

TITRE II: La circulation de l'obligation

L'obligation, avec toutes les caractéristiques qui sont les siennes, que nous avons étudié déjà, présente une nature ambivalente. Elle constitue un lien entre le créancier et le débiteur, voire plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, comme on l'a vu. Il s'agit d'un lien de droit, qui oblige le débiteur à accomplir une prestation au profit du créancier, et qui permet à ce créancier d'exiger le paiement éventuellement aux moyens de mesures d'exécution forcée.

Mais, l'obligation apparaît également comme une valeur économique et donc comme un bien. Elle constitue un élément du patrimoine du créancier, mais aussi du débiteur. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que, tout comme n'importe quel élément du patrimoine d'un individu, elle puisse circuler.

Cette circulation peut être liée au paiement par le mécanisme de la subrogation (Chapitre 1) et la circulation de l'obligation peut aussi être indépendante de ce paiement (Chapitre 2).

CHAPITRE 1: La circulation de l'obligation liée au paiement

Section 1 : La subrogation personnelle

En principe, le paiement éteint l'obligation, puisqu'il s'agit de l'exécution volontaire ou forcée, en nature ou par équivalent, de la prestation due au créancier. Ce dernier est donc désintéressé, et le débiteur se trouve déchargé. Il pourrait donc apparaître paradoxal que l'obligation puisse circuler à raison du paiement.

Comment pourrait-elle circuler, être transmise, si elle est éteinte ?

La clef de ce paradoxe est le fait que le paiement n'est pas nécessairement le fait du débiteur lui-même. Il peut aussi émaner d'un tiers.

Dans ce cas, l'effet extinctif du paiement n'est pas total. Le créancier est désintéressé, mais le débiteur, pour sa part, ne s'est pas acquitté de sa dette. Il fera donc, dans bon nombre de cas, l'objet d'un recours de la part du tiers, qui a payé le créancier en son lieu et place.

Le fondement de ce recours sera la subrogation personnelle.

Comment définir la subrogation ?

Cette notion répond à une idée de substitution.

On la rencontre en droit des biens, à travers l'idée de subrogation réelle – un bien prend la place d'un autre dans un patrimoine et suit le même régime juridique.

Mais ici, c'est un autre type de subrogation que nous allons voir – **la subrogation personnelle**, qui concerne des personnes comme son nom l'indique.

Plus précisément, c'est **une opération liée au paiement d'une créance, par lequel, une personne va se voir se substituer à une autre, en sa qualité de créancier.**

Cette substitution permet une circulation de la créance, qui passe de mains en mains.

Tel est la description sommaire que l'on peut faire de la subrogation personnelle, puisque le législateur, n'a pas pris la peine d'en poser une définition, y compris depuis la réforme de 2016.

A cet égard, la place de la subrogation dans le plan du code civil, depuis 2016 peut surprendre.

La subrogation apparaît au sein du chapitre relatif à l'extinction des obligations, alors que précisément, on se trouve dans un cas où l'obligation survit au paiement, parce que ce paiement n'est pas l'œuvre du débiteur lui-même.

6 articles du code civil, sont à présent consacrés à la subrogation personnelle.

Les articles 1346 à 1346-5 du code civil. Les premiers de ces textes présentent les différentes sources, les différents types de subrogations, tandis que les suivants traitent des effets de la subrogation.

Nous allons suivre ce même cheminement logique et nous allons analyser d'abord les sources de la subrogation (§1), puis ses effets, qui sont identiques, quelle que soit la source de la subrogation (§2).

§1 Les sources de la subrogation personnelle

Ces sources sont exposées ***aux articles 1346 à 1346-2 du code civil***, depuis ***l'ordonnance du 10 février 2016***. La subrogation peut d'abord résulter de la loi (A). Mais en dehors des conditions posées pour cela, les parties peuvent aussi mettre en place plusieurs types de subrogations conventionnelles (B).

A. La subrogation légale

C'est ***l'article 1346 du code civil*** qui prévoit la subrogation légale. Ce texte ne renvoie pas à des cas particuliers, posés dans d'autres textes épars, mais il fixe lui-même les conditions, pour que la subrogation légale ait lieu.

On notera, tout de même, que quelques textes spéciaux établissent parfois des cas particuliers de subrogation, sans qu'il ne soit alors nécessaire de se référer à ***l'article 1346 du code civil***.

Au titre de ces cas particuliers, nous avons par exemple, ***l'article L.121-12 du code des assurances***. Cette disposition est applicable dans le cas où l'assureur de responsabilité du coauteur d'un dommage a intégralement désintéressé la victime. En vertu du texte, l'assureur dispose d'un recours subrogatoire contre les autres coauteurs du dommage, c'est-à-dire, les autres coresponsables.

Outre ce texte particulier des assurances, **le principe général figure à *l'article 1346 du code civil***.

Ce texte, instauré par ***l'ordonnance du 10 février 2016***, opère une simplification, tout à fait salubre, par rapport à l'ancien article 1251 qui, auparavant, régissait la subrogation légale. L'ancien texte prévoyait toute une série d'hypothèses allant du paiement d'un créancier hypothécaire, jusqu'à des héritiers ayant payés des dettes ou des frais funéraires de la succession.

Mais c'est le troisièmement de cet ancien texte qui avait retenu toute l'attention de la jurisprudence et de la doctrine. Cet article 1251-3 ancien, prévoyait en effet que la subrogation légale s'opérait de plein droit au profit de celui qui avait payé le créancier, alors qu'il était tenu, avec d'autres ou pour d'autres.

Cela concerne principalement le codébiteur solidaire, qui a entièrement désintéressé le créancier.

Cela résulte de l'expression « avec d'autres » du texte.

Mais cela concerne aussi la caution, qui a payé le créancier, en lieu et place du débiteur principal ; c'est ce que l'on comprend à travers l'expression « pour d'autres ».

La jurisprudence avait interprété cette disposition de manière extensive.

En témoigne, entre autres, ***un arrêt du 9 mai 1990, Cour de cassation***. Dans cette affaire, une société avait fait livrer des marchandises à un distributeur et n'avait pas été payé en raison d'une faute du transporteur.

