

de subrogation, lorsque le paiement en est fait par celui qui en l'acquittant ne fait que se libérer de ce qu'il doit. Veut-on avoir une preuve certaine, dit la cour, que la subrogation est impossible? Que l'on suppose que l'acquéreur soit subrogé, en vertu de la loi ou de la convention, il aurait eu un recours pour obtenir le remboursement d'une partie de la créance qu'il devait payer avec son prix; c'est dire qu'il ne se serait point libéré de la totalité de son prix d'acquisition (1).

Cette décision, très-juridique, paraît néanmoins, au premier abord, en opposition avec le texte de l'art. 1251. La loi accorde la subrogation à l'acquéreur d'un immeuble qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créances auxquelles cet immeuble était hypothéqué. Or, l'acquéreur ne fait que payer, en l'acquit de son vendeur, le prix qu'il lui devait. Donc, dira-t-on, il n'est pas vrai que la subrogation ne puisse exister au profit de celui qui paye un créancier à l'aide de deniers qu'il doit lui-même au débiteur. L'objection repose sur une fausse interprétation de l'article 1251, n° 2, et de la subrogation toute spéciale qu'il établit. Il est bien vrai que l'acquéreur qui paye son prix paye ce qu'il doit et qu'il est cependant subrogé au créancier qu'il désintéresse, mais en quel sens l'est-il et à l'égard de qui? Il est subrogé à l'égard des créanciers hypothécaires non payés qui le poursuivraient hypothécairement; le seul but de la subrogation est d'empêcher l'éviction de l'acquéreur. Mais l'acquéreur n'est pas subrogé aux droits que les créanciers qu'il a désintéressés pourraient avoir contre des tiers. Une pareille subrogation supposerait que l'acquéreur subrogé a un recours à exercer à raison du paiement qu'il fait; et comment aurait-il un recours, alors qu'il n'a fait que payer ce qu'il doit? La situation de l'acquéreur est très-simple, il est subrogé à l'hypothèque des créanciers qu'il a payés avec son prix pour se défendre contre la poursuite hypothécaire des créanciers qui n'ont pas pu être payés. Voilà toute la subrogation du n° 2.

(1) Rejet, 31 décembre 1861 (Dalloz, 1862, 1, 481).

Si l'acquéreur lui-même se trouve parmi ces créanciers, il subira la loi commune de tout créancier qui ne peut pas être payé sur l'immeuble hypothéqué, parce que cet immeuble est grevé de charges au delà de sa valeur; c'est dire qu'il rentre dans la classe des créanciers chirographaires, il n'a qu'une action personnelle, puisque l'action hypothécaire lui fait défaut. Comme créancier personnel, il pourra exercer les droits de son débiteur. Si donc le vendeur a des droits contre les codébiteurs des dettes acquittées moyennant le prix de vente, l'acquéreur pourra les exercer en vertu de l'article 1166; mais en exerçant cette action, il viendra en contribution avec les autres créanciers de son débiteur; ce ne sera pas le bénéfice de la subrogation, ce sera le droit commun (1).

#### II. Condition de la subrogation.

**88.** La condition essentielle de toute subrogation est qu'une dette soit payée, c'est ce que dit le numéro 2 de l'article 1251 : l'acquéreur doit employer le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels l'immeuble était hypothéqué. Cette condition donne lieu à bien des difficultés en ce qui concerne la subrogation de l'acquéreur. On demande d'abord quand le prix doit être payé. La réponse paraît bien simple : après que la vente a eu lieu. On ne paye pas le prix avant que la vente existe; on ne peut pas même le payer, puisqu'il n'y a point de prix tant qu'il n'y a point de vente. Il se peut cependant que celui qui se propose d'acheter un fonds fasse une avance au propriétaire sur le prix qu'il devra quand la vente sera consommée. Si la vente se fait, y aura-t-il subrogation? L'affirmative a été jugée dans l'ancien droit. Renusson critique la décision; il est évident que l'on n'est pas dans les termes de la loi, qui n'accorde de subrogation qu'à l'acquéreur qui paye son prix d'acquisition aux créanciers inscrits; ce qui suppose une acquisition et un prix payé par l'acquéreur. Or, dans l'es-

(1) Voyez la note de l'arrétiste sur l'arrêt précité (Dalloz, 1862, 1, p. 481).

pèce, il n'y a ni acquisition ni prix; donc il n'y a pas de subrogation (1). Vainement dirait-on qu'au fond l'opération est identique dans les deux hypothèses; que je paye mon prix avant ou après l'acquisition, toujours est-il que je paye mon prix. Les personnes étrangères à notre science peuvent raisonner ainsi, mais en droit il n'y a de prix que lorsqu'il y a vente; ce que le futur acheteur donne au futur vendeur est une avance, un prêt; or, la loi n'établit pas de subrogation pour de simples avances. En veut-on la preuve palpable? Le n° 2 est l'application du n° 3; et pourrait-on, en vertu du n° 3, dire que le futur acheteur est tenu *pour* le futur vendeur des dettes qui grèvent la chose qu'il propose d'acheter? La question n'a point de sens.

