

d'autres, payent parce qu'ils ont intérêt à payer (1); c'est la subrogation qui se rapproche le plus de l'obligation conventionnelle. A notre avis, il faut généraliser le principe et décider que tout droit naissant de la subrogation peut être transmis par voie de cession. Tel est le droit commun, et la loi n'y déroge pas.

N° 2. EFFET DE LA SUBROGATION A L'ÉGARD DU CRÉANCIER.

131. L'article 1252 pose le principe que la subrogation ne peut nuire au créancier. Nous avons dit plus haut (n°s 15 et 11) que ce principe découle de la nature même de la subrogation : c'est un paiement, et le paiement ne peut certes pas nuire au créancier. Quant à la fiction qui accompagne le paiement, celle d'une cession, elle n'a été imaginée que dans l'intérêt du subrogé, elle est étrangère au créancier, donc on ne peut la tourner contre lui.

L'article 1252 applique le principe au cas où le créancier ne reçoit qu'un paiement partiel : « En ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel. » Cette préférence a été vivement critiquée. Larombière dit que la disposition de l'article 1252, quoique fondée sur une antique tradition, lui paraît injuste et irréfléchie; selon lui, elle tient à cette idée éminemment fautive que le subrogé n'est, à l'égard du subrogeant, qu'un gérant d'affaires, n'ayant de recours qu'à ce titre. Cela n'est pas exact. Peu importe au subrogeant en quelle qualité le subrogé agit, il reçoit ce qui lui est dû, que le subrogé soit mandataire ou gérant d'affaires, et alors même qu'il n'y aurait ni gestion d'affaires ni mandat; cela ne regarde que les rapports du subrogé avec le débiteur. Le créancier qui reçoit un paiement partiel reste créancier, et exerce tous les droits attachés à sa créance : voilà tout ce que dit l'article 1252. On objecte que le créancier et le subrogé ont des droits identiques, fractionnés, d'une

(1) Bourges, 31 janvier 1832 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1975).

seule et même créance : en divisant sa créance, dit-on, le créancier admet le concours de celui qu'il subroge, parce que les droits qu'il transfère sont identiques à ceux qu'il garde (1). Ce raisonnement est une nouvelle méprise, il confond la subrogation avec la cession. Non, le créancier ne transfère pas des droits identiques à ceux qu'il garde, par la raison très-simple qu'il ne cède rien. Si la loi feint qu'il cède, cette fiction lui est étrangère; à son égard, il n'y a rien de fictif, il reçoit le paiement réel de ce qui lui est dû. Puisque la cession n'est que fictive, il faut voir dans quel but et à l'égard de qui la fiction a été introduite. Elle concerne uniquement les rapports du subrogé et du débiteur; le créancier peut donc, à bon droit, repousser une fiction qui lui est complètement étrangère. Etendre la fiction aux rapports du subrogé avec le subrogeant, c'est créer une fiction nouvelle, et ce droit n'appartient qu'au législateur.

Nous ne répondons pas aux autres objections que l'on a adressées à l'article 1252 (2); on y a répondu et le débat est vidé.

132. L'article 1252 s'applique-t-il à la cession? Nous avons déjà décidé la question négativement (n° 5). Il nous faut ici répondre un mot à Troplong qui professe une opinion différente. Tous les auteurs enseignent que le cessionnaire et le cédant, ayant un droit identique, doivent venir par contribution, si le prix de l'immeuble hypothéqué à la créance ne suffit point pour l'acquitter tout entière. Troplong va plus loin; il donne au cessionnaire la priorité sur le cédant. Et le motif? Il est plus singulier encore que la décision : c'est que le cédant doit, comme vendeur, faire jouir son cessionnaire de la portion de créance qu'il lui a vendue; or, cette obligation de garantie emporte celle de lui céder son droit de préférence. Ainsi le veulent les principes, dit Troplong. On a eu raison de répondre que les principes sont purement

(1) Larombière, t. III, p. 400, n° 25 de l'article 1252 (Ed. B., t. II, p. 270). Comparez Colmet de Santerre, t. V, p. 387, n° 197 bis XIV.