Ce dernier, en effet, n'avait pas respecté des conditions permettant de mettre en œuvre une garantie bancaire du paiement des marchandises, il s'agit d'un crédit documentaire.

Le transporteur avait payé l'expéditeur des marchandises, et c'était ensuite retourné contre le destinataire.

La Cour d'appel, saisi de ce litige l'avait débouté de sa demande. En effet, il n'était lié au créancier, c'est-à-dire l'expéditeur, que par un contrat de transport et donc il avait payé sa propre dette, à savoir des dommages et intérêts dû à raison de sa faute dans l'exécution du contrat.

Ce n'était donc pas le prix des marchandises livrées qu'il avait payé, si bien qu'il ne pouvait pas se retourner contre le destinataire de ces marchandises sur le fondement de la subrogation.

Mais l'arrêt de la Cour d'appel qui avait ainsi statué a ensuite **été cassé par la Chambre commerciale de la Cour de cassation dans cet arrêt du 9 mai 1990**.

En effet, énonce la Cour : « **Celui qui s'acquitte d'une dette qui lui est personnelle peut néanmoins prétendre bénéficier de la subrogation. Pour cela, il est nécessaire, mais il suffit que par son paiement il est libéré à l'égard du créancier, un débiteur sur qui pèse la charge définitive de la dette** ».

Ce sont les termes employés par la Cour.

Ainsi, et contrairement à ce que l'on pouvait supposer, l'expression « **tenu avec d'autres ou pour d'autres** » de l'article 1251 ancien, ne visait pas uniquement une identité de dette.

Elle concernait aussi le cas où un débiteur paye sa propre dette, tout en libérant un autre débiteur, un débiteur d'une autre dette.

La jurisprudence, a donc, de la sorte, procédé à une interprétation large de la subrogation légale.

La limite à cette subrogation était simplement que le solvens devait, pour en bénéficier, avoir payé, tout en étant tenu d'une dette vis-à-vis du créancier.

Cette exigence était logique, puisque le texte posé que le solvens devait être tenu avec d'autres ou pour d'autres et décider autrement aurait finalement abouti à contredire directement le texte.

De toute façon, quels sont les motifs justifiant un tel paiement par une personne non intéressée à la dette ?

S'il s'agit d'une intention libérale, alors la subrogation est inutile.

S'il s'agit d'un paiement par erreur, l'action à exercer est celle de la répétition de l'indu.

Et si, enfin, le tiers paye la dette d'autrui sans accord du débiteur, dans le seul but de détenir une créance contre un concurrent et donc d'en faire un moyen de pression, cette pratique ne mérite pas d'être encouragée.

Pour toutes ces raisons, ouvrir la subrogation à ces hypothèses n'apparaît pas spécialement opportun.

L'ordonnance du 10 février 2016 a globalement confirmé ces orientations jurisprudentielles.

Aujourd'hui, on l'a dit, nous avons un tout nouvel **article 1346 du Code civil** et ce texte pose deux conditions pour qu'agisse la subrogation légale :

La première, est que le paiement doit libérer envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive, de tout ou partie de la dette. Cette formule ressemble fort à celle qu'employait auparavant la Cour de cassation, par exemple dans ***l'arrêt précité du 9 mai 1990***.

Ainsi, il importe peu que le solvens ait payé la dette d'un tiers ou sa propre dette. Loin d'être cantonné à la solidarité, au cautionnement, à l'obligation *in solidum*, le recours subrogatoire est largement ouvert au cas de pluralité de débiteurs, y compris pour des dettes différentes.

En réalité, il suffit que les dettes aient eu un objet identique, par exemple, une somme d'argent.

Cependant, le texte pose également l'exigence que le solvens ait eu un intérêt légitime au paiement de la dette. On en déduit qu'un total étranger au rapport d'obligation ne peut pas bénéficier de la subrogation légale car il ne saurait justifier d'un tel intérêt légitime.

Il restera cependant à la jurisprudence, à clarifier cette notion d'intérêt légitime ; notion qui apparaît suffisamment vaste et floue pour pouvoir justifier une nouvelle extension du domaine de la subrogation légale.

Ainsi, les juges pourraient éventuellement décider d'ouvrir la subrogation légale totalement, sous réserve d'un contrôle d'une utilisation abusive, par le biais de la notion d'intérêt légitime.

Il sera donc intéressant de voir la position des juges à cet égard.

Enfin, le texte ne l'évoque pas, mais il est bien évident que la voie de la subrogation sera fermée si le solvens s'est engagé auparavant à supporter la charge définitive de la dette.

Dans ce cas, le solvens ne saurait exercer de recours en contribution sur quelque fondement que ce soit, y compris la subrogation légale.

Ainsi qu'en dispose ***l'article 1346 du Code civil***, la subrogation légale agit par le seul effet de la loi.

Elle produit donc ses effets de plein droit, sans qu'aucune stipulation, ni démarche ne soit nécessaire.

Mais en l'absence de subrogation légale, lorsque les conditions n'en sont pas remplies, la subrogation peut aussi résulter d'une convention.

B. La subrogation conventionnelle

La subrogation conventionnelle fait l'objet ***des articles 1346-1 et 1346-2 du Code civil***. Elle est en fait double, puisqu'il faut distinguer deux mécanismes, même s'ils résultent tout deux d'une convention.

Selon les cas, la subrogation est parfois consentie par le créancier (1) et parfois aussi, par le débiteur (2).

1. La subrogation de la part du créancier

L'article 1346-1 du Code civil, prévoit un premier type de subrogation conventionnelle. Il s'agit de **la subrogation dite consentie par le créancier** ou selon l'expression latine **ex parte creditoris**. Le créancier, en effet, se trouve à l'initiative de cette opération, contrairement à ce qui se produit dans le second type de subrogation conventionnelle que l'on verra ensuite.

Plus précisément, le créancier, c'est ce qu'énonce le texte, le créancier recevant son paiement d'une tierce personne la subroge dans ses droits contre le débiteur.

Cette subrogation *ex parte creditoris* existait avant ***la réforme de 2016***, même si les termes utilisés par l'ancien article 1250-1 du Code civil étaient très légèrement différents.

De façon assez étonnante, il était envisagé dans un projet d'ordonnance datant de 2015, de la supprimer purement et simplement, au profit d'une définition élargie de la subrogation légale.

