

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

La subrogation consentie par le débiteur qui supporte la charge définitive de la dette

Adrian POPOVICI et Carl CORBEIL

Résumé

Le problème de la détermination de la personne admise à consentir à la subrogation ex parte debitoris est susceptible d'être rencontré toutes les fois que, lors de la vente d'un immeuble hypothéqué, l'acquéreur a accepté la charge d'une dette dont il n'était pas tenu jusque là. La solution de ce problème dépend de l'interprétation que l'on donne au mot débiteur aux articles 1653 et 1655 C.c.Q. Les auteurs soutiennent qu'il vise tous les débiteurs de l'obligation garantie par hypothèque : tous doivent consentir à subroger le prêteur dans les droits hypothécaires du créancier. Par ailleurs, l'acquéreur ne pourrait pas se prévaloir des subrogations légales que codifie l'article 1656, par. 2 et 3 C.c.Q., et en transporter ensuite le bénéfice à son bailleur de fonds, ce qui aurait été une façon d'atteindre le résultat recherché

Abstract

The following analysis is concerned with subrogation as provided in the C.c.Q. by articles 1651 and following. When a hypothecated immovable is sold and the new acquirer has consented towards the other co-debtors to be exclusively and ultimately liable for the debt, can he alone consent to a conventional subrogation provided by article 1655 (ex parte debitoris)? The authors hold the negative: all debtors must consent to subrogate the new lender. And such conclusion is not altered by the legal subrogations provided by article 1656, paragraphs 2 and 3. There are however other legal means to attain the desired results.

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.
Notaire à Montréal.

sans le consentement des débiteurs non propriétaires de l'immeuble hypothéqué. Les auteurs terminent leur analyse en envisageant succinctement quelques conséquences pratiques qui résultent de ces conclusions.

Plan de l'article

Introduction	281
I. La subrogation conventionnelle <i>ex parte debitoris</i>	284
II. La subrogation légale au profit de celui qui est tenu avec d'autres	289
III. La subrogation légale au profit de l'acquéreur d'un bien hypothéqué	293
Conclusion	298

La doctrine québécoise s'est beaucoup intéressée à la subrogation personnelle consentie par le débiteur (*ex parte debitoris*) depuis que la pratique a redécouvert cette institution qui était plutôt tombée en désuétude. Néanmoins, peut-être parce qu'elle était trop occupée à débattre du droit de payer avant l'échéance que les tribunaux ont parfois reconnu au débiteur subrogeant¹, on y chercherait en vain une discussion du problème auquel nous allons ici nous arrêter, celui de la détermination du débiteur admis à subroger son prêteur, lorsque la *charge définitive* d'une partie ou de la totalité de la dette vient à peser sur qui ne la supportait pas à l'origine.

Deux situations fréquentes soulèvent pourtant ce problème. L'acheteur d'un immeuble, ayant trouvé avantage à bénéficier des conditions du prêt hypothécaire consenti à son vendeur, a pris à sa charge la dette qui résulte de ce prêt, sans qu'il y ait eu libération de débiteur. Quelques années plus tard, il cherche à emprunter les deniers nécessaires au paiement de cette dette : peut-il subroger son prêteur dans les droits du créancier? L'autre situation présuppose que des époux (ou des concubins) ont mis fin à leur union et que l'un a acheté la part de l'autre dans un immeuble affecté à la garantie d'une obligation solidaire commune et s'est alors chargé du paiement de la part du vendeur, qui n'a pas davantage été libéré. L'acheteur, qui y a maintenant intérêt, peut-il consentir seul à la subrogation de son prêteur?

Il faudra d'abord étudier la question par rapport aux règles applicables à la subrogation conventionnelle *ex parte debitoris* (I); après quoi, il nous restera à examiner si le débiteur à titre définitif peut se prévaloir de la subrogation *légale* au profit de celui qui est tenu avec d'autres (II) ou de celle au profit de l'acquéreur d'un bien hypothéqué, le cas échéant (III), dans le but de transmettre *conventionnellement* à son prêteur les droits qu'il acquerrait ainsi. En effet, celui qui bénéficie d'un droit qui ne lui est pas accordé *intuitu personae*, peut en principe le céder à un

¹ Voir, par exemple : François HÉLEINE, « Le refinancement d'un prêt par subrogation : trois décisions clefs en moins d'un an », (1994-95) 97 *R. du N.* 180; Roger COMTOIS et Yvan DESJARDINS, « Le jugement Durand et la subrogation », (1995-96) 98 *R. du N.* 232.

tiers, qui en deviendra le titulaire à l'égard du débiteur dès que la cession aura été rendue opposable à ce dernier.

Il n'y a pas qu'une manière unique de supporter la charge définitive d'une dette. Nous ne nous attarderons pas à la novation subjective par changement de débiteur, qui peut être opérée par délégation parfaite de paiement puisqu'elle ne pose aucun problème : le nouveau débiteur vient seul tenu de la dette *erga omnes*. De même, nous ne ferons que mentionner, pour n'y plus revenir à cause de sa rareté, l'engagement du débiteur intéressé à la dette aux côtés d'un codébiteur solidaire adjoint², cas unique où un débiteur supporte dès le départ la charge définitive de la dette. Nous n'envisagerons donc que les autres manières que propose le droit québécois, à l'instar du droit français³, c'est-à-dire la délégation imparfaite de paiement, la stipulation pour autrui et la cession interne de dette avec indication de paiement⁴; cette dernière ne nous intéressera d'ailleurs que dans le cas où le *solvens* indiqué, qui, en soi, n'a pas la qualité de débiteur vis-à-vis du créancier, devient à son égard tenu *propter rem*⁵ à titre de détenteur d'un immeuble hypothéqué. Ces trois institutions

² Art. 1537, al. 2 C.c.Q. On pourra consulter, au sujet de la garantie autonome et du constitut : Didier R. MARTIN, « L'engagement du codébiteur solidaire adjoint », *Rev. trim. dr. civ.* 1994.49; François JACOB, *Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, Bibliothèque de droit privé, t. 293, Paris, L.G.D.J., 1998.

³ Sur le recours au droit français en général, voir : Adrian POPOVICI, « Le divorce gracieux », (1995-96) 98 *R. du N.* 473, 482-484. Plus particulièrement, en ce qui concerne les dispositions applicables au problème qui nous occupe, il convient de souligner que le *Code civil du Bas Canada* a codifié le même droit que le *Code civil français* et l'a fait sur le modèle de ce dernier, et que le *Code civil du Québec* n'a guère modifié le droit antérieur. Nous mentionnerons au cours de notre étude les quelques différences qui existent néanmoins, quant à ces dispositions, entre notre droit et le droit français.

