



HAL
open science

La généralisation de la subrogation légale (ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016)

Sabrina Voanfinirina

► **To cite this version:**

Sabrina Voanfinirina. La généralisation de la subrogation légale (ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016). *Revue juridique de l'Océan Indien*, 2021, 32. hal-03572432

HAL Id: hal-03572432

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-03572432v1>

Submitted on 14 Feb 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Articles

DROIT CIVIL

La généralisation de la subrogation légale (ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016)

Sabrina VOANGINIRINA

Lauréate du Prix LexOI 2020

(concours de mémoires des Master 2 juridiques de l'Université de La Réunion)

Résumé :

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, qui est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016, change profondément le Code civil sur ces points. Parmi ceux-ci, la généralisation de la subrogation légale a fait couler beaucoup d'encre. Anciennement présentée sous forme de casuistique, la subrogation légale est désormais une règle générale. Si elle apparaît formellement comme une innovation harmonisant les évolutions que la subrogation légale a connues au fil du temps, cette généralisation a une portée incertaine en pratique. Ce travail porte donc sur les questions importantes que peut poser l'application du nouvel article 1346 du Code civil.

Abstract :

Executive Order n° 2016-131 of 10th February, 2016, regarding reforms to Contract Law, the general regime and proof of obligations, which has taken effect as of 1st October, 2016, drastically alters the Civil Code with respect to these points. Amongst the aforementioned, the generalization of the statutory subrogation has been written about extensively. Formerly conceived of as a matter of casuistry, statutory subrogation is now a general rule. Although this seems to be an innovation that harmonizes developments in statutory subrogation over time, the practical scope of such a generalization remains unclear. This research therefore focuses on those key legal questions that may arise due to the implementation of this new Article 1346 of the French Civil Code.

Selon le Professeur Jacques Mestre, la subrogation personnelle se définit comme « *la substitution d'une personne dans les droits attachés à la créance dont une autre était titulaire, à la suite d'un paiement effectué par la première entre les mains de la seconde* »¹. Cette institution qui constitue notre domaine d'étude a connu un développement considérable depuis ses origines². De l'idée de remplacement, elle est devenue le mécanisme translatif de créance intervenant sur le fondement d'un paiement³. Elle s'affiche aujourd'hui comme la technique qui transmet la créance même du créancier désintéressé avec les garanties qui y sont attachées à celui qui a payé une dette dont il n'avait pas la charge définitive (le solvens). La subrogation personnelle est un mécanisme extrêmement utile qui ne présente en générale que des avantages pour les intervenants d'où la faveur que la loi et la jurisprudence⁴ lui témoignent. En effet, la subrogation a connu un formidable développement avec un accroissement important de ses utilisations pratiques (crédit, affacturage, garantie, assurance...).

La subrogation personnelle peut être de plein droit (subrogation légale) ou spécialement convenue entre les parties⁵ (subrogation conventionnelle). La subrogation personnelle est légale lorsqu'elle a lieu, de plein droit, par l'effet d'un texte et non d'une convention. Ainsi, la subrogation légale permet à un tiers qui a effectué le paiement d'une dette à la charge d'un autre d'entamer un recours contre ce dernier à la condition toutefois de répondre aux exigences posées par la loi.

L'impératif d'équité qui a toujours servi d'allié à la subrogation, est encore plus accentué en matière de subrogation légale. Dans ce type de subrogation, il permet d'assurer « *le report automatique du poids final de la dette sur celui qui est directement à l'origine de la créance de l'accipiens, indépendamment des volontés (et donc éventuellement des égoïsmes de chacun)* »⁶. L'utilité de cette forme de subrogation explique la multiplication des textes dans lesquels la subrogation intervient de plein droit et l'extension importante de son champ d'application par la jurisprudence.

¹ J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, préf. P. Kayser, L.G.D.J., 1979, p. 7, n°4

² La subrogation personnelle est née de la combinaison de deux institutions de l'Ancien droit romain, sous l'influence du droit canonique. Il s'agissait de la cession d'actions qui permettait à la caution d'acquiescer par convention les droits du créancier contre le débiteur principal, et la *successio in locum* qui permettait au tiers qui a payé le créancier hypothécaire de lui succéder dans son rang. Certes ces deux institutions se heurtaient à des obstacles juridiques mais l'impératif d'équité avait justifié la consécration et l'évolution de ces deux institutions pour aboutir à l'existence d'un principe général de subrogation personnelle.

³ J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, p. 699

⁴ V. sur la faveur de la loi et de la jurisprudence pour la subrogation, J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, n° 34 s. et n° 63 s.

⁵ Entre le solvens et le créancier, voire entre le solvens et le débiteur

⁶ J. MESTRE, *RTD civ.* 1986, p. 113.

On se demande déjà si l'extension jurisprudentielle des cas anciens de subrogation légale ne confirme pas les questions dont le professeur Jacques Mestre posait dans sa thèse comme quoi : la subrogation n'a-t-elle pas cessé d'être une exception au principe de l'effet extinctif du paiement pour devenir une institution à part entière. En effet, si on considère la subrogation personnelle comme l'exception à l'effet extinctif du paiement, son application considérée comme une fiction ne devrait se faire que dans une interprétation stricte⁷. Il ajoute que ne faut-il pas à présent admettre qu'il existe deux cas de paiement : l'un extinctif, et l'autre translatif de créance⁸.

La réforme du droit des obligations conscient de son importance accorde une attention particulière au régime général de la subrogation personnelle. Les projets de la réforme : les deux projets doctrinaux, l'avant-projet Catala et le projet Terré, ainsi que les projets de la chancellerie traitaient déjà de la subrogation mais sans vraiment lui apporter de grands changements qui pouvaient donner la cohérence qui lui faisait défaut. La réforme de 2016 pose les nouvelles règles régissant la subrogation aux articles 1346 à 1346-5 du code civil⁹ avec une importante harmonisation. La subrogation est délibérément maintenue dans le chapitre consacré à l'extinction de l'obligation, dans la section relative au paiement, afin de rappeler qu'elle est indissociablement « greffée sur le paiement d'une créance »¹⁰ et qu'elle ne constitue pas une opération translatrice autonome.

Les changements notables apportés par la réforme concernent la généralisation de la subrogation légale¹¹ et la modification des conditions de l'opposabilité de la subrogation aux tiers. Avant la réforme du droit des contrats et du régime général des obligations portée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, c'était en son article 1251 que le Code civil organisait la subrogation légale. Le code prévoyait une casuistique avec exhaustivement cinq cas de subrogation qui feront par la suite l'objet d'extension jurisprudentielle. C'est plus spécialement l'extension de l'article 1251, 3° du code civil considéré comme l'ancien mécanisme général de la subrogation, qui va constituer les prémices de la généralisation de la subrogation légale concrétisée par la réforme de 2016. En

⁷ J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, P.U.F., coll. Thémis- Droit, 2018, p. 206, n° 113.

⁸ J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, p. 11.