Mais la subrogation conventionnelle revêt une grande importance pratique, notamment en matière d'affacturage. Du coup, certaines inquiétudes ont été exprimées à la suite de ce projet d'ordonnance.

Le législateur en a visiblement tenu compte et ***l'ordonnance du 10 février 2016*** a finalement repris le même schéma que le droit antérieur avec une césure entre subrogation légale d'un côté, et subrogation conventionnelle de l'autre.

Avant ***l'ordonnance de 2016***, la jurisprudence s'était prononcée en faveur d'une interprétation extensive, là encore, de la subrogation *ex parte creditoris*.

Cela résulte notamment d'***un arrêt du 22 juillet 1987***. La 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation a alors posé le **principe** selon lequel **la subrogation conventionnelle pouvait bénéficier à celui qui, tout en s'acquittant d'une dette personnelle, libérait envers le créancier commun, le débiteur définitif de la dette**. Dans cette affaire, une compagnie d'assurance avait versé une somme au créancier d'un de ses assurés. Elle avait obtenue subrogation dudit créancier contre un autre débiteur d'indemnisation.

La Cour d'appel saisi du litige avait refusé le jeu de la subrogation puisque la compagnie d'assurance s'était acquittée de la dette de son assuré et non pas de celle de l'autre débiteur.

Mais ce raisonnement de la Cour d'appel fut censuré par la première Chambre civile de la Cour de cassation en application du principe précédent.

On voit donc une symétrie de la subrogation légale et de la subrogation ex parte creditoris du point de vue de ses extensions de la subrogation. Les principes énoncés par la Cour de cassation étaient tout à fait similaires, pour ces deux types de subrogation.

On a vu que cette évolution n'a pas été remise en cause en 2016 pour la subrogation légale.

C'est la même chose pour la subrogation consentie par le créancier. En effet, le nouvel **article 1346-1 du Code civil** reprend très largement les termes de l'ancien article 1250 1^{er}ement.

Il n'existe donc guère de doute sur le fait que les solutions jurisprudentielles antérieures demeurent d'actualité, **depuis la réforme de 2016**. Le domaine de cette technique est donc assez large.

Une condition supplémentaire doit tout de même être remplie, afin que la subrogation consentie par le créancier puisse être admise.

Nous avons vu que la subrogation légale s'opère de plein droit, sans donc que la volonté des parties ne soit sollicitée.

Mais, bien évidemment, il en va autrement de la subrogation conventionnelle, qui par définition, repose sur la volonté des parties.

La question est alors de savoir à quel moment se produit la subrogation, dans la mesure où elle ne s'opère pas de plein droit ?

La réponse est guidée par la nature même de la subrogation. Cette subrogation est liée au paiement de la dette d'un tiers.

Par exception, ce paiement n'est pas extinctif grâce à la subrogation, même si le créancier se trouve désintéressé.

Mais si la subrogation n'intervient pas au moment du paiement, ce paiement est extinctif, et la subrogation ne peut donc pas intervenir après le paiement, car l'obligation est déjà éteinte, et donc, étant éteinte elle ne peut plus circuler.

Ainsi, le principe est que la subrogation doit être concomitante au paiement. Ce principe de concomitance apparaissait déjà à l'ancien article 1250 1^{er}ement du Code civil et cette solution est maintenue à **l'article 1346-1 depuis 2016**.

Cependant, la jurisprudence avait admis un tempérament à ce principe. Si la subrogation ne peut, pour des raisons logiques, intervenir après le paiement, les juges avaient reconnu au contraire, qu'elle pouvait être consentie de façon anticipée, par rapport au paiement.

Cette solution, qui a été réitérée à de multiples reprises, elle apparaissait notamment en dernier lieu dans un **arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation du 3 juin 2010**.

Cette même solution a été ensuite **consacrée par l'ordonnance du 10 février 2016**. **L'article 1346-1 du Code civil**, précise que le subrogeant, c'est-à-dire le créancier accipiens peut, dans un acte antérieur, manifester la volonté que son cocontractant lui soit subrogé lors du paiement.

Cette solution confère davantage de souplesse au mécanisme de la subrogation, notamment dans certaines applications issues de la pratique, tel que l'affacturage, sur lequel on reviendra plus tard.

2. La subrogation de la part du débiteur

La subrogation de la part du débiteur est aussi appelée **ex parte debitoris**.

Elle est prévue à **l'article 1346-2 du Code civil, depuis l'ordonnance du 10 février 2016**.

Elle répond à une logique tout à fait différente par rapport à la subrogation consentie par le créancier, même s'il s'agit toujours d'une substitution de créancier, attachée au paiement. *La subrogation consentie par le créancier, sert de base à des opérations sur créance inspirées de la cession de créance. La subrogation n'est pas censée pouvoir donner lieu à des opérations spéculatives, mais c'est tout de même le cas en pratique. C'est donc la vie des affaires qu'elle présente la plus grande utilité, cette subrogation consentie par le créancier.*

En revanche, la subrogation de la part du débiteur, cette fois, elle trouvera davantage son application dans la pratique notariale. Il s'agit pour le débiteur d'emprunter des fonds et de payer son propre créancier avec ces fonds, tout en prévoyant que le prêteur est subrogé dans les droits du créancier à son égard.

En somme, le débiteur, tout en payant son créancier initial, organise un changement de créancier. C'est ce qu'on appelle **un prêt substitutif**.

Quel est l'intérêt pour le débiteur ?

En réalité, ce débiteur est un emprunteur, qui va payer sa dette d'emprunt en se finançant pas un autre prêt moins onéreux.

Et ce nouveau prêt est moins onéreux, parce que les taux d'intérêt sont plus bas dans le cadre du nouveau prêt. C'est donc une baisse des taux d'intérêt qui va justifier ce prêt substitutif.

Ce mécanisme est très précieux en pratique, parce que la subrogation va permettre au nouveau prêteur de bénéficier des mêmes garanties donc bénéficier le prêteur initial.

Simplement, le point faible de ce mécanisme était avant 2016, son formalise assez lourd.

