

# Réflexion sur cette subrogation que l'on dit consentie par le débiteur\*

Gabriel-Arnaud BERTHOLD\*\*

## Résumé

Né il y a quatre cents ans, le concept de la subrogation *ex-parte debitoris* est aujourd'hui codifié à l'article 1655 du *Code civil du Québec*. En théorie, cette disposition au libellé non équivoque permet au débiteur d'un prêt d'argent de changer de prêteur, sans obtenir le consentement du créancier subrogeant. Or, il semble que la pratique ait modulé le principe, au point d'en faire une exception. Ainsi, le débiteur ne pourra-t-il bénéficier de ce pouvoir que très rarement. La question se pose donc à savoir si cette atténuation est légitime? Au regard des raisons justifiant la création de cette subrogation « particulière », nous ne pouvons le croire.

Cette « réflexion » propose d'abord d'examiner les sources et l'évolution historique du mécanisme (Partie I) pour, ensuite, analyser l'interprétation qui lui est donnée (Partie II).

## Abstract

Born four hundred years ago, the concept of subrogation *ex-parte debitoris* is found today in the *Civil code of Quebec*, codified under article 1655. In theory, this disposition has an unequivocal wording which allows the debtor of a financial loan to change lenders without having to obtain the consent of the original creditor. However, it seems that practice has eclipsed the principle, thus making the rule itself an exception. As a consequence, the debtor rarely enjoys the benefits of this option. The question is, then, is this mitigation legitimate or not? With regards to the reasons that justify the creation of this particular instance, we do not believe it to be.

This discussion first tackles scrutinizing the sources and the historical evolution of the mechanism (Part I). The discussion then undertakes an analysis of interpretations given to it (Part II).

\* La version originale de ce texte a remporté le premier prix (premier cycle) du Concours de rédaction juridique 2009 de la Chaire du notariat de l'Université de Montréal. Le texte a été légèrement modifié et mis à jour (juillet 2010).

<> Mes sincères remerciements à André Bélanger, professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval. Sans vos conseils judicieux et votre patience, cette réflexion n'aurait jamais abouti. Je ne peux, par ailleurs, passer sous silence le précieux soutien de Sylvie Berthold et l'aide de Bashar Bizzle Daher. À vous trois comme à tant d'autres, merci. Les propos n'engagent cependant que l'auteur.



## Plan de l'article

<b>Introduction</b> .....	55
<b>I. Subrogation <i>ex-parte debitoris</i>: un concept équitable et utile</b> .....	55
A. De la spécificité.....	55
1. De la subrogation personnelle .....	56
2. De la subrogation <i>ex-parte debitoris</i> .....	58
B. De l'exception.....	59
1. Avènement d'une théorie générale de la subrogation personnelle.....	59
2. Naissance et développement d'une exception équitable et utile.....	61
<b>II. Subrogation <i>ex-parte debitoris</i>: un absolu... relatif?</b> .....	67
A. De l'absolu .....	67
1. Impérativité du principe: 1609 à 1994 .....	68
2. Impérativité sous le <i>Code Civil du Québec</i> .....	69
B. Du relatif.....	72
1. Subrogation et terme: une relation conflictuelle .....	72
2. Quelques considérations sur le rôle et la fonction du mécanisme.....	75
a. Sur le rôle et la place de l'exception dans le général.....	75
b. Sur la fonction translative de la subrogation.....	79
<b>Conclusion</b> .....	83



« En montant, dans l'escalier noir, j'ai heurté le vieux Salamano, mon voisin de pallier. Il était avec son chien. Il y a huit ans qu'on les voit ensemble. [...] À force de vivre avec lui, seuls tous les deux dans une petite chambre, le vieux Salamano a fini par lui ressembler. [...] Ils ont l'air de la même race et pourtant ils se détestent. »

Albert Camus, *L'étranger*

Quelques mois auparavant, le *Don-de-Dieu* longeait les côtes du St-Laurent, pour, finalement, s'arrêter au Cap Diamant. Nous sommes en 1609, il y a un peu plus de quatre cent ans. Nantes avait été témoin, depuis déjà longtemps, de la « naissance de la Tolérance ». L'Europe était maintenant effervescente ; le commerce se développait, les monnaies circulaient et les taux d'intérêts baissaient. Parfait, croyait-on ! Tout le monde pourrait en profiter. Tout le monde, certes... sauf ce débiteur qui avait fait l'erreur de contracter un prêt lorsque les effets des Guerres de Religion se ressentaient encore. Pris dans un cercle vicieux, devait-il continuer à « louer » son argent à un taux atteignant parfois le double de celui de son voisin. Injuste ? Inique ? C'est du moins ce que semblait penser le roi de l'époque, ce magnanime Capétien qui décida, cette année-là, de permettre à cet emprunteur de se libérer sans obtenir l'avis du créancier, en créant le mécanisme de la subrogation consentie par le débiteur (Chapitre I). Mais voilà que quatre siècles plus tard, on voudrait enlever au débiteur cet acquis, en soumettant la subrogation à l'autorisation du prêteur. Déformation ? Dénaturalisation ? Nous le verrons (Chapitre II).

## I. Subrogation *ex-parte debitoris*: un concept équitable et utile

### A. De la spécificité

S'il est une notion du droit civil qui, au fil du temps, a bénéficié du développement de la sémantique, c'est bien celle de la subrogation consentie par le débiteur : d'*insolite* à *tellement anormale*, on lui a reconnu une portée lexicale, il faut le dire, plutôt large. Or, s'il est vrai qu'au regard de la théorie générale des obligations, l'opération est particulière (2), cette spécificité doit, tout compte fait, être relativisée (1).

## 1. De la subrogation personnelle<sup>1</sup>

Qu'elle soit l'expression d'une volonté contractuelle ou législative, la technique subrogatoire réfère, dans sa plus simple expression, à une cession de droits. Ainsi, parle-t-on d'une opération « par laquelle une personne qui [...] effectu[e] un paiement se trouv[e] mise à la place de celle qu'elle [a] désintéressée »<sup>2</sup> ou, autrement dit, par laquelle « le subrogé acquiert le droit principal – la créance elle-même – qu'avait le créancier subrogeant, ainsi que les droits accessoires – telle la priorité ou l'hypothèque – qui étaient attachés à la créance »<sup>3</sup>. En surface, donc, la technique s'apparente grandement à tous les mécanismes de transmission des obligations que connaît le droit québécois; en profondeur, cependant, elle s'en éloigne de par ses sources et ses effets.

Le premier de ces effets étant celui de modifier un élément fondamental à même le rapport conventionnel – l'identité du créancier<sup>4</sup> –, on aura souvent signalé que la subrogation, surtout lorsque consentie par le créancier, présente de grandes similitudes avec la cession de créances. Or, bien qu'il ne soit pas dénué de toute logique<sup>5</sup>, un tel rapprochement fait fi d'une

<sup>1</sup> On réfère, ici, à tous les types de subrogation *personnelle* que connaît le droit positif, par opposition à la subrogation *réelle*.

<sup>2</sup> Frédéric LEPLAT, *La transmission conventionnelle des créances*, thèse de doctorat sous la direction du professeur Thierry BONNEAU, Paris, Faculté des sciences juridiques, administratives et politiques, Université Paris X Nanterre, 2001, p. 34, en ligne: <<http://www.avocatconseil.com/th001.pdf>> (consulté le 1<sup>er</sup> janvier 2010). Cf. Jacques MESTRE, *La subrogation personnelle*, Paris, L.G.D.J., 1979, p. 29; Jérôme HUET, « La subrogation opérée par le débiteur pour le remboursement anticipé d'un prêt d'argent en cas de baisse des taux d'intérêt (art. 1250, 2, c. civ.) », D. 1999.29.chr.303, 305.

<sup>3</sup> Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2001, n<sup>o</sup> 337.

<sup>4</sup> Seul l'ordre relationnel étant modifié, il apparaît naturel de souligner que demeurant intacte, la créance n'octroie pas davantage de droits à celui qui l'a acquise, qu'en avait celui qui l'a *vendue*; *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 1651 (ci-après: « C.c.Q. »).

<sup>5</sup> En guise de dissociation, mentionnons simplement que cette dernière n'est pas soumise aux articles 1641 et suivants du *Code civil du Québec*. Ainsi, la subrogation est opposable aux tiers, de plein droit. C'est d'ailleurs ce qui fait de la subrogation consentie par le créancier, moyennant certains aménagements contractuels, un avantage commercial. En cas de transfert partiel de la créance, on aura cependant tout intérêt à inclure au contrat une clause « fournir et faire valoir », art. 1658 al. 2 C.c.Q., à défaut de quoi le subrogé se heurtera à la règle *nemo contra se subrogasse censetur*, laquelle bénéficie au subrogeant qui conserve son rang prioritaire. Voir: François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 1315;

différence conceptuelle fondamentale: l'un est tout, l'autre est partie; l'un est « mode d'exécution, [l'autre est] contrat »<sup>6</sup>.

En effet, alors qu'une cession de créance n'est rien de moins que la *vente* d'un bien incorporel conclue à la fois pour des raisons pratiques et spéculatives, la subrogation ne permet, avant tout, qu'une transmission de droits et obligations limitée, en théorie<sup>7</sup>, à la mesure du paiement reçu<sup>8</sup>. Elle ne peut donc, *a fortiori*, avoir lieu sans que le créancier subrogeant ne soit payé<sup>9</sup>.

Ce faisant, si le paiement est fait en totalité, la créance du subrogeant disparaît, alors même que celle du subrogé apparaît. Or, à bien y penser, « comment une créance peut-elle être à la fois éteinte et transmise avec tous ses accessoires? »<sup>10</sup>. Grâce, tout simplement, à cette transmission, « *fonction première* »<sup>11</sup> du mécanisme subrogatoire, lequel est aujourd'hui reconnu comme un mode à part entière de transmission des obligations<sup>12</sup>.

---

Jacques GHESTIN, Marc BILLAU et Grégoire LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 404 et 405. Pour une étude des ressemblances conceptuelles, voir : Marcel DUBÉ, « Aperçu jurisprudentiel de la subrogation en droit québécois. Critique et propositions législatives », (1973) 4 *R.D.U.S.* 81.

<sup>6</sup> Maurice TANCELIN, *Des obligations. Les techniques d'exécution et d'extinction*, 6<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, n<sup>o</sup> 866. *N.b.* Référence sera faite à la 6<sup>e</sup> édition, car au moment d'écrire ces lignes, la 7<sup>e</sup> édition du livre du professeur TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, venait tout juste d'être publiée. Nous n'avons donc pu y porter toute l'attention méritée. Nous tenons cependant à souligner que le propos de l'auteur est, comme toujours, très pertinent et nécessite une étude plus approfondie.

<sup>7</sup> Didier LUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, vol. 2, Montréal, Éditions Thémis, 2006, n<sup>o</sup> 3019. Cf. Clotaire MOULOUNGUI, *L'admissibilité du profit dans la subrogation*, Paris, L.G.D.J., 1995.

<sup>8</sup> J. MESTRE, préc., note 2, p. 370. Cette différence devient cependant bien théorique lorsque l'institution, dans sa forme consentie par le créancier, est utilisée à des fins d'affacturage. En tel cas, bien qu'il n'y ait pas de profit tiré directement sur la valeur du paiement, le subrogé se voit octroyer une commission pour ses services, laquelle, on s'en doute, sera éventuellement puisée à même les fonds recouverts.

<sup>9</sup> Partant, on peut croire, à l'instar de plusieurs auteurs, qu'elle est *soumise* aux règles reconnues du paiement. Or, nous proposons que cela n'est pas le cas (*infra*, chapitre II, section B).

<sup>10</sup> F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 5, p. 1310.

<sup>11</sup> Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd. par P.-G. JOBIN avec la collab. de Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, n<sup>o</sup> 971.

