

quitter sa propre dette; or, un débiteur personnel ne peut jamais se dégager du lien qui l'enchaîne et il ne pourrait pas, en quelque qualité que ce fût, faire un paiement subrogatoire dont le résultat serait de lui transférer le bénéfice d'une créance qui l'oblige personnellement; cela serait contradictoire. La cour de cassation répond, et la réponse est décisive, que, dans l'espèce, le créancier n'était tenu de la dette que comme acquéreur, et non comme débiteur en vertu d'une obligation personnelle et directe; dès lors il pouvait faire le paiement en qualité de créancier inscrit sur l'immeuble (1).

72. Pour que les créanciers postérieurs soient subrogés au créancier antérieur qu'ils payent, il faut que ce créancier leur soit préférable à raison de ses privilèges et hypothèques. La loi est conçue en termes restrictifs. Toute préférence dont jouirait un créancier antérieur ne suffirait point pour légitimer la subrogation au profit des créanciers postérieurs qui le payeraient, il faut que la préférence résulte des privilèges et hypothèques. Le texte est formel, il ne se borne pas à dire : « le créancier qui lui est *préférable* », il ajoute : « à raison de ses privilèges ou hypothèques. » Or, quand les termes sont restrictifs, il n'appartient pas à l'interprète de les étendre dans une matière où tout est de droit étroit. Il suit de là que la subrogation ne peut être invoquée que lorsque le créancier antérieur est privilégié ou hypothécaire.

73. Le gage donne un privilège au créancier qui en est nanti, donc le créancier postérieur qui paye le créancier gagiste lui est subrogé. Quelle sera la conséquence de la subrogation? Sur ce point, il y a quelque doute. L'existence du privilège est subordonnée à la possession du gage : le créancier gagiste qui est en possession au moment où un créancier postérieur le paye devra-t-il remettre à celui-ci la chose engagée? L'affirmative nous paraît certaine; la loi donne au créancier postérieur le privilège; or, le privilège est attaché à la possession, la loi lui donne donc droit à la possession. On objecte que

(1) Cassation, 7 novembre 1874 (Da'loz, 1854, 1, 405).

le créancier ne peut pas se dessaisir du gage sans le consentement du débiteur auquel la chose appartient. L'objection ne tient aucun compte de la subrogation légale; c'est la loi qui dessaisit le créancier gagiste, dès lors le consentement du débiteur est inutile, car ce consentement est forcé; il n'a pas le droit de le refuser, ce serait lui donner le droit de se mettre en opposition avec la loi (1).

74. Aux termes de l'article 93 du code de commerce, le commissionnaire qui a fait des avances sur les marchandises à lui expédiées d'une autre place, pour être vendues au compte d'un commettant, a privilège pour le remboursement de ses avances et frais sur la valeur des marchandises si elles sont à sa disposition. De là suit qu'un second commissionnaire qui paye ses frais et avances au premier peut invoquer la subrogation de l'article 1251. La cour de cassation l'a jugé ainsi, et cela n'est point douteux (2).

75. Quand le créancier antérieur n'a ni privilège ni hypothèque, il n'y a pas de subrogation. Il suit de là qu'une antichrèse ne donnerait pas lieu à la subrogation, car le créancier antichrésiste n'a point de privilège, comme nous le dirons au titre du *Nantissement* (3). Il y a ici une espèce de contradiction entre la subrogation conventionnelle et la subrogation légale : il est certain que celui qui se ferait subroger par convention au créancier antichrésiste exercerait le droit d'antichrèse. Mais, en matière de subrogation légale, la première question est de savoir s'il y a subrogation et, dans l'espèce, la négative n'est point douteuse.

76. Il en est de même du droit de résolution qui appartient au vendeur. Celui qui paye le vendeur et qui lui est subrogé a non-seulement le privilège du vendeur, il peut aussi exercer le droit de résolution. Mais si le vendeur agit en résolution avant toute subrogation, un créancier

(1) Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 181, note 48, § 321. Demolombe, t. XXVII, p. 464, n° 467.

(2) Rejet, 7 décembre 1826 (Dalloz, au mot *Commissionnaire*, n° 164).