En effet, toute une série d'exigences était posée par l'ancien article 1250-2 du Code civil. Le texte requérait bien sur un acte d'emprunt des fonds, donnant lieu au prêt substitutif. Il exigeait aussi une quittance de la part du créancier. Ces deux actes, par ailleurs, devaient faire l'objet d'un acte notarié, chacun, ce qui rendait le mécanisme plus complexe et plus onéreux. De plus, une double déclaration d'affectation était requise dans ces actes. Ainsi, l'acte d'emprunt devait déclarer que les fonds seraient utilisés au paiement du prêteur initial. La quittance délivrée par le prêteur initial devait quant à elle mentionner que le paiement était fait avec les deniers fournis à cet effet, par le nouveau créancier.

Ces formalités avaient en réalité pour objectif de prémunir le créancier initial contre des risques de fraude. Par exemple, soit le débiteur de deux créanciers hypothécaires A et B, de rangs différents, ils seront désintéressés sur le prix de vente de l'immeuble en fonction de leur rang, le cas échéant.

Admettons que le débiteur paye A, créancier de premier rang, si bien que B, le créancier de second rang passe automatiquement au premier rang. Mais ensuite le débiteur souhaite obtenir un nouveau prêt auprès de C, sans succès, car le prêteur C souhaite une hypothèque de premier rang. Or, notre prêteur C ne peut bénéficier d'une hypothèque que de second rang, après B.

Une fraude aurait alors consisté pour le débiteur a affirmé qu'il avait payé A, l'ancien créancier, avec les fonds fournis par C, avec subrogation.

De cette façon, C pouvait récupérer par le biais de la subrogation, le premier rang devant B. Pour cela, il suffisait d'antidater l'acte de prêt. **Il s'agit bien sûr d'une fraude** aux droits de B dans notre exemple et **c'est pour éviter cela que toutes ces formalités avaient été mises en place par le législateur.**

En effet, l'acte notarié à date certaine et les déclarations d'affectation permettent de faire les liens entre le prêt et le paiement.

La particularité, avant 2016 était aussi que la subrogation ex parte debitoris intervenait sans le concours du débiteur.

Concrètement, cela signifie que la subrogation se produisait par le seul accord de volonté entre le débiteur et le tiers, nouveau prêteur, sans que la volonté du créancier initial ne puisse intervenir. Or, même si le créancier est de toute façon payé par hypothèse, puisque la subrogation repose sur le paiement ; cette technique pouvait jouer en sa défaveur, si la dette était affectée d'un terme. En effet, le paiement anticipé avec substitution de créancier, lui faisait perdre le bénéfice de certains intérêts.

L'ordonnance du 10 février 2016, a certes **conservé pour une bonne part**, la base du mécanisme. Mais, elle a aussi **apporté certaines innovations** destinées à régler toutes ces difficultés.

Ainsi, **l'article 1346-2 du Code civil** distingue 2 cas de figure :

la subrogation qui s'opère avec le concours du créancier et celle qui s'opère sans son concours.

● **La subrogation ex parte creditoris, sans le concours du débiteur**, est globalement inchangée par rapport au texte antérieur. Les formalités exigées restent identiques. Un acte d'emprunt passé devant notaire, une quittance également passée devant notaire et la double déclaration d'affectation des fonds.

A savoir, une déclaration dans l'acte d'emprunt que la somme a été empruntée pour faire le paiement, et par ailleurs, une déclaration dans la quittance que le paiement a été fait avec les sommes versées à cet effet par le nouveau créancier.

Cependant, une précision supplémentaire a été apportée dans le nouveau texte, quant au domaine de la subrogation ex parte debitoris, consentie sans le concours du créancier.

Cette subrogation n'est possible, qu'à condition,

soit que la dette soit échue,

soit que le terme soit stipulé en faveur du débiteur.

La solution permet du coup de préserver les intérêts du créancier. Si la dette est échue, le créancier ne risque pas de perdre le bénéfice des intérêts dus avant la survenance du terme. Donc, la subrogation est le prêt substitutif ne vont pas du tout lui nuire.

De la même façon, si le terme est stipulé en faveur du seul débiteur, seul lui peut y renoncer comme on l'a vu en étudiant le terme. Donc, il est compréhensible que le créancier n'ait pas son mot à dire dans le mécanisme, puisqu'il n'a alors rien à y perdre. Tel est le cas aussi bien, lorsque la créance est exigible, que lorsque la créance est à terme, et que ce terme est en faveur du débiteur.

Par ailleurs, on y a déjà fait allusion, une innovation figure à *l'article 1346-2 du Code civil*.

● **La subrogation ex parte debitoris peut aussi être consentie avec le concours du créancier.**

Bien évidemment, cette subrogation avec le concours du créancier, suppose l'accord de ce dernier. Donc, les difficultés précédentes ne se posent pas, par définition. Peut-être, qu'il perdra, le créancier, le bénéfice d'intérêt, en raison du prêt substitutif, mais son concours suppose son accord pour y renoncer.

La spécificité de cette subrogation ex parte debitoris, avec le concours du débiteur, c'est que les formalités en sont allégées.

L'article 1346-2 suppose certes que **la subrogation soit exprès**, mais comme pour la subrogation ex parte creditoris, le terme marque surtout une opposition avec la subrogation légale qui s'opère de plein droit.

C'est ce que signifie le caractère exprès. Ce caractère exprès signifie simplement que la subrogation doit suffisamment résulter de la convention des parties.

L'autre exigence de forme, posée par *l'article 1346-2* est **une mention sur la quittance**, délivrée par le créancier de l'origine des fonds.

Mais la déclaration d'affectation des fonds prêtés dans l'acte d'emprunt n'est pas évoquée par le texte, en revanche.

Et, ni l'acte d'emprunt, ni la quittance ne doivent faire l'objet d'un acte notarié.

L'idée ici est que le risque de fraude est diminué par le concours du créancier à l'opération.

Ce formalisme réduit, renforce le rôle du créancier mais il pourrait avoir pour effet de renforcer l'attractivité de la subrogation ex parte debitoris. Le formalisme qui lui était attaché, était en effet assez dissuasif pour les parties, même si le mécanisme du prêt substitutif est très utile.