⁹ Trois articles traitent des sources de la subrogation : d'abord, la subrogation légale (art. 1346), puis la subrogation à l'initiative du créancier (art. 1346-1) et la subrogation à l'initiative du débiteur (art. 1346-2). Les trois derniers articles fixent le régime de la subrogation : l'étendue de la subrogation en cas de paiement partiel (art. 1346-4), l'effet translatif de la subrogation (art. 1346-4) et enfin l'opposabilité de la subrogation et l'opposabilité des exceptions (art. 1346-5).

¹⁰ A. BENABENT, *Droit des obligations*, Paris, LGDJ-Précis Domat droit privé, 16e édition, 2017, p. 558, n° 717.

¹¹ Contrairement à l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (avant-projet Catala) mais conformément à celui de l'Académie des sciences morales et politiques (avant-projet Terré).

effet, l'interprétation extensive de ce cas général a fini par englober les autres cas de l'article 1251, dont le contenu se trouvait en quelque sorte absorbé et même au-delà¹².

Dans ce travail, il va être longuement question de cette « généralisation de la subrogation légale » prévue à l'article 1346 nouveau en ces termes: « *La subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette* ».

Mais, si cette généralisation semble mettre en œuvre une harmonisation du régime de la subrogation légale, elle n'est pas pour autant dénuée de toutes incertitudes. Dans ce fil d'idées, l'objectif de ce travail est d'apporter des réflexions, dans une approche se voulant épistémologique, sur cette généralisation de la subrogation légale. Il s'agit de prendre du recul et d'apporter des critiques sur la construction juridique qu'est la généralisation de la subrogation légale en vue de son application. Le professeur Christian Atias, expliquait que l'épistémologie juridique serait exclue uniquement dans l'hypothèse où, « *entre le droit, quels que puissent en être la nature et la définition, et les descriptions, commentaires, analyses, synthèses qui lui sont consacrés, nulle différence, nulle séparation n'est concevable* »¹³. Le savoir juridique ne peut se résoudre à la connaissance des dispositions légales dans la mesure où quelle que soit la forme adoptée pour systématiser le droit positif : le conceptualisme, la modélisation, l'esthétisme, la généralisation, ou la simplification, on débouche toujours sur une simplification de la réalité (un résumé sommaire de la réalité qui provoque une réduction certaine de la complexité). En effet, « *toute théorie du droit ne peut se passer de l'épistémologie et, plus encore, toute branche de la recherche juridique ne peut se passer de l'épistémologie* »¹⁴.

L'intérêt du sujet est donc de se demander ce que peut changer la généralisation de la subrogation légale par rapport à la casuistique de l'ancien texte ? Est-ce que cette innovation est vraiment opportune et comment va-t-elle changer les choses ?

Afin de traiter le sujet, dans un premier temps nous reviendrons sur les retouches apportées par la formule de l'article 1346 du Code civil, afin d'exposer en quoi cette généralisation de la subrogation légale constitue une innovation qui est en apparence bienvenue (I). Nous verrons dans un second temps que cette

¹² Ph. SIMLER, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, Paris, LexisNexis, 2016, coll. Actualité, n° 125.

¹³ Ch. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. Précis, 2002, p.8, n° 8.

¹⁴ B. BARRAUD (dir.), *La recherche juridique – Sciences et pensées du droit*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2016, 556 pp., pp. 181 et s. (chapitre « L'épistémologie juridique »).

généralisation de la subrogation légale reste tout de même une systématisation pleine d'incertitudes (II).

Droit actuel	Droit antérieur
<p>Art. 1346. « - La subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette. »</p>	<p>Art. 1251. « - La subrogation a lieu de plein droit : 1° Au profit de celui qui étant lui-même créancier paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques ; 2° Au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué ; 3° Au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter ; 4° Au profit de l'héritier acceptant à concurrence de l'actif net qui a payé de ses deniers les dettes de la succession ; 5° Au profit de celui qui a payé de ses deniers les frais funéraires pour le compte de la succession »</p>

TABLEAU RECAPITULATIF DE L'ETAT DU DROIT
PAR RAPPORT A L'ORDONNANCE N° 2016-131 DU 10 FEVRIER 2016

I. La généralisation de la subrogation légale : une innovation bienvenue en apparence

Pourquoi généraliser ? Par la généralisation, on édicte des principes généraux qui garantissent la rationalité du droit positif et qui orientent les décisions des acteurs du droit mais qui assurent également une certaine égalité de tous ceux qui se trouvent régis par la règle prévue. La généralisation constitue une forme de systématisation du droit positif. Elle permet de procéder à l'agencement

des règles juridiques existantes mais permet également d'élaborer de nouvelles règles juridiques.

Les rédacteurs de la réforme de 2016, suivant une démarche classique, ont fait le choix en matière de subrogation légale d'une définition générale, plutôt que d'une énumération de cas. La généralisation constitue un moyen de rationalisation et de mise en cohérence des règles juridiques. Dans cette partie nous allons donc voir comment cette règle générale a non seulement rationalisé le régime de la subrogation légale (A) mais l'a également fait évoluer (B).

A. Une généralisation emportant rationalisation du régime de la subrogation légale

La généralisation constitue non seulement un moyen de systématisation du droit (1) mais également une occasion de donner à une règle juridique la cohérence qui lui manquait (2).

1. La généralisation pour une systématisation de la subrogation légale

Dans le cas de la généralisation de la subrogation légale, on assiste à l'élaboration du droit commun de la subrogation légale (a) qui emporte une uniformisation du régime de cette dernière (b).

a. La naissance du droit commun de la subrogation légale

Le droit commun est l'ensemble de règles juridiques applicables à toutes les situations qui ne sont pas soumises à des règles spéciales ou particulières. La généralisation constitue sans doute le meilleur moyen de le consacrer, dans la mesure où elle consiste à établir des propositions générales destinées à englober toutes les situations particulières. Il s'agit dans le cas de la subrogation légale de la mise en place d'une règle générale (i). Cette initiative n'est qu'un reflet de la tendance juridique en France (ii).

i. La mise en place d'une règle générale

Dans le droit antérieur à la réforme du droit des contrats et du régime général des obligations portée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, la subrogation légale était prévue à l'ancien article 1251 du code civil. Il prévoyait une casuistique avec précisément cinq hypothèses :

« *La subrogation a lieu de plein droit :*

1° Au profit de celui qui étant lui-même créancier paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques ;

2° Au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué ;

3° Au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter ;

4° Au profit de l'héritier acceptant à concurrence de l'actif net qui a payé de ses deniers les dettes de la succession ;

5° Au profit de celui qui a payé de ses deniers les frais funéraires pour le compte de la succession ».

Le code civil prévoyait en quelque sorte cinq droits spéciaux de subrogation de plein droit : la subrogation de plein droit du créancier postérieur (article 1251,1°), la subrogation de plein droit de l'acquéreur d'un immeuble (art.1251,2°), la subrogation de plein droit de celui qui est tenu avec d'autres ou pour d'autres (art.1251,3°), la subrogation de plein droit de l'héritier bénéficiaire (article 1251,4°), et la subrogation de plein droit de celui qui s'est acquitté des frais funéraires (article 1251,5°).