<sup>12</sup> Voir, entre autres : *id.*, n<sup>o</sup> 971 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 5, p. 1311 ; D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 7, n<sup>o</sup> 3015 ; J. MESTRE, préc., note 2, p. 365 et suiv. ;

## 2. De la subrogation *ex-parte debitoris*

S'inscrivant, pour partie, dans les limites de cette construction, la subrogation consentie par le débiteur y ajoute, au point de revêtir une spécificité qui lui est propre<sup>13</sup>.

Cette particularité est d'abord le fait d'un élément relativement étranger aux principes contractuels « fondamentaux » : un cadre de mise en œuvre. En effet, conscient des possibilités de fraudes inhérentes<sup>14</sup> au mécanisme, on aura tôt<sup>15</sup> fait de comprendre qu'un encadrement strict s'imposait<sup>16</sup>. Sur ce point, le législateur québécois s'est montré moins exigeant que son cousin français<sup>17</sup> : alors que le second exige qu'au moins un des actes d'emprunt ou de quittance soit notarié<sup>18</sup>, pour le premier, un acte sous seing privé signé par deux témoins suffit<sup>19</sup>. Dans les deux cas, cependant, « il doit être déclaré, dans l'acte de prêt, que l'emprunt est fait pour acquitter la dette, et, dans la quittance, que le paiement est fait à même l'emprunt »<sup>20</sup>.

Pierre CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, Paris, La Documentation française, ministère de la Justice, 2005, p. 58 et 59, en ligne : <<http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/RAPPORTCATALA.pdf>> (consulté le 1<sup>e</sup> octobre 2010).

<sup>13</sup> À un point où, à l'instar du professeur J. MESTRE, préc., note 2, p. 76, on peut prétendre que « [r]ares sont, à la vérité, les institutions aussi originales et aussi dérogoires au droit commun que ce type de subrogation conventionnelle ».

<sup>14</sup> Pour reprendre les propos du professeur M. TANCELIN, préc., note 6, n° 879 : « Le fait que la subrogation par le débiteur ait été utilisée par de trop astucieux prêteurs d'argent au mépris de sa finalité propre n'a évidemment pas rehaussé le prestige de l'institution. »

<sup>15</sup> *Arrestez faits par la cour du parlement : sur les subrogations, & sur la forme des oppositions aux decrets*, Paris, 6 juillet 1690.

<sup>16</sup> J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, préc., note 11, n° 988 ; M. TANCELIN, préc., note 6, n° 879, citant l'arrêt *Lamarre c. Piette*, (1934) 57 B.R. 155, écrit : « La jurisprudence a considéré que l'article 1155, par. 2 C.c. était de droit strict et a appliqué ses dispositions à la lettre. » Par contre, G. GHESTIN, M. BILLAU et G. LOISEAU, préc., note 5, p. 396, parlent davantage d'un acte formaliste que d'un acte solennel, puisque le non-respect des conditions établies pour protéger les tiers n'est pas sanctionné de nullité absolue. Cf. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 3, n° 335.

<sup>17</sup> Cette différence qui a été intégrée par la codification de 1866 reflète la volonté du législateur de fournir « aux parties contractantes des facilités plus grandes que sous l'ancien droit » ; *Premier rapport des commissaires pour la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles*, vol. 1, Québec, Imprimé par George E. Desbarats, 1865, p. 25.

<sup>18</sup> C. civ., art. 1250 (2).

<sup>19</sup> C.c.Q., art. 1655 al. 2.

<sup>20</sup> C.c.Q., art. 1655 al. 2 ; C. civ., art. 1250 (2).



Cela étant dit, si tel élément formaliste est d'usage peu commun en matière contractuelle, le second point de différenciation est, pour sa part, diamétralement opposé à toute la philosophie classique du contrat. Ainsi, ne serait-il pas exagéré d'écrire que la technique tire substantiellement<sup>21</sup> son originalité du fait que la transmission de la créance et de ses droits s'effectue suivant la volonté du débiteur, sans même que le créancier ne puisse, en théorie, s'y opposer<sup>22</sup>. Autrement dit : « le débiteur se trouve à transférer au *solvens* des droits qui appartiennent non à lui-même, mais à son créancier et ce, sans la participation de ce dernier »<sup>23</sup>. Ce faisant, la loi offre-t-elle au débiteur un pouvoir sur une partie du patrimoine de son prêteur, faculté évidemment très limitée quant à sa portée puisqu'en définitive, ce dernier sera payé.

## B. De l'exception

Au civiliste qui souligne l'étrangeté de la technique, l'historien répond de sa science : le mécanisme de la subrogation *ex parte debitoris* fait partie de la famille des subrogations. Pour en analyser le développement et la portée actuelle (2), il convient donc, avant tout, de traiter de l'élaboration de ses origines filiales (1).

### 1. Avènement d'une théorie générale de la subrogation personnelle

À Rome, l'obligation participe d'une dynamique purement personnelle<sup>24</sup> ; elle lie deux personnes en l'absence desquelles la convention ne

<sup>21</sup> À vrai dire, à défaut de cette particularité, l'opération serait tout simplement inexistante.

<sup>22</sup> Le premier alinéa de l'article 1655 C.c.Q. édicte que : « La subrogation consentie par le débiteur ne peut l'être qu'au profit de son prêteur et elle s'opère sans le consentement du créancier. »

<sup>23</sup> J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, préc., note 11, n° 987. Partant, à l'instar de ce qu'en disent de nombreux auteurs, on pourrait parler d'une opération *d'expropriation de créances*.

<sup>24</sup> À ce sujet, les remarques du professeur LEPLAT, préc., note 2, p. 26 et 27 sont très intéressantes : « Des classifications, telles que celle établie par *Gaius* qui range les obligations parmi les biens incorporels, ne doivent pas induire en erreur. Dans la pensée antique, le cosmos est fini et hiérarchiquement ordonné. De son observation se déduit un modèle harmonieux des rapports sociaux. La justice s'assigne pour objectif de respecter et de restaurer l'équilibre chaque fois qu'un désordre l'a troublé ; de rétablir les proportions. Le droit se découvre avec une précision mathématique. L'obligation joue un rôle essentiel pour rétablir cette harmonie. En revanche, elle ne confère aucune

peut exister. La transmission des droits et créances est donc difficilement envisageable. Pour tout dire, « ce système juridique ignore le droit de créance et, *a fortiori*, sa transmission conventionnelle »<sup>25</sup>. D'ailleurs, même la solennelle *stipulatio*, très populaire à l'époque classique, ne permet pas d'affecter un tiers, ne serait-ce que pour lui donner des droits<sup>26</sup>. Tout au plus, diverses situations sont-elles sanctionnées par des actions qui ouvrent la porte à un transfert partiel des droits et créances<sup>27</sup>. C'est le cas du *bénéfice de cession d'action* et de la *sucessio in locum*, deux actions<sup>28</sup> octroyant au *solvens* des garanties dans des contextes analogues à ceux aujourd'hui prévus à l'article 1656 du Code civil québécois.

Novateurs, certes, ces deux mécanismes auront pour commun effet d'imposer au créancier primaire l'obligation de transférer ses droits au *solvens*<sup>29</sup>, lui octroyant par le fait même les sûretés garantissant la répétition de son paiement. Or, s'il est vrai, d'une part, qu'il s'agira d'un impressionnant témoignage d'équité envers ce dernier<sup>30</sup>, cette expression de justice

prérogative comparable à un droit subjectif. L'objet d'un traité de droit, comme celui des institutes de *Gaius* est de décrire ce monde vu juridiquement. Il suffit de reprendre, dans cette description objective, le plan très simple usité dans la science grecque. Le plan de ces institutes oppose les choses aux personnes. Puis, au sein des choses relevant du droit humain, *Gaius* sépare les biens corporels, des biens incorporels comprenant les obligations. Il ne faut cependant pas se méprendre sur les similitudes avec notre système juridique. L'obligation ne confère pas un droit subjectif au créancier. *De même que la propriété est une puissance personnelle et intransmissible sur les biens; les créances forment exclusivement le côté actif d'un lien de droit entre deux personnes* [nos italiques].» Cf. Christophe KRAMPE, « L'obligation comme bien. Droit français et allemand », *Arch. philo. dr.* 2000.205; Patrick CHAUMETTE, « La subrogation personnelle sans paiement? », *RTD civ.* 1985.33, 42.

<sup>25</sup> F. LEPLAT, préc., note 2, p. 26.

<sup>26</sup> Emmanuelle CHEVREAU, Yves MAUSEN et Claire BOUGLÉ, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, Éditions Litec – JurisClasseur, 2007, p. 45.

<sup>27</sup> Il s'agirait, selon F. LEPLAT, préc., note 2, p. 25, de techniques créées dans le but de détourner l'« obstacle » de l'intransmissibilité des créances.

<sup>28</sup> Pour J. MESTRE, préc., note 2, p. 27, ces techniques inspireront éventuellement les codificateurs français au point de « les conduire à dégager, de la combinaison [des] deux institutions d'origine romaine, une nouvelle notion: celle de « subrogation » »; cf. F. LEPLAT, préc., note 2, p. 34.

<sup>29</sup> F. LEPLAT, préc., note 2, p. 35 et suiv.

<sup>30</sup> Préalablement, seul un recours personnel attaché davantage à ce que l'on considère aujourd'hui être une « autre source d'obligations » était ouvert au *fidéjusseur solvens* qui avait payé à la place du débiteur; les droits du créancier désintéressé ne lui étaient pas transmis. J. MESTRE, préc., note 2, p. 22 et suiv. Par ailleurs, la situation donnant

demeurera, d'autre part, tout de même limitée, emprisonnée par l'étroite conception formaliste des droits qualifiant l'époque<sup>31</sup>.

Qui plus est, si le droit de l'empire ne crée qu'une exception au principe d'intransmissibilité des créances, les différents systèmes francs et féodaux ne dérogeront pas de cette approche restrictive<sup>32</sup>. Il faudra donc attendre à la fin de l'époque médiévale pour que la doctrine française, tentant d'adapter le droit à la réalité économique<sup>33</sup>, généralise l'application de ces mécanismes romains, au point de donner naissance à une théorie générale de la subrogation personnelle<sup>34</sup>.

À cette époque où l'obligation est toujours éminemment personnelle, l'opération choque. Elle est, pour cette raison, présentée comme une fiction juridique ayant pour fins de contourner l'effet extinctif du paiement, lequel, jusque là, dépouillait le *solvens* des droits pourtant nés de la créance qu'il venait d'acquiescer<sup>35</sup>. Mais, quelle que soit la manière dont elle est exposée, l'importance de l'innovation ne peut être dissimulée : l'intégration en droit positif de la théorie générale de la subrogation n'est rien de moins qu'une « [i]ndiscutable victoire de l'équité sur la rigueur juridique »<sup>36</sup>, victoire qui lui fera « connaître aussitôt un essor considérable »<sup>37</sup>.

## 2. Naissance et développement d'une exception équitable et utile

Plus qu'une simple extension des principes romains, la théorie générale en opérera, en certaines occasions, la mutation<sup>38</sup>. Ainsi, si l'équité

---

ouverture aux deux actions est similaire : à Rome, le tiers qui paie la dette d'autrui dispose d'une action récursoire contre ce dernier. Cette action n'est utile que si le débiteur est solvable. Or, la cession des actions du créancier au tiers *solvens* remédie à ce risque, puisque les sûretés appartenant au créancier primaire garantissent le paiement. F. LEPLAT, préc., note 2, p. 35 ; J. MESTRE, préc., note 2, p. 25.

<sup>31</sup> E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLÉ, préc., note 26, Chapitre I.

<sup>32</sup> Ne serait-ce qu'en raison de la dynamique « familiale » de l'obligation caractérisant la période, *id.*, p. 103 et suiv.

<sup>33</sup> J. MESTRE, préc., note 2, p. 28 et 29.

