

En matière commerciale, on admet que le commissionnaire qui est chargé d'acheter des marchandises pour le compte de son commettant et qui les paye de ses deniers, est subrogé de plein droit au vendeur. La cour de cassation l'a jugé ainsi par le motif que le commissionnaire a intérêt à acquitter le prix de vente. Ce motif est insuffisant; il faut de plus que celui qui paye soit tenu pour d'autres. Le vrai motif de décider est que le commissionnaire agit *en son propre nom*, quoique pour le compte d'un commettant (code de com., art. 91); il est par cela même tenu pour lui à l'égard du vendeur, donc il est dans les termes de l'article 1251, n° 3 (1).

101. Nous disons que l'intérêt ne suffit pas pour qu'il y ait subrogation. Les interprètes s'y sont trompés parfois. Il est certain que quand les débiteurs sont simplement conjoints, l'un n'est pas tenu pour l'autre ni avec l'autre, ce qui rend la subrogation impossible : tels sont les acheteurs partiels d'un domaine, alors que dans l'intention des parties il n'y a aucun lien d'indivisibilité (n° 98). Telle est aussi l'obligation des héritiers quand les dettes divisibles se partagent entre eux de sorte qu'il y a autant de dettes que d'héritiers. On a cependant soutenu que, pendant l'indivision, l'héritier qui payait la totalité d'une dette était subrogé, parce qu'il avait intérêt à l'acquitter. « On ne peut raisonnablement nier, dit Toullier, que les héritiers sont tenus aux dettes les uns avec les autres et qu'ils ont un très-grand intérêt d'acquitter la dette commune pour écarter un créancier incommode et prévenir les frais. » Toullier en conclut qu'on ne peut refuser, dans ce cas, la subrogation au cohéritier qui a payé avant le partage une dette commune, même chirographaire. C'est oublier la condition essentielle de la subrogation, que celui qui paye soit tenu *avec* d'autres ou *pour* d'autres au paiement de la dette. Or, chaque héritier n'est tenu que de sa part dans la dette, puisque les dettes se divisent de plein droit entre les héritiers dès

(1) Cassation, 14 novembre 1810 (Daloz, au mot *Commissionnaire*, n° 49). Gauthier, p. 447, n° 400. Comparez Massé, t. IV, p. 66, n° 2161.

l'ouverture de l'hérédité et avant tout partage. Donc on est hors du texte de l'article 1251, et sans loi il ne saurait y avoir de subrogation légale (1).

102. Un sous-entrepreneur de travaux de construction paye les ouvriers par lui employés; il prétend être subrogé à l'action directe que l'article 1798 accorde aux ouvriers contre l'entrepreneur. La cour de cassation a repoussé cette prétention, qui n'a aucun fondement ni dans le texte ni dans l'esprit de la loi. Le sous-entrepreneur qui emploie des ouvriers est seul obligé au paiement des salaires à leur égard; en les payant il paye donc sa propre dette; ce qui rend l'article 1251 inapplicable. De plus, l'article 1798 ne peut plus être invoqué par les ouvriers quand ils ont été payés, puisque c'est précisément pour le cas de non-paiement que l'article 1798 ouvre une action aux ouvriers contre l'entrepreneur : conçoit-on que l'on demande à être subrogé à un droit qui n'existe pas (2)?

103. En matière d'assurances terrestres, la subrogation donne lieu à des questions très-controversées. On demande d'abord si l'assureur est subrogé de plein droit à l'assuré contre les tiers responsables de l'incendie, notamment s'il peut exercer l'action que la loi accorde au propriétaire contre les locataires (art. 1733 et 1734). La jurisprudence s'est prononcée pour la négative, et telle est aussi l'opinion de la plupart des auteurs. Un arrêt de la cour de Rouen dit que cela est de jurisprudence, comme si la jurisprudence était infaillible. M. Demolombe a raison de dire que les questions de droit doivent toujours se discuter; quelle que soit l'autorité des tribunaux, ce n'est qu'une autorité de doctrine. Dans l'espèce, nous croyons que la jurisprudence est conforme aux vrais principes. La cour de cassation rejette la subrogation, parce que l'assureur n'est pas tenu avec le fermier ni pour lui au paiement de la dette. Autre est la dette du locataire, autre

(1) Toullier, t. IV, p. 137, n° 151. En sens contraire, Demolombe, t. XXVII, p. 524, n° 582. Comparez Duranton, t. XII, p. 292, n° 175.