Dans l'aperçu du code civil réformé, on assiste en matière de subrogation légale, à la mise en place d'un principe général aux termes de l'article 1346 précédemment cité. Désormais, on peut affirmer qu'on dispose en matière de subrogation légale d'un droit commun. En effet, même si le cas visé par le 3° était considéré comme une « *clausula generalis* », selon le professeur Jean Carbonnier¹⁵, et avait connu d'importants élargissements, on n'a jamais été jusqu'à admettre un principe général de la subrogation légale en droit positif.

Contrairement à l'ancien texte qui paraissait prévoir que des droits spéciaux de subrogation, on a désormais, avec cette généralisation, un droit commun de la subrogation légale qui se veut applicable à toute personne qui s'est acquitté de la dette d'autrui sans en avoir lui-même la charge définitive. Cette généralisation constitue la balance qui va mettre en place un régime commun pour tous les tiers de bonne foi qui ont rendu service en payant une dette qui ne leur incombait pas de façon définitive. Elle marque encore plus le fondement d'équité qui a toujours servi de justification à la subrogation.

¹⁵ E. SAVAUX, « Subrogation personnelle », *Répertoire de droit civil*, juin 2017.

En définitive, cette généralisation permet de mettre sur un même pied d'égalité tout tiers qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette. Ils pourront bénéficier de la subrogation légale pour assurer le remboursement de leur créance conformément à ce que l'on peut désormais appeler le droit commun de la subrogation légale.

ii. Une conséquence de la tendance juridique

Cette généralisation de la subrogation n'est encore qu'une application de la tendance juridique. En France, le droit à tendance à être vu de façon globale et idéalement, la norme juridique est simple et générale. Ainsi, la législation française n'exprime des règles juridiques que de façon générale pour couvrir le plus grand nombre d'hypothèses et pallier l'évolution constante de la société. Ce classicisme juridique¹⁶ français qui aspire à une plénitude législative doublée de cohérence se symbolise par la codification. La législation doit prévoir autant que possible les règles afin d'avoir des solutions dans le droit positif à tout problème juridique pouvant se présenter. La généralisation est vue comme le meilleur moyen d'atteindre la revendication de complétude et de cohérence jusqu'à devenir l'outil constitutif de la règle de droit.

En effet, la généralisation aboutissant à un principe général est devenue presque le sommet de la quête du législateur ou de tous intervenants en matière de construction juridique. Elle est considérée comme la finalité à atteindre pour la consécration des règles juridiques. Par exemple, le professeur Jean Carbonnier disait qu'« *il faut partir des faits mais pour s'élever à la construction juridique pour la généralisation* ». Le professeur Jacques Chevallier, lui affirme que « *le droit ne peut remplir en effet la fonction qui lui incombe dans la société, c'est-à-dire être un facteur d'ordre, de sécurité et de stabilité, qu'à condition d'atteindre un certain degré d'abstraction et de généralité et de se présenter comme un ensemble logique et cohérent [...]* »¹⁷.

Ce classicisme juridique différencie même le système juridique français d'autre système juridique comme la *Common Law* où le principe général est qu'il n'y a pas de texte légal ou réglementaire pour résoudre un litige. C'est le juge qui devra par la méthode du « précédent », comparer les faits d'espèce avec les faits décrits dans une jurisprudence antérieure, et en cas d'analogie, rendre une décision dans le même sens, sinon déboute le demandeur. Elle permet de ne pas

¹⁶ Pour aller plus loin : M.-C. BELLEAU, « Les juristes inquiets : classicisme juridique et critique du droit au début du XXe siècle en France », *Les Cahiers de droit*, 1999, 40 (3), pp. 507-544. <https://doi.org/10.7202/043560ar>

¹⁷ J. CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et Société*, 2002, pp. 103-119.

se limiter au cadre restrictif du texte, et de rendre une décision juste au cas par cas.

b. L'uniformisation du régime de la subrogation légale

La substitution à la casuistique d'un principe général apporte un cadre juridique unifié à la subrogation légale. Cette généralisation permet de voir dans son énoncé une simplification par l'uniformisation du champ d'application de la subrogation légale (i) mais également des conditions de celle-ci (ii).

i. L'uniformisation du champ d'application de la subrogation légale

Les cas particuliers de l'ancien article 1251 du code civil avaient pour chacun d'eux un champ d'application bien déterminé qui justifiait leur utilité. Afin de mieux comprendre l'étendu du nouveau domaine de la réforme convient-il, en premier lieu, de faire état des cinq hypothèses du droit antérieur.

D'abord, la subrogation du créancier payant un autre créancier préférable en raison de ses privilèges ou hypothèques (C. civ., anc. art. 1251, 1^o), correspond à la situation où plusieurs créanciers sont enregistrés sur l'un des immeubles appartenant à leur débiteur. Elle évite une vente intempestive par un créancier de rang supérieur dont le prix obtenu ne suffira pas à rembourser les créanciers de rang inférieur. Pour ce faire, le créancier de rang inférieur paiera lui-même le créancier de rang supérieur en échange de la créance privilégiée de ce dernier. Il évitera non seulement le risque de ne rien toucher de la vente, mais pourra également s'attendre à un gain sur une future vente de l'immeuble.

Ensuite, la subrogation de l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué employant le prix au paiement des créanciers hypothécaires (C. civ., anc. art. 1251, 2^o), correspond à l'hypothèse d'un immeuble hypothéqué au profit de plusieurs créanciers qui est vendu à un tiers. La règle vise à protéger l'acheteur qui est tenu en sa qualité d'acquéreur de payer toutes les créances garanties par une hypothèque sur l'immeuble. Il aura tout intérêt à payer directement les créanciers supérieurs pour être au sommet du rang, de sorte qu'en cas de saisie en raison du droit de suite¹⁸ conféré par l'hypothèque, il primera sur les créanciers de rang subséquent sur le prix du bien. En outre, la menace de l'exercice de ses droits privilégiés devrait dissuader les créanciers de rang inférieur d'agir du moment que la vente ne pourra pas désintéresser ces derniers.

Pour la subrogation du solvens tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette (C. civ., anc. 1251, 3^o). Pour le premier cas : « Celui qui

¹⁸ C. civ., art. 2461 : « Les créanciers ayant privilège ou hypothèque inscrits sur un immeuble, le suivent en quelques mains qu'il passe, pour être payés suivant l'ordre de leurs créances ou inscriptions ».

est tenu avec d'autres », il s'agit de la situation où des codébiteurs sont tenus à une obligation solidaire et le créancier peut sommer indifféremment chacun d'eux pour le paiement de la totalité de la dette. Ainsi, celui qui a réglé est subrogé dans les droits du créancier et pourra se retourner contre ses codébiteurs. Pour le deuxième cas : « Celui qui est tenu pour d'autres », on est dans le cadre d'une obligation de garantie, où le garant (par exemple la caution ou le donneur d'aval) qui s'est acquitté de la dette pourra exercer un recours contre le débiteur principal.

En ce qui concerne, la subrogation de l'héritier bénéficiaire qui a payé de ses deniers les dettes de la succession (C. civ., anc. art. 1251, 4°), il s'agit de l'hypothèse où un héritier a accepté une succession sous bénéfice d'inventaire. Certes, l'héritier n'est tenu des dettes de la succession qu'à concurrence de ce qu'il reçoit, mais il peut avoir intérêt à payer les créanciers successoraux avec ses fonds personnels afin de faciliter la liquidation de la succession et d'éviter la vente forcée tout en ayant la possibilité de se faire rembourser auprès des cohéritiers.