<sup>34</sup> E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLÉ, préc., note 26, p. 164 ; *id.*, p. 29.

<sup>35</sup> J. MESTRE, préc., note 2, p. 29 et 30 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 5, p. 1310.

<sup>36</sup> J. MESTRE, préc., note 2, p. 30 ; François TERRÉ et Yves LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1994, p. 684, parlent d'une « [i]nstitution d'équité dont l'objet est de reporter le poids de la dette sur le débiteur définitif ».

<sup>37</sup> J. MESTRE, préc., note 2, p. 30.

<sup>38</sup> *Id.*, p. 31.

justifie, en partie, l'institution, le juste ne profite pas toujours, et uniquement, à celui qui a payé la dette. Le roi Henri IV le démontre d'ailleurs, en mai 1609, lorsque par un Édît, il confère aux débiteurs de rentes constituées<sup>39</sup> le pouvoir d'opérer unilatéralement une modification dans l'ordre relationnel de la convention, donnant ainsi naissance à « l'exceptionnelle » subrogation du fait du débiteur. À ce sujet, les professeurs Collin et Capitant écrivent qu'elle :

« [...] remonte à une déclaration de Henri IV, en date de mai 1609, relative à une opération que nous qualifierons aujourd'hui de *conversion de rentes*. Le taux des rentes constituées, lesquelles, on s'en souvient, étaient fréquentes sous l'ancienne monarchie par suite de la prohibition du prêt à intérêt, avait fixé par un édit de Charles IX, de 1572, au *denier douze* (1 pour 12), soit 8 1/3 %. Après l'apaisement et la reprise des affaires qui marquèrent la fin des guerres de religion, Henri IV, en mai 1609 fixa le taux des constitutions de rente au *denier seize* (1 pour 16), soit à 6 1/4 %. Les débirentiers avaient donc tout intérêt à emprunter au nouveau taux de quoi rembourser leurs premiers prêteurs. Mais ceux-ci, qui voulaient conserver le bénéfice de leur placement antérieur, se seraient refusés à subroger les nouveaux capitalistes dans les garanties hypothécaires qui assuraient le service de leurs rentes, si l'Édit précité d'Henri IV n'avait autorisé les emprunteurs à forcer la résistance de leurs créanciers et à se passer de leur consentement, pour réaliser la subrogation [...]. »<sup>40</sup>

Considérant le caractère particulièrement novateur de l'intervention royale<sup>41</sup> – laquelle sera, par la suite, généralisée de manière à profiter aux emprunteurs de tous types de prêts d'argent<sup>42</sup> – on comprendra facilement

<sup>39</sup> À cette époque, le prêt d'argent est, en principe, interdit. Or, pour contourner cette prohibition, les « prêteurs » utilisent, entre autres, le mécanisme de la rente constituée par lequel une personne reçoit une somme d'argent à charge de verser des arrérages, somme qu'elle n'est pas tenue de rembourser dans un temps défini. C'est ce dernier aspect qui permet d'ailleurs de l'exclure de la catégorie des prêts « mercantiles » prohibés. J. HUET, préc., note 2, 305.

<sup>40</sup> Ambroise COLIN et Henri CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2., 10<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1948, p. 371.

<sup>41</sup> Michel POULIN et Chantale LEBLANC, « La subrogation consentie par le débiteur : une technique de l'ancien droit à la mode d'aujourd'hui », (1982) 85 *R. du N.* 50 : « Et s'il fallait, pour corriger la situation, faire une législation contraire à toute l'économie du droit, qu'à cela ne tienne. »

<sup>42</sup> *Arrestez faits par la cour du parlement : sur les subrogations, & sur la forme des oppositions aux decrets*, préc., note 15.

qu'à une époque où la maxime *pacta sunt servanda*<sup>43</sup> s'inscrit comme véritable leitmotiv du discours juridique, le souverain n'agisse pas directement sur le contenu des conventions<sup>44</sup>. Mais, quoi qu'il en soit, quelle que soit la fiction qui est alors l'incarnation du principe, elle ne doit pas masquer l'effet fondamental de l'ouverture: l'absence de consentement du subrogeant à la transmission de sa créance<sup>45</sup>.

En permettant ainsi « au débiteur de bénéficier d'une évolution favorable de la conjoncture économique, c'est-à-dire d'une baisse générale des taux d'intérêt »<sup>46</sup>, l'on peut, *a priori*, croire que la subrogation *ex parte debitoris* est une mesure équitable, mise en place dans l'objectif de satisfaire le besoin individuel<sup>47</sup>. À ce propos, doit-on noter que cette option législative participe grandement à l'élaboration de la spécificité du mécanisme: si l'édifice subrogatoire a pour pierre angulaire la protection des intérêts du *solvens*, l'objectif fondamental de la *spécifique* subrogation consentie par le débiteur n'en demeure pas moins la diminution du fardeau de l'emprunteur.

C'est donc dire que malgré ce qu'en pensent certains auteurs<sup>48</sup>, la transmission de la créance n'est pas une fin en soi, mais plutôt un moyen pour atteindre d'autres fins. L'aspect « garantie » de l'institution n'est, en fait, rien d'autre qu'une nécessité inhérente à sa vocation protectrice et, évidemment, à sa filiation. D'ailleurs, outre des considérations d'ordre personnel – dont le droit positif ne saurait se préoccuper –, qu'est-ce qui pousserait un tiers à acquitter une dette en sachant qu'il n'en tirera pas de créance et qu'il n'aura, par le fait même, aucun moyen de recouvrer son paiement?

<sup>43</sup> « [...] dont la violation constituait un péché ». Guy STANISLAS, *Le droit de la résolution dans le contrat de vente: sanction de l'inexécution des obligations contractuelles*, Genève, Librairie de l'université, Geord & Cie, 1979, p. 7.

<sup>44</sup> Il choisira plutôt la manière détournée qu'on connaît aujourd'hui et qui est l'objet de cet écrit.

<sup>45</sup> « Déchargez-nous, ou subrogez-nous », disait Pothier. J. MESTRE, préc., note 2, p. 30; F. LEPLAT, préc., note 2, p. 47.

<sup>46</sup> J. HUET, préc., note 2, 304.

<sup>47</sup> On parlera certainement du besoin du débiteur car, au regard de la spécificité du mécanisme, il semble pour le moins évident que c'est ce dernier que l'on voulait soulager...

<sup>48</sup> Voir, entre autres: Roger COMTOIS et Yvan DESJARDINS, « Le jugement Durand et la subrogation », (1996) 98 *R. du N.* 232.

Si, donc, l'opération manifeste une volonté de rejet – au moins embryonnaire – de l'inique de la théorie juridique<sup>49</sup>, il semble<sup>50</sup> qu'elle ne soit pas uniquement le résultat de la magnanimité royale. Aussi pourrait-elle être justifiée par l'intérêt général<sup>51</sup>, auquel cas parlerait-on d'un principe utile. D'ailleurs, cette préoccupation lointaine<sup>52</sup> serait-elle mieux à même de justifier l'intégration, le développement et la pérennité du mécanisme que cela ne serait pas surprenant. C'est à se demander, même, si les considérations équitables ne seraient pas, en définitive, un simple moyen de parvenir à des objectifs plus larges? Les propos du professeur Mestre sont, à ce sujet, révélateurs :

«L'intérêt du débiteur est certes pris en considération et, à cet égard, il est possible d'évoquer « un mécanisme d'expropriation des créances pour cause d'utilité privée » [références omises]. Pourtant, l'utilité générale demeure le fondement essentiel de l'institution, celui qui a justifié son introduction par le pouvoir royal et sa permanence dans notre droit positif, et il ne serait donc pas abusif de parler, à propos de cette forme très particulière de subrogation, d'expropriation des créances privées pour cause d'utilité publique.»<sup>53</sup>

En effet, si la loi « fait une faveur au débiteur »<sup>54</sup> c'est, on s'en doute, parce qu'elle a intérêt à le faire.

<sup>49</sup> J. MESTRE, préc., note 2, p. 29-31 ; F. LEPLAT, préc., note 2, p. 47.

<sup>50</sup> Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Paris, Defrénois, 2004, p. 718 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 5, p. 1301. J. HUET, préc., note 2, 303.

<sup>51</sup> G. GHESTIN, M. BILLAU et G. LOISEAU, préc., note 5, p. 394 : « C'est pour surmonter ces obstacles et satisfaire ainsi l'intérêt général et ceux des débiteurs que la loi autorise le débiteur à réaliser une substitution de créancier par la technique de la subrogation sans le consentement du créancier primitif. » ; J. MESTRE, préc., note 2, p. 88, parle, pour sa part, de l'intérêt public ; A. COLIN et H. CAPITANT, préc., note 40, p. 371, traitent, quant à eux, de l'intérêt économique général. Selon Léon FARIBAULT, *Traité de droit civil du Québec*, t. 8, bis, Montréal, Wilson & Lafleur, 1959, n° 564, « [o]n la justifie en disant qu'elle a été créée dans l'intérêt public ». Cf. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 5, p. 1301.

<sup>52</sup> J. MESTRE, préc., note 2, p. 38 : « Les préoccupations d'intérêt général n'ont jamais été étrangères à la subrogation personnelle. Bien au contraire, et ceci a été souvent insuffisamment souligné, elles sont profondément liées à son histoire [...] »

<sup>53</sup> *Id.*, p. 89.

<sup>54</sup> P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 50, p. 716 et 717.

Cet intérêt résiderait principalement dans le désendettement<sup>55</sup> résultant de l'abaissement généralisé des taux d'intérêt que permet, en définitive, la mise en œuvre de la technique subrogatoire<sup>56</sup>. Qui plus est, une telle diminution se conclut, en théorie, par un accroissement des emprunts et donc, par le développement des affaires<sup>57</sup>. Or, ce développement étant source de circulation des richesses, c'est, dans un monde idéal, l'ensemble de la communauté qui en bénéficie. D'ailleurs, la promotion de cette « utilité générale » justifierait tant l'impérativité<sup>58</sup> que la codification du principe<sup>59</sup>.

En effet, impeccablement développé et légitimé par l'Ancien droit, le mécanisme sera intégralement récupéré et codifié par l'article 1250 (2) du *Code de Napoléon*<sup>60</sup>. Plus encore, aussi surprenant cela soit-il, il sera transposé en droit québécois.

<sup>55</sup> Jérôme HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2001, p. 1025.

<sup>56</sup> J. MESTRE, préc., note 2, p. 39; J. HUET, préc., note 2, 311. Sans trop élaborer le propos, la juge LeBel, dans *Banque Royale du Canada c. Caisse populaire de Rock Forest*, [1992] R.J.Q. 987, 995 (C.S.), soutient que la subrogation encourage la libre concurrence entre les créanciers, laquelle favorise le développement économique.

<sup>57</sup> J. MESTRE, préc., note 2, p. 38-41; A. COLIN et H. CAPITANT, préc., note 40, p. 371; J. HUET, préc., note 2, 311. Les notaires R. COMTOIS et Y. DESJARDINS, préc., note 48, écrivent, à la page 241, que les institutions prêteuses « [...] ont constaté que la subrogation par le débiteur pouvait servir d'attrait à leur clientèle. Les banques, plus particulièrement, ont accordé des centaines de prêts à leurs clients en leur faisant signer un prêt personnel comportant une clause où l'emprunteur déclarait qu'il empruntait pour rembourser telle ou telle hypothèque ». Notons que s'il s'agit incontestablement d'une possibilité avantageuse qu'offre le principe aux créanciers, on ne saurait y voir plus qu'un simple effet de ce dernier.

<sup>58</sup> N'est-ce pas, d'ailleurs, un certain Portalis qui affirmait, lors de la présentation du projet du Code Napoléon, que « la liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, les bonnes mœurs et par l'utilité publique » ? Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, Paris, Videcoq, 1836, p. 510; *infra*, chapitre II, partie A.