(2) Rejet, chambre civile, 12 février 1866 (Daloz, 1866, 1, 57). Aubry et Rau, t. IV, p. 184, note 64, § 321. Demolombe, t. XXVII, p. 526, n° 584.

celle de la compagnie d'assurance; le fermier est responsable par suite d'une présomption de faute; la compagnie répond du cas fortuit en vertu d'un contrat aléatoire qui l'indemnise du risque qu'elle court. Donc, en indemnisant le propriétaire du dommage causé par l'incendie, la compagnie acquitte une dette qui lui est personnelle et qui n'a rien de commun avec la dette du fermier: c'est dire qu'elle n'est pas tenue avec le fermier ni pour lui, partant elle ne peut être subrogée (1).

De fait la question ne se discute plus guère, parce que les compagnies ont soin de stipuler la subrogation dans la police d'assurance. Ces clauses ont suscité d'autres difficultés. La subrogation conventionnelle est-elle valable dans l'espèce? Il s'agit de la subrogation de l'article 1250, 1°. Cet article suppose que le créancier reçoit son paiement d'un tiers, et le subroge d'une manière expresse dans ses droits au moment où il est payé. On conçoit que l'assureur se fasse subroger par l'assuré contre le locataire au moment où il lui paye l'indemnité pour le dommage causé; cette indemnité représente les dommages-intérêts dont le locataire est tenu; en ce sens la compagnie paye la dette du locataire, elle peut donc stipuler la subrogation contre lui. Ou a cependant fait une objection très spécieuse. La subrogation est une cession fictive, ce qui suppose d'abord que le subrogé ne paye pas sa propre dette et ensuite qu'il y a un prix de la cession. Or, l'assureur paye certainement une dette qui lui est propre, et la cour de cassation a même jugé que cette dette n'avait rien de commun avec la dette du locataire. Puis où est le prix de la cession fictive? Est-ce l'indemnité que l'assureur paye à l'assuré? Mais cette indemnité, il la paye en vertu du contrat d'assurance, et il a reçu la compensation de cette indemnité en touchant la prime. Si l'assureur peut, en vertu de la subrogation, se faire rembourser l'indemnité qu'il a payée à l'assuré, il recevra ce

(1) Cassation, 2 mars 1829 (Daloz, au mot *Assurances terrestres*, n° 247). Rouen, 14 mars 1855 (Daloz, 1855, 2, 165). Massé, t. IV, p. 70, n° 2163, et la plupart des auteurs. En sens contraire, Demolombe, t. XXVII, p. 532, nos 597-600.

qu'il a déjà reçu sous forme de prime. Peut-il toucher tout ensemble la prime et l'indemnité qui représente la prime? Il est certain que telle n'est pas l'hypothèse prévue par le n° 2 de l'article 1250: le tiers qui est subrogé fait une avance, il ne doit rien, il paye pour le débiteur, et c'est pour ce paiement qu'il fait sans y être tenu qu'il est subrogé aux droits du créancier (1).

Ces objections n'ont pas prévalu. Mais, chose remarquable, les arrêts qui se sont prononcés en faveur des compagnies ne qualifient pas de subrogation l'acte par lequel elles succèdent aux droits de l'assuré contre les tiers responsables de l'incendie, ils disent que c'est une cession; et voici comment ils la justifient. L'assuré cède à l'assureur ses droits contre le locataire; aucune loi n'interdit cette cession, il s'agit de droits qui sont dans le commerce, donc cessibles. Reste à savoir si la cession faite à l'assureur est valable. La cession est une vente qui n'exige qu'une chose et un prix; or, ces deux conditions se rencontrent dans l'espèce: la chose cédée consiste dans les droits du propriétaire contre son locataire, le prix est représenté par la somme que l'assureur paye à l'assuré (2). L'arrêt que nous analysons émane de la même cour qui d'abord avait repoussé la subrogation. Il ne répond pas à toutes les objections que nous venons de faire. On peut néanmoins justifier la jurisprudence qui est maintenant unanime et d'accord avec la doctrine.

Les compagnies d'assurance s'engagent à indemniser le propriétaire en cas de sinistre et, comme compensation de ce risque, elles touchent une prime. Quel est le risque qu'elles assurent? Celui qui provient d'un cas fortuit. Si l'incendie est produit par le crime ou la faute d'un tiers, la compagnie doit, à la vérité, une indemnité à l'assuré, puisqu'à l'égard de l'assuré le fait du tiers est un cas fortuit; mais elle a une action contre le tiers qui est l'auteur du fait dommageable. La cour de cassation a consacré ce principe qui n'est pas douteux; c'est l'application de

(1) Comparez Colmar, 13 janvier 1832 (Daloz, au mot *Assurances*, n° 249).