§1 Les effets de la subrogation personnelle

Même s'il existe une pluralité de type de subrogation, les effets en sont unitaires, ces effets sont abordés aux *articles 1346-3 à 1346-5*. Il importe de distinguer 2 questions : d'abord les rapports entre le subrogeant et le subrogé c'est-à-dire entre l'ancien et le nouveau créancier (A) et ensuite le sort du débiteur et des tiers qui subissent la subrogation (B).

A. Les rapports entre subrogeant et subrogé

Entre ces 2 personnes la subrogation emporte un effet translatif qui est la suite logique du lien entre le paiement et la subrogation (1). Cependant, ce lien supporte quelques atténuations (2).

1. Le lien entre le paiement et la subrogation

L'effet translatif est l'effet principal de la subrogation qu'elle soit légale ou conventionnelle, c'est ce qu'indique *l'article 1346-4*.

Lorsqu'il est fait sans subrogation le paiement est extinctif de l'obligation, le débiteur est libéré parce qu'il a accompli la prestation à laquelle il était tenu et le créancier se trouve désintéressé parce qu'il a obtenu la prestation attendue.

Mais lorsque le paiement est assorti d'une subrogation légale ou conventionnelle, la situation est alors différente, le créancier est bien désintéressé mais la dette n'a pas été payée par le débiteur sur lequel repose tout ou partie de la charge définitive de la dette.

Le solvens, celui qui a payé, se voit alors transféré la créance qui n'est pas éteinte mais circule du fait du paiement. Par conséquent l'effet de la subrogation est d'ouvrir un recours au bénéfice du solvens contre le débiteur définitif de la dette.

Après avoir payé, le solvens peut se retourner contre le débiteur définitif de la dette sur le fondement de la créance même qu'il a payé.

On dit que **le créancier initial subroge le solvens dans ses droits**, ce créancier initial est appelé le **subrogeant**, tandis que **le solvens, devenu créancier par le paiement subrogatoire, est appelé le subrogé**.

Le lien entre le paiement et la subrogation et l'effet translatif qui en résulte a pour conséquence que la créance circule au profit du subrogé avec en principes ses caractéristiques initiales.

La créance circule avec le terme dont elle est affectée, son délai de prescription et son caractère civil ou commercial, etc.

Mais surtout l'immense **avantage de la subrogation** c'est **la transmission des accessoires de la créance en même temps que celle-ci**.

Ces accessoires sont d'abord toutes les actions nées au profit du créancier et qui permettent de mettre en œuvre la créance à savoir l'action en responsabilité et l'action en garantie, etc.

Surtout ces accessoires ce sont les sûretés qui accompagnent la créance : hypothèque, privilège, gage, nantissement, cautionnement, droit de rétention sur un bien du débiteur détenu par le créancier, etc.

Même le bénéfice d'une clause de réserve de propriété circule avec la créance, même si la qualité d'accessoire du droit de propriété pouvait tout à fait être discuté.

Il est bien évident que cette transmission des sûretés est un grand atout pour le tiers subrogé, il se trouvera alors prioritaire avec les créanciers chirographaires et même certains créanciers eux-mêmes munis de sûretés en fonction leur rang de classement, le subrogé pourra primer tous ces créanciers.

Au-delà de cet effet translatif de la subrogation, il faut bien garder à l'esprit qu'elle est attachée au paiement et son régime juridique est largement déterminée par ce lien avec le paiement.

Ainsi, **l'article 1346-4** précise que la subrogation s'effectue dans la limite de ce qui a été payé, autrement dit un paiement partiel de la créance n'autorise la subrogation que dans la limite de ce qui a été payée, il ne permet pas la subrogation pour la totalité du montant de la créance, par ex : que se passe-t-il si un tiers paie 40 alors que le montant de la créance est de 100, le créancier accipiens est toujours à la tête d'une créance de 60 vis-à-vis du débiteur et il subroge le tiers solvens à hauteur de 40, si les conditions de la subrogation (légale ou conventionnelle) sont réunies. Ce tiers subrogé dispose donc d'un recours subrogatoire de 40 contre le débiteur.

Ce cas de figure donne lieu à **une règle traditionnelle** qui figure à présent dans **l'article 1346-3 du C. Civ**, à savoir « **nul n'est censé subrogé contre soi-même** », cette règle est quelque peu énigmatique dans sa formulation mais en réalité elle opère un classement entre le créancier subrogeant et le tiers subrogé en cas de paiement partiel comme dans l'exemple précédent.

En effet, l'effet subrogatoire du paiement partiel à hauteur de la somme partielle a pour conséquence un fractionnement de la créance. Le tiers subrogé devient créancier à hauteur de ce qu'il payé et le créancier subrogeant reste créancier pour le reste.

Que se passe-t-il si le débiteur est insolvable, que ses biens sont insuffisants pour intéresser ces deux créanciers ?

L'article 1346-3 établit **une préférence au profit du créancier subrogeant**, c'est la règle selon laquelle on ne subroge pas contre soi-même ; cela signifie en réalité que la subrogation ne doit pas nuire au créancier initial (au subrogeant). Par conséquent il ne lui revient pas de supporter le risque d'impayé parce qu'il a accepté le paiement partiel avec subrogation, le subrogeant n'a pas à supporter la concurrence de celui dont il a accepté le paiement partiel sur les biens de leur débiteur commun.

Cependant, **la jurisprudence confère à cette règle une portée réduite**, puisqu'elle limite son application aux créances assorties de sûretés par exemple une hypothèque

En revanche, lorsque les créances sont chirographaires, les juges n'accordent en général pas de préférence particulière au subrogeant par rapport au subrogé mais les solutions sont assez subtiles, puisqu'il résulte, de plusieurs arrêts, que la créance de la victime contre l'auteur du dommage est préférentielle par rapport à celle de l'assureur qui lui a fait un paiement partiel.

C'est **une solution qui a été réaffirmée** en dernier lieu par **un arrêt de la 2ème chambre civile de la Cour de cassation en date du 14 janvier 2010**.

Il est probable que ces solutions survivent à **la réforme du 10 février 2016**, puisque le nouvel **article 1346-3** reprend les termes de l'ancien article 1252.

Enfin, pour être complet sur la question, la règle « **nul n'est censé subrogé contre soi-même** » ne semble pas être d'ordre public, si bien qu'on considère que les parties peuvent l'écarter et prévoir un concours entre le subrogeant et le subrogé.