<sup>59</sup> J. MESTRE, préc., note 2, p. 43 : « [l']impact des auteurs de l'Ancien Droit sur les rédacteurs du Code civil fut considérable. Il n'est pour s'en convaincre que de voir le nombre de fois où ceux-ci font référence à l'idée d'équité, au sentiment de justice » ; J. HUET, préc., note 2, 306 et 307.

<sup>60</sup> J. HUET, préc., note 2, 307; Henri MAZEAUD, Jean MAZEAUD et Léon MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1 « Obligations: théorie générale », 9<sup>e</sup> éd. par François CHABAS, Paris, L.G.D.J./Montchrestien, 1998, p. 948; Egide-Rodolphe-Nicolas ARMTZ, *Cours de droit civil français*, 2<sup>e</sup> éd., t. 4., Bruxelles, Bruylant-Christophe et Comp., 1880, p. 104. Selon le professeur Mestre, les magistrats lui appliqueront l'interprétation prétorienne développée sous l'Ancien droit; J. MESTRE, préc., note 2, p. 44 et 88.

Surprenant, parce qu'au Québec, la première codification du droit civil marque, en matière d'équité, une rupture avec le droit français de l'époque<sup>61</sup>. Pour reprendre les propos du professeur Moore, « [l]ors de son adoption, en 1866, le Code civil du Bas-Canada est résolument un code du XIX<sup>e</sup> siècle influencé par la religion, centré sur la propriété et véhiculant une philosophie prônant la liberté de commerce. Dans ce contexte, peu, voire aucune place n'est laissée à l'équilibre et à l'équité dans les contrats »<sup>62</sup>. Pour preuve, le mécanisme équitable français par excellence, la lésion entre majeurs, ne traversera pas l'océan<sup>63</sup>.

Dans une telle conjoncture, l'article 1155 (2) du *Code civil du Bas-Canada* qui est, pour tout dire, une « reproduction presque intégrale du deuxième alinéa de l'article 1250 du Code Napoléon »<sup>64</sup> fait donc bande à part. En effet, loin d'en nier les origines, ce maintien consacre-t-il, *a fortiori*, la raison d'être du mécanisme, lequel ne sera, par ailleurs, en rien modifié par la recodification de 1994<sup>65</sup>.

Historiquement, donc, la naissance de la subrogation consentie par le débiteur est le résultat d'une combinaison – voire une hiérarchisation – de considérations équitables et utiles. Équitables, essentiellement par et grâce à son effet transmissif. Utiles, certes par l'opportunité qu'elle offre au débiteur, mais surtout par son effet sur l'ensemble économique. Pour tout

<sup>61</sup> Claude MASSE, « L'équité contractuelle », (1979) *Meredith Mem. Lect.* 48, 49; cf. Jean-Guy BELLEY, « La Loi sur la protection du consommateur comme archétype d'une conception socioéconomique du contrat », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 119, à la page 123.

<sup>62</sup> Benoît MOORE, « Autonomie ou dépendance : réflexions sur les liens unissant le droit contractuel de la consommation au droit commun », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *Droit de la consommation sous influences*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 1, à la page 2.

<sup>63</sup> C.c.Q., art. 1674; Pierre-Gabriel JOBIN, « Deux lacunes de la justice contractuelle dans le Code Civil au Québec », dans *Contribution au congrès virtuel 2004 de l'Institut international de droit d'expression et d'inspiration françaises (IDEF) sur le thème Le code civil français. Droit des obligations face à la mondialisation*, 2004, p. 2, en ligne : <www.institut-idef.org/IMG/doc/JOBIN.doc> (consulté le 1<sup>er</sup> octobre 2010)

<sup>64</sup> M. POULIN et C. LEBLANC, préc., note 41, 50. Tout au plus, le législateur québécois innove-t-il en ajoutant aux conditions de forme la possibilité de « consentir la subrogation sous seing privé plutôt que par contrat notarié »; voir aussi : *Premier rapport des commissaires pour la codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles*, préc., note 17, p. 25; J. MESTRE, préc., note 2, p. 84.

<sup>65</sup> J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, préc., note 11, n<sup>o</sup> 989.



dire, on a « estimé que le créancier, du moment qu'on lui verse ce qui lui est dû, n'a aucune raison légitime de se refuser à une combinaison utile au débiteur, utile au capitaliste complaisant que celui-ci a pu intéresser à ses affaires, utile enfin à l'intérêt économique général, que l'on sert toujours en favorisant la libération des débiteurs »<sup>66</sup>.

## II. Subrogation ex-parte debitoris : un absolu... relatif?

En témoigne l'histoire, les raisons justifiant la codification du principe de substitution par le fait du débiteur ne portent pas lieu à trop de discussions; elles sont, au contraire, assez éloquentes. Or, s'il paraît naturel de conclure à l'absolutisme du principe (I), il semble que l'artifice juridique ait atténué ce réflexe, jusqu'à le contrecarrer (II).

### A. De l'absolu

Dans un système civiliste où la rhétorique consensualiste intègre, autant que ce peut, les termes égalité, personnes et justice, où les théories complémentaires de l'autonomie de la volonté et de la force obligatoire des conventions trônent toujours<sup>67</sup>, seul le législateur, tout abstrait soit-il, a le pouvoir de « limiter » la *volonté* des parties<sup>68</sup>. Souvent, l'exercice tendra-t-il à rééquilibrer, quelques fois les prestations, mais plus fréquemment, la force des parties à la convention. Parfois, le législateur délèguera-t-il ce pouvoir aux magistrats<sup>69</sup>, parfois l'utilisera-t-il directement, en édictant des normes auxquelles les parties doivent se conformer. On parlera alors de normes impératives qui, plus souvent qu'autrement, intéressent l'ordre public, cet ordre qui, doit-on le rappeler, « [...] demeure la première norme de contrôle des stipulations contractuelles »<sup>70</sup>.

<sup>66</sup> A. COLIN et H. CAPITANT, préc., note 40, p. 371.

<sup>67</sup> Malgré que ces principes aient perdu leur caractère absolu. Michel COIPEL, « La liberté contractuelle et la conciliation optimale du juste et de l'utile », dans *Enjeux et valeurs d'un code civil moderne*, Les journées Maximilien-Caron, Montréal, Éditions Thémis, 1990, p. 79, à la page 83.

<sup>68</sup> M. COIPEL, *id.*, nomme ce pouvoir « dirigisme contractuel ».

<sup>69</sup> En leur permettant, par exemple, de diminuer l'obligation résultant d'une clause abusive (C.c.Q., art. 1437) ou, en de plus rares cas, d'un contrat lésionnaire (*Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, art. 8 et 9).

<sup>70</sup> Madeleine CANTIN CUMYN, « Les innovations du Code civil du Québec, un premier bilan », (2005) 46 *C. de D.* 463, par. 18.

La subrogation du fait du débiteur est un exemple flagrant de l'exercice de cette prérogative législative. La reconnaissance de son caractère impératif ne date d'ailleurs pas d'hier<sup>71</sup>. Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler que c'est l'intérêt général qui a justifié la naissance de l'institution. Ainsi, malgré que ce caractère, tardivement reconnu (1), ait été récemment remis en question, il demeure aujourd'hui consacré (2).

### 1. Impérativité du principe: 1609 à 1994

Cela étant sans doute dû à l'absence d'intérêt de la subrogation *ex parte debitoris* en période inflationniste, c'est avec raison que les professeurs Tancelin et Gardner notent qu'« il a fallu plus de 125 ans avant [d'en] reconnaître le caractère d'ordre public »<sup>72</sup>. En effet, ce n'est qu'en 1992, à la veille de la recodification, dans le jugement déclaratoire *Banque Royale du Canada c. Caisse populaire de Rock Forest*<sup>73</sup>, que la Cour supérieure lui reconnut un tel titre.

Dans cette affaire, deux particuliers souhaitaient substituer une institution de financement qui leur offrait un taux plus avantageux dans les droits de leur créancier originaire, la Caisse. Arguant bénéfice d'une clause de renonciation à l'utilisation du mécanisme de la subrogation que contenait la convention hypothécaire, cette dernière refusait de signer la quittance subrogatoire, empêchant ainsi le transfert du prêt. La question se posait donc à savoir s'il était possible de stipuler de la sorte à même la convention originale?

Aussi surprenant que cela puisse être, c'est par la négative que répondit la Cour, statuant à l'illicéité d'une telle clause contraire à l'ordre public<sup>74</sup>, puisque militant, pour l'essentiel, en défaveur de l'intérêt sociétal :

« La législation visant [sic : à] permettre la subrogation par le fait du débiteur a été édictée à l'origine dans l'intérêt général de la société. [...] Très certainement, le contexte économique et social qui prévalait en France à l'époque est fort différent de celui qui prévaut au Québec aujourd'hui. Néanmoins, on considère généralement que la libre concurrence entre les institutions finan-

<sup>71</sup> J. HUET, préc., note 2, 306.

<sup>72</sup> Maurice TANCELIN et Daniel GARDNER, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 9<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, p. 916.

<sup>73</sup> Préc., note 56.

<sup>74</sup> *Id.*, 995.

cières est de nature à promouvoir le développement économique et l'intérêt de la société. De même, une baisse générale des taux d'intérêt favorise le développement économique, ce qui est généralement à l'avantage de la société. [...] Par ailleurs, si la libre concurrence est généralement à l'avantage de la société et des parties [...] cette prémisse n'est valable que lorsque les parties sont relativement égales de telle sorte que la libre négociation soit une réalité et non une simple fiction juridique. [...] En fait, la conséquence la plus évidente et la plus immédiate de la libre négociation en pareil cas risque d'être la multiplication des clauses de renonciation et, en conséquence, une réduction de la concurrence entre les prêteurs. Il est difficile de concevoir comment la libre négociation pourrait alors être à l'avantage de la société.»<sup>75</sup>

Ainsi, en raison du but visé par le mécanisme, la Cour reconnaissait-elle la nécessité de l'intervention publique dans un champ d'action normalement réservé à l'action privée. Partant, il devenait pour le moins difficile de soutenir qu'il ne servait que des intérêts purement privés ne dépassant pas le simple cadre de la convention. Et pourtant, c'est ce que firent, au lendemain de la recodification, certains auteurs<sup>76</sup>.

## 2. Impérativité sous le *Code civil du Québec*

En effet, procédant d'une analyse textuelle, les professeurs Pineau, Gaudet et Burman proposent que la recodification a eu pour effet de faire perdre à l'article 1655 C.c.Q. son caractère impératif, puisque « contrairement à l'article 1654 qui énonce le caractère impératif de la règle voulant que la subrogation consentie par le créancier s'opère sans le consentement du débiteur, l'article 1655 C.c.Q. est muet à cet égard »<sup>77</sup>. Abondant dans la même direction, le professeur Karim ajoute que si le législateur « avait voulu faire de cette disposition une disposition d'ordre public ayant la même

<sup>75</sup> *Id.*

<sup>76</sup> Entre autres : J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 3, n° 335 ; Vincent KARIM, *Les obligations*, vol. 2, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009, p. 1020 ; Michel DESCHAMPS, « Le contrat de prêt et la compensation comme mécanisme de garantie », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 73, *Développements récents en droit commercial*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 87, au n° 3 ; Guy MORIN, « Les règles générales du contrat de prêt d'argent », dans Collection de droit 2009-2010, École du Barreau du Québec, vol. 5, *Obligations et contrats*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 309.