⁴ La seule indication de paiement, qui n'est que le fait par le débiteur de porter à la connaissance du créancier qu'il a donné à un tiers mandat de payer, ne suffit pas à faire peser sur le *solvens* indiqué la charge de la dette. Sur l'indication de paiement, voir : Adrian POPOVICI, *La couleur du mandat*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, pp. 277-281. Quant à la cession interne de dette par laquelle le *solvens* indiqué prend en charge la dette à l'égard du débiteur primitif, soulignons qu'elle ne peut avoir d'effet qu'entre les parties et, en particulier, qu'elle n'est pas opposable au créancier.

⁵ Voir art. 2751, 2761 et 2769 C.c.Q. Au sujet de l'obligation « réelle » ou *propter rem*, on pourra notamment consulter Christian LARROUMET, *Droit civil*, t. 2, « Les biens. Droits réels principaux », Paris, 2^e éd., Economica, n° 48, p. 39.

présentent entre elles des différences importantes qu'il faudra se garder d'oublier au cours de cette étude, même si, dans l'application, la distinction est rendue malaisée par la négligence des praticiens à qualifier l'opération effectuée par les parties⁶.

6 La recherche de la volonté des parties, préalable à toute qualification, doit demeurer attentive à la formulation qu'ont employée, dans chaque cas particulier, le débiteur primitif de l'obligation et celui qui la prend à sa charge. À plus forte raison doit-il en être ainsi en ce qui concerne l'acceptation du créancier, les différences y apparaissant plus importantes, de l'acceptation d'un nouveau débiteur à l'« acceptation » de l'aliénation de l'immeuble hypothéqué, qui tient davantage de la renonciation à invoquer la déchéance du terme. S'il faut néanmoins se risquer à qualifier *in abstracto* l'opération voulue par les parties *ut in pluribus*, ce qui reste nécessaire toutes les fois que des indices significatifs font défaut, nous pencherons pour la délégation imparfaite de paiement. Il ne s'agit pas d'une indication de paiement, comme l'a cru la Cour de cassation au milieu du XIX^e siècle : Civ. 28 déc. 1853, D.P. 1854.1.10 et Civ. 7 nov. 1854, S.1854.54.1.719, opinion à laquelle se tient encore Louis Lorvellec : Louis LORVELLEC, « Subrogation légale : cas prévus par le Code civil », J.C.P. éd. N., v^o *Contrats et obligations*, fasc. 78, n^o 77. Les parties entendent que l'acquéreur devienne débiteur personnel de la dette envers le créancier, alors que le *solvens* indiqué ne serait tenu que *propter rem* de plus, le consentement du créancier à l'opération, qui peut demeurer tacite ou être exprimé dans un document distinct, postérieur ou antérieur à la vente, exclut l'indication de paiement. Quant à la stipulation pour autrui, on peut croire que le vendeur serait étonné – tout autant que l'acheteur – d'apprendre qu'il peut la révoquer « sans le consentement du promettant » tant que le créancier « n'a pas porté à la connaissance du stipulant ou du promettant sa volonté de l'accepter » (art. 1446 et 1447 C.c.Q. – il faudrait toutefois que le vendeur rembourse le prêt, pour éviter l'application du 2^e al. de l'article 1447 C.c.Q.). L'argument décisif en faveur de la délégation de paiement demeure cependant que, comme le souligne Philippe Simler, « la stipulation pour autrui et la délégation remplissent des fonctions économiques différentes. Si les deux techniques peuvent être mises en œuvre à des fins diverses, la délégation tend le plus souvent à l'extinction de l'obligation du délégant envers le délégataire au moyen de l'exécution de l'engagement nouveau contracté par le délégué, alors que telle n'est pas la fonction habituelle de la stipulation pour autrui » : Philippe SIMLER, « Délégation », J.C.P. éd. N., v^o *Contrats et obligations*, fasc. 104, n^o 37. C'est d'ailleurs la qualification généralement retenue par la jurisprudence française depuis 1856. Voir : Philippe Simler qui cite, *passim*, Civ. 15 juil. 1856; Req. 2 juil. 1867; Lyon 12 fév. 1890; T.G.I. Argentan 31 mai 1892; Com. 15 oct. 1979; Com. 28 avril 1987, etc. La doctrine française va dans le même sens que la jurisprudence : Jacques MESTRE, *La subrogation personnelle*, Paris, L.G.D.J., 1979, n^o 94, p. 100 et n^o 126, p. 145; Marc BILLIAU, *La délégation de créance*, Paris, L.G.D.J., 1989, n^o 273, p. 263. Au Québec, si l'on retient parfois la qualification de délégation imparfaite de paiement (*Reeves c. Perrault*, (1885) 10 R.C.S. 616; *Legault c. Desève*, (1920) 61 R.C.S. 65; *Laberge c. Caisse de dépôt et placement du Québec*, [1994] R.J.Q. 2211 (C.S.), confirmé par J.E. 98-1602 (C.A.); *Banque Laurentienne du Canada c. Mackay*, J.E. 99-233 (C.S.)) après avoir conclu à une indication de paiement – Faribault parlait encore de l'« obligation

I. La subrogation conventionnelle *ex parte debitoris*

« Dans son sens le plus général [observe Carbonnier], le mot « subrogation » exprime une idée de remplacement. Il y a [...] subrogation personnelle quand une personne en remplace une autre comme créancière dans le rapport d'obligation »⁷. Il est logique que le créancier puisse consentir à ce qu'un autre le remplace dans ce rapport; mais, en outre, la loi a permis au **débiteur** d'imposer ce remplacement au créancier. Reste à préciser – et c'est là le problème qui va d'abord nous occuper – ce que la loi entend ici par débiteur : s'il y a plusieurs coobligés et que l'un d'eux a accepté la charge définitive de la dette, est-ce à ce dernier, seul, qu'appartient le droit de consentir à la subrogation *ex parte debitoris*?

On pourrait prétendre qu'il faut prendre en considération les rapports internes qui peuvent exister entre coobligés, ce qui permettrait de reconnaître ce droit à celui-là seul qui est devenu débiteur de ses codébiteurs. *Rien*, cependant, **ne nous autorise à tenir compte d'une autre obligation** pour déterminer le sens du mot débiteur; au contraire, ce glissement d'une obligation à une autre nous amènerait à attribuer ce droit au **solvens** indiqué – cessionnaire de la dette à l'égard du débiteur seulement – qui ne serait pas tenu *propter rem* de l'obligation⁸, mais à la refuser à qui demeurerait dans ce cas le seul débiteur du créancier, ce qui est également absurde.

Cette impossibilité de passer d'une obligation à l'autre nous permet d'inférer que le droit de consentir à la subrogation *ex*

réelle [de l'acquéreur] envers le créancier » par opposition à « son obligation personnelle envers son vendeur » (*Traité de droit civil du Québec*, t. 8bis, par Léon FARIBAUT, Montréal, Wilson et Lafleur, 1959, n° 588, p. 429) –, il semble que ce soit plutôt une sorte d'hybride de la délégation imparfaite et de la stipulation pour autrui qui séduit maintenant nos tribunaux (*Proulx c. Leblanc*, [1969] R.C.S. 765), bien qu'on discerne aussi un penchant pour la stipulation pour autrui : *Gervais c. Monty*, [1989] R.J.Q. 1452 (C.A.). Cet hybride a été à juste titre critiqué par la doctrine : Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1996, n° 521, p. 726.