(2) Aubry et Rau, t. IV, p. 191, note 89, § 321. Comparez Demolombe t. XXVII, p. 606, n°s 662, 663.

imaginaires, donc faux. Qu'on nous montre l'article du code qui impose au cédant l'obligation de faire jouir le cessionnaire de la portion de créance qu'il lui cède! L'article 1693 dit que le cédant doit garantir l'existence de la créance qu'il cède; là s'arrête son obligation. S'il devait faire jouir le cessionnaire, la loi l'aurait rendu responsable de l'insolvabilité du débiteur; or, il ne répond pas même de l'insolvabilité qui existerait lors de la cession (art. 1694, 1695). Nous croyons inutile de continuer ce débat; on peut lire dans Mourlon la réfutation détaillée des erreurs de Troplong; nous n'aimons pas à nous servir de ce mot d'*erreurs*, mais ici il est à sa place (1).

133. L'article 1252 s'applique-t-il à la subrogation légale? Le texte répond à la question. Il y est dit d'abord que *la subrogation établie par les articles précédents a lieu contre les cautions*; puis la loi ajoute: *elle ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie*. C'est donc la subrogation établie *par les articles précédents*, c'est-à-dire la subrogation soit conventionnelle, soit légale, qui ne peut nuire au créancier. Il n'y avait pas lieu de distinguer: la subrogation est toujours la même, qu'elle soit légale ou conventionnelle. Il y a même une raison de plus pour que la subrogation qui n'est pas consentie par le créancier ne lui nuise point. La subrogation faite par le débiteur (art. 1250, n° 2), et la subrogation accordée par la loi ont lieu malgré le créancier; il est donc aussi équitable que juridique que l'on ne puisse pas se prévaloir de ces subrogations contre le créancier, alors que celle-là même qu'il consent ne peut pas lui nuire. La jurisprudence est en ce sens (2).

134. Les parties contractantes peuvent-elles déroger à l'article 1252? Oui, et sans doute aucun. Le principe et la préférence qui en résulte ne concernent que l'intérêt du créancier, il y peut donc renoncer; et il y renonce régulièrement parce que le subrogé l'exige, et c'est lui qui

(1) Troplong, *Hypothèques*, n° 367. Mourlon, *Subrogation*, p. 21-26.

(2) Toulouse, 29 février 1844 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 1992). Colmar, 3 janvier 1825 (Daloz, au mot *Privileges et Hypothèques*, n° 2386). Duranton, t. XII, p. 304, n° 184.

dicte la loi du contrat. Vainement la loi dit-elle que celui qui paye la dette d'un tiers ne peut pas exiger la subrogation; sans doute quand la subrogation doit être consentie par le créancier, il peut refuser. Mais si le créancier reçoit un paiement partiel, quoiqu'il ait aussi le droit de le refuser, il faut croire qu'il a intérêt à le recevoir, et ce même intérêt l'engagera à abandonner au subrogé son droit de préférence; dans ce cas, c'est le subrogé qui fait la loi, et le subrogeant la subit (1).

135. L'article 1252 est-il applicable quand la créance est chirographaire? Non, sur ce point tout le monde est d'accord. La loi ne prévoit pas la difficulté, mais les principes ne laissent aucun doute. Quand la créance est chirographaire, le tiers qui la paye n'agit pas contre le débiteur en vertu de l'action subrogatoire, il agit comme mandataire ou gérant d'affaires; c'est dire qu'il exerce une créance tout à fait indépendante de celle qui reste au créancier, quand celui-ci ne reçoit qu'un paiement partiel. Dès lors le subrogeant et le subrogé ont des titres égaux et, par suite, l'un ne doit pas primer l'autre. Vainement le créancier dirait-il que le concours du subrogé à la distribution lui nuit, puisqu'il recevra d'autant moins; le tiers lui répondrait qu'il était libre de ne pas accepter un paiement partiel, que s'il l'a accepté, il doit aussi en subir les conséquences. Du reste, le paiement partiel, malgré les droits qui en résultent pour celui qui a fait le paiement, est loin de nuire au créancier; car s'il n'avait pas reçu ce paiement divisé, il devrait venir à la contribution pour toute sa créance; il est bien juste que le tiers qui lui a payé une partie de la créance vienne à la distribution pour la partie de la dette qu'il a acquittée. Si la subrogation ne doit pas nuire au créancier, on ne doit pas non plus la faire tourner au préjudice du subrogé (2).

Que faut-il décider si la dette est garantie par un cautionnement? On pourrait croire que, dans ce cas, le subrogeant doit être préféré au subrogé, puisqu'il s'agit d'une

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 386, n° 197 bis XIII.