(2) Colmar, 17 novembre 1842, et Rejet, chambre civile, 1^{er} décembre 1846 (Daloz, 1847, 1, 37).

l'article 1382. Dans l'espèce, l'incendie était attribué à l'imprudence d'un enfant mineur, la mère en était responsable; la compagnie, non subrogée, agit contre la mère; l'action, repoussée par le premier juge, fut admise par la cour de cassation (1). Il suit de là que l'assureur peut avoir un recours contre l'auteur de l'incendie, quoiqu'il ait touché la prime; donc il peut aussi se faire céder les droits que le propriétaire a contre le locataire présumé auteur du fait dommageable (2).

La cour de cassation décide régulièrement que l'acte par lequel l'assuré cède ses droits à l'assureur contre le locataire est une cession proprement dite et non une subrogation. D'ordinaire la cession se fait par une clause de la police; peu importe, dit la cour, car on peut céder des droits éventuels aussi bien que des droits actuels, les choses futures pouvant être l'objet d'un contrat (art. 1130); il est vrai que la convention ne peut pas désigner la personne contre laquelle l'action est cédée, mais cela n'est pas nécessaire quand il s'agit d'un droit aléatoire: il suffit que la cession porte sur un objet clairement déterminé et sur des droits et actions dont les parties contractantes peuvent facilement se rendre compte (3).

Nous croyons que la cour de cassation a raison de décider que la clause dite subrogatoire est une cession plutôt qu'une subrogation. La subrogation implique nécessairement un paiement fait pour un tiers par celui qui n'est pas débiteur, elle a pour objet de libérer le débiteur; or, telle n'est certes pas la position de l'assureur; il ne paye pas pour libérer le locataire, il paye parce qu'il est obligé de payer en vertu du contrat d'assurance. Donc il n'y a pas de subrogation; la conséquence en est que l'on ne doit pas observer les conditions prescrites par l'art. 1250, n° 1, pour la validité de la subrogation (4).

(1) Cassation, 22 décembre 1852 (Dalloz, 1853, 1, 93).

(2) Comparez Bruxelles, 14 mars 1855 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 390), et 11 septembre 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 257).

(3) Rejet, chambre civile, 2 décembre 1834; Cassation, 13 avril 1836 et 24 novembre 1840 (Dalloz, au mot *Assurances terrestres*, nos 253, 256 et 257).

(4) Arrêt précité (note 3) du 13 avril 1836. Bruxelles, 13 décembre 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 232).

Si la clause litigieuse est une cession, il en faut conclure que le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification ou par l'acceptation authentique que le débiteur fait de la cession. La jurisprudence a reculé devant cette conséquence. Il a été jugé que la cession que l'assuré fait à l'assureur de droits aléatoires est un acte *sui generis*, qui diffère essentiellement de la subrogation légale réglée par les articles 1250 et 1251, aussi bien que du transport de créances de l'article 1690; la cour d'Orléans en conclut que la clause n'est pas soumise aux formes que la loi prescrit pour le transport-cession (1). C'est admettre une exception sans texte; cela ne se peut. Que le droit cédé soit éventuel ou actuel, toujours est-il que c'est un droit dont la vente constitue une cession, à moins que l'acte ne puisse être considéré comme une subrogation. Il faut choisir. La vérité est qu'il n'y a pas de subrogation, puisqu'il n'y a pas de paiement, et il est difficile de voir une vente dans la cession que l'assuré fait à l'assureur, car il n'y a pas de prix véritable; l'indemnité qu'il touche lui est due en vertu du contrat d'assurance, et lui serait due indépendamment de toute cession qu'il ferait à l'assureur de ses droits contre les tiers. La cour d'Orléans a donc raison de dire que c'est une cession d'une nature particulière; c'est dire qu'il y a une lacune dans la loi. Toujours est-il que, dans le silence de la loi et par cela même qu'elle ne déroge pas à l'article 1690, cette disposition est applicable.

Reste à déterminer l'étendue de la cession. Ceci est une question de fait, puisque la décision dépend de l'interprétation du contrat d'assurance ou de la convention spéciale intervenue entre l'assuré et l'assureur. La cession peut donc comprendre l'action que l'article 1733 ouvre au propriétaire contre le locataire, elle peut aussi ne pas la comprendre: c'est la volonté des parties contractantes qui décide (2).

104. Les clauses subrogatoires insérées dans les po-

(1) Orléans, 26 août 1858 (Dalloz, 1859, 2, 2).