7 Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, « Les obligations », 13^e éd., Paris, P.U.F., 1988, n° 130, p. 579.

8 Tel serait le cas d'un **solvens** indiqué qui aurait accepté la charge de la dette sans acquérir l'immeuble hypothéqué et par là devenir tenu « réellement » de la dette garantie par hypothèque.

parte debitoris appartient à tous les débiteurs. Soyons plus précis : ce droit doit aussi être exercé par tous les débiteurs, malgré le caractère solidaire de l'obligation; sinon, la subrogation ne porterait que sur la part du débiteur subrogeant dans l'obligation qui est payée et les sûretés ne seraient transmises que pour garantir cette part. En effet, la solidarité passive reconnaît la division de l'obligation en parts jusque dans les rapports entre les débiteurs et le créancier⁹. Concevoir la solidarité comme rendant chaque débiteur tenu de toute la dette serait confondre l'objet composé de l'obligation plurale solidaire et l'objet identique des obligations *in solidum*¹⁰.

L'existence d'une délégation imparfaite de paiement ne suffirait pas à modifier cette conclusion : nous devons refuser à celui qui s'est obligé au moyen d'une telle délégation le droit de consentir *seul* à la subrogation *ex parte debitoris*. On ne peut argumenter que l'effet de cette délégation, à l'opposé de celui de la solidarité passive, serait précisément de rendre, à l'égard du créancier délégataire, le délégué débiteur de toute la dette, de *cette même dette* dont le délégant n'est pas libéré; on concevrait alors la délégation imparfaite de paiement comme la greffe d'un nouveau débiteur sur l'obligation préexistante. Cette conception nous semble difficilement défendable. Il faut en effet se garder d'oublier qu'il peut y avoir délégation de paiement sans que le délégant soit débiteur du délégataire : il suffit qu'« une personne, le délégué, à la demande d'une autre, le délégant, s'oblige envers une troisième, le délégataire »¹¹. C'est ainsi que naît l'obligation du délégué; « on ne retrouve pas la nécessité d'une obligation préexistante entre le délégant et le délégataire »¹², nous

⁹ Art. 1533 et suiv. C.c.Q.

¹⁰ Nous considérerons admise l'existence de l'obligation *in solidum* en droit québécois, malgré le silence du *Code civil du Québec*. Sur cette question, voir : J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op.cit.*, note 6, n° 391, p. 572 et suiv.

¹¹ Paul-André CRÉPEAU (dir.), *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, à l'article *Délégation imparfaite*.

¹² Henri MAZEAUD, Léon MAZEAUD et Jean MAZEAUD et François CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, « Obligations - Théorie générale », 8^e éd. par François CHABAS, Paris, Montchrestien, 1986, n° 1249, p. 1269. Voir aussi : Denis MAZEAUD et Stéphane PIEDELIÈVRE, « Délégation », J.C.P. éd. N., v° *Contrats et obligations*, fasc. 10, n° 4 (où est cité Com. 21 juin

confirment Mazeaud et Chabas. Il apparaît malaisé de soutenir que la présence d'une telle obligation modifie l'institution dans sa nature même et empêche la naissance d'une nouvelle obligation. On doit donc conclure, avec Carbonnier, qu'« une obligation s'ajoute à l'autre »¹³, plutôt que de transformer la délégation imparfaite en une novation par ajout d'un débiteur, novation qui, par ailleurs, serait privée d'effet novatoire.

Soulignons que cette dualité d'obligations est très largement soutenue par la doctrine française. Citons, à titre d'exemples, Mazeaud et Chabas : « [l]es deux obligations du délégué et du délégant sont indépendantes »¹⁴, Philippe Simler : « l'obligation du délégué (ou délégant) garant est une obligation principale, indépendante de celle qui pesait, le cas échéant, sur le délégant (ou délégué) »¹⁵, ainsi que Denis Mazeaud et Stéphane Piédelièvre, pour qui la délégation a « pour fonction et pour conséquence de faire naître une obligation nouvelle du délégué au profit du délégataire », ce qui n'empêche pas, précisent-ils, que « la satisfaction du créancier-délégataire emporte *ipso facto* extinction des créances dont il dispose », puisque, « finalement, le délégataire ne dispose que d'une créance »¹⁶. En effet, l'unicité de la créance et la dualité des obligations ne s'excluent pas l'une l'autre, comme le prouvent le cautionnement et la garantie autonome.

Là où il y a discussion parmi les auteurs français, c'est au sujet de la délégation *incertaine*, qui est précisément, il est vrai, celle qui nous occupe. On appelle ainsi « l'engagement du délégué de payer au délégataire soit ce que le délégant lui devait, soit ce

1994); Gabriel MARTY, Pierre RAYNAUD et Philippe JESTAZ, *Droit civil*, 2^e éd., t. 2, « Les obligations - Le régime », Paris, Sirey, 1988, n° 425, p. 395.

13 J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 7, n° 127, p. 562.

14 H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, note 12, n° 1250, p. 1269.

15 P. SIMLER, *op. cit.*, note 6, n° 40.

16 D. MAZEAUD et S. PIEDELIÈVRE, *op. cit.*, note 12, n° 21, p. 6. Voir aussi : P. SIMLER, *op. cit.*, note 6, n° 72 (selon qui les obligations sont, « pour le délégataire, alternatives, puisqu'il n'est titulaire que d'une créance unique »). Au sujet de la fonction extinctive de la délégation quant à la créance du *délégant* envers le délégué, voir : François TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil - Les obligations*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1996, n° 1347, p. 1073.

que lui-même devait au délégant »¹⁷, par opposition à la délégation *certaine*, qui fait abstraction de ces liens. Quelques-uns, à l'encontre de la jurisprudence et de la doctrine majoritaire, soutiennent que la délégation incertaine n'est pas une véritable délégation : à leur avis, la nouveauté de l'engagement du délégué ferait défaut; de plus, ajoutent-ils, « l'inopposabilité des exceptions, caractéristique de la délégation véritable, est totalement ou partiellement éludée »¹⁸. Voilà qui semble remettre en question le raisonnement qui nous a fait conclure à l'indépendance de l'obligation de celui qui a accepté la charge d'une dette préexistante au moyen d'une délégation imparfaite. Remarquons cependant que la première objection confond l'objet de l'obligation, qui n'est pas nouveau, et l'obligation elle-même, qui est nouvelle. De plus, – et ceci répond à la seconde objection –, l'inopposabilité des exceptions n'est qu'une règle du droit supplétif français qui ne découle aucunement de la définition de la délégation, comme le confirme la jurisprudence¹⁹. De toute façon, ces arguments ne sauraient plus être reçus en droit québécois, maintenant que l'article 1670, al. 1 du *Code civil du Québec* dispose que « [l]e délégué peut opposer au délégataire tous les moyens que le délégant aurait pu faire valoir contre le délégataire » : c'est renverser la présomption du droit français et prendre comme figure-type de délégation, sans en modifier la nature²⁰, la délégation *incertaine* ayant pour objet la dette du délégant envers le délégataire. L'indépendance des obligations s'étend donc à la délégation incertaine, puisqu'on ne peut nier qu'elle soit une véritable délégation.

