

tion; car il est peu probable qu'elles aient songé à un changement de domicile. Le créancier, qui changerait de domicile, devrait donc faire en vue du paiement une élection de domicile au lieu qu'il a quitté.

### 3. Frais du paiement.

993. « Les frais du paiement sont à la charge du débiteur », dit l'art. 1248. La raison en est que ces frais sont faits dans l'intérêt du débiteur, car ils sont nécessaires pour lui procurer sa libération. C'est par application de ce principe que les fournisseurs font payer à leurs clients le timbre-quittance de 10 centimes établi par la loi du 23 août 1871. On peut encore citer, comme exemples de frais de paiement à la charge du débiteur, les frais de la quittance notariée qui a été requise par le débiteur, alors même qu'elle aurait été rendue nécessaire par suite de cette circonstance que le créancier ne savait pas écrire, et les frais de la main-levée de l'hypothèque qui garantissait le paiement de la créance.

Les frais d'enlèvement sont à la charge du créancier (arg., art. 1608).

## § II. Du paiement avec subrogation.

### N° 4. Généralités.

994. On distingue deux espèces de subrogation : la subrogation réelle et la subrogation personnelle.

La subrogation *réelle*, dont le législateur ne s'occupe pas ici, est celle par laquelle une *chose* est substituée juridiquement à une autre qu'elle vient remplacer. Les effets de cette subrogation sont condensés dans la vieille maxime *Subrogatum capit naturam subrogati*. Notre Droit offre d'assez nombreux exemples de subrogation réelle; voyez notamment les art. 747 et 766; 1066, 1067 et 1069; 1407; 1434 et 1435; 1553 et 1559.

La subrogation *personnelle* (*lato sensu*) consiste dans la substitution juridique d'une personne à une autre, en vue de permettre à la première d'exercer dans son intérêt personnel tout ou partie des droits qui appartiennent à la seconde. Ainsi on dira que le cessionnaire d'un droit est subrogé au cédant, en ce sens qu'il est mis en son lieu et place pour l'exercice de ce droit.

Dans le paragraphe à l'étude duquel nous arrivons, le mot *subrogation* est pris dans un sens plus restreint. Une créance est payée par un tiers ou avec des deniers par lui fournis; au moyen de la subrogation ce tiers peut être mis au lieu et place du créancier et venir exercer tous les droits de celui-ci pour obtenir son remboursement.

Voilà une idée très superficielle de la subrogation dont le législateur s'occupe ici. Une espèce va nous permettre d'en acquérir une notion un peu plus approfondie, et nous serons ensuite à même d'en donner une définition.

Un créancier, dont la créance est bien garantie, par exemple par une bonne hypothèque, est sur le point d'exercer des poursuites rigoureuses contre son débiteur, qui ne paie pas quoique la dette soit échue. Un ami du débiteur serait tout disposé à faire les fonds nécessaires pour désintéresser le créancier; mais il hésite, parce que le débiteur est peu solvable et qu'il craint de ne pas rentrer dans son avance. En effet, s'il paie directement le créancier au nom du débiteur, il aura contre celui-ci pour se faire rembourser une action *mandati* ou une action *negotiorum gestorum* suivant les cas, et, s'il prête au débiteur les fonds nécessaires pour se libérer, il aura contre lui la *condictio ex mutuo*. Or ces diverses actions sont purement personnelles, et laissent par suite celui à qui elles appartiennent exposé aux risques de l'insolvabilité du débiteur. Il y a un moyen de rassurer le bailleur de fonds et de le déterminer à venir en aide au débiteur, c'est de le *subroger* dans les droits du créancier. Une fois payé, le créancier n'a plus besoin des garanties attachées à sa créance; elles pourront au contraire être fort utiles à celui dont les fonds ont servi à effectuer le paiement, pour assurer le remboursement de son avance. La loi permet de les lui transmettre au moyen de la subrogation, qui le mettra au lieu et place du créancier pour l'exercice des droits de celui-ci. Cette combinaison est profitable au débiteur, qui sans elle ne trouverait peut-être pas les fonds dont il a besoin pour se libérer et resterait ainsi exposé aux rigueurs de son créancier; — elle profite aussi au créancier, dont elle facilite le paiement; — elle est avantageuse au subrogé lui-même, en ce sens qu'elle lui permet de faire un placement de fonds en toute sécurité; — enfin elle ne nuit pas aux autres créanciers du débiteur, dont la situation reste après la subrogation ce qu'elle était avant, à cela près qu'un créancier a été substitué à un autre; mais que leur importe, puisque la créance n'est pas plus forte, et que les garanties qui y sont attachées restent les mêmes? La subrogation profite donc à tout le monde, et ne nuit à personne. Voilà sa principale raison d'être.