(3) Aubry et Rau, t. IV, p. 181, note 49, § 321. Demolombe, t. XXVII, p. 413, n° 466.

de l'acquéreur pourra-t-il payer le vendeur pour être subrogé à son action résolutoire? La négative a été jugée par la cour de cassation. L'arrêt, très-bien motivé, commence par poser en principe que la subrogation est de droit strict, qu'elle ne peut être exigée du créancier à qui une offre de paiement est faite que dans les cas déterminés par la loi. La cour ajoute : et à condition de ne pas lui nuire ; nous avons dit que c'est là une condition de toute subrogation. Dans l'espèce, le créancier invoquait l'article 1251. Que suppose cette disposition? Un concours entre plusieurs créanciers, dont l'un est préférable à l'autre à raison d'un privilège ou d'une hypothèque ; le créancier privilégié ou hypothécaire n'a aucun intérêt à refuser le paiement que lui offre le créancier postérieur, puisqu'il reçoit ce qui lui est dû. Si le vendeur réclamait son prix par privilège, le créancier postérieur pourrait lui offrir ce prix, et il serait, par suite, subrogé au vendeur dont il exercerait tous les droits, y compris l'action résolutoire. Mais, dans l'espèce, le vendeur qui a deux droits, le privilège et la résolution, renonçait au privilège et intentait l'action résolutoire ; dès lors le créancier de l'acquéreur ne pouvait pas demander la subrogation en payant le vendeur ; il n'est pas dans les termes de la loi, car il n'est pas en face d'un créancier privilégié, il est en face d'un vendeur qui veut rentrer dans sa propriété ; la subrogation tendrait donc, non à être subrogé à un créancier privilégié, mais à être subrogé à un propriétaire. Le créancier ne peut pas non plus invoquer l'esprit de la loi ; en lui accordant la subrogation, la loi veut prévenir des poursuites en expropriation ; or, le vendeur qui demande la résolution de la vente n'exproprie pas l'acquéreur, il n'y a ni saisie, ni vente, ni ordre, donc il n'y a pas lieu à subrogation. La cour ajoute une dernière considération qui est péremptoire. En accordant la subrogation de plein droit au créancier postérieur, la loi veut éviter l'expropriation du débiteur, elle veut donc consolider dans ses mains la propriété de l'immeuble que le créancier antérieur menace d'exproprier. Est-ce que tel est aussi le but du créancier qui demande à être subrogé au vendeur

quand celui-ci agit en résolution? Non, il agit dans son propre intérêt, il entend s'attribuer exclusivement les avantages de la résolution ; en définitive, il prétend acquérir la propriété de l'immeuble à l'exclusion du vendeur qui a le droit de rentrer dans sa propriété. Ce n'est pas pour cela que la subrogation est établie (1).

II. Condition de la subrogation.

77. La loi n'exige qu'une condition, c'est que le créancier paye le créancier qui lui est préférable ; le paiement est la base de toute subrogation. Il faut, cela va sans dire, que le créancier paye de ses deniers. Les créanciers élèvent parfois de singulières prétentions. Un bailleur délègue à son créancier les fermages d'une année pour s'acquitter envers lui ; le créancier fut obligé de souffrir une réduction assez forte sur les fermages à raison des contributions foncières que les fermiers avaient payées en l'acquit du propriétaire ; il soutint que les contributions avaient été payées de ses deniers, puisqu'elles avaient été acquittées avec les fermages qui lui appartenaient comme délégataire et, par suite, il se prétendit subrogé au privilège du trésor public. Ces prétentions, admises par le tribunal de première instance, furent rejetées par la cour d'appel et par la cour de cassation ; le bailleur, en déléguant les fermages à son créancier, n'avait pu lui déléguer que la portion libre de ces revenus ; or, les fermages étaient affectés au paiement de l'impôt, donc la délégation n'avait pu se faire que sous la condition tacite que le délégataire acquitterait l'impôt si le propriétaire ne le faisait pas. Ainsi le paiement n'avait pas été fait des deniers du créancier et, par suite, la condition essentielle de la subrogation faisait défaut (2).

Une autre prétention tout aussi étrange s'est fait jour. Un ordre s'ouvre ; le premier créancier inscrit est seul colloqué utilement. Il avait encore d'autres garanties.

(1) Rejet, chambre civile, 3 juillet 1854 (Dalloz, 1854, 1, 247).

(2) Rejet, 15 juin 1820 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1907, 1°). Mourlon, p. 375 ; Gauthier, p. 252, n° 229.