Avant de terminer cette digression sur l'indépendance de l'obligation qui résulte d'une délégation imparfaite de paiement, il n'est peut-être pas inutile de préciser que la nouvelle obligation peut aussi être l'objet d'une subrogation consentie par son débiteur, mais que les droits dans lesquels le prêteur serait

17 P. SIMLER, *op. cit.*, note 6, n° 9.

18 *Id.*

19 La Chambre commerciale de la Cour de cassation permet la stipulation d'opposabilité des exceptions dont le délégant pouvait se prévaloir à l'égard du délégataire; la première Chambre civile va même jusqu'à présumer une telle stipulation en matière de délégation imparfaite. Voir, à ce sujet : D. MAZEAUD et S. PIEDELIÈVRE, *op. cit.*, note 12, nos 25 et 30.

20 Le contenu de l'article 1667 C.c.Q. se retrouvait déjà à l'article 1173 C.c.B.C.

subrogé ne comprendraient pas les hypothèques dont est titulaire le créancier, qui ne garantissent que l'obligation du débiteur primitif. C'est « face au délégant », comme le précisent Denis Mazeaud et Stéphane Piédelièvre, que « le délégataire conserve [...] le bénéfice des sûretés, tant réelles que personnelles, dont il était titulaire »²¹. La même conclusion vaut évidemment pour l'obligation du promettant envers le tiers bénéficiaire dans le cas d'une stipulation pour autrui. Au contraire, l'obligation réelle du *solvens* indiqué ne peut être l'objet d'une telle subrogation : on n'emprunte pas pour délaier un immeuble.

De tout cela nous devons donc conclure que le débiteur qui a accepté la charge définitive de la dette, qu'il ait revêtu la qualité de promettant, de *solvens* indiqué, cessionnaire de la dette, ou même de délégué dans une délégation incertaine, **ne peut en cette qualité consentir à une subrogation** ex parte debitoris **qui soit translatrice des droits hypothécaires du créancier désintéressé**, que cette qualité s'ajoute ou non à celle de débiteur solidaire d'une part dans l'obligation initiale. **Cela ne lui interdit cependant pas de transmettre les droits** qu'il **pourrait par ailleurs acquérir grâce à la subrogation légale**, ni même d'emprunter à cette fin la **forme** de la subrogation **ex parte debitoris**. C'est ainsi que la Cour de cassation a pu accorder au débiteur solidaire qui, en payant la dette, a payé la part de son codébiteur et bénéficie par conséquent de la subrogation légale quant à cette part, le droit de subroger conventionnellement, contre tous les débiteurs, son bailleur de fonds dans les droits du créancier désintéressé²². D'une part, rien ne s'oppose à la cession²³ d'un droit acquis grâce

21 D. MAZEAUD et S. PIEDELIÈVRE, *op. cit.*, note 12, n° 37.

22 Civ. 28 avr. 1942, S.1942.1.70.

23 Demolombe et Mignault préfèrent parler de subrogation : « toute personne, qui se trouve dans un cas de subrogation légale, peut subroger au bénéfice de cette subrogation celui qui lui prête les deniers pour payer la dette, dont telle est tenue » (Charles DEMOLOMBE, *Cour de Code Napoléon*, vol. 27, t. 4, « Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général », Paris, Imprimerie Générale, 1863, n° 397, p. 343); « Il est [...] hors de tout doute que la caution qui a emprunté des deniers pour payer le créancier du débiteur qu'elle a cautionné, peut subroger le bailleur de fonds aux droits du créancier désintéressé, et il en est de même du débiteur solidaire » (Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 5, Montréal, Théoret, 1901, p. 565 : il y cite les *Pandectes françaises*). La notion de cession, qui a l'avantage d'être plus logique, permet d'expliquer pourquoi, comme l'écrit Faribault, « pour pouvoir se prévaloir de la subrogation légale contre [un codébiteur], le coobligé [*solvens*] devra d'abord rembourser son prêteur afin

à la subrogation légale²⁴, d'autre part, on ne peut conclure de la qualification utilisée par les parties à la nature de l'acte. Si celui qui a accepté la charge définitive de la dette et qui la rembourse était automatiquement subrogé contre le débiteur primitif dans les droits personnels et hypothécaires du créancier, parce qu'il paie une obligation à laquelle il est tenu avec le débiteur primitif ou qui est garantie par une hypothèque de l'immeuble qu'il a acquis de ce débiteur, il pourrait ainsi soit transmettre expressément à son bailleur de fonds ce droit à la subrogation, soit même le subroger conventionnellement contre le débiteur primitif. Il convient donc d'examiner maintenant la subrogation légale au profit de celui qui est tenu avec d'autres ainsi que celle au profit de l'acquéreur d'un bien hypothéqué.

II. La subrogation légale au profit de celui qui est tenu avec d'autres

La subrogation légale s'opère de plein droit « [a]u profit de celui qui paie une dette à laquelle il est tenu avec d'autres [...] et qu'il a intérêt à acquitter »²⁵, dispose le *Code civil du Québec*, sans modifier la règle héritée du *Code civil français*. Nous verrons plus loin si l'on peut étendre l'application de ce texte aux débiteurs *in solidum* et *propter rem*, il est du moins certain qu'il concerne le débiteur solidaire.

On doit reconnaître que cette disposition n'écarte pas le *débiteur solidaire* qui a pris à sa charge la dette tout entière. Il semblerait donc, de prime abord, que ce dernier puisse réclamer de son codébiteur, au moyen de cette subrogation, cela même dont à son égard il est devenu le débiteur unique et définitif. Cette solution apparaît toutefois, à bien y réfléchir, aussi absurde

de mettre à néant la subrogation conventionnelle qu'il lui aura consentie » : L. FARIBAUT, *op. cit.*, note 6, n° 565, p. 413. C'est d'ailleurs cette notion qu'avait utilisée la Cour de cassation dans l'arrêt en question.

²⁴ Alors que dans le cas de la subrogation *ex parte debitoris* les droits du créancier désintéressé dans lesquels est subrogé le prêteur ne passent pas par le patrimoine du débiteur, il n'en va pas de même dans le cas que nous envisageons ici. Mais le paiement par le débiteur n'a pas davantage pour effet d'éteindre complètement l'obligation et ses accessoires, pourvu – voilà toute la question – que la loi ne refuse pas le bénéfice de la subrogation au débiteur qui a payé la dette (voir art. 1656, par. 2 et 3 C.c.Q.).