995. **Définition.** — Nous pouvons maintenant donner une définition de la subrogation *hoc sensu*. La subrogation est une fiction juridique, par suite de laquelle une créance payée avec des deniers fournis par un tiers, et par conséquent éteinte par rapport au créancier, est réputée subsister avec tous ses accessoires au profit de ce tiers, afin d'assurer l'efficacité de son recours pour le remboursement des fonds qu'il a versés.

996. Tous les auteurs admettent que la subrogation est une fiction; mais il y a des divergences graves sur le point de savoir quelle est la nature et l'étendue de cette fiction. D'après la définition que nous venons de donner, la fiction consiste à maintenir au profit du subrogé



la créance elle-même, que ses fonds ont servi à éteindre, avec tous ses accessoires. Ainsi, par rapport au créancier qui reçoit son paiement, la créance est éteinte; elle subsiste au contraire, ou plutôt *est réputée subsister* avec tous ses accessoires au profit du subrogé.

Cette manière d'envisager la subrogation a d'abord pour elle l'autorité de la tradition, ce qui est considérable dans une matière toute traditionnelle. D'autre part, les travaux préparatoires de la loi la confirment pleinement. Enfin les textes lui présentent un point d'appui plus solide encore: ils nous représentent la subrogation comme faisant entrer le subrogé dans les droits du créancier (art. 874, 1249, 1250, al. 2), dans ses droits et actions (art. 1250 al. 4), dans tous ses droits (art. 2029). Or dire que le subrogé acquiert tous les droits du créancier, n'est-ce pas dire qu'il acquiert la créance d'où dérivent ces droits; qu'est-ce en effet que la créance, sinon l'ensemble des droits qu'elle confère? Il faut donc rejeter une opinion, à laquelle se rattache un nom éminent dans la science, celui de Merlin, d'après laquelle la créance serait éteinte, même quant au subrogé, qui se trouverait investi seulement des accessoires de cette créance. En d'autres termes, d'après ce système, la fiction qui sert de base à la subrogation consisterait à maintenir au profit du subrogé, non la créance éteinte avec les fonds qu'il a fournis, mais seulement les accessoires de cette créance, privilèges, hypothèques, cautionnements; ces accessoires seraient rattachés à la créance, qui appartient au subrogé de son propre chef comme ayant payé le créancier ou comme ayant prêté les fonds destinés à le payer. On invoque principalement en ce sens le texte de la loi, qui qualifie l'opération dont il s'agit du nom de PAIEMENT avec subrogation. Ce langage indique, dit-on, que la subrogation est une modalité du paiement, mais qu'elle n'en est pas moins un véritable paiement; or le paiement éteint la créance; donc elle ne peut pas continuer à subsister au profit du subrogé. — Sur le terrain de la logique, sans doute. Mais nous sommes ici sur le terrain de la fiction; or la fiction contient toujours quelque chose de contraire à la réalité; elle est donc toujours absurde par un certain côté. Par rapport au créancier la créance est éteinte, voilà la réalité; elle subsiste au profit du subrogé, voilà la fiction. Et d'ailleurs nos adversaires échappent-ils bien eux-mêmes au reproche d'absurdité qu'ils nous adressent? Si la créance est éteinte par le paiement, ses accessoires sont éteints également d'après la règle *Sublato principali tollitur accessorium*; alors comment se fait-il qu'ils subsistent encore au profit du subrogé? Est-il moins absurde d'investir le subrogé des accessoires d'une créance que l'on reconnaît éteinte que de l'investir de la créance elle-même?