89. Que faut-il décider si l'acquéreur revend l'immeuble et s'il paye les créanciers inscrits avec le prix que le second acquéreur s'oblige à payer? Les auteurs sont unanimes à enseigner que le premier acquéreur peut invoquer la subrogation. La revente, dit-on, n'empêche pas qu'il soit acquéreur, elle ne fait pas disparaître les obligations qui en résultent; si donc il paye les créanciers hypothécaires avec le prix qui lui est dû par le second acquéreur, il paye en qualité d'acquéreur et pour affranchir son acquisition en se libérant de son prix (2). Les éditeurs de Zachariæ semblent mettre une restriction à leur opinion, en disant que la subrogation a lieu lorsque le prix de vente consigné par le sous-acquéreur a servi à désintéresser les créanciers hypothécaires (3). C'est la décision de la cour de cassation. L'acquéreur d'un immeuble hypothéqué le revend; le prix de la revente est déposé par le sous-acquéreur à la caisse des consignations; sur ce prix, le premier acquéreur paye les créanciers hypothécaires, il est subrogé à leurs droits. Nous transcrivons le considérant: « L'acquéreur, soit comme *détenteur de l'immeuble hypothéqué* et tenu à ce titre en-

(1) Renusson, p. 120, chap. V, n° 20. C'est l'avis de tous les auteurs Aubry et Rau, t. IV, p. 182, note 53, § 321.

(2) Gauthier, p. 333, n° 288; Demolombe, t. XXVII, p. 462, n° 513.

(3) Aubry et Rau, t. IV, p. 183, § 321.

vers le créancier hypothécaire, soit comme vendeur du même immeuble et *tenu hypothécairement sur son prix de vente*, avait dans l'une et l'autre hypothèse *intérêt à acquitter* la créance hypothécaire. » Il l'a, en effet, acquittée de ses deniers, puisque c'est à sa décharge et sur son prix de vente, déposé à la caisse des consignations, que les créanciers ont été payés; il est donc dans les conditions de la subrogation définie et caractérisée par l'article 1251 (1).

On voit que la cour de cassation motive sa décision sur les termes de l'article 1251, n° 3, bien qu'il s'agisse de la subrogation de l'acquéreur définie par le n° 2 de l'article 1251; nous acceptons le débat sur ce terrain; toutefois, en décidant d'après le n° 3, il ne faut pas oublier qu'il s'agit du cas prévu par le n° 2. La loi subroge l'acquéreur qui emploie son prix d'acquisition à payer les créanciers hypothécaires. Qui est subrogé? L'acquéreur qui paye son prix. Or, dans l'espèce, il y a deux acquéreurs: lequel des deux paye son prix d'acquisition? C'est le second; c'est donc le second qui doit être subrogé. Voilà ce que dit le n° 2, et c'est, sans doute, parce que ce texte témoigne si clairement contre elle que la cour ne le cite pas. Elle cite le n° 3; le n° 3 peut-il dire autre chose que le n° 2? Cela est impossible, puisque le n° 2 ne fait qu'appliquer le n° 3. La cour veut prouver que le premier acquéreur est tenu de la dette et qu'il avait intérêt à l'acquitter. Il est tenu de la dette, dit-elle, comme détenteur de l'immeuble hypothéqué. Ceci est une méprise: le premier acquéreur a revendu, dès l'instant où la vente est parfaite il a cessé d'être détenteur de l'immeuble, c'est le second acquéreur qui est détenteur; c'est donc lui qui est tenu hypothécairement. Contre qui les créanciers hypothécaires devraient-ils agir? Nous supposons, comme on doit le faire, que l'acte de vente est transcrit; dès ce moment, le second acquéreur est propriétaire et possesseur, c'est lui qui est tenu hypothécairement, c'est donc lui qui peut invoquer l'article 1251,

(1) Cassation, 29 août 1865 (Daloz, 1865, 1, 329).