2. Les atténuations du lien entre paiement et subrogation

Il existe plusieurs exceptions à l'effet translatif prévu à **l'article 1346-4 du Code civil**. Ces exceptions concernent le régime des intérêts et les droits exclusivement attachés à la personne (a). Par ailleurs, la pratique offre certaines utilisations de la subrogation à titre spéculatif notamment le mécanisme de l'affacturage (b).

a. Les exceptions à l'effet translatif de la subrogation

L'article 1346-4 pose le principe de l'effet translatif de la subrogation mais il réserve néanmoins 2 exceptions à ce principe ; **elles ont été instituées par l'ordonnance de 2016** puisqu'elles ne figuraient pas les textes antérieurs :

1ère exception : les droits exclusivement attachés à la personne du créancier, on a déjà rencontré cette catégorie s'agissant de l'action oblique et on retrouve le même raisonnement en matière de subrogation. Il s'agit de droit qui sont si personnels qu'ils ne peuvent être exercés par personne d'autre que le créancier.

Donc ces droits sont exclus de l'effet translatif de la subrogation, de la même façon qu'ils ne peuvent pas être exercés par voie oblique.

La jurisprudence a défini ces droits exclusivement attachés à la personne comme ceux dont l'exercice est subordonné à des considérations personnelles d'ordre personnel, moral ou familial.

Nous verrons si les juges adoptent la même définition en matière de subrogation, une réponse positive apparaîtrait assez logique puisque ce sont les mêmes objectifs qui sont recherchés dans les deux cas, c'est-à-dire action oblique et subrogation.

2ème exception à l'effet translatif de la subrogation, figure à l'article 1346-4 alinéa 2, cette exception concerne le **régime des intérêts**, la question à cet égard est de savoir à quels intérêts peut prétendre le tiers subrogé, lorsque la créance qu'il a payé était productive d'intérêts conventionnels.

Dans le contrat initial, créancier et débiteur ont convenu d'un certain taux d'intérêt, l'alternative est la suivante :

- Soit tout d'abord on considère que la subrogation est une opération translatrice dans ce cas il apparaît logique que le subrogé puisse bénéficier du taux conventionnel, les intérêts sont les accessoires accompagnant le principal de la créance. En conséquence, le taux d'intérêt conventionnel est transmis avec la créance.

- Soit on considère que la subrogation s'effectue à hauteur du paiement et dans ce cas l'application du taux d'intérêt conventionnel entraînerait un enrichissement du subrogé contraire à l'esprit initial de cette institution. Le subrogé pourrait alors uniquement prétendre au paiement d'intérêt au taux légal puisque ces intérêts sont dus au titre du droit commun pour tout créancier.

En revanche, le subrogé ne saurait recevoir d'intérêts au taux conventionnel, les parties ne pouvant prévoir en sa faveur un enrichissement supplémentaire, puisque le taux conventionnel est par définition supérieur au taux légal.

De ces deux solutions, **c'est la seconde qu'avait retenu la Cour de cassation** dans plusieurs décisions, notamment **un arrêt rendu le 15 février 2005 par la 1ère chambre civile**, les juges se sont fondés sur le principe selon lequel **la subrogation est à la mesure du paiement** et ils ont décidé que **le subrogé ne pouvait prétendre qu'aux cours des intérêts au taux légal**.

Cette solution est confirmée par l'ordonnance du 10 février 2016 à une précision près, contrairement à ce que les juges décidaient jusque-là, **l'article 1346-4 nouveau** indique que **les intérêts légaux ne courent pas de plein droit**, c'est-à-dire sans que le subrogé ait à intervenir.

Au contraire c'est uniquement à compter d'une mise en demeure de la part du subrogé à l'encontre du débiteur, que ces intérêts vont courir au taux légal.

En décidant ainsi le législateur se positionne **en faveur d'un strict encadrement de la transmission des intérêts par la subrogation** et donc **d'une limitation de l'effet translatif**.

Une exception à cette règle sera simplement le cas où **le subrogé dans le cas du paiement avec subrogation s'entend avec le débiteur pour fixer un nouveau taux conventionnel**.

Cette hypothèse certes, sera assez rare en matière de subrogation légale ou de subrogation consentie par le créancier mais elle pourra intervenir dans le cadre de la subrogation ex parte debitoris, c'est-à-dire du prêt substitutif. L'objet même de l'opération dans ce cas est de substituer un nouveau prêt à l'ancien avec un taux d'intérêt plus favorable au débiteur

b. Le cas de l'affacturage

On l'a vu dans sa conception traditionnelle, la subrogation est dotée d'un effet translatif de la créance et ses accessoires et le subrogé ne doit pas bénéficier d'un enrichissement.

En somme, la subrogation est conçue comme un service d'ami qui ne doit pas servir à des fins de spéculation.

Cette conception traditionnelle, toutefois, a volé en éclat puisque la subrogation sert de base à des opérations sur créance sources d'enrichissement et de spéculation.

Tel est le cas du mécanisme d'affacturage ou factoring.

Apparu d'abord aux USA, l'affacturage a d'abord été importé en France dans les années 1960.

Il s'agit d'une **opération de financement** très prisée des TPE et PME, par laquelle **une entreprise appelée adhérent transfère ses créances à une autre, appelée factor ou affactureur, qui va en régler le montant avant de se retourner contre le débiteur**.

En général, l'affacturage va donc prendre la forme d'une subrogation conventionnelle consentie par le créancier, même si elle peut aussi consister en cession de créance ou une cession Dailly.

L'adhérent est le créancier subrogeant, tandis que **le factor est le tiers subrogé** et on notera que le factor est un établissement réglementé et que les créances transmises par affacturage doivent être de nature professionnelle.

On voit donc qu'il existe un véritable marché des créances et on comprend mieux que le projet de supprimer la subrogation conventionnelle ait été mal perçu par les acteurs économiques, même si la subrogation légale aurait été étendue par la même occasion.

Plus précisément, **l'affacturage repose sur un contrat cadre entre le factor et l'adhérent**, contrat cadre qui prévoit la transmission postérieure des créances à venir ; la subrogation est prévue de manière anticipée, ce que valide la jurisprudence et le législateur.