Voici maintenant la différence pratique entre les deux systèmes qui viennent d'être exposés sommairement. D'après le premier, la créance payée étant réputée subsister au profit du subrogé, celui-ci est mis complètement au lieu et place du créancier, et peut exercer tous ses droits. Ce ne sont donc pas seulement les accessoires de la créance qui lui sont transmis, privilèges, hypothèques, cautionnement, mais aussi les droits inhérents au titre de la créance ou attachés à sa qualité. Ainsi le subrogé profitera du droit que conférerait au créancier le titre exécutoire dont il était nanti, ou du bénéfice de la compétence commerciale si elle était attachée à la créance à raison de sa nature; il pourra encore user de la contrainte par corps contre le débiteur dans les cas exceptionnels où cette voie d'exécution rigoureuse appartiendrait au créancier. Il faudrait au contraire lui refuser ces divers avantages, si l'on admet le deuxième système, qui considère la créance comme éteinte même par rapport au subrogé et l'investit seulement des accessoires de la créance. Logiquement ce système conduirait même à refuser au subrogé le droit d'user du privilège qui appartenait au créancier; car le privilège est attaché à la qualité de la créance (art. 2095),

et semble par suite ne pas pouvoir être transporté d'une créance à une autre. On pourrait en dire autant de l'hypothèque légale.

**997. Différences entre la subrogation et la cession de créance.** — Si le système que nous venons de combattre donne à la subrogation des effets trop restreints, il en est un autre, à peu près abandonné aujourd'hui, qui lui donne des effets beaucoup trop étendus: c'est celui qui l'assimile à une cession de créance ou cession-transport. Sans doute la subrogation présente une grande analogie avec la cession-transport, surtout quand elle est consentie par le créancier; mais il existe aussi entre ces deux actes juridiques des différences capitales qui ne permettent pas de les confondre.

1<sup>o</sup> Tout d'abord le but de la cession de créance et celui de la subrogation sont tout à fait différents. La première met en présence deux spéculateurs, dont chacun cherche à tirer le plus grand profit possible de son marché: l'un vend une créance, l'autre l'achète; ce que le créancier touche du cessionnaire, il le reçoit comme prix de vente; de son côté le cessionnaire acquiert la créance, non par suite d'une fiction, mais par l'effet naturel et normal du contrat; car la créance n'a pas été payée, mais vendue, et, si le paiement éteint les créances, il n'en est pas de même de la vente. Au contraire la subrogation a pour but de venir au secours du débiteur en facilitant sa libération vis-à-vis du créancier. Celui qui paie en se faisant consentir la subrogation ne spéculé pas; il veut rendre service au débiteur, seulement il prend ses précautions pour n'être pas victime de son dévouement. Quant au créancier, il reçoit purement et simplement ce qui lui est dû, et il le reçoit à titre de paiement; aussi la créance est-elle éteinte par rapport à lui, et ce n'est qu'en vertu d'une fiction de droit qu'elle subsiste par rapport au subrogé. En deux mots, la cession de créance nous apparaît comme un acte de spéculation, tandis que la subrogation est l'auxiliaire d'un bienfait; elle facilite la réalisation d'une pensée généreuse, en garantissant au capitaliste, qui vient au secours d'un débiteur obéré, le remboursement de son avance.

Telle est la différence fondamentale entre la cession de créance et la subrogation; presque toutes les autres en dérivent; indiquons les principales.

2<sup>o</sup> Le subrogé, qui est considéré comme un bienfaiteur et non comme un spéculateur, n'a jamais droit qu'au remboursement de son avance. Si donc il a obtenu du créancier quittance intégrale moyennant le versement d'une somme inférieure au montant de la créance, il ne pourra exercer l'action du créancier que pour la somme qu'il a déboursée. Ainsi, la créance étant de 40,000 fr., si un tiers, moyennant le paiement de 9,000 fr. a obtenu du créancier une quittance intégrale et la subrogation dans ses droits, il ne pourra, soit de son propre chef par l'action de mandat ou de gestion d'affaires, soit par l'action du créancier en qualité de subrogé, réclamer que 9,000 fr. Au contraire le cessionnaire, qui est un spéculateur, peut toujours réclamer le montant intégral de la créance, quelque minime que soit le prix moyennant lequel il en est devenu cessionnaire. — Cette différence paraît être exclusivement théorique; tous les auteurs l'indiquent, mais la pratique n'offre pas d'exemple de son application.