Enfin, la subrogation de celui qui a payé de ses deniers les frais funéraires pour le compte de la succession (C. civ., anc. art. 1251, 5°), c'est la situation dans laquelle celui qui a payé les frais funéraires avec ses propres deniers, peut se retourner contre les cohéritiers afin de se faire rembourser.

On avait donc pour chaque cas de subrogation un champ d'application bien déterminé. Ainsi pour pouvoir bénéficier de l'un de ces cas de subrogation, il fallait au préalable déterminer si on entrait dans l'une des situations envisagées par l'article 1251 du code civil. Il y avait sans aucun doute des lacunes dans la mesure où des situations qui auraient normalement pu entrer dans le champ de la subrogation se sont vu exclu l'application car ces dernières ne se calquaient sur aucun des hypothèses limitativement prévues. Alors que le nouvel article 1346 dans son énoncé englobe toutes les situations que l'on a vues dispersées dans les cas particuliers de l'ancien texte et est suffisamment large pour englober les cas qui devaient normalement en bénéficier.

ii. L'uniformisation des conditions de la subrogation légale

La diversité des champs d'application du régime antérieur de la subrogation légale s'accompagnait d'une diversité des conditions de la subrogation légale selon la situation.

Pour le premier cas, la subrogation du créancier payant un autre créancier préférable en raison de ses privilèges ou hypothèques (C. civ., anc. art. 1251, 1°), les conditions tiennent, d'une part, à la qualité de l'auteur du paiement : solvens doit lui-même être créancier, qu'il soit privilégié ou chirographaire importe peu, l'origine des deniers est par ailleurs sans incidence. D'autre part, à la qualité du

créancier reçoit le paiement (l'accipiens) : il s'agit soit d'un créancier hypothécaire ou privilégié de rang quelconque et le solvens est un créancier chirographaire, soit d'un créancier d'un rang préférable et le solvens est lui-même créancier hypothécaire ou privilégié.

Pour la subrogation de l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué employant le prix au paiement des créanciers hypothécaires (C. civ., anc. art. 1251, 2°). On fait face à deux conditions : il faut d'abord que le solvens ait payé un ou plusieurs créanciers hypothécaires. Il faut ensuite qu'il ait effectué ce paiement en qualité d'acquéreur d'un immeuble hypothéqué.

Pour la subrogation de l'héritier acceptant à concurrence de l'actif net qui a payé de ses deniers les dettes de la succession (C. civ., anc. art. 1251, 4°), elle s'applique au paiement des dettes de la succession mais également au paiement des charges de la succession. Quant à l'étendue de la subrogation, elle ne peut jouer que dans la mesure de sa part héréditaire, même s'il a payé la totalité de la dette, sauf en cas de paiement d'une dette indivisible.

Pour la subrogation de celui qui a payé de ses deniers les frais funéraires pour le compte de la succession (C. civ., anc. art. 1251, 5°), elle s'applique à toute personne qui ait acquitté les frais funéraires pour le compte de la succession mais il apparaît nécessaire que ce soit le solvens en personne qui règle la dette.

Enfin, pour la subrogation du solvens tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette (C. civ., anc. art. 1251, 3°). On peut voir quatre conditions : il fallait que le solvens soit obligé à la dette, en qualité de coobligé ou de garant, qu'il soit tenu de la même dette que les autres débiteurs et qu'il ait intérêt de l'acquitter.

Alors qu'il découle de l'article 1346 que la subrogation légale profite désormais à tout solvens dès lors que deux conditions sont réunies : un paiement d'un tiers libérant celui qui doit supporter la charge définitive de la dette, et un intérêt légitime du tiers dans le paiement. Pour la première condition, l'important est de voir s'il y a satisfaction du créancier et libération consécutive du débiteur à son égard et absence de vocation du solvens à supporter définitivement le paiement. La seconde qui tient à l'intérêt légitime du solvens, peut être considérée comme un garde-fou introduit par les auteurs de la réforme en réponse aux craintes que leur projet avait pu faire naître¹⁹.

En définitive, l'ordonnance de 2016 a mis en place un certain perfectionnement de la subrogation légale en simplifiant son régime en vue de son

¹⁹ L. LORVELLEC et F. JACOB, Fasc. 20 : RÉGIME GÉNÉRAL DES OBLIGATIONS. – Paiement avec subrogation. – Subrogation légale , I. - Critères généraux de la subrogation de plein droit, *Juris-Classeur Code civil*, Art. 1346 à 1346-5, 16 février 2018

meilleur fonctionnement. En effet, on est passée d'une subrogation à multiple entrées à une seule entrée.

2. La mise en cohérence du régime de la subrogation légale

La généralisation de la subrogation légale qui se traduit par la mise en place d'un principe général montre une certaine homogénéité de l'institution arborant une certaine cohérence. Cette cohérence sert de remède à l'éclatement du domaine de la subrogation légale (a) mais également de remède aux limites du droit antérieur (b).

a. Un remède à l'éclatement du domaine de la subrogation légale

Le principe général constitue une alternative à la casuistique qui était source d'éclatement (i) du fait de l'élargissement législatif, mais constitue également une manière de synthétiser la très grande œuvre de la jurisprudence (ii).

i. Un éclatement né de l'élargissement légal de la casuistique

À l'origine, les rédacteurs du code civil avaient prévu dans l'article 1251, quatre cas où la subrogation s'opère de plein droit. C'est déjà là une première marque de la faveur législative dans la mesure où la subrogation légale était considérée comme exorbitante du droit commun²⁰. En effet, le paiement censé éteindre la dette la fait subsister au profit du solvens, auteur d'un paiement. Par cette faveur, il va être rajouté dans le code civil un cinquième cas de subrogation : la subrogation joue « *au profit de celui qui a payé de ses deniers les frais funéraires pour le compte de la succession* ». Ce nouveau cas de subrogation légale a été introduit par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, entrée en vigueur le 1er janvier 2007.

Des cas de subrogation de plein droit sont aussi prévus spécialement, dans d'autres textes : l'article L. 121-12 du Code des assurances ; l'article L. 376-1 du Code de la sécurité sociale pour le remboursement des prestations causées par les blessures ou les maladies imputables à des tiers et l'article L. 454-1 du même code concernant les accidents du travail ; l'article 706-11 du Code de procédure pénale en matière d'indemnisation des victimes du dommage résultant d'une infraction ; les articles 28 et suivants de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985, relatifs aux recours des tiers payeurs contre les personnes tenues à réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à la personne lors d'accidents de la circulation.

La casuistique du code civil en elle-même constitue déjà un éparpillement du régime de la subrogation mais son extension par la loi amplifie d'autant plus

²⁰ J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op cit.*, p. 104

cet éclatement. En effet, abstraction faite de certaines particularités prévues dans les textes spéciaux de subrogation légale, le législateur dans un certain nombre de cas aurait pu s'abstenir de prévoir un texte spécial. Dès lors que les subrogations qu'il a expressément prévues dans le code civil auraient aussi lieu de plein droit pour celles prévues dans les textes spéciaux.