n° 3. La cour continue et dit que le premier acquéreur est encore tenu hypothécairement sur son prix de vente. Comment serait-il tenu hypothécairement, alors qu'il cesse d'être propriétaire et détenteur de l'immeuble hypothéqué? Il n'était tenu que comme détenteur de l'immeuble, il cesse d'être détenteur, donc il cesse d'être tenu. Il avait intérêt à acquitter les créances hypothécaires, dit l'arrêt. Quel est l'intérêt que l'acquéreur a à payer? Il y est intéressé pour se mettre à l'abri de l'action hypothécaire des créanciers non payés, afin de conserver et de consolider sa propriété. Dira-t-on que le premier acquéreur a intérêt à consolider sa propriété, alors qu'il cesse d'être propriétaire? Il serait absurde de dire qu'il veut se mettre à l'abri d'une action qui ne peut plus être intentée contre lui. Qui est propriétaire? C'est le second acquéreur. Qui est menacé d'être évincé? C'est encore le second acquéreur. C'est donc le second acquéreur qui est dans les termes et dans l'esprit du n° 3, comme il est dans les termes et dans l'esprit du n° 2 (1).

90. On demande si l'acquéreur qui paye les créanciers hypothécaires avec ses propres deniers, soit en tout, lorsqu'il a déjà payé le prix au vendeur, soit en partie, lorsqu'il paye aux créanciers plus que son prix, peut invoquer le bénéfice du n° 2 de l'article 1251? Comme la subrogation est de droit étroit, il faut répondre négativement, puisque l'acquéreur n'est plus dans les termes de la loi; il ne paye pas son prix d'acquisition. Les auteurs et la jurisprudence admettent néanmoins qu'il est subrogé en vertu du n° 2, parce qu'il y a même motif de décider (2). C'est une assez mauvaise raison quand il s'agit d'une fiction tout à fait exceptionnelle. On va jusqu'à dire que lorsque l'acquéreur paye de ses deniers, il paye encore son prix à certains égards, parce qu'il paye comme acquéreur (3). Cela s'appelle se payer de mots et dans notre science il faut des raisons. Nous n'insistons pas,

(1) Voyez la note qui accompagne l'arrêt de la cour (Daloz, 1865, p. 329).

(2) Duranton, t. XII, p. 249, n° 157, et tous les auteurs. Bourges, 21 décembre 1871 (Daloz, 1872, 2, 171).

(3) Demolombe, t. XXVII, p. 470, n° 524.

parce que le débat est oiseux. En effet, si l'acquéreur qui paye de ses deniers n'est pas subrogé en vertu du n° 2, il l'est en vertu du n° 3; il est tenu pour le débiteur en sa qualité de tiers détenteur, et comme tel il a intérêt d'acquitter la dette, donc il est subrogé.

De ce que l'acquéreur est subrogé en vertu du n° 3 de l'article 1251, faut-il conclure, comme le fait un excellent auteur, que l'acquéreur est subrogé, non-seulement sur l'immeuble qu'il a acheté, mais encore sur tout autre bien hypothéqué à la même dette (1). La question est de savoir si la subrogation de l'acquéreur a des effets aussi étendus que la subrogation en général. Nous y reviendrons plus loin.

91. Une question analogue se présente pour le donataire et pour l'échangiste. Ils ne peuvent pas invoquer le n° 2 de l'article 1251; car il n'y a de prix ni dans la donation ni dans l'échange, et dès que l'on n'est pas dans les termes de la loi, il n'y a plus de subrogation légale. Mais si le donataire ou l'échangiste paye les créanciers de ses deniers, il sera subrogé en vertu du n° 3, comme tiers détenteur tenu hypothécairement pour le débiteur et ayant intérêt d'acquitter la dette, afin de consolider leur propriété (1).

92. L'article 1251 dit que la subrogation a lieu au profit de l'acquéreur qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers. Cela veut-il dire que l'acquéreur doit lui-même verser son prix entre les mains des créanciers auxquels l'immeuble est hypothéqué? La loi ne dit pas cela, et l'interprète ne doit pas ajouter à la loi en se montrant plus sévère qu'elle. Il n'y a d'ailleurs aucune raison pour exiger que les deniers soient remis par l'acquéreur aux créanciers; cela peut se faire par mandataire; la seule difficulté est de savoir si le paiement peut être fait par l'intermédiaire du vendeur. En droit, l'affirmative n'est pas douteuse, pourquoi le vendeur ne pourrait-il pas être mandataire? Aucune loi, au-

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 378, n° 195 bis III.