3<sup>o</sup> Le cessionnaire d'une créance ne peut exercer que l'action du créancier qui lui a cédé ses droits. Au contraire le subrogé peut, au lieu et place de l'action du créancier qui lui est transmise par la subrogation, exercer l'action qui lui appartient de son propre chef contre le débiteur, l'action de mandat, de gestion d'affaires ou celle née du prêt. Ces actions sont il est vrai dépourvues de toute garantie particulière, ce sont des actions purement personnelles; à ce point de vue elles peuvent être moins avantageuses que l'action du créancier, qui est peut-être garantie par des privilèges,



hypothèques ou cautionnements; mais elles peuvent lui être préférables sous un autre rapport, si le débiteur est solvable; car elles permettront dans tous les cas au bailleur de fonds de réclamer l'intérêt de son avance (art. 1372, 1375 et 2004), tandis qu'il peut se faire que l'action du créancier ne donne pas droit aux intérêts.

4° La cession de créance suppose nécessairement le consentement du créancier; la subrogation peut avoir lieu contre son gré.

\* 5° Celui qui cède une créance est garant de son existence au temps du transport (art. 1693); car la cession de créance est une vente, et la garantie est de la nature de la vente. Si donc la créance cédée n'existe pas, c'est par une véritable action en garantie que le cessionnaire agira contre le cédant. — Au contraire le créancier ne doit aucune garantie au tiers, dont il a reçu son paiement et qu'il a subrogé dans ses droits; car il n'est pas vendeur, et il ne saurait être tenu des obligations de celui qui vend, il reçoit purement et simplement ce qui lui est dû. — Est-ce à dire que le créancier, ou plutôt celui qui paraissait être tel, aura le droit de garder les fonds qu'il a reçus du subrogé, s'il est démontré que sa créance n'existe pas? Bien évidemment non; il devra les restituer, parce qu'il les a reçus indûment; mais c'est par la *condictio indebiti*, et non par l'action en garantie, qu'ils peuvent lui être réclamés. Il n'est pas indifférent de savoir si c'est l'une ou l'autre action qui peut être exercée; car par l'action en garantie le cédant, même de bonne foi, est tenu : 1° de la bonification des intérêts, 2° de la restitution des frais et loyaux coûts du contrat; tandis que la *condictio indebiti* ne permettrait cette double réclamation contre le subrogeant qu'autant qu'il serait de mauvaise foi, le défendeur à la *condictio indebiti* n'étant tenu que dans la mesure de ce dont il s'est enrichi lorsqu'il est de bonne foi (art. 1378 à 1380).

\* Pothier formule la différence que nous venons d'analyser dans les termes suivants, qui en donneront un excellent résumé : « La subrogation diffère du transport, en ce que le créancier, qui a subrogé à ses droits celui de qui il a reçu son dû, n'étant réputé vendre et transporter sa créance que par une pure fiction qui ne doit pas lui préjudicier, il ne s'oblige à aucune garantie ».

\* 6° Le transport d'une créance ne devient opposable aux tiers que par l'accomplissement de l'une des deux formalités prescrites par l'art. 1690 (notification du transport au débiteur ou acceptation du transport par le débiteur dans un acte authentique). Au contraire le paiement avec subrogation est opposable aux tiers indépendamment de l'accomplissement de toute formalité particulière. Ainsi Paul me doit 10,000 fr.; je reçois le paiement de cette somme de Pierre, et je le subroge dans mes droits; la créance est donc éteinte par rapport à moi; malgré cela je la cède moyennant une certaine somme à Jean, qui ignore le fait du paiement et que je trompe par conséquent. Jean, cessionnaire, est un tiers par rapport à Pierre, subrogé. Lequel des deux sera préféré? S'il s'agissait de deux cessionnaires, la préférence appartiendrait à celui qui le premier aurait rempli l'une des deux formalités prescrites par l'art. 1690. Mais autre chose est la cession, autre chose la subrogation. La subrogation n'empêche pas qu'il y ait paiement et par suite extinction de la créance. C'est par une fiction de droit, établie exclusivement dans l'intérêt du subrogé et qui par conséquent ne peut pas être rétorquée contre lui, que la créance est censée lui avoir été cédée. Dans la réalité des choses, la créance est éteinte, et cela est vrai pour tous autres que le subrogé. C'est donc une créance éteinte qui lui a été cédée : d'où la conséquence que la cession est nulle.