La généralisation étant considérée comme la finalité à atteindre pour la consécration des règles juridiques, la casuistique se trouve aujourd'hui frappée d'un évident discrédit. Par exemple, « *une jurisprudence sera qualifiée de 'casuistique' pour signifier qu'elle distingue à l'excès et de façon trop subtile au point de compromettre la sécurité inhérente à la généralité de la règle ou à des critères bien définis de qualification* »²¹.

ii. Un éclatement né de l'élargissement jurisprudentiel de la casuistique

La jurisprudence a donné une extension importante à cette subrogation légale du Code civil du fait de son utilité et de sa fonction d'équité. L'œuvre de la jurisprudence n'a pas été d'une même ampleur pour tous les cas de subrogation de plein droit de l'article 1251 ancien. Le cas de subrogation qui a fait plus l'objet d'une interprétation large est celui qu'envisageait l'article 1251, 3°.

Premièrement, si classiquement la lettre du texte « tenu avec d'autres ou pour d'autres » suppose l'existence d'une seule dette pour plusieurs débiteurs ou coobligés, la jurisprudence va admettre que l'article 1251, 3° peut jouer dans des hypothèses où coexistent plusieurs dettes dont l'une se trouve acquittée²². En guise d'illustration, en matière de responsabilité professionnelle, la Cour de cassation a approuvé le fait pour un notaire négociateur d'un prêt qui avait été jugé partiellement responsable envers le prêteur de l'insuffisance du gage, une fois sa condamnation acquittée, d'exercer un recours subrogatoire contre les emprunteurs. L'écho de cette décision dans plusieurs autres affaires a permis de voir dans l'article 1251, 3° du Code civil ce que le professeur Jacques Mestre qualifiait de mécanisme autonome et très général de subrogation légale.

La jurisprudence a également admis que l'intérêt du solvens d'acquitter la dette résulte de la seule existence de celle-ci, donc sans que le solvens ait payé sur des poursuites ou des menaces de poursuites. Les apports jurisprudentiels ont donc fini par réduire les quatre conditions de l'article 1251, 3° précédemment citées à deux seulement : l'obligation du solvens à la dette et la libération du débiteur par le paiement.

Deuxièmement, ces deux conditions vont encore connaître une faveur de la jurisprudence. La première va subir une très grande atténuation par deux arrêts

²¹ F. ROUVIERE, « Apologie de la casuistique juridique », *Dalloz*, 2017, pp. 118-123

²² Cass. civ., 3 déc. 1888: D. 1890, 1, p. 71.

fondamentaux de 1985. La Cour de cassation a jugé que n'est pas un obstacle à la subrogation légale du solvens le paiement spontané d'une dette qui n'a pas encore été judiciairement constatée. On parle alors d'une dette virtuelle à laquelle manque juste l'exigibilité. La seconde condition va aussi connaître une évolution, la jurisprudence dans nombreux arrêts va admettre que « *celui qui s'acquitte d'une dette personnelle peut prétendre bénéficier de la subrogation s'il a, par son paiement, libéré envers leur créancier commun celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette* »²³.

La généralisation de la subrogation n'est que la conséquence de l'élargissement jurisprudentiel du domaine de l'article 1251, et de la multiplication des cas de subrogation légale dans la législation spéciale. Les élargissements législatifs et jurisprudentiels des cas de subrogation légale de l'ancien droit a conduit à un éclatement du domaine de la subrogation qui produit dans une certaine mesure un éparpillement de la subrogation légale²⁴, de sorte qu'il fallait repenser l'équilibre de l'ensemble.

b. Un remède aux limites de l'ancien droit²⁵

La subrogation légale de l'ancien article 1251 du Code civil supportait deux limites, l'un tenant au bénéficiaire de la subrogation (i) et l'autre tenant à la dette, objet de la subrogation (ii).

i. Les limites tenant à la personne du bénéficiaire de la subrogation légale

S'il est devenu courant que « *celui qui s'acquitte d'une dette qui lui est personnelle peut néanmoins prétendre bénéficier de la subrogation s'il a, par son paiement, libéré envers leur créancier commun ceux sur qui doit peser la charge définitive de la dette* »²⁶, dans le droit antérieur, la subrogation légale, ne jouait pas au profit de celui qui paie une dette personnelle. En d'autres termes, le solvens était nécessairement quelqu'un tenu de la dette mais pas de façon définitive.

Mais l'exclusion originelle de la subrogation du solvens acquittant une dette personnelle, est de nature à empêcher la subrogation dans des hypothèses où elle

²³ Cass. civ. 1re, 28 oct. 2015, n°14-15114

²⁴ D. R. MARTIN et L. ANDREU, « Subrogation personnelle », in L. ANDREU (dir.), *La réforme du régime général du droit des obligations*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2016, 188 pp., pp. 93 et s.

²⁵ *Le Lamy Droit du contrat*, Partie 4 : La loi contractuelle, Titre 1 : détermination des parties et situation des tiers, Chapitre 7 : La circulation du contrat et des obligations contractuelles, Section 1 : La subrogation, 1782 : La définition de la subrogation légale sous l'empire du droit antérieur à l'ordonnance du 10 février 2016 (version avant mise à jour).

²⁶ Depuis l'arrêt : Cass. civ 1re, 23 févr. 1988, n° 85-14.390

était pourtant nécessaire. La question s'est posée pour l'assureur de dommages qui paie à son assuré l'indemnité prévue au contrat d'assurance, une dette dont il est seul tenu. Peut-il invoquer la subrogation légale de l'article 1251, 3°, du code civil pour agir en remboursement contre le responsable tenu à réparation envers la victime ? La Cour de cassation a répondu dans un premier temps par la négative, mais face aux inconvénients de la solution qui libérait le responsable au détriment de l'assureur et entraînait une augmentation considérable des primes, il y a eu un revirement admettant la subrogation du solvens acquittant une dette personnelle.

Il s'agit là d'une solution jurisprudentielle qui fut acclamée comme « *une victoire de l'équité face à une exégèse réductrice de l'ancien droit de la subrogation personnelle* »²⁷. Une nécessité que la réforme de 2016 a su prendre en compte en consacrant la subrogation de plein droit à celui qui paie une dette libérant celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette. L'essentiel est que le paiement effectué par le solvens ne doit pas être à sa charge définitivement.

ii. Les limites tenant à la dette objet de la subrogation légale

La subrogation légale ne s'appliquait pas lorsque le solvens acquitte une dette à laquelle il est étranger. La règle était que la subrogation ne joue que lorsque le solvens ne peut pas se soustraire juridiquement au paiement d'une dette qui ne lui incombe pas définitivement. C'était le cas notamment dans une affaire où un solvens a payé en se croyant à tort responsable²⁸ : en l'espèce la cour a estimé que l'assuré (un docteur), n'avait commis aucune faute, donc son assureur n'était pas tenu et n'avait pas engagé sa responsabilité envers la victime, et ne pouvait être subrogé dans les droits et actions de celle-ci contre la clinique. Ou encore dans une autre affaire où le solvens a payé une dette au-delà du plafond pour lequel il était obligé²⁹ : en l'espèce la Cour de cassation avait condamné la Cour d'appel pour ne pas avoir pris en compte que la dette de l'assureur était limitée, aux termes de la police en vigueur, et qu'elle ne pouvait donc bénéficier de la subrogation légale pour le surplus des sommes qu'elle avait réglées sans y être tenue. Il en est de même pour la subrogation légale de l'assureur de dommages³⁰ dans les droits de la victime contre le responsable, qui ne s'applique pas si l'indemnité n'a pas été payée en application du contrat d'assurance, notamment si elle l'a été en méconnaissance d'une clause d'exclusion de garantie³¹.