Le contrat cadre comporte une promesse unilatérale de transmission des créances au factor, en somme, une promesse de subrogation.

Au fur et à mesure de leur naissance, ces créances seront transférées de l'adhérent au factor (celui-ci disposant malgré tout de la possibilité de les accepter ou de les refuser).

L'idée pour l'entreprise subrogeante c'est-à-dire l'adhérent, c'est de mobiliser des créances qui sont seulement à terme et d'en obtenir le paiement de façon anticipée et certaine.

Ces avances répondent donc à des besoins de trésorerie de la part de l'adhérent. Les frais de gestion sont aussi allégés pour l'adhérent puisque la charge du recouvrement des créances incombe au factor.

Du côté du factor, celui-ci accepte de prendre à sa charge le risque d'impayé, le risque d'insolvabilité du débiteur. A l'exception de certains types rares d'affacturage, où les parties prévoient un recours du factor contre l'adhérent en cas de non-paiement mais ce n'est pas le principe.

Mais pourquoi le factor consent-il à rendre ce service à l'adhérent ?

On imagine que cette démarche n'est pas philanthropique, il s'agit pour lui de tirer un profit de l'opération, mais comment peut-il faire pour en tirer un profit puisque la subrogation est à la mesure du paiement, elle n'est pas censée apporter aucun enrichissement au subrogé.

En réalité le factor tire un enrichissement de l'opération par un jeu d'écriture comptable, on ouvre en effet, un compte courant entre l'adhérent et le factor. Pour chaque créance transférée, son transfert intervient par une entrée en compte. La créance est portée au débit du compte courant pour l'adhérent et au crédit du compte pour le factor.

La subrogation s'opère donc pour la totalité du montant nominal de la créance, mais simultanément on porte aussi au compte, les frais facturés par le factor au crédit de ce compte et au débit de l'adhérent.

Les deux montants vont alors fusionner au sein du compte courant, enfin de compte la subrogation intervient à hauteur du montant de la créance, mais l'adhérent initial se verra déduire des frais.

Pour cet adhérent donc, il obtiendra moins que le montant initial de la créance, mais il obtient un paiement anticipé, certain et simple ce qui est un avantage pour lui.

Pour ce qui est du factor, certes il prend à sa charge le risque d'impayé et doit s'occuper du recouvrement, mais il tire un bénéfice de l'opération.

L'affacturage est donc un bon exemple de réappropriation par la pratique d'un mécanisme du régime général de l'obligation, en l'occurrence la subrogation, à des fins toutes autres que celles prévues par le législateur.

En théorie, la subrogation ne peut profiter au subrogé en raison du lien entre subrogation et paiement mais en pratique cette subrogation se transforme souvent en opération spéculative qui concurrence la cession de créance.

Pour autant le législateur n'a pas souhaité s'immiscer dans cette pratique de l'affacturage si bien que ***l'ordonnance du 10 février 2016 ne lui consacre aucune disposition.***

B. Le sort du débiteur et des tiers

Le sort des débiteurs et des tiers est en réalité lié à la question de l'opposabilité. Celle-ci se subdivise. D'abord il faudra s'interroger sur l'opposabilité de la subrogation aux tiers (1) puis sur l'opposabilité des exceptions par le débiteur (2).

1. L'opposabilité de la subrogation aux tiers

La subrogation entraîne une circulation de la créance du subrogeant au subrogé. Et le débiteur définitif de la dette changera donc de créancier. Tels sont les effets de la subrogation entre les créanciers successifs.

Mais encore faut-il que la subrogation soit opposable au débiteur pour qu'elle puisse déployer tous ses effets. De plus, d'autres personnes que le débiteur peuvent voir leur situation juridique modifiée en raison de la subrogation. Par exemple, les créanciers de l'un ou l'autre des intervenants à l'opération. Il est donc essentiel de déterminer quelles sont les conditions d'opposabilité de la subrogation à ces différentes personnes.

Cette question est d'ailleurs commune à toutes les opérations translatives de créance.

Avant l'ordonnance du 10 février 2016, aucune règle n'était prévue par le code civil à ce sujet.

Depuis, la question est abordée à *l'article 1346-5 du code civil* et le texte distingue entre le débiteur et les tiers.

Cette différence de traitement est compréhensible. Même lorsque la subrogation est légale ou consentie par le créancier, le débiteur n'est pas un tiers comme les autres. Il lui revient de s'acquitter de sa dette entre les mains du créancier. Aussi est-il nécessaire qu'il sache auprès de qui se libérer. Alors que les tiers s'ils peuvent voir leur situation altérée ne sont pas directement concernés par le paiement de la créance.

Premièrement, concernant le débiteur

- Quelles étaient les solutions antérieures à *l'ordonnance du 10 février 2016* ?

À défaut de texte spécial, **l'opposabilité de la subrogation était alors automatique.**

La subrogation était opposable dès qu'elle se produisait c'est-à-dire de façon concomitante au paiement.

L'unique exception à ce principe était un cas particulier. Celui dans lequel le débiteur n'ayant pas connu l'existence de la subrogation avait d'ores et déjà payé le créancier subrogeant. Lorsque par la suite le subrogé lui demandait à son tour le paiement, il pouvait résister à cette demande à condition toutefois de démontrer sa bonne foi, c'est-à-dire le fait qu'il ignorait la subrogation lorsqu'il avait payé le subrogeant. C'est ce qui résultait de l'ancien article 1240 du code civil.

- **Ces règles ont été modifiées par l'ordonnance du 10 février 2016.**

Désormais, *l'article 1346-5 alinéa 1* instaure **une règle favorable au débiteur.**

Il répond à deux questions complémentaires :

D'abord, à quelles conditions le débiteur peut-il se prévaloir de la subrogation ?

Et ensuite, à quelles conditions la subrogation peut-elle lui être opposée ?

La réponse à ces deux questions est asymétrique.

Tout d'abord le débiteur peut selon *l'article 1346-5*, invoquer la subrogation dès qu'il en a connaissance. En revanche, on peut lui opposer la subrogation uniquement si elle lui a été notifiée ou si elle en a pris acte.

