juillet 1816, relative aux attributions de la caisse des dépôts et consignations, en contient une disposition formelle. « Dans le cas où les deniers consignés proviendraient d'un emprunt et qu'il y aurait lieu à opérer une consignation en faveur du prêteur, il sera fait mention expresse de la déclaration faite par le déposant conformément à l'article 1250 du code civil, laquelle produira le même effet de subrogation que si elle était passée par-devant notaire (1) » (art. 12).

(1) Demolombe, t. XXVII, p. 378, n° 429 et tous les auteurs.

60. Au lieu de refuser, le créancier intervient dans l'opération; y aura-t-il en ce cas subrogation en vertu du n° 1 ou du n° 2 de l'article 1250? La validité de la subrogation peut dépendre de la solution que l'on donne à la question : la subrogation est, à la vérité, conventionnelle dans les deux cas, mais celle du n° 2 est hérissée de formalités dont l'inobservation entraîne la nullité, tandis que celle du n° 1 n'est assujettie à aucune forme. De plus l'emprunt, base de la subrogation consentie par le débiteur, peut être nul comme ayant été fait à un incapable, et sans emprunt il ne peut y avoir de subrogation en vertu du n° 2, tandis que la subrogation serait valable si elle était consentie en vertu du n° 1. La question est de fait, puisque tout dépend de la volonté des parties intéressées. Il faut donc voir ce qui s'est passé. Il ne suffit pas que le créancier intervienne pour qu'il y ait subrogation conventionnelle du n° 1, il doit intervenir alors même que le débiteur subroge, puisqu'il reçoit le paiement et en donne quittance (1). Mais s'il fait plus, s'il consent la subrogation, alors on n'est plus dans le n° 2, on rentre dans le n° 1. Il a été jugé que, dans cette hypothèse, la subrogation était valable, bien que l'emprunt fût nul (2).

§ III. De la subrogation légale.

N° 1. PRINCIPES GÉNÉRAUX.

61. La subrogation a lieu de plein droit, en vertu de la loi, dans les quatre cas prévus par l'article 1251. Pourquoi la subrogation est-elle conventionnelle dans deux cas, c'est-à-dire subordonnée au consentement des parties intéressées, et pourquoi est-elle légale dans les cas de l'article 1251, c'est-à-dire indépendante de leur consentement? La subrogation légale ne diffère pas, dans son essence, de la subrogation conventionnelle, elle est aussi fondée sur un paiement; celui qui paye est subrogé au

(1) Nîmes, 29 janvier 1861 (Dalloz, 1863, 2, 21).

(2) Cassation, 9 décembre 1863 (Dalloz, 1864, 1, 299).