(2) Mourlon, Répétitions, t. II, p. 619 et 620.

cun principe ne s'y opposent. Mais, en fait, il sera parfois difficile de distinguer deux hypothèses très-distinctes : le cas où l'acquéreur paye son prix au vendeur et le cas où il le paye aux créanciers. Il faut qu'il le paye aux créanciers pour être subrogé à leurs droits; donc s'il paye au vendeur, il ne sera pas subrogé aux créanciers, à moins qu'il n'ait donné mandat au vendeur de payer les créanciers avec le prix qu'il verse dans ses mains. La difficulté se réduit donc à un point de fait : y a-t-il ou n'y a-t-il pas mandat? Les juges décideront d'après les éléments de la cause (1).

C'est l'opinion commune. On fait des objections qui nous paraissent assez insignifiantes. Peut-on considérer les fonds remis au vendeur comme étant toujours restés la chose de l'acquéreur (2)? La réponse est très-simple; le mandat prouve que l'acquéreur entend que les deniers qu'il verse soient remis par le vendeur aux créanciers; c'est la loi qu'il impose au paiement et le vendeur l'accepte. Pourquoi cette loi que les parties se sont faite ne recevrait-elle pas son exécution? La jurisprudence ne s'est pas arrêtée à ces objections : la cour de cassation s'en tenant au texte de la loi a décidé qu'aucune condition n'est exigée, sauf le paiement du prix aux créanciers; il suffit donc que l'acquéreur justifie que son prix a servi à l'acquittement des créances inscrites sur l'immeuble. C'est peut-être se relâcher de la rigueur qui est nécessaire dans cette matière. La loi dit que l'acquéreur doit *employer* son prix à payer les créanciers; cela implique une manifestation de volonté de sa part, tandis que la cour de cassation semble se contenter du fait matériel que les deniers ont *servi* à désintéresser les créanciers. Dans l'espèce, il n'y avait pas de trace d'un mandat donné par l'acquéreur au vendeur. Il existait une quittance du vendeur et des quittances données par les créanciers hypothécaires. La seule circonstance qui impliquât la vo-

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 183, note 58, § 321. Demolombe, t. XXVII, p. 476, nos 535 et 536. Larombière, t. III, p. 317, r.º 18 de l'article 1251 (Ed. B., t. II, p. 239).

(2) Gauthier, p. 335, n.º 290. Moulon, p. 385.

lonté de l'acquéreur, c'est que le cahier des charges avait réglé le mode de paiement et l'emploi des deniers à l'acquittement des charges hypothécaires. Le juge du fait en induisit que l'acquéreur avait fait emploi par l'intermédiaire du vendeur et la cour de cassation se contenta de cette appréciation (1). Toujours est-il qu'il faut maintenir, en principe, la nécessité d'une déclaration de volonté de la part de l'acquéreur.

93. On a prétendu qu'il n'y avait pas subrogation quand l'acquéreur paye les créanciers inscrits en vertu d'une clause du contrat de vente qui lui impose cette obligation. Il y a un arrêt en faveur de cette opinion que Moulon qualifie très-sévèrement. C'est, dit-il, une véritable hallucination de la jurisprudence. L'erreur nous paraît, en effet, évidente. D'abord la tradition est unanime en faveur de la subrogation : Renusson, après avoir établi que l'acquéreur est subrogé quand il emploie son prix à payer les créanciers hypothécaires, ajoute : « L'acheteur qui s'est chargé, par son contrat d'acquisition, de payer un créancier hypothécaire et paye en exécution de son contrat est pareillement subrogé. » Les anciens auteurs supposent même toujours la délégation, ce qui est très-naturel, le vendeur étant intéressé aussi bien que l'acheteur à ce que les créanciers hypothécaires soient payés, puisque c'est sa dette à lui; on conçoit donc que de commun accord les parties insèrent dans l'acte de vente une clause en vertu de laquelle le prix doit être employé à désintéresser les créanciers. Cela empêche-t-il la subrogation? La condition exigée par le texte est remplie, puisque l'acheteur emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers hypothécaires, et cet emploi se fait par la volonté de l'acquéreur, puisqu'il paye en vertu d'une clause du contrat dans lequel il est partie (2).

Qu'est-ce qu'on oppose à cette interprétation de l'arti-

(1) Rejet, 11 août 1852 (Daloz, 1854, 1, 318). Comparez Colmar, 27 décembre 1825 (Daloz, au mot *Obligations*, n.º 1926, 1.º).