<sup>77</sup> J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 3, n° 335.

portée que celle donnée par la jurisprudence *minoritaire*<sup>78</sup> à l'article 1155 al. 2 C.c.b.c., [il] aurait dû la rédiger de façon à ce que son caractère soit aussi impératif<sup>79</sup>. Par contre, au contraire des premiers, ce dernier reconnaît-il que « l'article 1655 C.c.Q. peut être considéré d'ordre public, [...] à condition de lui attribuer une portée restreinte [...] [laquelle] doit seulement viser la situation du créancier qui refuse un paiement par subrogation après l'échéance de l'obligation du débiteur »<sup>80</sup>. Or, aussi séduisante cette analyse grammaticale puisse-t-elle être, nous ne pouvons la partager.

Avant tout, doit-on noter qu'il est pour le moins particulier que différents auteurs partageant un argumentaire en tous points similaire divergent aussi radicalement quant à leurs conclusions respectives. Alors que pour les premiers, l'analyse exégétique justifie – rien de moins que – « la stipulation prévoyant la nécessité du consentement du créancier »<sup>81</sup>, pour le second, elle permet « l'insertion de clauses autres que celle qui oblige le débiteur à obtenir le consentement du créancier à une subrogation »<sup>82</sup>.

Quoi qu'il en soit, s'il est vrai que la venue du Code civil de 1994 a grandement modifié le visage du droit commun québécois<sup>83</sup>, en dépit de ce qu'en pensent les précédents auteurs, nous croyons que celui de la subrogation *ex-parte debitoris* est demeuré inchangé : à l'instar de son prédécesseur, l'article 1655 C.c.Q. intéresse l'ordre public<sup>84</sup>.

<sup>78</sup> Nous ne pouvons nous empêcher de mentionner, au passage, notre étonnement devant la qualification donnée à la jurisprudence établie sous l'ancien Code par le professeur Karim. S'il est vrai que la solution de l'arrêt *Trust Général*, [1993] R.J.Q. 1438 (C.S.), n'a pas « fait jurisprudence », qui a dit que l'opinion de la juge LeBel dans l'arrêt *Banque Royale*, préc., note 56, est demeurée « minoritaire »? L'analyse des causes subséquentes démontre pourtant tout le contraire. Cf. D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 7, n° 3036.

<sup>79</sup> V. KARIM, préc., note 76.

<sup>80</sup> *Id.*

<sup>81</sup> J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 3, n° 335.

<sup>82</sup> V. KARIM, préc., note 76, p. 1020.

<sup>83</sup> Pensons simplement à la codification du concept prétorien de bonne foi dans l'exécution de la convention. Plus généralement, voir : M. CANTIN CUMYN, préc., note 70; Benoît MOORE, « Sur l'avenir incertain du contrat de consommation », (2008) 49 *C. de D.* 5.

<sup>84</sup> Abondent en ce sens : Nathalie VÉZINA et Louise LANGEVIN, « La transmission et la mutation de l'obligation », dans Collection de droit 2009-2010, École du Barreau du Québec, vol. 5, *Obligations et contrats*, 2009, p. 125, à la page 132; J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, préc., note 11, n° 989; D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 7, n° 3037; M. TANCELIN et D. GARDNER, préc., note 72, p. 916.

Les décisions rendues sous le nouveau code étant peu nombreuses et, malheureusement, tout aussi peu exhaustives<sup>85</sup>, c'est le principe de reconduction qui permet, avant tout, de conclure de la sorte<sup>86</sup>. Pour reprendre les propos des professeurs Tancelin et Gardner, « [...] comme l'article 1155 par. 2 C.c. a été reconnu d'ordre public, il aurait fallu une disposition expresse à l'effet contraire du Code de 1994 pour changer cette solution évidente à sa face même »<sup>87</sup>. Nous conforte d'ailleurs dans cette idée le fait que seule la subrogation consentie par le créancier a été l'objet d'une attention particulière dans la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*<sup>88</sup>.

Tout compte fait, si le législateur avait simplement, sciemment, omis d'exprimer l'impérativité du mécanisme, admettant ainsi que l'analyse prétorienne n'avait pas démontré tel besoin, jusque là, pour déceler son intention? À l'instar des professeurs Lluellas et Moore, c'est ce que nous croyons :

« [...] cette différence d'ordre terminologique peut fort bien s'expliquer par le fait que le législateur avait éprouvé le besoin de fixer clairement le caractère impératif de l'article 1654 – qui posait des doutes sous l'ancien Code –, alors qu'il n'avait nul besoin d'être aussi expressif à propos de l'article 1655, dont le caractère impératif était solidement établi par une jurisprudence constante. »<sup>89</sup>

Par ailleurs, quoi que l'on puisse conclure d'une telle analyse syntaxique, l'examen du contexte, lui, ne trompe pas. En fait, la réponse qui en découle nous semble tellement évidente qu'il est à se demander pourquoi les auteurs se sont tant attardés aux mots ou, devrait-on dire, à l'absence de mot, pour statuer sur la portée du principe? La question, si peu « positiviste » soit-elle, demeure tout de même importante parce qu'après tout, avant le texte, n'y a-t-il pas l'idée? Ainsi, à l'instar de ce qu'en disent plusieurs auteurs, « si l'on considère la fonction de protection qui caracté-

<sup>85</sup> En guise d'exemple: *Collin c. Banque de Montréal*, B.E. 99BE-934 (C.Q.).

<sup>86</sup> Abondent en ce sens: N. VÉZINA et L. LANGEVIN, préc., note 84, à la page 132; J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 11, n° 989; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 7, n° 3037; M. TANCELIN et D. GARDNER, préc., note 72, p. 917.

<sup>87</sup> M. TANCELIN et D. GARDNER, préc., note 72.

<sup>88</sup> L.Q. 1992, c. 57, art. 95.

<sup>89</sup> D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 7, n° 3036; cf. N. VÉZINA et L. LANGEVIN, préc., note 84, à la page 131.

rise ce mécanisme»<sup>90</sup> de même, évidemment, que son intérêt « public »<sup>91</sup>, la solution ne peut être autre : « l'article 1655 est impératif »<sup>92</sup>.

Cela dit, une clause, à même le contrat de prêt, soumettant la subrogation à l'acceptation du créancier – et donc, dérogeant à la fois à la lettre et à l'idée de l'article 1655 – doit être annulée puisqu'elle contrevient – au moins<sup>93</sup> – à une disposition « d'ordre public économique de protection »<sup>94</sup>.

## B. Du relatif

L'impérativité étant établie, on pourrait être tenté de croire que le principe emporte l'absolu. Et pourtant ! La jurisprudence conservatrice, emboîtant le pas à la majorité doctrinale, aura-t-elle décidé d'en moduler la portée (1), préférant à l'exception, le principe, à la protection de la société, l'intérêt privé (2).

### 1. Subrogation et terme : une relation conflictuelle

À l'heure actuelle, la portée de la technique subrogatoire est en effet très limitée. La frontière semble tracée par l'article 1511 C.c.Q. qui codifie la « règle admise »<sup>95</sup> selon laquelle le terme est stipulé en faveur du débi-

<sup>90</sup> J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 11, n° 989.

<sup>91</sup> « Le critère qui distingue les lois d'ordre public des autres types de lois réside dans l'intérêt public, plutôt que simplement privé [...] » ; *Garcia Transport Ltée c. Compagnie Trust Royal*, [1992] 2 R.C.S. 499, 524 (j. L'Heureux-Dubé). Sur l'utilité « publique » du mécanisme, *supra*, chapitre I, section B.

<sup>92</sup> D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 7, n° 3036 ; *cf. supra*, note 84.

<sup>93</sup> À la lumière du rôle premier de la subrogation, il serait possible d'arguer que son impérativité découle davantage de l'ordre public de direction, surtout lorsqu'on considère la relativité des catégories d'ordre public... Voir, entres autres : J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 11, n° 147 ; Michelle CUMYN, « Les sanctions des lois d'ordre public touchant à la justice contractuelle : leurs finalités, leur efficacité », (2007) 41 R.J.T. 1.

<sup>94</sup> 2752-0436 *Québec Inc. c. Trust Générale du Canada*, [1993] R.J.Q. 1438, 1472 (C.S.). *Cf.* François HÉLEINE, « Le refinancement d'un prêt par subrogation : trois décisions clés en moins d'un an », (1994-1995) 97 R. du N. 187. Notons, par ailleurs, que nous avons choisi de ne pas traiter de la question de la confirmation implicite d'une atteinte, puisqu'il s'agit, à nos yeux, d'une question éminemment trop casuistique. Voir : J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 11, n° 168 ; en France, on parlera d'ordre public économique : J. HUET, préc., note 2, 306.

<sup>95</sup> MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice. Le Code civil du Québec. Un mouvement de société*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 506.

teur, sauf si la loi, la convention ou les circonstances en décident autrement. Or, en matière de prêt d'argent, c'est justement le cas<sup>96</sup>. Conséquemment, le prêteur jouit toujours du bénéfice du terme, souvent seul, parfois en concurrence avec le débiteur<sup>97</sup>. À ce titre, il « peut refuser le remboursement avant échéance même si la convention ne l'interdit pas »<sup>98</sup>. Mais cette faculté doit-elle faire place à celle offerte au débiteur de subroger un nouveau prêteur dans les droits du créancier originaire ?

Dans un jugement<sup>99</sup> vivement critiqué<sup>100</sup>, la Cour supérieure a d'abord répondu positivement, en permettant à un emprunteur de subroger un tiers dans les droits de son prêteur, en dépit du refus de celui-ci qui arguait du bénéfice du terme. Plus encore, le magistrat refusa la demande de ce dernier, lequel se disait prêt à renoncer à son avantage temporel, sous condition de « recevoir, en plus du principal, une pénalité équivalente à l'intérêt pour le reste du terme à courir »<sup>101</sup>. Mais comment celui qui, pourtant,

<sup>96</sup> Soit, évidemment, par l'effet d'une stipulation, mais plus encore, en raison « des circonstances ». En effet, a-t-on, il y a longtemps, reconnu qu'en matière de prêt d'argent, « l'emprunteur d'un prêt à terme ne [peut] [...] rembourser avant échéance sans le consentement du prêteur », puisqu'il est « de la nature d'un prêt à intérêt que le prêteur [ait] [...] droit de recevoir le rendement promis jusqu'au terme convenu » ; M. DESCHAMPS, préc., note 76, n° 3 ; cf. *Immobilière Noël Michaud Inc. c. Immeubles Paul E. Richard Inc.*, 2003 CanLII 24755 (Q.C. C.S.).

<sup>97</sup> Parce qu'on s'en doute, la majorité du temps, c'est le prêteur qui aura le pouvoir de stipuler le terme en sa faveur ; c'est donc presque toujours au créancier que reviendra ce luxe. Mais qu'arrive-t-il si ce dernier oublie de se réserver le bénéfice du temps ? Tout simplement rien ! Le juge aura vite fait de lui pardonner sa négligence, reconnaissant qu'il jouit de ce « droit par défaut ». Ce faisant, à moins que ce ne soit directement indiqué à même la convention de prêt, le débiteur ne bénéficiera jamais, seul, du bénéfice du terme. Mais, au fait, qui est ce débiteur qui aura la force de négocier tel avantage ? À en croire la jurisprudence pertinente, pas même l'entreprise partie à une convention dont l'objet dépasse les six chiffres... Voir, entre autres : *Entreprises Gexpharm Inc. c. Services de santé du Québec*, [1994] R.J.Q. 1696 (C.S.).

<sup>98</sup> Pierre CIOTOLA, « Les lendemains de la mise en vigueur du nouveau droit des sûretés : les certitudes, les hésitations et les revirements jurisprudentiels et législatifs », (1997) 31 *R.J.T.* 693, 706.

<sup>99</sup> *2752-0436 Québec Inc. c. Trust Générale du Canada*, préc., note 94. La même logique a été appliquée concernant une clause pénale dans la décision *Serre c. BMO*, J.E. 95-944 (C.Q.).