²⁵ Art. 1656, par. 3 C.c.Q.

qu'inéquitable²⁶. Aussi bien n'est-ce pas celle que nous retiendrons.

On pourrait tenter de chercher une solution dans le jugement *Choinière* c. *Coutu*²⁷; la Cour supérieure y a refusé de reconnaître le droit à la subrogation au profit de celui qui est tenu avec d'autres, à un débiteur solidaire qui avait renoncé explicitement à toute subrogation légale contre son codébiteur. Lorsqu'un débiteur accepte la charge définitive d'une dette vis-à-vis de son codébiteur, il ne renonce sans doute pas explicitement à être subrogé légalement contre lui, mais n'y renonce-t-il pas implicitement? On peut l'argumenter, mais on ne peut *présumer* l'existence d'une renonciation.

Cette question ne présente cependant d'intérêt que dans l'hypothèse où, en l'absence de cette renonciation, le débiteur qui prétend bénéficier de la subrogation légale contre son codébiteur pourrait demeurer créancier d'une obligation dont il était devenu, précisément à l'égard de ce codébiteur, le débiteur ultime. Or « [l]a réunion des qualités de créancier et de débiteur dans la même personne opère une confusion qui éteint l'obligation »²⁸. La créance qu'acquiert le débiteur qui a payé s'éteindrait donc dès qu'il en devient titulaire, par l'effet de cette confusion.

Il n'est d'ailleurs pas nécessaire de faire appel à la notion de confusion. Le débiteur qui a payé ne bénéficie pas de la subrogation légale qui lui permettrait d'acquérir une créance contre son codébiteur : la charge de la dette qu'il a acceptée s'y oppose. La loi confère en effet la subrogation à celui qui « est tenu

²⁶ Il n'y a pas à distinguer, faut-il le préciser, le cas où le paiement est effectué directement par le prêteur à qui le débiteur a *cédé* le bénéfice de la subrogation légale, de celui où ce paiement est effectué par l'emprunteur lui-même. Outre que *nemo dat quod non habet*, c'est la même personne, au point de vue du problème qui nous occupe, qui paie dans l'un et l'autre cas. En effet, l'autorisation donnée à l'acte de prêt par l'emprunteur, sans laquelle le prêteur ne pourrait disposer de la somme d'argent prêtée (art. 2314 et 2327 C.c.Q.), fait du prêteur un simple intermédiaire qui remet au nom de l'emprunteur une somme d'argent qui appartient à ce dernier et non au prêteur. On ne saurait donc soutenir que la subrogation est valide si le paiement est fait par le prêteur, qui en bénéficie à la fin, en argumentant que ce dernier n'est devenu envers personne le débiteur unique et définitif de l'obligation.

²⁷ J.E. 95-2218 (C.S.).

²⁸ Art. 1683 C.c.Q. *in initio*.

avec d'autres »²⁹. Par conséquent, enseignent Malaurie et Aynès, cette subrogation ne bénéficie « ni à celui qui est étranger à la dette, ni à celui qui en a la charge exclusive »³⁰, d'où il suit qu'« aucun recours, et par conséquent, aucune subrogation, n'est accordé à celui qui paye ce qui lui incombe à titre **exclusif et définitif**. Ainsi en est-il, poursuivent-ils, si le codébiteur *solvens* s'est engagé envers les autres codébiteurs à supporter définitivement la charge de la dette »³¹. C'est précisément ce que la Cour de cassation avait décidé dès 1890, en refusant la subrogation légale au débiteur solidaire qui paie une dette qu'il a prise tout entière à sa charge, ne fût-ce qu'à l'égard de ses codébiteurs³². Le paiement effectué par le débiteur solidaire qui a accepté la charge définitive de la dette ne lui confère donc aucun droit qu'il puisse par la suite transmettre à son prêteur, bien que la loi n'ait pas expressément exclu ce codébiteur du bénéfice de la subrogation légale au profit de celui qui est tenu avec d'autres.

Qu'en est-il du débiteur *in solidum*? On admet en France, par souci d'équité, qu'il peut en principe bénéficier de cette subrogation légale au profit de celui qui est tenu avec d'autres, tout comme le débiteur solidaire, bien qu'il s'agisse ici de dettes distinctes et que le débiteur *in solidum* paie une dette qui lui est exclusivement personnelle³³. Le délégué et le promettant qui ne seraient pas par ailleurs débiteurs solidaires ne se voient donc pas exclus d'emblée de cette subrogation légale. La Cour de cassation a cependant précisé, dans le même souci d'équité, que ce bénéfice est lié à la charge définitive de la dette : « celui qui s'acquitte d'une dette qui lui est personnelle peut néanmoins prétendre bénéficier de la subrogation s'il a, par son paiement,

²⁹ Art. 1656, par. 3 C.c.Q.

³⁰ Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Cours de droit civil*, t. 6, « Les obligations », 4^e éd., Paris, Cujas, 1995, n° 1210, p. 714.

³¹ *Id.*, n° 1211, p. 715. Voir aussi G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *op. cit.*, note 12, n° 403, p. 370, qui écrivent : « C'est seulement dans la mesure où il a acquitté la dette incombant en définitive à chacun de ses co-obligés que le solvens bénéficie de la subrogation. »

³² Req. 5 mai 1890, S.1892.1.151.

³³ Voir : P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, note 30, n° 1210, p. 696 (particulièrement notes 30 et 31, avec les références à la jurisprudence de la Cour de cassation); H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, note 12, n° 855, p. 962; Jacques MESTRE, « Obligations et contrats spéciaux : Obligations en général », *Rev. trim. dr. civ.* 1988.329, 351.

libéré envers leur créancier commun ceux sur qui doit peser la charge définitive de la dette »³⁴. **A contrario**, celui sur qui pèse cette charge définitive, tel le délégué³⁵ ou le promettant, ne saurait bénéficier de la subrogation.

Reste le cas du débiteur tenu **propter rem** ou « réellement ». Le problème se pose différemment : l'identité d'objet, qui unit les obligations **in solidum**, disparaît avec l'obligation **propter rem**. Il subsiste néanmoins un certain lien, découlant de l'hypothèque, entre l'obligation **propter rem** et l'obligation personnelle; cela suffit pour qu'on ne considère pas étranger à la dette le **solvens** indiqué qui ne serait pas débiteur à un autre titre³⁶. Ainsi, la disparité des obligations ne fait pas obstacle à la subrogation légale³⁷. Cependant, le **solvens** indiqué ne libère pas davantage que le délégué ou le promettant celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette, puisqu'il paie « ce qui lui incombe à titre exclusif et définitif » à l'égard du débiteur personnel contre qui il se prétendrait subrogé³⁸. Aucune subrogation légale ne résulte donc de son paiement³⁹.