(2) Rouen, 14 mars 1855 (Dalloz, 1855, 2, 165).

lices d'assurance, ou stipulées après le sinistre lors du paiement de l'indemnité, donnent encore lieu à bien des difficultés que nous devons laisser de côté parce que la matière est trop spéciale. Nous dirons un mot d'une question qui s'est présentée devant la cour de Gand, pour mettre le lecteur en garde contre ces clauses.

Un créancier hypothécaire fait l'assurance de l'immeuble qui lui est hypothéqué; un incendie éclate, la compagnie lui paye l'indemnité du dommage causé et se fait subroger à tous ses droits, actions et privilèges contre le débiteur propriétaire de la maison assurée. Cette subrogation ou cession était-elle valable? La décision dépend de l'interprétation du contrat d'assurance intervenu entre la compagnie et le créancier hypothécaire. Celui-ci n'avait pas fait assurer sa créance, il avait assuré l'immeuble sur lequel sa créance était hypothéquée; c'est donc, en réalité, le propriétaire qui était assuré, le créancier avait agi en son nom comme son gérant d'affaires. Ainsi l'indemnité était due au propriétaire incendié, sauf à régler ses rapports avec le créancier. Dès lors il ne pouvait être question de subroger la compagnie aux droits du créancier contre le propriétaire, car, en payant un créancier gérant d'affaires, elle avait payé au propriétaire ce qu'elle devait à celui-ci (1). Or, il y a un principe fondamental en cette matière qu'il ne faut jamais perdre de vue : celui qui acquitte sa dette, dit la cour de cassation, ne peut être subrogé (2).

105. Toute subrogation repose sur un paiement. Donc celui qui invoque la subrogation doit prouver qu'il a payé la créance. Il va sans dire que le paiement seul ne suffit pas pour qu'il y ait subrogation en vertu du n° 3 de l'article 1251, il faut que celui qui paye ait eu intérêt à payer et qu'il ait été tenu avec celui ou pour celui dont il a payé la dette. De là suit que le tiers n'est subrogé que lorsqu'il pouvait être forcé à payer, soit en vertu d'un lien personnel, soit en vertu d'un lien réel. S'il n'était passible d'aucune poursuite, nous croyons qu'il n'y a pas de subro-

(1) Gand, 30 mai 1838 (*Pasicristie*, 1838, 2, 135).

(2) Rejet, 22 août 1871 (*Dalloz*, 1871, 1, 165).

gation, car on ne peut pas dire, dans ce cas, que celui qui paye fût tenu au paiement de la dette; et la loi exige formellement cette condition, elle est donc essentielle pour l'existence même de la subrogation. La cour de Lyon a jugé en sens contraire; à notre avis, c'est une erreur. Ce qui est vrai, c'est que le paiement ne doit pas être fait directement, il suffit qu'il ait été fait avec les deniers de celui qui invoque la subrogation. C'est ce que la cour de Lyon a décidé, et en ce point elle a bien jugé (1).

no 5. DE LA SUBROGATION DE L'ARTICLE 1251, 4°.

106. « La subrogation a lieu de plein droit au profit de l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession » (art. 1251, 4°). Cette subrogation n'est pas une conséquence du principe posé par le n° 3 de l'article 1251. L'héritier bénéficiaire n'est pas tenu de payer les dettes de ses deniers, il a seulement un intérêt à les payer afin d'activer la liquidation de la succession dont le reliquat lui appartient, s'il y en a un. Voilà un cas où, contrairement à ce qui est dit au n° 3, l'intérêt de celui qui paye suffit pour le subroger. Quel est le motif de cette espèce d'exception? C'est que l'héritier n'est pas le seul qui ait intérêt au paiement des dettes, les créanciers et légataires sont également et directement intéressés à recevoir ce qui leur est dû le plus tôt possible : il est donc de l'intérêt de tous que la liquidation avance. Telle est la justification de la subrogation que la loi accorde à l'héritier bénéficiaire qui paye les dettes de ses deniers; il ne risque rien en payant des dettes qui sont garanties par des cautionnements ou des hypothèques, et par là la liquidation est simplifiée; on évite les frais, on empêche que les biens ne soient vendus à un moment où peut-être la valeur des immeubles a baissé, enfin on évite des procédures toujours fâcheuses pour la mémoire du défunt, puisqu'elles révèlent le mauvais état de ses affaires (2).

(1) Lyon, 4 août 1853 et 11 août 1855 (*Dalloz*, 1857, 2, 127).

(2) Mourlon, t. II, p. 621. Colmet de Santerre, t. V, p. 378, n° 196 bis.