(2) Duranton, t. XII, p. 305, n° 186. Colmet de Santerre, t. V, p. 385, n° 197 bis XVII. Aubry et Rau, t. IV, p. 191, note 91, § 321.

garantie attachée à la créance, et le subrogeant n'est pas censé céder des garanties contre lui-même. A cela on répond qu'il y a un autre motif de décider. Celui qui paye la dette du débiteur principal, paye en même temps la dette de la caution, il a donc contre la caution le même recours que contre le débiteur; il l'a, non en vertu de la subrogation, mais en vertu du paiement. C'est dire qu'il a un recours indépendant de la subrogation, partant sa position est identique à celle du créancier; et leurs droits étant égaux, il ne peut être question de préférence (1).

136. Le créancier peut avoir plusieurs créances hypothéquées sur le même immeuble; il reçoit un paiement partiel sur celle qui est la première en rang. Un ordre s'ouvre sur le prix de l'immeuble. Peut-il demander à être payé par préférence au subrogé pour toutes ses créances? Voilà une question que l'on ne devrait pas faire et encore moins porter devant les tribunaux, car elle est décidée par le texte; Toullier en a fait la remarque. L'article 1252 donne au subrogeant un droit de préférence sur celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel; ce qui prouve que la préférence n'a lieu que pour ce qui reste dû au créancier sur la créance acquittée en partie, et non pour ce qui peut lui être dû à raison d'une créance postérieure en hypothèque. Le subrogé primera donc, en vertu de la subrogation qui lui donne le premier rang, le créancier subrogeant quant à la créance postérieure, comme il primerait tout autre créancier, car cette seconde créance est en dehors de la convention de subrogation (2).

137. Le créancier peut-il transmettre le droit de préférence que lui donne l'article 1252 à l'égard du subrogé? Il y a un cas dans lequel l'affirmative n'est point douteuse. Resté créancier d'une somme de 10,000 francs, le subrogeant vend cette créance avec le droit de préférence qui y est attaché : le cessionnaire sera préféré au subrogé. C'est le droit commun; le créancier peut certainement vendre la partie de la créance qui lui reste; or, en la ven-

(1) Larombière, t. III, p. 404, n° 27 de l'article 1252 (Ed. B., t. II, p. 271).
 (2) Toullier, t. IV, 1, p. 162, n° 169, et tous les auteurs.

dant, il transmet au cessionnaire tous les droits accessoires qui en assurent le paiement, donc aussi le droit de préférence résultant de la subrogation. Il y a un arrêt de la cour de Paris en ce sens, et tel est aussi l'avis des auteurs (1).

Le créancier peut-il aussi, en subrogeant celui qui lui payerait le restant de sa créance, lui transmettre son droit de préférence? Cette question est controversée, et il y a quelque doute. Le principe qui gouverne la matière de la subrogation conduit à donner au subrogé tous les droits du subrogeant. C'est une cession fictive; or, le créancier peut céder, par une vente réelle, le droit de préférence en vendant sa créance; ce qu'il peut par une cession réelle, pourquoi ne le pourrait-il pas par une cession fictive? Que l'on n'objecte pas que c'est étendre une fiction, c'est, au contraire, l'appliquer. Quant au subrogé, la fiction a le même effet qu'une vente réelle, il est censé acheter la créance, dit Pothier; donc il peut invoquer les principes qui régissent la vente d'une créance et réclamer tous les droits utiles qui servent à lui procurer son remboursement (2).

L'opinion contraire est généralement suivie, et la jurisprudence l'a consacrée. On invoque la tradition. Pothier enseigne, en effet, que s'il y a plusieurs subrogés, ils viennent en concurrence; il dit que cela est évident. Cette évidence ne nous frappe pas, et les motifs que les auteurs modernes donnent pour l'expliquer ne sont pas aussi péremptoires qu'ils le disent. La préférence, dit-on, est fondée sur ce qu'à l'égard du créancier la partie de la créance payée avec subrogation est éteinte, tandis que la partie non payée subsiste encore entre ses mains; mais si un nouveau paiement vient éteindre cette partie de la créance, il n'en subsistera plus rien, donc il ne peut plus y avoir de droit de préférence (3). N'est-ce pas résoudre

(1) Paris, 18 mars 1837 (Dalloz, au mot *Hypothèques*, n° 2384, 2°). Demolombe, t. XXVII, p. 612, n° 666. Gauthier, p. 65, n° 68.

(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 388, n° 797 bis XV.