Nous devons conclure que celui qui a accepté la charge définitive de la dette ne peut en aucun cas bénéficier de la subrogation légale au profit de celui qui est tenu avec d'autres : la

³⁴ Com. 9 mai 1990, *Bull. civ.* IV, n° 146, Com. 9 mai 1990, D.1990.i.r.161, cité dans P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, note 30, n° 1211, p. 714, note 24.

³⁵ Il peut théoriquement y avoir délégation de paiement sans que le délégué accepte la charge définitive de la dette à l'égard du délégant, pourvu qu'il s'oblige envers le délégataire; voir à ce sujet : F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 16, n° 1347 *in fine*, p.1074. Plus pratiquement, il peut y avoir délégation de toute la dette alors que le délégué n'est tenu, dans ses relations avec le délégant, que d'une partie de celle-ci : on peut donc dire que la délégation de paiement, en elle-même, ne s'oppose pas à la subrogation légale. Tel n'est évidemment pas le cas ici envisagé.

³⁶ Voir : Req. 28 avril 1863, D.P. 1863.1.329.

³⁷ Voir : *Gingras c. Gingras*, (1890) 16 Q.L.R. 292 (C.S.), où sont cités Larombière et Demolombe. Cette décision admet la subrogation du débiteur personnel contre le débiteur tenu **propter rem** qui a accepté la charge définitive de la dette, situation inverse de celle qui nous occupe; *contra* : L. FARIBAULT, *op. cit.*, note 6, n° 593, p. 432.

³⁸ Nous ne considérons que le cas de l'indication de paiement parallèle à une cession interne de dette (voir *supra*, note 4). Le **solvens** indiqué qui ne serait que mandataire bénéficierait évidemment de la subrogation légale.

³⁹ Sur l'effet de la subrogation *ex parte debitoris* à laquelle consentirait néanmoins le débiteur solidaire, **in solidum** ou **propter rem**, voir *infra*.

charge de la dette s'y oppose, comme s'y opposerait aussi la confusion. Il ne peut donc pas transmettre⁴⁰ à son prêteur des droits qu'il n'a pas pu acquérir.

III. La subrogation légale au profit de l'acquéreur d'un bien hypothéqué

Si celui qui paie une dette alors qu'il en a la charge définitive ne peut être subrogé légalement contre son codébiteur en vertu de la subrogation au profit de celui qui est tenu avec d'autres et ne saurait donc transmettre à son bailleur de fonds des droits complètement éteints par le paiement de l'obligation, peut-il néanmoins se prévaloir, le cas échéant⁴¹, de la subrogation légale au profit de l'acquéreur d'un bien hypothéqué et en transporter le bénéfice à ce bailleur de fonds en lui cédant les droits qu'il acquerrait ainsi ou en le subrogeant conventionnellement dans les droits de l'ancien créancier? La loi accorde en effet la subrogation « à l'acquéreur d'un bien qui paie un créancier dont la créance est garantie par une hypothèque sur ce bien »⁴². Précisons que l'on retrouve la même règle en droit québécois et en droit français, à ceci près que le texte du *Code civil français* qui correspond à celui du *Code civil du Québec* est restreint à l'acquisition d'un droit réel immobilier et exige l'emploi du prix de l'acquisition au paiement des créanciers.

L'un et l'autre texte codifient d'ailleurs la même règle de l'ancien droit, qui accordait exceptionnellement la subrogation à l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué, tout en la refusant, en

⁴⁰ Nous avons vu plus haut que cette cession peut emprunter la forme de la subrogation *ex parte debitoris*.

⁴¹ Faribault notait avec raison que le mot acquéreur désigne « aussi bien celui qui acquiert une partie de l'immeuble que celui à qui il est transféré dans sa totalité », voire celui qui acquiert « un droit immobilier susceptible d'être vendu séparément », du moment que l'« acquéreur peut être exposé à une action hypothécaire » : L. FARIBAULT, *op. cit.*, note 6, n° 587, p. 428. En droit français, on admet que la subrogation légale au profit de l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué bénéficie à « l'acquéreur de tout droit immobilier susceptible d'affectation hypothécaire : propriété partielle ou totale, usufruit, nue-propriété » (Louis LORVELLEC, *op. cit.*, note 6, n° 75). D'ailleurs, en ce qui concerne le droit québécois, le paragraphe 2 de l'article 1656 C.c.Q. ne permet plus de doute, puisque est dorénavant visé l'acquéreur de tout bien hypothéqué. Pour éviter de compliquer inutilement le raisonnement, nous ne considérerons que l'acheteur d'un immeuble.

⁴² Art. 1656 (2) C.c.Q.

principe du moins, au débiteur tenu avec d'autres ou pour d'autres⁴³. Cette raison historique suffit à expliquer le maintien de cette règle particulière malgré l'existence d'une disposition générale qui étend la subrogation à tout débiteur tenu avec d'autres. Ce n'est toutefois pas le seul motif qui pouvait justifier ce maintien : on peut penser que les rédacteurs ont voulu éviter que, par une interprétation restrictive, on ne soutienne que l'acquéreur d'un bien hypothéqué qui n'est pas personnellement débiteur du créancier titulaire de cette hypothèque n'a pas droit à la qualification de débiteur, même s'il est tenu en quelque sorte « réellement », *propter rem*. De plus, à cause de l'effet particulier de la subrogation au profit de l'acquéreur d'un bien hypothéqué auquel nous nous attarderons plus loin, il y a, nous semble-t-il, un intérêt pratique certain à distinguer ces deux cas de subrogation légale.

Les textes ne différencient pas l'acquéreur sur qui ne pèse pas la charge définitive de la dette et celui qui la supporte tout entière, pas plus d'ailleurs que celui qui paie de ses propres deniers et celui qui les emprunte : rien donc n'empêcherait, *a priori*, ce dernier de bénéficier de la subrogation légale, même s'il a accepté la charge définitive de la dette. En vertu de cette subrogation, il deviendrait ainsi titulaire des droits du créancier hypothécaire désintéressé, notamment de l'hypothèque garantissant l'obligation qu'il aura payée. Cependant, étant devenu titulaire d'une hypothèque sur l'immeuble qu'il a acquis, il ne pourrait empêcher son extinction « par la confusion des qualités de créancier hypothécaire et de propriétaire du bien hypothéqué »⁴⁴. Ainsi, même si l'on admet qu'il bénéficie de la subrogation au profit de l'acquéreur d'un bien hypothéqué, il lui serait donc impossible de transmettre ces droits à son bailleur de fonds.

Assurément, ce n'est pas seulement l'hypothèque qui est transmise par la subrogation, « c'est le droit de créance lui-même, ce sont tous les *droits* du créancier »⁴⁵, comme le souligne Carbonnier : le domaine de la subrogation légale au profit de

⁴³ Voir : F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 16, n° 1279, p. 102; voir cependant : L. LORVELLEC, *op. cit.*, note 6, n° 10.

⁴⁴ Art. 1686, al. 1 C.c.Q.