²⁷ Cass. civ. 1re, 7 nov. 1995, n° 93-16148, note D. MAZEAUD, *Defrénois*, 15 juin 1996, n° 11, p. 752

²⁸ Cass. Civ. 1re, 10 mai 1989, n° 87-15694

²⁹ Cass. Civ. 1re, 13 nov. 1984, n° 83-13020

³⁰ Art. L. 121-12 du code des assurances

³¹ Cass. Civ. 3e, 16 sept. 2015, n° 14-20276

Ainsi la subrogation légale ne s'appliquait pas dans les situations où l'obligation au paiement faisait défaut. L'idée était qu'il appartenait au solvens de sauvegarder ses intérêts et qu'il n'avait qu'à demander la subrogation conventionnelle afin de se protéger. Mais désormais avec l'article 1346 du Code civil, cette limite a vocation à disparaître puisque le texte n'exige désormais plus que le solvens soit tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, il suffit qu'il justifie d'un intérêt légitime.

La revendication de cohérence est une démarche capitale dans la mesure où une construction juridique cohérente peut être d'un grand atout pour déduire de nouvelles règles en vue de résoudre les obstacles rencontrés dans l'application d'un texte. La réforme avec la généralisation qui consacre la jurisprudence contribue à pallier aux limites de l'ancien Droit et va aussi faire évoluer le régime de la subrogation légale, voire l'amplifier.

B. Une généralisation emportant évolution de la subrogation légale

Dans la généralisation de la subrogation légale, le législateur est allé plus loin en élargissant le domaine de la subrogation légale (1), mais qui reste toutefois encadré par une condition (2). On assiste en quelque sorte à une extension à proportion raisonnable³² de la subrogation de plein droit.

1. L'élargissement du domaine de la subrogation légale

On comprend à lire l'article 1346 que la première condition est relative à la libération par un paiement envers le créancier de celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette. On verra que cette condition emporte une possible multiplication des hypothèses (a) mais également une extension du bénéfice de subrogation légale (b).

a. Une possible multiplication des hypothèses de subrogation de plein droit

La potentialité de cette multiplication se mesure tout d'abord par le dépassement des cas particuliers (i) ainsi que par la liberté dans la formule du texte (ii).

i. Le dépassement des cas particuliers de subrogation légale

L'article 1346 de l'ordonnance de 2016 vient remplacer l'article 1251 ancien et substitue une règle générale aux cas qu'il consacrait. En abolissant la

³² R. BOFFA, « Les clauses relatives aux opérations translatives », *J.C.P. N.* 2016, 1115.

liste exhaustive des anciens cas de subrogation légale, il a élargi le champ d'application de la subrogation légale. Dans la lettre de l'article 1346, on comprend que la subrogation dans les droits du créancier a lieu dans toutes les hypothèses où le paiement réalisé par un tiers libère le débiteur final, dès lors que ce tiers avait un intérêt légitime au paiement.

La formule intègre aussi bien les hypothèses spécifiques figurant dans le code civil avant la réforme de 2016 (aussi bien le cas du 3^o considéré comme général qui admettait la subrogation dans les recours entre codébiteurs à titre principal ou accessoire, que ceux admettant la subrogation du créancier postérieur, payant un autre créancier préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques, la subrogation de l'héritier bénéficiaire qui paye les dettes de la succession ou celle de celui qui a payé les frais funéraires pour le compte de la succession), que celles prévues dans divers textes spéciaux.

La suppression de la casuistique évite de confiner l'application de la subrogation légale aux seules hypothèses antérieurement prévues. Cela va sans aucun doute contribuer à faciliter l'application de la subrogation dans des cas où elle s'avère utile mais qui étaient exclus du domaine ainsi qu'à des nouvelles hypothèses qui pourraient survenir. Comme l'a dit un auteur : « *l'élargissement du domaine d'application de la subrogation légale vise à répondre à la jurisprudence et cela ne signifie sûrement pas la condamner ; c'est la consacrer, voire l'amplifier* »³³.

D'ailleurs, le nouvel article 1346 du Code civil n'exige qu'un paiement libératoire d'un débiteur envers un créancier³⁴. L'important est de voir seulement dans les cas d'espèce qui se présentent si le débiteur a été libéré de ses obligations envers son créancier grâce au paiement effectué par un tiers. L'effet libératoire du paiement peut même n'être que partiel, et la subrogation va s'ajuster en conséquence et n'aura lieu que pour la partie de la dette acquittée.

Pour les cas prévus par des textes spéciaux, leur aspiration par le principe général du code civil permet une certaine coexistence du droit commun et de droits spéciaux qui impliquera pour le solvens de pouvoir choisir le fondement de son action. S'agissant du recours subrogatoire de l'assureur, la jurisprudence admettait de manière constante qu'à côté de la subrogation légale spéciale de l'article L. 121-12 du Code des assurances, il est possible à l'assureur de se fonder sur l'article 1251, 3^o, du Code civil, qui indiquait que la subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter³⁵. La solution devrait être

³³ E. SAVAUX, « Subrogation personnelle », *ibid.*

³⁴ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, Dalloz, 2016, 1094 pp.

³⁵ Cass. civ. 1re, 28 oct. 2015, n°14-15114

maintenue sous l'empire des nouveaux textes et pourraient s'étendre aussi aux autres cas prévus dans les autres textes spéciaux.

En résumé, la formule très large permet d'inclure les cas initialement prévus par le Code civil, ainsi que ceux contenus dans les textes spéciaux et bien d'autres.

ii. La liberté dans la formule de l'article 1346

La formule du texte très large et n'étant pas précise, laisse une très grande place à l'interprétation de la part de la jurisprudence. D'ailleurs, un texte de droit commun non répressif peut toujours faire l'objet d'une interprétation extensive qui consiste à étendre la portée de la disposition à une situation qui n'a pas été expressément prévue. En effet, une règle générale doit être interprétée et appliquée dans toute sa généralité sans découper ses éléments ou ses conditions (« *il ne faut pas distinguer là où la loi ne distingue pas* »)³⁶.

Il est encore difficile de savoir dans quelle mesure cette innovation va influencer les différents domaines du droit. Pour le moment, on ne peut dire quelles seront les situations nouvelles dans lesquelles la subrogation pourra jouer, mais on sait que l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 la libéralise déjà de manière conséquente en exigeant seulement un paiement qui libère un débiteur vis-à-vis d'un créancier.