<sup>100</sup> Voir, entre autres : Claude PICHER, « La décoction du bon juge Durand », *La Presse*, 11 mai 1993, p. D3 ; Serge TRUFFAUT, « Les pénalités liées aux hypothèques sont jugées illégales », *Le Devoir*, 8 mai 1993.

<sup>101</sup> *2752-0436 Québec Inc. c. Trust Générale du Canada*, préc., note 94, 1438.

reconnaissait la règle selon laquelle, « dans le cas d'un prêt à intérêt, [l]e terme est généralement stipulé en faveur du créancier, même en l'absence d'une clause à cet effet »<sup>102</sup>, avait-il pu conclure ainsi? En reconnaissant, simplement, le principe<sup>103</sup>, son utilité<sup>104</sup>, son impérativité<sup>105</sup>... bref, en donnant à ce mode de transmission « qui vient à l'encontre de tous les principes »<sup>106</sup>, pleine portée, lui permettant de faire – comme exception se doit – défaut au principe!

Or, la *rhétorique consensualiste* ayant vite fait de s'en mêler, la Cour dut se réformer<sup>107</sup>. On argua, pour l'essentiel, que la question de l'impérativité et du droit de payer avant l'échéance sont deux choses différentes<sup>108</sup> et que l'article 1511, en suspendant le droit de payer, suspendait le droit de subroger<sup>109</sup>... Réaction aux critiques virulentes<sup>110</sup>? On ne saurait dire. Seule

<sup>102</sup> *Id.*

<sup>103</sup> « [...] Le contexte historique le confirme. L'accession d'Henri IV au trône de France, en 1589, sonna le glas des guerres de religion et la paix intérieure fut scellée par l'Édit de Nantes en 1598. Dès lors, les affaires pouvaient reprendre sans danger et c'est sans doute pour qu'elles aillent bon train qu'Henri IV abaissa le taux d'intérêts de 8 1/3 à 6 1/4 pour cent. Mais, comme le disent les auteurs, peu d'emprunteurs purent en profiter, puisqu'ils n'avaient d'autres garanties à fournir à un nouveau prêteur que celles qu'ils avaient déjà données à leur créancier actuel. Il n'est donc pas étonnant que ce bon roi, qui voulait que le plus pauvre des paysans en son royaume « ait tous les dimanches sa poule au pot » soit venu en aide au petit peuple en forçant la main des créanciers récalcitrants, qu'il s'agisse d'une rente ou de toute autre forme de prêt. » : *id.*, 1444.

<sup>104</sup> « La situation économique au Canada, aujourd'hui est semblable à celle qui existait en France entre 1601 et 1609. Les taux d'intérêts ont baissé énormément depuis quelques années, mais les débiteurs ne peuvent en profiter car les créanciers sont encore avides et récalcitrants à signer une quittance subrogatoire. Il faut donc, à nouveau, leur forcer la main. » : *id.*, 1445.

<sup>105</sup> « [...] [L]e fait reste que le droit du débiteur de rembourser par anticipation ne lui est acquis que pendant le terme prévu au prêt. Il ne peut y renoncer à l'avance en signant l'acte qui le constate. » : *id.*, 1447.

<sup>106</sup> *Id.*, 1444.

<sup>107</sup> *Entreprises Gexpharm Inc. c. Services de santé du Québec.*, préc., note 97; *Turmel c. Compagnie Trust Nord Américain*, [1994] R.J.Q. 1677 (C.S.); *Collin c. Banque de Montréal*, préc., note 85; *Immobilière Noël Michaud Inc. c. Immeubles Paul E. Richard Inc.*, préc., note 96.

<sup>108</sup> J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, préc., note 11, n° 989.

<sup>109</sup> D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 7, n° 3036: « [...] le droit de subroger de l'article 1655 est impératif, mais [il] n'existe que lorsque le débiteur détient le droit de payer [...] ».

<sup>110</sup> C. PICHER, préc., note 100. Il est toujours intéressant de noter avec quelle facilité l'on fait fi de l'explication historique, aussi importante soit-elle, lorsqu'il est question de



certitude: venait encore de l'emporter le texte sur l'idée, la rigueur sur l'équité.

Aujourd'hui, donc, *à moins que son créancier ne lui permette*, un emprunteur ne peut subroger un tiers dans les droits de son créancier tant que la créance n'est pas exigible, même si ce dernier ne s'est pas réservé le bénéfice du terme. Autrement dit, si le caractère impératif empêche, d'un côté, de prohiber contractuellement la substitution, de l'autre, l'interprétation donnée à l'article 1511 permet de la soumettre au bon vouloir du créancier! C'est à se demander ce que l'on fait du texte. Pis encore, de l'intention. Cette lecture n'a-t-elle pas pour effet de dénaturer le principe? Permet-elle de faire d'une main, ce que le législateur prohibe de l'autre? Nous le croyons<sup>111</sup>.

## 2. Quelques considérations sur le rôle et la fonction du mécanisme

Que cela soit dit avec respect, en interprétant l'article 1655 comme on le fait, *peut-être* assure-t-on la « stabilité des contrats et [...] la sécurité des transactions »<sup>112</sup>, mais on ne se méprend pas moins pour autant. On se méprend en faisant fi de son caractère exceptionnel et impératif, mais surtout, en négligeant son histoire, son environnement, son idée...

### a. Sur le rôle et la place de l'exception dans le général

« Qui dit contractuel, dit juste »! Voici quelques mots<sup>113</sup> qui, durant bien des siècles, ont, plus que tous les autres, soutenu la philosophie civiliste<sup>114</sup>. Mais, voilà aussi quelques mots qui, au regard du temps, ont perdu

---

défendre des intérêts actuels. En certains cas, c'est à se demander qui sert qui, ou, devrait-on dire, quoi sert quoi? S'il est vrai que le principe n'est pas récent, il n'est pas pour autant inapplicable, bien au contraire; en témoigne toute la philosophie consumériste. Par ailleurs, on serait bien surpris de voir quelqu'un pourfendre avec autant d'intensité la maxime *pacta sunt servanda* « parce qu'inadaptée au système financier actuel »! Et pourtant, n'est-elle pas l'aînée de son exception subrogatoire?

<sup>111</sup> Sur ce point, le professeur F. HÉLEINE, préc., note 94, 194, abonde dans le même sens.

<sup>112</sup> *Id.*, 203.

<sup>113</sup> Ou, du moins, l'interprétation qu'on a bien voulu en tirer! À ce sujet, on consultera: Louise ROLLAND, « « Qui dit contractuel, dit juste » (Fouillé)... en trois petits bonds, à reculons », (2006) 51 *R.D. McGill* 765.

<sup>114</sup> Paul-André CRÉPEAU, « La fonction du droit des obligations », (1998) 43 *R.D. McGill* 729, par. 44: « [L]e principe de la force obligatoire des conventions est depuis longtemps reconnu dans la tradition civiliste. Déjà, au XIII<sup>e</sup> siècle, selon l'orthographe de

de leur lustre<sup>115</sup>. Abandon<sup>116</sup>? Mutation<sup>117</sup>? On ne saurait dire; mais là n'est pas des plus importants.

L'important, c'est qu'aujourd'hui fréquentes sont les exceptions aux principes extraits de cette maxime; que l'on pense, simplement, au concept de la bonne foi ou, plus encore, à l'idée consumériste. Loin d'être aveugle, l'intégration de ces exceptions « aux principes juridiques admis » reflète le résultat de la dynamique sociale. On aura donc souvent parlé de bonnes mœurs, mais également d'équité<sup>118</sup> et d'utilité<sup>119</sup>.

Or, faut-il le répéter, « ce n'est pas [...] à l'aide des principes scientifiques du droit »<sup>120</sup> que s'est bâtie l'idée subrogatoire, mais bien sur ces deux concepts: l'équité, parce qu'on ne pouvait se permettre de laisser sans le sou celui qui venait « d'aider son prochain »; l'utilité, parce qu'en libérant le débiteur d'une dette trop contraignante, c'est l'intérêt social que l'on favorisait.

---

l'époque, Philippe de Beaumanoir signalait que, selon les Coutumes de Beauvaisis, « [t]outes convenances font à tenir, et pour ce dit on: « Convenance vaint loi », exceptées les convenances qui sont fetes par mauveses causes » [Référence omise]. Mais, c'est à Domat que revient le mérite de l'avoir exprimé dans une formule lapidaire qui a encore cours aujourd'hui: « [i] faut encore remarquer sur cette nécessité de l'étude des loix naturelles, qu'elles sont de deux sortes. L'une est de celles dont l'esprit est convaincu sans raisonnement par l'évidence de leur vérité, telles que sont ces règles, que les conventions tiennent lieu de loix à ceux qui les font » [Référence omise].»

<sup>115</sup> Benoît MOORE, « La réforme du droit de la consommation et l'équité contractuelle », dans Françoise MANIET (dir.), *Pour une réforme du droit de la consommation au Québec*, Actes du colloque des 14 et 15 mars 2005, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 113, à la page 114; M. COIPEL, préc., note 67, à la page 81: « Certes, cette liberté n'est plus ce qu'elle était. Elle n'est plus absolue et, dans certains contrats nommés, elle a même rétréci comme peau de chagrin. Mais dans la théorie générale du contrat elle reste un principe de base. »

<sup>116</sup> M. COIPEL, préc., note 67, à la page 82.

<sup>117</sup> B. MOORE, préc., note 115, à la page 115.

<sup>118</sup> L'équité appelle parfois à mettre de côté la règle générale pour la remplacer, le temps d'une exception, par une règle moins rigoureuse. L'idée étant essentiellement « d'éviter les effets draconiens de la loi générale », dans une situation qui appelle, à la lumière de données sociologiques, à une exception. Pierre-Gabriel JOBIN, « L'équité en droit des contrats », dans P.-C. LAFOND (dir.), préc., note 61, p. 473 et suiv.

<sup>119</sup> M. COIPEL, préc., note 67, à la page 84.

<sup>120</sup> Charles DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. IV, Paris, Imprimerie générale, 1872, n° 393.

Qu'il nous soit dès lors permis d'affirmer que la substitution du fait du débiteur est, avant tout, l'élément d'une politique de dirigisme contractuel<sup>121</sup>; l'outil mis à la disposition de tous, pour briser le monopole de quelques-uns<sup>122</sup>. On parlera alors de *l'exception subrogatoire*.

Mais, qu'on ne se méprenne pas : si elle fait exception au principe de la liberté contractuelle, elle ne déroge pas au droit des obligations; elle en fait plutôt partie prenante<sup>123</sup>, tout comme le fait, à sa manière, le droit consumériste. En ce sens, elle ne saurait être considérée comme étant si extravagante... et c'est nul autre qu'un fervent opposant au paiement anticipé<sup>124</sup>, le doyen Malaurie, qui le souligne<sup>125</sup>.

Or, on voudrait aujourd'hui nous faire croire que la subrogation, cette « extraordinaire » exception, doit céder le pas au général<sup>126</sup>. Comme si le mécanisme qui avait, à l'époque, été construit pour moduler *la norme*, devait aujourd'hui s'y soumettre!

On tentera donc d'opposer à cette subrogation *équitable et utile*, la rigueur *objective*<sup>127</sup>, allant même jusqu' à affirmer que le « débiteur ne peut

<sup>121</sup> On l'entend dans le même sens que M. COIPEL, préc., note 67, à la page 83. L'idée s'oppose à celle de la liberté contractuelle; « ici, le contenu obligationnel est fixé impérativement par la loi [...] ». Quel que soit le nom que l'on donne au principe, il est clairement partie prenante du corpus juridique québécois.

<sup>122</sup> Parce que « entre le fort et le faible, c'est la liberté qui asservit et la loi qui affranchit » (Lacordaire). Cette formule est citée dans l'exposé de M. COIPEL, préc., note 67, à la page 81. Mais, à l'instar de ce que laisse sous-entendre L. ROLLAND, préc., note 113, 780, peut-être s'agit-il d'une autre formule dénaturée par l'interprétation qu'on lui a donnée?