En pratique :

Soit un créancier qui a accepté le paiement avec subrogation de la part d'un tiers. Après cela, il demande tout de même paiement au débiteur. Celui-ci pourra refuser de payer si d'une façon ou d'une autre il a eu connaissance de la subrogation. Cette connaissance n'a donc pas à être formalisée, elle peut avoir eu lieu par tous moyens. Cette règle évite au débiteur de mal payer.

Soit ensuite, un créancier qui a accepté le paiement avec subrogation. Cette fois, c'est le subrogé (le solvens donc) qui se retourne contre le débiteur. Celui-ci peut refuser de payer le subrogé si la subrogation ne lui a pas été notifiée ou qu'il n'en a pas pris acte. C'est-à-dire qu'il n'a pas admis dans un acte sa connaissance du changement de créancier.

On voit donc que le subrogé a tout intérêt à notifier la subrogation au débiteur. À défaut, celui-ci pourrait refuser le paiement de la créance transférée par subrogation. Pire encore, le débiteur pourrait valablement se libérer auprès du subrogeant.

L'article 1342-3 du code civil indique que « **le paiement fait de bonne foi à un créancier apparent est valable** ». Cette règle existait déjà auparavant comme on l'a dit, c'était l'ancien article 1240, mais son effet est amplifié par la possibilité du débiteur de refuser le paiement au subrogé.

On constate donc un alourdissement significatif des règles d'opposabilité de la subrogation.

***L'ordonnance de 2016* instaure un certain formalisme** certes protecteur envers le débiteur, mais qui nuit à l'efficacité économique du mécanisme.

Comme parallèlement, le formalisme de la cession de créance a été réduit, on ne serait pas étonnés de voir se produire un mouvement de balancier entre ces deux modes de transmission de créance vers une moindre utilisation de la subrogation en pratique et une utilisation accrue de la cession de créance.

Deuxièmement et beaucoup plus rapidement, quelles sont à présent les formalités d'opposabilité vis-à-vis des tiers qui ne sont pas débiteurs.

Par exemple, il s'agit des créanciers du subrogeant ou du subrogé.

On a vu que le débiteur faisait l'objet d'une protection particulière pour conjurer le risque qu'il paye mal. Ces considérations n'existent pas pour les tiers.

Ainsi, *l'article 1346-3 alinéa 2 du code civil* indique que **la subrogation est opposable aux tiers dès le paiement.**

Le caractère automatique de l'opposabilité de la subrogation subsiste donc à leur égard.

2. L'opposabilité des exceptions par le débiteur

Les exceptions, on s'en souvient, sont les moyens de défense à la disposition du débiteur. Lorsque le débiteur disposait de tels moyens de défense face aux créanciers subrogeant, la question est de déterminer dans quelle mesure il peut également s'en prévaloir vis-à-vis du subrogé pour s'opposer au paiement ?

Les réponses classiques à cette question sont dictées par l'effet translatif de la subrogation.

En raison de cet effet translatif, la créance circule avec ses avantages pour le créancier, on l'a vu notamment les sûretés, mais aussi avec ses vices.

Il en résulte une double distinction. Distinctions posées à *l'article 1346-5 alinéa 3 du code civil* :

La 1^{ère} de ces distinctions **oppose les exceptions inhérentes à la dette et les exceptions personnelles.**

● Le texte évoque d'abord les exceptions inhérentes à la dette.

Il s'agit de celles qui touchent à l'obligation elle-même et non pas aux liens entre créanciers subrogeant et débiteurs. *L'article 1346-5* fournit plusieurs exemples de ces exceptions inhérentes à la dette (nullité, exception d'inexécution, résolution, compensation de dettes connexes).

Fort logiquement, en raison de l'effet translatif de la subrogation, ces exceptions inhérentes à la dette sont opposables par le débiteur au subrogé. Autrement dit, **le débiteur pourra se prévaloir de ces vices de l'obligation pour refuser de payer le subrogé.**

● Ces exceptions, dites inhérentes à la dette, s'opposent à ce qu'on appelle souvent **les exceptions personnelles.**

L'article 1346-5 à cet égard, utilise la périphrase « **exception née des rapports du débiteur avec le subrogeant** ». Il s'agit là des vices qui affectent non pas l'obligation elle-même mais le lien entre le débiteur et le subrogeant (l'octroi d'un terme, la remise de dette ou encore la compensation si les dettes ne sont pas connexes).

Pour ces exceptions, il est nécessaire d'opérer une sous-distinction qui apparaît tout à fait logique :

Si d'abord ces exceptions sont nées avant que la subrogation ne soit opposable aux débiteurs.

Et bien dans ce cas, il peut s'en prévaloir à l'égard du subrogé.

Si ensuite, ces exceptions personnelles sont nées une fois la subrogation opposable au débiteur

Et bien ces exceptions sont intervenues trop tard et le débiteur ne pourra pas s'en prévaloir pour refuser de payer le subrogé.

Par exemple, imaginons une subrogation opposable au débiteur le 1^{er} décembre parce qu'elle a été notifiée au débiteur à cette date. Imaginons ensuite que le débiteur est lui-même devenu créancier du subrogeant à la date du 15 novembre de la même année. Il y a compensation légale à supposer que les conditions en soient réunies, et les dettes n'étant pas connexes, il s'agit d'une exception personnelle. C'est notre hypothèse.

Cette exception personnelle est antérieure à l'opposabilité de la subrogation au débiteur. Si bien que le débiteur peut s'en prévaloir auprès du subrogé et il peut refuser en tout ou partie de le payer.

Si au contraire le débiteur est devenu lui-même le créancier du subrogeant le 15 décembre de la même année toujours, les dettes ne sont pas connexes donc l'exception est toujours personnelle.

Dans ce cas, la compensation intervient trop tard parce que la subrogation était déjà opposable au débiteur à ce moment. Donc le débiteur ne pourra pas s'en prévaloir pour refuser de payer le subrogé.

Au regard de ces règles, on mesure une fois encore tout l'intérêt pour le subrogé de procéder rapidement à une notification au débiteur de la subrogation.

En effet, plus le subrogé laisse le temps courir, plus le risque existe que de nouvelles exceptions naissent au bénéfice du débiteur et donc plus le risque existe alors pour le subrogé de rester impayé.