Les créanciers postérieurs, sur lesquels les fonds manquèrent, soutinrent qu'ils étaient subrogés à ces garanties en vertu de l'article 1251, 1^o, parce que c'est avec des deniers qui leur appartenaient que le créancier colloqué avait été payé. La cour de Nîmes répond qu'ils n'avaient de droit sur les deniers provenant de la vente que lorsqu'ils étaient colloqués, mais que ces deniers, avant de leur être distribués, appartenaient à leur débiteur, ce qui exclut toute idée de subrogation (1).

78. La subrogation aurait-elle lieu si le créancier postérieur payait avec des deniers empruntés? Oui et sans doute aucun, quoique la question ait été portée à plusieurs reprises devant la cour de cassation. L'emprunteur devient propriétaire des deniers qu'il a empruntés, donc c'est bien avec ses deniers qu'il paye. Peu importe que le créancier déclare qu'il paye avec des deniers empruntés, la loi n'a aucun égard à l'origine des deniers, comme le dit la cour de cassation. Peu importe encore que cette déclaration ne suffise point pour que le prêteur puisse invoquer la subrogation de l'article 1250, 2^o; il ne s'agit pas de la subrogation conventionnelle, il s'agit de la subrogation légale; et ce n'est point le prêteur qui réclame le bénéfice de la subrogation, c'est l'emprunteur (2).

79. Le créancier qui fait un paiement partiel peut-il réclamer le bénéfice de l'article 1251? Les auteurs ne sont pas d'accord; les uns accordent la subrogation, d'autres distinguent (3). Nous croyons inutile d'entrer dans ce débat; à notre avis, il ne peut pas être question, dans ce cas, de subrogation légale. La subrogation est légale en ce sens que le subrogé peut la réclamer sans le concours du subrogeant, c'est la loi qui le subroge. Or, cela ne se peut lorsque le créancier offre au créancier antérieur un paiement partiel, car la loi dit que le débiteur ne peut pas forcer le créancier à recevoir en partie le paiement

(1) Nîmes, 24 février 1845 (Dalloz, au mot *Obligations*, n^o 1907, 6^o) Larombière, t. III, p. 311, n^o 12 de l'article 1251 (Ed. B., t. II, p. 237).

(2) Rejet, 22 décembre 1846 (Dalloz, 1847, I, 5). Cassation, 7 novembre 1854 (Dalloz, 1854, I, 409). Gauthier, p. 253, n^o 230.

(3) Demolombe, t. XXVII, p. 418, n^o 473. Mourlon, p. 365.

d'une dette. Donc elle ne peut pas de plein droit subroger celui qui offre un paiement partiel au créancier antérieur, cela serait contradictoire. Il faut le consentement du créancier antérieur pour que le créancier postérieur soit admis à lui faire un paiement partiel. C'est dire que la subrogation n'est plus légale, mais conventionnelle. Il faudra appliquer l'article 1250, n^o 1; par conséquent, la subrogation n'existera que si le créancier l'a expressément accordée.

80. Le créancier antérieur à qui le créancier postérieur offre le paiement de ce qui lui est dû peut-il le refuser? En principe, non, puisqu'il n'est pas appelé à consentir; or, celui qui ne doit pas consentir n'a pas le droit de refuser. Toutefois il peut refuser le paiement; on lui fera alors des offres réelles; un débat s'engagera sur la validité et sur les effets des offres. Si le créancier antérieur a un droit qui serait lésé par le paiement, il peut le refuser et, par suite, il n'y aura pas de subrogation. C'est l'application du principe général d'après lequel la subrogation ne doit pas nuire au subrogeant.

Voici un cas très-singulier qui s'est présenté devant la cour de cassation. Le créancier à qui le créancier postérieur offre le paiement de la créance par laquelle il est primé, a une autre créance simplement chirographaire; on lui offre seulement le paiement de la créance qui lui assure le premier rang: peut-il le refuser? La cour de cassation a décidé et avec raison qu'il le pouvait. D'abord il a intérêt à conserver sa créance privilégiée ou hypothécaire, parce qu'elle lui donne un moyen indirect d'obtenir le paiement de sa créance chirographaire, le débiteur étant dans sa dépendance à raison de l'action hypothécaire qu'il peut exercer contre lui; or la subrogation lui enlèverait ce moyen d'action; donc en ce sens elle lui nuirait, et il est de principe qu'elle ne peut pas lui nuire. De plus, et ceci est l'argument décisif invoqué par la cour de cassation, si la subrogation avait lieu, malgré le créancier privilégié, en faveur du créancier postérieur, le subrogeant pourrait immédiatement après demander la subrogation contre le subrogé, en vertu de sa créance chiro-

graphaire, et de son côté, le subrogé pourrait renouveler ce jeu. Nous l'appelons un jeu, parce que le circuit de subrogations, dont chacune est l'exercice d'un droit, aboutit à rendre la subrogation impossible; il n'y a d'autre issue à ce débat que le maintien des parties intéressées dans leur situation respective (1).