<sup>123</sup> M. POULIN et C. LEBLANC, préc., note 41, 61 : « On sait que le mécanisme de la subrogation par le débiteur, même si le temps en a consacré l'existence dans notre droit, s'écarte tout de même considérablement des notions juridiques généralement acceptées. »

<sup>124</sup> Philippe MALAURIE, « Baisse des taux d'intérêts, prêts à long terme et renégociation », D. 1998.34.chr.317.

<sup>125</sup> P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 50, p. 717 et 718.

<sup>126</sup> R. COMTOIS et Y. DESJARDINS, préc., note 48, 246 : « De plus, est-il même besoin de l'ajouter, à moins d'une disposition légale expresse telle que la *Loi sur l'intérêt*, le principe du consensualisme prévalant dans notre droit accorde aux parties la pleine et entière liberté de convenir du taux et du délai de remboursement d'un prêt et de consentir aussi à ce que ce prêt ne puisse être remboursable avant un terme précis. »

<sup>127</sup> Si le mécanisme n'est, en fait, que l'émanation, en droit positif, d'éléments qui sont étrangers ou, devrait-on dire, ne sont pas en harmonie avec les préceptes du droit des obligations, à quoi bon invoquer ces derniers pour prouver l'inéquation juridique du concept, si ce n'est que pour démontrer quelque chose que l'on ne sait déjà?

[...] renoncer seul *au terme*, puisqu'il est logique qu'il ne puisse « renoncer » à un droit qui appartient à un créancier ou qu'il partage avec ce dernier »<sup>128</sup>. Or, n'est-ce pas le but de l'opération que de « renoncer » à un droit du créancier d'autant plus important : sa créance ? N'est-ce pas, d'ailleurs, cette possibilité qui rend la technique si « exorbitante » ? Et, tout compte fait, n'est-ce pas un peu paradoxal que d'arguer ainsi ?

Paradoxal, surtout lorsqu'on considère que les législateurs – pour ne parler que des français et québécois – l'ont volontairement<sup>129</sup> intégré, chacun leur tour, dans leur code civil. Code dont il serait étrange d'oublier l'essence : une loi. Partant, on pourrait ajouter au caractère exceptionnel sa source ; on parlerait alors d'une *exception légale*.

Mais voilà qu'on opposerait à cette dernière, un principe « circonstanciel » ! Une règle, certes légitime à plusieurs égards, mais non moins jurisprudentielle qui veut que :

« [...] lorsqu'il s'agit d'un prêt à intérêt, surtout d'un prêt à intérêt fait par une personne engagée dans le commerce des prêts, il y a là « des circonstances » dont il « résulte » que le terme « a été aussi convenu en faveur du créancier » : l'emprunteur est protégé contre une hausse, le prêteur contre une baisse, du taux d'intérêt. »<sup>130</sup>

Or, n'y a-t-il pas un principe qui veut que la loi *domine* ? Principe qui, mis à part en matière constitutionnelle, soumet l'analyse prétorienne à l'action législative. Action qui, au surplus, a été jugée impérative...

Évidemment, on aura le réflexe d'opposer à cette logique, son incomplétude. On dira qu'elle oublie le cas du créancier qui se serait directement réservé le bénéfice du temps. Alors, on remontera quelques lignes pour se rendre compte que c'est, avant tout, au principe de la liberté contractuelle que déroge l'exception subrogatoire.

Et à celui qui avancerait l'hypothèse que l'article 1511 fait plus que donner une possibilité circonstancielle, qu'il l'intégrerait à même le Code, on pourrait répondre que l'article 1655 en délimite le champ d'applica-

<sup>128</sup> D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 7, n° 3043.

<sup>129</sup> *Supra*, chapitre I, section B, 2.

<sup>130</sup> *Amparo Construction Inc. c. Compagnie d'assurance Standard Life*, [1990] R.L. 196, 196 (C.A.).

tion; que la subrogation agit comme frontière à la possibilité offerte par la loi de stipuler un terme en faveur du créancier. Pour s'en convaincre, suffirait-il, alors, de rappeler le caractère impératif de la seconde disposition et supplétif de la première. Ou, plus encore, l'article 41.1 de la *Loi d'interprétation du Québec*<sup>131</sup>...

Évidemment, la *prudence* répondra par la *science*. On arguera, pour l'essentiel, que le fond doit faire place à la forme, que la transmission doit suivre le paiement, que le paiement doit suivre le contrat...

#### b. Sur la fonction translatrice de la subrogation

Selon la doctrine classique, « la subrogation personnelle n'est que la substitution d'une personne dans les droits attachés à la créance dont une autre personne est titulaire, à la suite d'un paiement effectué par la première entre les mains de la seconde »<sup>132</sup>. Elle serait donc nécessairement tributaire des règles qui encadrent le paiement<sup>133</sup>. Et ce dernier ne pouvant être valablement fait que si la créance est exigible, il semble naturel de prétendre que l'article 1655 est « subordonné à l'économie générale des règles relatives au terme suspensif »<sup>134</sup>.

Or, sans vouloir, en ces quelques lignes, remettre en question une constatation tout aussi vieille que partagée, au moins peut-on tenter de moduler la conclusion que l'on en tire. Qu'il nous soit ainsi permis de nous interroger sur le rôle prédominant que l'on offre au paiement dans le contexte spécifique de la subrogation. La question est simple: au regard de sa finalité, la transmission de l'obligation est-elle davantage l'accessoire du paiement ou le paiement n'est-il pas plus le résultat de la transmission?

Eu égard à l'opinion contraire<sup>135</sup>, nous pensons que « [...] la transmission de l'obligation constitue la fonction première de la subrogation »<sup>136</sup>.

<sup>131</sup> L.R.Q., c. I-16.

<sup>132</sup> P. CHAUMETTE, préc., note 24, 34.

<sup>133</sup> Voir, entre autres: J. MESTRE, préc., note 2, p. 374; N. VÉZINA et L. LANGEVIN, préc., note 84, à la page 131; J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 11, n° 971; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 7, n° 3041; M. TANCELIN, préc., note 6, n° 865 et 869; P. MALAURIE, préc., note 124, 319.

<sup>134</sup> J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 11, n° 989; cf. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 3, n° 335.

<sup>135</sup> M. TANCELIN, préc., note 6, n° 869.

<sup>136</sup> J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 11, n° 971.

Le transfert de la créance étant l'épicentre du mécanisme, le paiement ne serait, à notre humble avis, qu'un effet, une nécessité conceptuelle.

Ici, plus que jamais, l'histoire enseigne: en créant cette subrogation, c'est, doit-on le rappeler, l'intérêt du débiteur et, plus encore, de la société que l'on cherchait à favoriser<sup>137</sup>. L'idée n'était pas alors de forcer le paiement d'une créance, mais d'en favoriser le transfert:

« [...] s'il est un point dont on ne doit pas douter c'est qu'en consacrant ce jeu de la subrogation par le débiteur en 1609 et en 1690, on a voulu, très précisément permettre à ce dernier de profiter d'une évolution économique favorable. Certes, [...] on n'a pas imposé aux créanciers d'en accepter le remboursement [...] mais qui ne voit qu'on a voulu faire mieux encore: *en réalité, on a rendu ce rachat le plus facile possible – pour permettre l'extinction de la créance devenue trop lourde – en autorisant le débiteur à faire bénéficier un tiers des sûretés qu'il avait accordées à son premier créancier.* »<sup>138</sup> (Nos italiques)

Ainsi, l'extinction – qui se matérialise par le paiement – ne serait que le résultat de la transmission; comme l'écrivait Faribault, « sans la subrogation, le paiement n'aurait pas lieu »<sup>139</sup>.

<sup>137</sup> Or, le créancier refusant de se prêter au jeu, comment pouvait-on atteindre nos fins? En le payant, simplement! Mais, encore fallait-il en avoir les moyens... ce qui n'était logiquement pas le cas, à défaut de quoi il n'y aurait ni prêt, ni créancier, ni débiteur. Il fallait donc faire appel à quelqu'un qui, lui, en avait les moyens. On se retourna alors vers ce « capitaliste complaisant », lui qui était disposé à prêter ses deniers, mais évidemment – et comment pourrait-on le lui reprocher – pas à les donner! Il ne pouvait se borner à « débarrasser » le débiteur de sa dette sans garantie ni sûreté. Mais ces sûretés, le débiteur ne pouvait les lui fournir, puisqu'elles étaient déjà occupées à garantir le prêt trop onéreux. On pensa donc à se prévaloir d'un mécanisme que nous avait légué l'équité: la subrogation. En transférant ce qui restait de la créance originaire, ainsi que les droits qui la grevaient, cette technique pouvait-elle estomper les craintes du nouvel intéressé. Mais, pour ce faire, fallait-il obtenir la permission du créancier. Or, s'il refusait d'abaisser le coût « du loyer », pourquoi accepterait-il de subroger un tiers dans ses droits et, ainsi, de ne plus rien toucher? Il avait, faut-il le dire, le beau jeu: il savait le débiteur incapable de payer le capital et pouvait s'opposer à la seule manière dont il en aurait eu les moyens! C'est sans doute alors qu'on réalisa qu'asservir ainsi n'était pas dans l'intérêt social. Il fallait donc trouver un moyen *de permettre le transfert*. Ce moyen, on le nomma « subrogation consentie par le débiteur ».

<sup>138</sup> J. HUET, préc., note 2, 308.

<sup>139</sup> L. FARIBAULT, préc., note 51, n° 564, p. 413. L'auteur rapporte les écrits de C. DEMOLOMBE, préc., note 120, n° 393, p. 339, qui sont, plus exactement: « [...] sans la condition de

Ce dernier nous semble donc inhérent et nécessaire: si l'on « exproprie » le créancier primaire de sa créance, au moins doit-on faire en sorte qu'il soit payé... c'est la moindre des choses, on le reconnaîtra! D'ailleurs, agir autrement n'aurait certainement pas servi l'intérêt public. Et, à bien y penser, n'est-ce pas là également une question de logique: si le créancier ne veut pas « vendre » son prêt, il voudra encore moins le donner! Or, la subrogation ne devant pas lui nuire, on lui paiera ce à quoi il a droit, à raison de quoi il ne pourra « se plaindre »<sup>140</sup>.

On pourrait donc supposer que, certes, transmission et paiement sont deux inséparables, mais que la place de la première ne doit pas céder le pas aux règles du second; le paiement n'intervient que « naturellement » dans l'opération, en guise, à la rigueur, de frontière: « La subrogation n'a lieu que dans la mesure du paiement. Ce qui signifie que le subrogé ne peut jamais réclamer au débiteur davantage que la somme qu'il a effectivement payée au créancier. »<sup>141</sup> Et, quoi que l'on fasse de cette lecture de l'opération, on ne pourrait passer sous silence le fait que le droit « objectif » semble l'avoir adoptée...

En effet, si le législateur, en 1994, avait fait acte de reconnaissance, en transférant les dispositions relatives à même le chapitre *de la transmission des obligations*? Se serait-il trompé? Aurait-il « rompu de façon théoriquement aberrante »<sup>142</sup> le lien entre paiement et transfert? Nous ne pouvons le croire.

Le législateur, aussi intangible soit-il, n'en demeure pas moins cohérent. Et qui de mieux que le professeur Côté pour nous rappeler que « [l]a préoccupation de cohérence dans l'interprétation se manifeste aussi bien en droit statutaire qu'en droit civil, mais [qu'] elle prend en droit civil une importance toute particulière »<sup>143</sup>.

Pour l'essentiel, cette présomption implique « [...] non seulement qu'il faut se référer aux autres parties du dispositif de la loi, mais également à

---

subrogation, ni l'emprunt ni le paiement n'auraient été faits; de sorte que c'est là une opération indivisible [...] ».