7° Aux termes de l'art. 1252 : « La subrogation établie par les articles précédents a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs : elle ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie; 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 ».

La proposition contenue dans la première partie de ce texte paraît inutile, tant elle est évidente. Quelques doutes s'étaient élevés, paraît-il, dans notre ancien Droit sur le point de savoir si le paiement avec subrogation éteignait l'obligation des cautions; notre législateur a voulu les trancher.

La deuxième partie de l'article nous révèle une différence importante entre la subrogation et la cession de créance. Le créancier, qui, en recevant un paiement partiel d'un tiers, l'a subrogé dans ses droits, pourra exercer les privilèges, hypothèques et autres sûretés réelles attachées à la créance par préférence au subrogé, pour le paiement de ce qui lui reste dû, tandis que celui auquel une créance a été cédée partiellement exerce les droits attachés à cette créance concurremment avec le cédant pour le paiement de la partie qui lui a été cédée. Soit une créance de 20,000 fr. garantie par une hypothèque; le créancier reçoit d'un tiers, qu'il subroge dans ses droits, le paiement d'une somme de 10,000 fr. En supposant que l'exercice du droit hypothécaire attaché à la créance ne produise qu'une somme de 15,000 fr., le subrogeant se paiera sur cette somme de ce qui lui reste dû par préférence au subrogé; sur les 15,000 fr. le subrogeant prendra donc 10,000 fr., et il restera 5,000 fr. pour le subrogé, qui pour le surplus sera réduit à une action personnelle contre le débiteur. Si, dans la même hypothèse, on suppose que la créance ait été cédée pour la moitié, le cédant et le cessionnaire exerceront concurremment l'hypothèque attachée à la créance; ils prendront donc chacun 7,500 fr. sur les 15,000 que produit l'hypothèque. Quelle est la raison de cette différence, qui est traditionnelle? On permet au créancier d'exercer ses droits par préférence au subrogé en vertu de l'ancienne maxime *Nemo contra se subrogasse censetur*, que notre article amplifie en disant que la subrogation ne peut nuire au créancier quand il n'a été payé qu'en partie : cette formule, qui dans sa généralité comprend même la subrogation légale, est en effet plus large que la maxime précitée, qui paraît ne viser que la subrogation conventionnelle consentie par le créancier. Au contraire celui auquel une créance a été cédée partiellement, exerce les droits attachés à la créance concurremment avec le cédant, parce que son droit est le même que celui du cédant. La créance est démembrée par la cession : c'est le même droit qui se trouve désormais réparti sur deux têtes différentes, et il n'y a aucun motif pour que la partie conservée par le cédant soit de qualité supérieure à celle qu'il a transmise au cessionnaire. Telle est la raison d'être de la différence qui nous occupe. On pourrait objecter que la subrogation contient une cession fictive au profit du subrogé, et que par suite elle implique l'égalité, au point de vue des droits, entre le subrogeant et le subrogé. Mais, comme nous l'avons déjà dit, la subrogation n'est une cession fictive que par rapport au subrogé; en ce qui concerne le créancier, l'opération est un paiement, et ses droits, au point de vue des garanties attachées à la créance, demeurent intacts tant qu'il n'est pas intégralement payé.

\* Supposons que la créance, dont un tiers a payé une partie avec subrogation dans les droits du créancier, soit dépourvue de toutes garanties particulières : elle est purement chirographaire. Le créancier sera-t-il encore préféré au subrogé pour le paiement de ce qui lui reste dû? En d'autres termes, si l'on ne peut obtenir du débiteur qu'une somme inférieure au montant de la créance, cette somme servira-t-elle d'abord à désintéresser le créancier? L'affirmative paraît résulter de l'art. 1252, qui dispose dans les termes les plus généraux que le créancier « peut exercer ses » droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence au subrogé dont il n'a reçu qu'un » paiement partiel ». Mais hâtons-nous de dire qu'il n'y rien de plus facile pour le subrogé que de se soustraire à cette injuste préférence : il lui suffit de faire abstraction de sa qualité de subrogé, et de se présenter comme exerçant l'action qui lui appartient de son propre chef contre le débiteur, l'action de mandat ou de gestion