Les auteurs sont d'accord avec la jurisprudence. Ils admettent cependant une exception à la décision que nous venons de rapporter. Si le créancier postérieur était personnellement ou hypothécairement tenu de payer la dette, le créancier antérieur ne pourrait pas refuser le paiement, car celui qui le lui offre a le droit absolu de payer, l'article 1236 donnant à toute personne intéressée le droit de payer la dette qu'elle pourrait être forcée d'acquitter (2). Cette restriction nous laisse quelque doute. Quand la loi subroge de plein droit le créancier postérieur qui paye celui qui lui est préférable, elle suppose naturellement que le créancier postérieur a le droit de payer; en effet, ce même article 1236, que l'on invoque pour y fonder une exception, donne à tout tiers, quoique non intéressé, le droit de payer; le tiers non intéressé et les personnes intéressées sont donc sur la même ligne en vertu de la loi; leur droit étant le même, on doit leur appliquer à tous la même règle. D'ailleurs il faut tenir compte du droit du créancier à qui le paiement est offert; lui aussi a un droit, celui de demander la subrogation si on la lui impose; son droit neutralise donc toujours le droit du créancier postérieur qui lui offre le paiement (2).

81. La loi ne prescrit aucune forme pour la validité de la subrogation. Toutefois le subrogé doit prouver le paiement s'il est contesté. Comment se fera cette preuve? D'après le droit commun, puisque la loi n'y déroge pas. Si la quittance est authentique, le paiement sera-t-il prouvé à l'égard des tiers jusqu'à inscription de faux? Un

(1) Rejet, chambre civile, 2 août 1870 (Daloz, 1870, 1, 346). Comparez Gauthier, p. 295, n° 258; Larombière, t. III, p. 305 et suiv., n° 7 de l'article 1251 (Ed. B., t. II, p. 235); Aubry et Rau, t. IV, p. 181, note 50, § 321; Demolombe, t. XXVII, p. 421, n°s 476-479.

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 182, note 51, § 321. Gauthier, p. 350, n° 303, 304.

tribunal de première instance l'avait jugé ainsi. C'était confondre le fait matériel de la déclaration reçue par le notaire et la sincérité de cette déclaration; le fait matériel est prouvé jusqu'à inscription de faux, mais la vérité, la réalité du fait juridique n'est établie que jusqu'à preuve contraire (1). C'est l'application des principes généraux que nous exposerons au chapitre de la *Preuve des obligations*.

N° 3. DE LA SUBROGATION DU N° 2 DE L'ARTICLE 1251.

82. « La subrogation a lieu de plein droit au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué. » Quel est le but de cette subrogation? Il importe de le préciser, c'est l'esprit de la loi, et il sert à décider les questions controversées qui ne manquent pas en cette matière. Celui qui acquiert un immeuble grevé d'hypothèques est tenu hypothécairement des dettes; il peut donc être poursuivi par les créanciers et, sur cette poursuite, il devra ou délaisser l'immeuble ou payer, sinon il sera exproprié. L'acquéreur risque donc d'être évincé; la loi lui donne un moyen de se mettre à l'abri de ce danger, c'est de payer son prix aux créanciers hypothécaires. En payant les créanciers, il éteint les hypothèques et affranchit, par conséquent, l'immeuble des charges qui le grèvent. Voilà un avantage évident que lui procure le paiement de son prix entre les mains des créanciers. Mais on ne voit pas encore à quoi tend la subrogation aux droits des créanciers qu'il paye; son immeuble étant libéré, à quoi lui servent les hypothèques auxquelles il est subrogé? Il paraît, au contraire, avoir intérêt à les effacer pour libérer l'immeuble; or, la subrogation implique qu'il les conserve en renouvelant les inscriptions hypothécaires. Pour que l'acquéreur soit intéressé à la subrogation, il faut supposer que le prix de son immeuble ne suffit pas pour désintéresser tous les créanciers; si l'immeuble est grevé d'hypothèques au delà

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