On peut sans doute déjà voir quelques nouvelles hypothèses, en ce que l'ordonnance de 2016, reprend la jurisprudence antérieure fondée sur l'ancien article 1251, 3°, mais ne fait plus référence au créancier commun. Donc désormais la dette que paie le solvens peut lui être purement personnelle. Ensuite, si l'ancien article 1251-1 prévoyait la subrogation qu'en cas de privilèges ou d'hypothèque, on peut maintenant envisager que la subrogation aura lieu même en présence de sûretés d'autre nature avec la nouvelle disposition.

La seule question qui se pose au juge est donc de savoir quand le paiement d'une dette effectué par le solvens a pour effet d'éteindre celle d'une autre personne en dehors des hypothèses anciennement prévues. L'ordonnance dans sa lettre laisse une marge d'interprétation qui peut s'avérer pratique dans la mesure où la société ne cesse d'évoluer et que l'on pourrait sans doute avoir d'autres hypothèses où la subrogation pourrait s'avérer utile. Ce texte est donc non seulement consacrant mais également préventif. Il laisse une grande marge à l'utilisation pratique de la subrogation.

³⁶ J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, spéc. p. 269, n° 154.

b. Une extension du bénéfice de la subrogation légale

Le dépassement des hypothèses spécifiques anciennement prévues produit également une extension du bénéfice de la subrogation légale(i). Cette extension s'amplifie avec la suppression de la condition de l'obligation à la dette pour le solvens (ii).

i. Une répercussion de l'élargissement des hypothèses

En dépassant les hypothèses spécifiques figurant aujourd'hui dans le code civil ainsi que dans divers textes spéciaux, le bénéfice de la subrogation légale est généralisé. Avec un champ d'application encore plus élargie le bénéfice de la subrogation légale est ainsi généralisé à toute personne qui, y ayant un intérêt légitime, libère par son paiement celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette.

Par exemple, en droit des sociétés, l'extension du champ de la subrogation légale pourrait avoir un impact dans le cadre d'une société civile où les associés sont tenus conjointement des dettes sociales. S'il a toujours été admis qu'en vertu l'article 1251-3° du code civil, l'associé qui a payé une dette de la société, même dans la limite de sa participation au capital était subrogé dans les droits du créancier social désintéressé pour les exercer contre la société, un arrêt très critiqué de 2012 a changé la donne. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a décidé que « *les associés ne pouvaient se prévaloir de l'obligation aux dettes sociales instituée au seul profit des tiers par l'article 1857 du code civil* »³⁷. Même si souvent l'état financier de la société ne permettait pas un recours effectif à ce mécanisme, sa suppression engendrait des conséquences désastreuses. Une proposition avait été pensée en ce que l'associé puisse, en cas d'échec d'une action préalable contre la société, entamer un recours à l'encontre des coassociés. Dès lors, il ne se présente pas en qualité d'associé mais en même qualité qu'un tiers créancier de la société.

Dans l'attente d'un revirement, ne pourrait-on pas imaginer que la nouvelle portée de l'article 1346 puisse octroyer le bénéfice de la subrogation à l'associé solvens en considérant que cet arrêt ne s'applique pas quand un associé agit contre ses coassociés en vertu d'une subrogation dans les droits d'un créancier social qu'il a désintéressé³⁸.

³⁷ Cass. Com., 3 mai 2012, n° 11-14844

³⁸ A. LECOURT, « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit des sociétés : aspects théoriques et pratiques », *RTD Com.*, 2016, p. 767

ii. La suppression de la condition d'obligation à la dette du solvens

Déjà il ne restait plus que deux conditions à la subrogation légale : que le solvens soit obligé à la dette à l'égard de l'accipiens et que par son paiement il libère celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette. Mais l'article 1346 va au-delà en supprimant la première de ces deux conditions qui avait elle-même déjà fait l'objet d'un certain assouplissement³⁹. Il importe peu désormais que le payeur soit ou non obligé à l'égard de l'accipiens. Selon le professeur Éric Savaux : « *le texte renverse donc le principe classique selon lequel il ne suffit pas que le paiement soit effectué par un tiers pour qu'il donne lieu à subrogation* »⁴⁰.

Le projet d'ordonnance de mars 2015 qui supprimait radicalement cette première condition, avait subi les critiques de nombreux auteurs, par exemple pour le professeur Philippe Stoffel-Munck : « *suffira-t-il que le solvens obtienne les coordonnées bancaires d'un créancier, vire des fonds à son crédit en imputant ce versement sur une créance du bénéficiaire pour s'en prétendre désormais titulaire ? Ce transfert, par le seul effet de la loi, ne va-t-il pas permettre d'interférer à bon compte dans les affaires d'autrui, de tourner des clauses d'agrément à cession, etc.?* »⁴¹. L'ordonnance de 2016 pour pallier ces critiques rajoute une condition : l'exigence d'un intérêt légitime au paiement.

En effet, l'article 1324 du projet prévoyait en ces termes que « *la subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette* ». Alors que l'article 1346 de la réforme consacre une règle générale mais avec une nouvelle condition : « *La subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette* ».

En tout cas l'obligation à la dette n'est plus et la subrogation légale s'ouvre à toute personne qui n'était pas elle-même débitrice du créancier (accipiens), du moment qu'il justifie d'un intérêt légitime à le faire.

³⁹ E. SAVAUX, « Subrogation personnelle », *ibid.*, n° 79.

⁴⁰ E. SAVAUX, « Le paiement avec subrogation », in L. ANDREU – V. FORTI (dir.), *Le nouveau régime général des obligations*, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 2016, pp. 141 et s.

⁴¹ Ph. STOFFEL-MUNCK, « La subrogation : tenons compte de la volonté du créancier », *Droit et patrimoine*, n° 249, 1^{er} juillet 2015.

2. Une extension pourtant conditionnée

Il s'agit ici de l'exigence d'un intérêt légitime au paiement (a) qui reste une notion sujette à interprétation (b).

a. L'exigence d'un intérêt légitime

On verra ici que la référence à l'intérêt légitime qui n'est pas une condition si nouvelle que ça (i) est un rajout très opportun (ii).

i. L'intérêt légitime : une condition pas si nouvelle

Avec la lettre de l'article 1346, on comprend que le solvens doit avoir un intérêt légitime à faire un paiement. Le solvens n'est donc plus nécessairement une personne tenue de la dette (autrement dit que le créancier puisse exiger un paiement de sa part) mais doit avoir un intérêt légitime à acquitter la dette. Dans l'intention des rédacteurs, il s'agit de l'intérêt au paiement et non de l'intérêt à la subrogation comme l'ont pensé certains auteurs⁴². Comme on l'a vu, cette seconde condition a été prise face aux craintes de nombreux auteurs sur la trop grande liberté du texte du projet qui stipulait que tout paiement allait être subrogatoire.

Le professeur Jacques Mestre y faisait déjà référence⁴³, en expliquant que c'est l'intérêt au paiement qui va justifier la subrogation légale au profit de celui qui effectue le paiement d'une dette étrangère, c'est-à-dire une personne non tenue au paiement d'une dette (comme le cas du créancier postérieur de l'ancien art. 1251-1^o), mais également au profit de celui qui acquitte sa propre dette (comme l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué de l'ancien art. 1251, 2^o). Il ajoute que l'intérêt au paiement constituait également pour chaque cas du droit antérieur le critère de détermination des conditions de la subrogation légale. Ce qui explique l'analyse de certains auteurs comme quoi la nouveauté de cette condition est toute relative et qu'il ne s'agit que de la renaissance d'une condition originelle tombée en désuétude jurisprudentielle⁴⁴.