(2) Voyez les témoignages dans Moulon, p. 386 et suiv. L'arrêt qu'il critique est de la cour d'Amiens, 13 août 1824.

de 1251, pour mieux dire, à l'application littérale de la loi? On dit que l'acheteur qui paye en vertu d'une délégation ne fait que payer sa propre dette. C'est peut-être cet argument que Mourlon traite d'hallucination. Sans doute, l'acheteur qui paye son prix paye sa dette. Mais cesse-t-il par hasard de payer sa dette quand il paye les créanciers sans délégation? Il paye toujours sa dette en ce sens. Mais il ne paye pas sa dette en payant les dettes qui grèvent l'immeuble, car ces dettes ne sont pas les siennes, il n'en est tenu qu'hypothécairement, il n'en est pas le débiteur. Donc on peut dire de l'acquéreur qu'il paye les dettes d'un tiers avec sa dette. La cour de cassation, qui paraissait avoir approuvé la décision de la cour d'Amiens en prononçant un arrêt de rejet (1), a depuis jugé, sans même donner de motifs, que l'acquéreur délégué est subrogé (2).

94. La loi ne prescrit aucune condition de forme pour la subrogation du n° 2. Elle reste donc sous l'empire du droit commun. En cas de contestation, l'acquéreur doit prouver qu'il a payé son prix aux créanciers inscrits sur son immeuble. La preuve se fait d'après les principes généraux que le code établit au titre des *Obligations*; nous les exposerons plus loin (3).

N° 4. DE LA SUBROGATION DU N° 3 DE L'ARTICLE 1251.

95. Charles Dumoulin, dans les leçons solennelles qu'il fit à Dôle, soutint, contre le sentiment de tous les docteurs, que le codébiteur solidaire et la caution, ainsi que tous ceux qui payaient ce qu'ils devaient, avec d'autres ou pour d'autres, étaient subrogés de plein droit. Tout le monde admettait qu'ils avaient le droit d'exiger la subrogation, mais on prétendait qu'ils devaient l'exiger. Cela est inutile, dit Dumoulin; on doit présumer qu'ils n'ont

(1) Gauthier justifie l'arrêt de la cour de cassation (p. 315, n° 276) en remarquant que la cour ne s'est pas occupée de l'article 1251.

(2) Cassation, 28 décembre 1853 (Daloz, 1854, 1, 10, et 1856, 1, 355).

(3) Rejet, 11 août 1852 (Daloz, 1854, 1, 318). Bordeaux, 30 août 1854 (Daloz, 1855, 5, 424).

payé qu'à la charge d'une subrogation qu'ils avaient le droit d'exiger, personne ne pouvant être présumé renoncer à ses droits. C'était très-bien raisonner comme législateur; mais Dumoulin oubliait qu'il n'appartient pas à l'interprète de créer une subrogation légale et par voie de présomption. Pothier répondit à Dumoulin que le seul droit des codébiteurs solidaires et des cautions était d'exiger la subrogation; que, s'ils voulaient être subrogés, ils devaient manifester leur volonté; la volonté supposée, sans aucune manifestation, n'est pas suffisante pour acquérir la subrogation. Toullier dit que ce raisonnement peut être rigoureusement vrai ou logique, mais une bonne législation doit établir ce qui est le plus conforme à l'équité, sans s'attacher avec une minutieuse précision aux conséquences que le raisonnement peut tirer d'un principe abstrait. Pothier ne mérite pas ce reproche; le débat entre lui et Dumoulin ne concerne pas la législation, ils n'étaient pas législateurs; ils raisonnaient sur le terrain du droit existant et à ce point de vue Pothier avait certainement raison contre Dumoulin. Mais le législateur moderne a bien fait de suivre l'opinion de Dumoulin et il faut glorifier le grand jurisconsulte d'avoir pris l'initiative d'une innovation qui était certainement fondée en équité (1).

I. *Qui est subrogé.*

1. LE PRINCIPE.

96. « La subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant tenu *avec* d'autres ou *pour* d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter (art. 1251, n° 3). » Quels sont ceux qui sont tenus *avec* d'autres? Ceux qui doivent supporter la dette avec d'autres qui doivent également la supporter, de sorte que chacun y contribue pour sa part; tels sont les codébiteurs soli-

(1) Du Moulin, 1<sup>re</sup> leçon faite à Dôle, nos 23 à 28 (t. III, p. 391). Pothier, *Introduction à la Coutume d'Orléans*, tit. XX, n° 280. Toullier, t. IV, 1, p. 134, n° 147.