⁴⁵ J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 7, n° 131, p. 582. Voir aussi G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *op. cit.*, note 12, n° 402, pp. 366 et 367.

l'acquéreur d'un bien hypothéqué est plus étendu que celui de l'extinction de l'hypothèque par confusion. Mais l'acquéreur, qui a par ailleurs accepté la charge définitive de la totalité de la dette dont le paiement est garanti par l'hypothèque, ne pourrait pas davantage demeurer titulaire de ces autres droits : il deviendrait en effet créancier de l'obligation même dont il est devenu envers son vendeur le débiteur définitif, de sorte qu'il y aurait extinction « par la confusion des qualités de créancier et de débiteur dans la même personne »⁴⁶.

Allons plus loin : si l'on admet que la disposition qui accorde la subrogation à celui qui est tenu avec d'autres a un caractère de règle générale, on pourrait, ici aussi, faire valoir que la charge définitive de la dette s'oppose à toute subrogation. En effet, l'acquéreur qui effectue le paiement ne libère pas envers le créancier commun celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette : au contraire, il ne fait que payer ce qui incombe à lui seul en vertu de la stipulation de l'acte de vente par laquelle il a pris cette dette à sa charge. Ainsi, que ce soit à cause de la confusion ou à cause de la charge définitive de la dette, l'acquéreur ne peut subroger un prêteur dans les droits du créancier ou lui céder des droits qu'il aurait acquis grâce à la subrogation légale au profit de l'acquéreur d'un bien hypothéqué.

Il nous paraît cependant opportun de nuancer cette conclusion pour ne négliger aucun cas de figure, quelque exceptionnel que puisse être son caractère. L'extinction par confusion *n'a pas* en soi un caractère définitif : l'hypothèque renaît « si le créancier est évincé pour quelque cause indépendante de lui »⁴⁷. De la même façon, en ce qui concerne l'obligation qu'elle garantit, Jean Pineau et Serge Gaudet remarquent que « [l]a confusion étant un obstacle à l'exécution, il est logique que la confusion cesse d'exister et que ses effets cessent aussi lorsque cet obstacle est levé »⁴⁸. Prenons le cas d'un acquéreur d'un immeuble grevé de plusieurs hypothèques qui a payé à l'un des créanciers hypothécaires la dette dont il avait accepté la charge définitive, en contrepartie de l'immeuble, et qui, par la suite, se voit évincé par un créancier de rang

⁴⁶ Art. 1683 C.c.Q. *in initio*.

⁴⁷ Art. 1686, al. 2 C.c.Q.

⁴⁸ J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 6, n° 357, p. 527.

subséquent que l'ancien propriétaire a omis de désintéresser : il peut obtenir la résolution du contrat d'acquisition et être ainsi libéré rétroactivement de la charge définitive de cette dette⁴⁹. Comme on devra alors considérer qu'il a payé la dette du propriétaire d'origine, qui était resté le seul débiteur de l'obligation, plus rien ne s'opposera à ce qu'il demeure créancier de cette obligation. Par ailleurs, on ne pourra évidemment plus tirer argument de la charge de la dette pour lui refuser la subrogation légale. Il n'y aura pas davantage obstacle à ce qu'il demeure titulaire d'une hypothèque grevant l'immeuble, puisqu'il en est évincé. Il sera donc protégé par la renaissance des effets de la subrogation légale, dans ses rapports avec son vendeur aussi bien que face au créancier de rang subséquent.

La doctrine, tant québécoise que française, voit précisément d'ailleurs dans cette protection de l'acquéreur en cas d'éviction le but de la subrogation légale au profit de l'acquéreur d'un bien hypothéqué. Le même Jean Pineau écrit en effet : « Ayant ainsi une hypothèque sur sa propre chose, A [l'acquéreur] est à peu près sûr de recouvrer son prix dans l'hypothèse où un créancier de 2^e rang [qui n'aurait pas été désintéressé] prétendrait faire saisir et vendre l'immeuble; d'ailleurs, sa seule présence au 1^{er} rang pourrait inciter l'autre créancier à ne pas procéder »⁵⁰. On lit de même chez Mazeaud : « Les créanciers de rang subséquent

⁴⁹ Il en sera du moins libéré à l'égard du vendeur; aussi bien est-ce toujours la charge qui pèse sur un débiteur *vis-à-vis de son codébiteur* qui fait obstacle à la subrogation légale; or cette charge disparaît rétroactivement. Il en sera aussi libéré, nous semble-t-il, à l'égard du créancier dans le cas de la stipulation pour autrui et de l'obligation *propter rem* du *solvens* indiqué. La situation est plus délicate en ce qui concerne la délégation imparfaite : il faudra déterminer si la délégation est incertaine non seulement parce que le délégué s'est engagé à payer la dette du délégant, mais aussi parce qu'il a limité son obligation au paiement de la dette qu'il a lui-même contractée envers son vendeur; voir : P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, note 30, n° 1251 et suiv., p. 755. Dans ce dernier cas seulement, on pourra sans doute écarter la règle de l'article 1669, alinéa 1 du *Code civil du Québec* et libérer le délégué à l'égard du délégataire, - l'exception énoncée au début de l'alinéa suivant ne nous étant d'aucune utilité, puisqu'elle viserait uniquement, selon l'interprétation que nous proposons, la délégation non précédée d'une obligation entre le délégant et le délégataire, que le législateur aurait présumée incertaine parce qu'ayant pour objet la dette du délégué à l'endroit du délégant. Pour une autre interprétation, qui préfère faire varier le sens du texte selon qu'il s'agit d'une délégation parfaite ou d'une délégation imparfaite, voir : J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 6, n° 520, p. 725, note 1179.

⁵⁰ J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 6, n° 336, p. 505.

n'auront aucun intérêt à poursuivre la vente puisque l'acquéreur, grâce à la subrogation, recevrait dans la distribution la totalité du prix »⁵¹; et Louis Lorvellec soutient que, lorsqu'elle ne décourage pas les créanciers non payés, elle a pour « fonction pratique et principale d'assurer à l'acquéreur évincé le recouvrement de son prix »⁵². Quant à la particularité de cette subrogation, qui est la suspension de son effet durant la confusion, Jacques Mestre l'exprime à l'aide d'une image particulièrement heureuse : « les droits hypothécaires, comme la subrogation, écrit-il, auront sommeillé aussi longtemps que [le subrogé] était demeuré propriétaire »⁵³ : cette subrogation est une subrogation sommeillante. Faribault, de son côté, souligne le caractère conditionnel de cette subrogation légale, qui « n'aura d'effet que si l'acquéreur de l'immeuble en est dépossédé »⁵⁴.