(3) C'est l'opinion généralement suivie (Duranton, t. XII, p. 309, nos 188, 189. Aubry et Rau, t. IV, p. 192, notes 92 et 93, et les auteurs qu'ils citent. Demolombe, t. XXVII, p. 613, n° 667). La jurisprudence est aussi en ce

la question par la question? Au moment où le créancier reçoit le paiement du restant de sa créance, le créancier avait pour cette partie un droit de préférence; il s'agit de savoir s'il peut céder ce droit par voie de subrogation, comme il le peut par voie de cession; ainsi posée, la question ne nous paraît pas douteuse.

ARTICLE 4. Des offres de paiement et de la consignation.

§ 1^{er}. Notions générales.

138. « Lorsque le créancier refuse de recevoir son paiement, le débiteur peut lui faire des offres réelles et, au refus du créancier de les accepter, consigner la somme ou la chose offerte » (art. 1257). Le débiteur, obligé de payer, a aussi le droit de le faire, et il y a intérêt. Un vieux proverbe dit que celui qui paye ses dettes s'enrichit. Toute obligation porte atteinte au crédit du débiteur, puisqu'elle affecte ses biens directement ou indirectement et, par suite, diminue sa solvabilité; il est donc intéressé à payer pour affranchir ses biens et pour augmenter son crédit. Il peut avoir un motif particulier pour payer des dettes onéreuses : telles sont les dettes qui portent intérêt ou qui sont munies d'une clause pénale. Si le débiteur est intéressé à payer, d'ordinaire le créancier est intéressé à recevoir ce qui lui est dû; c'est dans ce but qu'il stipule, et on ne voit pas au premier abord pourquoi il refuserait de recevoir son paiement. Ce peut être par caprice, par mauvais vouloir; les auteurs le disent, mais cela arrivera rarement, car c'est l'intérêt qui guide les hommes, et il l'emporte sur leurs passions. Il se peut que le créancier soit intéressé à refuser par la même raison qui engage le débiteur à offrir. Nous en avons cité un exemple historique en traitant de la subrogation; ceux qui avaient prêté à 8 pour cent n'aimaient pas d'être remboursés quand le taux de l'intérêt baissa et qu'il ne fut plus que de 5 ou de

sens : Paris, 13 mai 1815 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 1998). Dijon, 10 juillet 1848 (Daloz, 1849, 2, 15).

6 pour cent. Si une peine est attachée à l'obligation, le créancier peut être intéressé à ce qu'elle soit encourue. De là un conflit entre le débiteur et le créancier : l'un offre, l'autre refuse. Si le débiteur offre ce qu'il doit, le refus du créancier est injuste; la loi devait donc donner au débiteur un moyen de se libérer malgré le créancier. Tel est l'objet des offres de paiement et de la consignation. La loi, tout en veillant aux intérêts du débiteur, ne néglige pas ceux du créancier; c'est afin de les concilier qu'elle prescrit des conditions pour la validité des offres et de la consignation. « La loi prend toutes les précautions, dit l'orateur du gouvernement, pour qu'il soit certain que le créancier est en faute d'avoir refusé les offres que le débiteur lui a faites; ses droits étant ainsi garantis, il ne peut se plaindre si la loi ne permet pas qu'un refus arbitraire et injuste nuise au débiteur (1). »

139. Les offres de paiement et la consignation sont organisés pour permettre au débiteur de se libérer malgré le refus injuste du créancier. Cela suppose l'existence d'une dette. De là suit que s'il n'y a point de dette, il n'y a pas lieu à offres ni à consignation. Tel serait le cas où le débiteur est menacé d'encourir une déchéance s'il n'use pas d'un droit qu'il doit exercer dans un délai fixe; par exemple la faculté de rachat. Le vendeur n'est pas tenu de faire des offres réelles à l'acheteur dans les formes prescrites par la loi pour le paiement; car le vendeur ne paye pas, il exerce un droit, et la loi ne prescrit aucune forme particulière pour l'exercice de ce droit.

Un cas analogue s'est présenté devant la cour de Nancy. Le donateur demande la révocation d'une donation pour cause d'inexécution des charges; le tribunal l'ayant prononcée, un créancier hypothécaire forme tierce opposition au jugement et offre de remplir les charges. On lui opposa qu'il n'avait pas le droit de former tierce opposition, parce qu'il était l'ayant cause du donataire qui avait con-

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, nos 134 et 136 (Loire, t. VI, p. 171 et suiv.). Durantou, t. XII, p. 334, n° 202. Mourlon, t. II, p. 724, n° 1379 (édition de Demangeat, 1873). Colmet de Santerre, t. V, p. 395, n° 202 bis I.