<sup>140</sup> F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 5, p. 1301; J. HUET, préc., note 2, 301.

<sup>141</sup> M. TANCELIN, préc., note 6, n° 904.

<sup>142</sup> *Id.*, n° 865.

<sup>143</sup> Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 390.

tous les éléments de celle-ci susceptibles d'éclairer le sens de la disposition examinée, c'est-à-dire le titre, le préambule, les sous-titres, les annexes, [...]»<sup>144</sup> Or, nous apprend la Cour suprême<sup>145</sup>, c'est à la lumière de cette analyse qu'il faut juger de l'effet du repositionnement de 1994 :

« Dans ses commentaires sur le *Code civil du Québec*, le ministre de la Justice du Québec confirme que le Code « constitue un ensemble législatif structuré et hiérarchisé » : *Commentaires du ministre de la Justice* (1993), t. I, p. VII. Il ne saurait donc être question de tenir pour acquis que les dispositions du *Code civil du Québec* ont été placées dans un titre ou dans un autre de façon éparsée et sans souci de cohérence de la part des juristes qui ont participé à la réforme. »

Et s'il ne suffisait de cette autorité pour s'en convaincre, nous pourrions, l'espace de quelques lignes, traverser l'Atlantique, pour nous rendre compte que là-bas, comme ici, l'idée fait son chemin<sup>146</sup> :

« La subrogation et la novation ont été écartées de ce chapitre (du paiement), la première en raison de *son effet purement translatif* [...] Si l'on souhaite que le Code civil ne devienne pas le conservatoire d'un répertoire ancien, mais constitue la base légale du commerce juridique en matière de créances, il faut proposer une rénovation profonde des solutions. C'est ce qui a été fait dans le présent projet.

[...] Dans ses dispositions relatives à la subrogation personnelle, le projet de réforme constitue largement une œuvre de consolidation. Consolidation quant à la fonction de la subrogation : celle-ci est devenue un mécanisme de transmission des créances, concurrent de la cession, ce qui justifie le transfert de la matière de la section consacrée au paiement vers ce nouveau chapitre embrassant l'ensemble des opérations sur créances. »

<sup>144</sup> *Id.*, p. 391.

<sup>145</sup> *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, par. 15. La Cour rappelle également le principe dans *Ciment du St-Laurent Inc. c. Barrette*, [2008] 3 R.C.S. 392, par. 72 ; parlant du concept de « Code », le professeur Paul-André CRÉPEAU, *La réforme du droit civil canadien. Une certaine conception de la recodification, 1965-1977*, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 19, écrit : « Dans le registre musical, on dirait un ensemble harmonieusement orchestré, non pas au nom d'une simple *elegantis juris* [Référence omise], mais – en réponse à l'attente du citoyen – d'un profond besoin de rationalité et de cohérence dans l'expression du droit [Référence omise]. »

<sup>146</sup> P. CATALA, préc., note 12, p. 58 et 59.



En guise de quoi, si l'on ne pouvait se contenter de l'idée pour s'en convaincre, l'action, elle, permet de conclure que la subrogation – quelle que soit sa source – est « [a]ujourd'hui [...] davantage devenue un mode de transfert de la créance, lié au paiement »<sup>147</sup>. Reconnaisant, ainsi, la prédominance de l'effet translatif, il devient pour le moins difficile de justifier la restriction imposée au débiteur en arguant la supériorité des règles du paiement...

\*  
\* \* \*

L'histoire nous l'aura démontrée, l'idée soutenant l'exception subrogatoire, l'objectif politique, est le service de l'intérêt général. Tantôt cet intérêt résidera-t-il dans le désendettement, tantôt dans le développement des affaires, mais dans tous les cas, il sera mis en œuvre grâce à l'effet translatif. Cet effet, nous l'avons vu, est inhérent au mécanisme: il en assure l'équité et, surtout, l'utilité. Garante de sa spécificité, cette dernière – en lui permettant d'agir unilatéralement – assure la libération du débiteur, laquelle lui permettra de bénéficier d'un meilleur taux d'intérêt. Or, si le Code offrait réellement au créancier le pouvoir de s'opposer au transfert de la créance en cours d'exécution, à quoi bon pourrait servir l'exception subrogatoire?

À cette question, on nous répondra qu'elle favorise le transfert des sûretés<sup>148</sup> à l'échéance du prêt; on parlera alors d'« une subrogation dans les sûretés »<sup>149</sup>. Mais là encore, nous ne pourrions nous empêcher de nous interroger sur l'exactitude de cette justification – singulière – dans le

<sup>147</sup> P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 50, p. 713.

<sup>148</sup> *Entreprises Gexpharm Inc. c. Services de santé du Québec*, préc., note 97, 1699: « Cette méthode a une grande utilité pratique, même à l'échéance de la dette que le débiteur veut payer. [...] La quittance donnée par l'ancien créancier confère au nouveau prêteur une garantie hypothécaire complète munie des mêmes droits et du même rang hypothécaire que le prêteur originaire. Il n'est pas inutile de signaler que, dans le cas d'une subrogation conventionnelle, le titre originaire de créance n'est pas l'objet d'une radiation au bureau de la publicité des droits: l'hypothèque subsiste, tout comme dans un transport de créance, et cette hypothèque ne sera l'objet d'une radiation que lors du remboursement de la créance du créancier subrogé aux droits de l'ancien créancier ». Cf. R. COMTOIS et Y. DESJARDINS, préc., note 48, 242; *Collin c. Banque de Montréal*, préc., note 85.

<sup>149</sup> J. HUET, préc., note 2, 318. Évidemment, encore faut-il présupposer que le prêt est grevé de telles garanties!

contexte de sa création, au 17<sup>e</sup> siècle, ne serait-ce qu'en raison du fait qu'à cette époque – et jusqu'en 1690 –, le mécanisme ne s'appliquait qu'aux rentes constituées<sup>150</sup>. Or, ces rentes ayant « été essentiellement rachetables en tout temps »<sup>151</sup>, n'est-ce pas un peu contradictoire de dire que la subrogation avait été conçue pour faciliter le transfert des sûretés, à l'échéance du prêt<sup>152</sup>? *A fortiori*, n'est-ce pas la preuve qu'en créant le mécanisme, c'est le débiteur que l'on voulait favoriser en lui permettant de bénéficier de la baisse des taux d'intérêt *en tout temps*?

Certes, pourrait-on soutenir que le transfert des sûretés octroiera une meilleure position au débiteur dans la négociation de son nouveau prêt, puisqu'il permettra au subrogé de jouir d'un rang favori<sup>153</sup>. Or, encore faut-il que le débiteur ait plusieurs dettes garanties par des sûretés grevant un même bien, ce qui n'est pas toujours le cas. Plus encore, même si tel était le cas, encore doit-il rester quelque chose à garantir! Or, qu'en est-il

<sup>150</sup> R. COMTOIS et Y. DESJARDINS, préc., note 48, 252.

<sup>151</sup> *Id.*

<sup>152</sup> Par ailleurs, cette « subrogation dans les sûretés » favorise-t-elle l'intérêt supérieur? Si l'on ne peut répondre par une négation absolue, on ne peut d'autant croire qu'elle serve la société. En effet, que l'on aperçoive en cet intérêt le désendettement ou le développement économique, on ne saurait voir en quoi le mécanisme permettra au débiteur de jouir d'un taux plus avantageux; le « marché » s'en chargera bien amplement! Et, pour reprendre les mots du doyen P. MALAURIE, préc., note 124, 317, le cas échéant, « [Le débiteur] pourra aussi, et probablement surtout, renégocier son emprunt avec son prêteur initial, qui lui consentira de nouveaux taux d'intérêts moins élevés, et peut-être même une prorogation de prêt, plutôt que de perdre son client ». Et si, à l'échéance, tel n'est pas le cas, si le marché n'est pas à l'avantage du débiteur, il n'y a même pas lieu d'élaborer davantage sur l'utilité juridique de la technique. Le débiteur aura, en effet, tout intérêt à garder intacte sa relation avec son créancier originaire si ce dernier lui offre un taux plus avantageux que le voisin! D'ailleurs, doit-on rappeler que le mécanisme a été créé dans le but de permettre au débiteur de jouir d'une baisse des taux d'intérêt...

<sup>153</sup> *Entreprises Gexpharm Inc. c. Services de santé du Québec*, préc., note 97, 1699: « Elle permet aussi au nouveau créancier d'obtenir non seulement la créance, mais aussi le même rang hypothécaire, le cas échéant, que détenait celui dont on acquitte la dette et ce, sans se soucier des créanciers privilégiés et hypothécaires qui détiennent un rang postérieur et qui, par hypothèse, ne voudraient pas accorder priorité de rang au nouveau créancier. Ainsi, la radiation d'une hypothèque de premier rang permet au créancier d'un rang inférieur de « monter d'un cran » dans l'ordre des hypothèques. Si le créancier d'un rang ultérieur refuse d'intervenir à l'acte de prêt pour céder priorité d'hypothèque au nouveau créancier, la subrogation est souvent le moyen tout indiqué pour permettre au nouveau prêteur d'obtenir une sûreté de mêmes qualité et rang que celle que détenait le créancier antérieur. »

lorsque le prêt est amortissable en entier<sup>154</sup>? Le débiteur n'ayant pu se libérer en temps utile, on s'en doutera, à l'échéance, il ne restera rien! Évidemment, telle n'est pas toujours la situation, mais une chose n'échappe pas au général:

« Quel est le créancier auquel on offrirait de le payer – comme il le souhaite, à l'échéance – et qui se refuserait à subroger celui qui le lui propose, dans les sûretés dont il est titulaire: on a du mal à l'imaginer. Prendrait-il le risque de fâcher le nouveau prêteur alors qu'il n'aurait strictement aucun intérêt à conserver des sûretés garantissant une créance qu'il n'aura plus? [...] En réalité, on pourra toujours employer la subrogation par le créancier [...], car ce dernier n'aura jamais raison de s'y opposer. »<sup>155</sup>

Tout compte fait, si, en acceptant comme unique possibilité cette subrogation dans les sûretés, on ne nie pas *totale*ment l'utilité du mécanisme<sup>156</sup>, au moins peut-on dire qu'on en réduit *grandement* – et le mot semble faible – la portée. Qui plus est, si on refuse au débiteur le droit de subroger « dans la créance », on se rend compte que la seule possibilité où l'institution pourrait bénéficier de sa pleine portée, c'est, en fait, si le créancier y consent! Or, en édictant que la subrogation « s'opère sans le consentement du créancier », n'était-ce pas justement ce que le législateur souhaitait prohiber? Et voilà que l'on retourne en plein cœur du débat...

<sup>154</sup> J. HUET, préc., note 2, 309.

<sup>155</sup> *Id.*, 310.

<sup>156</sup> Ces situations n'étant ni impossibles ni exclusives, il demeure des cas où le mécanisme pourrait avoir une certaine utilité. D'un côté, on parlera souvent de l'avantage « micro-économique » que procure la technique; elle « permet notamment d'éliminer les frais de constitution d'une nouvelle hypothèque », R. COMTOIS et Y. DESJARDINS, préc., note 48, 241. Or, doit-on rappeler que cet avantage est présent en tout temps, que le transfert s'opère avant ou après l'échéance. Qui plus est, quelle est cette économie qui, à elle seule, compenserait le débiteur pour la perte qu'il subira du fait qu'il n'aura pu bénéficier, tout au long du prêt, de la baisse des taux d'intérêts? De l'autre côté, on lui octroiera diverses fonctions qui, relevant davantage de la casuistique que du principe, ne sauraient, à notre avis justifier, à elles seules, l'utilité de la technique et, surtout, le maintien, dans un Code civil, d'un article particulier. Sur cette utilité *résiduelle*, voir, entre autres: M. POULIN et C. LEBLANC, préc., note 41, 52 et suiv.