Bref, le débiteur solidaire, *in solidum* ou *propter rem* bénéficie d'une hypothétique subrogation légale au profit de l'acquéreur d'un bien hypothéqué – contre ses codébiteurs, même s'il est devenu débiteur définitif dans ses relations avec eux. Peut-il, s'il emprunte les deniers nécessaires au paiement, céder les droits qui résultent de cette subrogation à son prêteur ou le subroger *conventionnellement* dans les droits hypothécaires du créancier désintéressé? On ne voit pas comment on pourrait lui dénier ce droit⁵⁵ : étant lui-même subrogé légalement dans les droits de ce créancier, il peut céder à autrui les droits que la subrogation lui a conférés, en empruntant ou non à cette fin la forme de la subrogation conventionnelle *ex parte debitoris*⁵⁶. Toutefois, c'est

51 H. MAZEAUD, L. MAZEAUD et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, note 12, n° 855, p. 963.

52 L. LORVELLEC, *op. cit.*, note 6, n° 67, p. 13; voir aussi : Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., t. 7, « Obligations », Paris, L.G.D.J., 1952, n° 1229, pp. 635-637.

53 Note Jacques MESTRE sur Civ. 1^{re}, 28 juin 1978, D.1979.333, n° 15, 336.

54 L. FARIBAULT, *op. cit.*, note 6, n° 588, p. 429. Il précise que cela peut arriver dans deux cas : « soit parce que son titre d'acquisition est plus tard résilié ou annulé, soit à la suite d'une revendication de la part du véritable propriétaire ».

55 Voir *supra*.

56 Mignault écrit : « On enseigne en France que le tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué a le droit, lorsqu'il emprunte les deniers nécessaires au paiement de son prix, de subroger le prêteur dans les droits [...] d'un des créanciers hypothécaires; ce droit de faire subroger le bailleur de fonds aux droits d'un créancier hypothécaire, appartient [il faut sous-entendre

une subrogation *conditionnelle* qu'il transmettra ainsi : il ne sera possible pour le prêteur de faire valoir ces droits que s'il y avait éviction. C'est d'ailleurs ce qu'a décidé la Cour de cassation : « les acquéreurs, qui n'étaient pas évincés de l'immeuble, n'avaient plus de créance à faire valoir contre les vendeurs et n'avaient donc pu transmettre [...] un recours subrogatoire dont ils ne disposaient pas eux-mêmes. »⁵⁷ Et Jacques Mestre, après avoir précisé cette conclusion en remarquant que les acquéreurs « n'avaient *pour l'instant* aucune créance à faire valoir contre le débiteur », ajoute : « Cette solution n'avait pas encore été donnée par la Cour de cassation, mais elle s'imposait. Décider l'inverse aurait pour étrange résultat de rendre le vendeur débiteur du prêt grâce auquel l'acquéreur est actuellement propriétaire de l'immeuble »⁵⁸. C'est souligner le caractère hypothétique des droits que l'acquéreur transmettrait à son bailleur de fonds, qui ne sauraient évidemment satisfaire ce dernier.

*

* *

D'une part, *tous* les débiteurs de l'obligation doivent consentir à la subrogation conventionnelle *ex parte debitoris*, quels que puissent être les rapports internes entre les codébiteurs. D'autre part, que le *solvens* qui a accepté la charge définitive de la dette se prévale de la subrogation légale au profit de l'acquéreur d'un bien hypothéqué ou de celle au profit de celui qui est tenu avec d'autres, en sa qualité de débiteur solidaire, *in solidum* ou *propter*

même] à un tiers détenteur, non obligé personnellement à la dette, mais qui la paie pour éviter le délaissement » : P. B. MIGNAULT, *op cit.*, note 23, p. 565.

⁵⁷ Civ. 1^{re}, 28 juin 1978, *Bull. civ.* I, n° 248.

⁵⁸ J. MESTRE, *op. cit.*, note 53, n° 18, p. 337 (nous avons souligné). – On pourrait objecter que nous sommes ainsi amenés à attribuer à la subrogation au profit de l'acquéreur d'un bien hypothéqué une autonomie que lui refuse la doctrine majoritaire, qui préfère y voir un cas particulier de subrogation au profit de celui qui est tenu avec d'autres. Voir, entre autres : F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 16, n° 1279, p. 963; L. LORVELLEC, *op. cit.*, note 6, n° 10. En réalité, la charge définitive de la dette qui serait annihilée rétroactivement avec la vente ne ferait plus obstacle à cette dernière subrogation. Celle-ci existait donc dès l'origine sous condition suspensive et conférerait des droits qui pouvaient être cédés à un tiers. Quant à la confusion, elle cesserait rétroactivement. Cette nuance permet de rétablir l'unicité des deux subrogations légales.

rem, les droits personnels et hypothécaires transmis au prêteur seraient déjà éteints par confusion, lors même que la charge définitive de la dette n'empêcherait pas toute subrogation légale, à moins qu'une éviction exceptionnelle n'entraîne l'annihilation rétroactive de cette charge. En corollaire, ajoutons que si le *solvens*, débiteur dès l'origine d'une part de la dette, accepte la charge de l'autre part, la subrogation *ex parte debitoris* qu'il pourrait consentir n'aurait d'effet immédiat que sur sa propre part.

Concrètement, si l'on se reporte aux deux situations qui nous ont servi à présenter le problème qui nous a occupés, il s'ensuit que l'acheteur d'un immeuble qui a pris à sa charge la dette découlant du prêt hypothécaire consenti à son vendeur ne peut en aucune façon subroger son prêteur dans les droits du créancier désintéressé; et cet autre qui a acquis la part de son époux (ou de son concubin) dans un immeuble et s'est chargé du paiement de ce que devait celui-ci ne pourra le faire qu'avec le concours de ce dernier.

Il faut donc que tous les débiteurs de l'*obligation garantie par hypothèque* subrogent le prêteur dans les droits du créancier, directement ou au moyen d'un mandat donné à l'un d'entre eux ou à un tiers, qui peut être l'acquéreur de l'immeuble. Sinon, le transfert de l'hypothèque dépendra du consentement du créancier, nécessaire à la formation d'une novation par changement de créancier ou de débiteur (qui serait suivie, dans ce dernier cas, d'une subrogation *ex parte debitoris*⁵⁹), aussi bien qu'à celle d'une subrogation *ex parte creditoris* ou d'une cession de créance. En cas de refus du créancier, le *solvens* n'aura d'autre choix que de constituer une nouvelle hypothèque pour garantir le remboursement du prêt⁶⁰.

⁵⁹ La novation par changement de débiteur permettrait à celui qui supporte la charge définitive de la *dette* d'en devenir le seul débiteur; dès lors, plus rien ne l'empêcherait de subroger son bailleur de fonds dans tous les droits du créancier désintéressé. On se souviendra que cette novation « peut [...] s'opérer sans le consentement de l'ancien débiteur » : art. 1660, al. 1 C.c.Q..

⁶⁰ Voir : Michel VION, « La renégociation des prêts immobiliers », *Rép. du notariat Defrénois* 1987, art. 34072, 1217, n° 3, 1218-1220.