En effet, l'ancien article 1251, 3^o, exigeait expressément que le solvens ait un intérêt à acquitter la dette. L'intérêt au paiement du solvens a été jugée satisfait dès lors qu'il est tenu au paiement de la dette avec d'autres ou pour d'autre. Avec la grande extension du domaine de la subrogation légale par l'article 1346, admettant la subrogation au solvens qui paie une dette sans y être obligé, la question de la raison d'être du paiement se repose légitimement.

⁴² M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations », *L.P.A.*, 2016, n° 91, p. 10.

⁴³ J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, pp. 104-147.

⁴⁴ E. SAVAUX, « Subrogation personnelle », *ibid.*, n°75

ii. La référence opportune à l'intérêt légitime

L'intérêt légitime répond aux nombreuses critiques sur la trop grande extension⁴⁵ de la subrogation légale. On peut voir deux fonctions cumulables de l'intérêt légitime.

La première fonction de l'intérêt légitime du solvens est de servir de garde-fou⁴⁶ aux éventuels abus des personnes mal intentionnées. En effet, selon le rapport au président de la République « *l'exigence d'un intérêt légitime au paiement permet néanmoins d'encadrer la subrogation légale et d'éviter qu'un tiers totalement étranger à la dette et qui serait mal intentionné (dans des relations de concurrence par exemple) puisse bénéficier de la subrogation légale* ». Ce tiers en raison de l'illégitimité de ses intentions et qui par la suite pourrait se servir de la subrogation légale comme arme contre le débiteur ne peut bénéficier de cette institution dont la finalité réside dans l'équité.

Selon certains auteurs, « *l'intérêt légitime serait conçu comme un obstacle à une utilisation abusive des règles de la subrogation légale. Bienfait dispensé par le législateur par faveur envers celui qui s'acquitte de la dette d'un tiers, elle ne devrait pas devenir un mécanisme entraînant des comportements litigieux* »⁴⁷. L'intérêt légitime évite ainsi l'instrumentalisation par un tiers de la subrogation pour des actes dans lesquels les intentions pourraient être illégitimes ou illégales. Il ne faudrait pas, en effet, que ce tiers puisse utiliser la subrogation comme moyen d'ingérence ou de nuisance dans les affaires du débiteur en l'actionnant en paiement. Dès lors, l'exigence de l'intérêt légitime au paiement de la dette pour pouvoir bénéficier de la subrogation légale n'est pas sans importance car il constitue un moyen de protection du débiteur.

La seconde fonction qui est objective consiste à réserver le bénéfice de la subrogation légale au solvens qui mérite objectivement cet octroi automatique en raison de la nécessité de son paiement. L'intérêt légitime deviendrait ainsi le motif d'octroi de la subrogation légale commun à tous les cas où le solvens mérite objectivement par l'utilité de son paiement d'en profiter.

b. L'intérêt légitime : une notion sujette à interprétation

Au demeurant, pour la subrogation légale de l'article 1346, il reste à déterminer comment doit s'apprécier l'intérêt légitime au paiement. On va voir

⁴⁵ Voir en ce sens Ph. STOFFEL-MUNCK, « La subrogation : tenons compte volonté du créancier », *ibid.*, p. 55 ; et R. BOFFA, « Les opérations translatives dans le projet d'ordonnance », *Gaz. Pal.*, 4 juin 2015, p. 8.

⁴⁶ E. SAVAUX, Subrogation personnelle, *ibid.*

⁴⁷ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil, op. cit.*, n° 992.

que cette interprétation présente une partie déjà accomplie par la jurisprudence(i) et une partie à découvrir (ii).

i. Une interprétation en partie accomplie par la jurisprudence antérieure

Selon le rapport fait au président de la République, le nouveau critère de l'intérêt légitime « *répond à la jurisprudence actuelle, très libérale dans son interprétation des textes* ». Il faut donc pour comprendre ce qu'est un « intérêt légitime » et ce qui ne l'est, se référer à la jurisprudence de l'ancienne liste de l'article 1251.

D'abord, dans les hypothèses où le solvens était juridiquement obligé, il y avait dans le paiement la présomption d'un intérêt légitime. Par exemple, pour les cas de subrogation de l'ancien article 1251, 3° du Code civil, c'est l'obligation qui fait l'intérêt légitime. En effet, qu'il soit tenu pour un autre ou avec un autre, le solvens a toujours intérêt à acquitter sa dette. L'ancien article 1251, 3° du Code civil faisait bien apparaître le rattachement entre l'obligation à la dette (« *étant tenu pour d'autres ou avec d'autres au paiement de la dette* ») et l'intérêt au paiement (« *avait intérêt de l'acquitter* »). Ainsi, la jurisprudence a toujours admis que l'obligation à la dette implique toujours l'intérêt de l'acquitter. Pour le cas de subrogation de l'ancien article 1251, 2° du Code civil, l'intérêt légitime de l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué au paiement du créancier hypothécaire réside également dans son obligation à la dette. En effet, l'existence du droit de suite que l'article 2461 du Code civil reconnaît à ce créancier fait de l'acquéreur en sa qualité de détenteur de l'immeuble, un obligé à la dette. Pour les cas de l'ancien article 1251, 1°, le fait que le solvens était lui-même créancier du débiteur, justifie sans doute un intérêt légitime au paiement.

À la lumière de la jurisprudence, on peut citer des cas où l'absence d'obligation a justifié l'absence d'intérêt légitime : le cas de celui qui paie par erreur ou de celui qui a payé dans une intention libérale.

Mais un intérêt légitime peut exister aussi dans les autres cas, où il n'existe aucune obligation juridique au paiement. L'exigence de l'intérêt s'avère d'autant plus utile ici dans la mesure où on se demande plus pourquoi le solvens non tenu aurait acquitté une dette. Les parties doivent se munir de preuves solides car une absence de légitimité de l'intérêt suffira à empêcher l'octroi de la subrogation.

Ensuite, pour les cas de subrogation légale des textes spéciaux, comme l'a relevé un auteur⁴⁸ ce sont les considérations d'intérêt général plus que la simple

⁴⁸ M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *ibid.*

équité qui justifient l'octroi de la subrogation aux différents solvens de ces textes. L'intérêt légitime va donc s'apparenter à la nécessité dictée par l'intérêt général.

ii. Une interprétation en partie à découvrir

Malgré les pistes déjà donnés par la jurisprudence antérieure, le fait que cette notion ne soit pas vraiment définie présente en quelque sorte encore une possible extension du champ de la subrogation. La définition reste sujette à interprétation et sera dans certains cas très factuelle. La jurisprudence sera sans doute très féconde dans la détermination de ce que l'on entend par intérêt légitime.

Comme le font certains auteurs⁴⁹ qui interprètent l'intérêt légitime à partir des fonctions qu'il peut remplir, si l'on se place dans la fonction objective de la subrogation légale qui consiste à réserver la subrogation à ceux qui méritent une situation privilégiée en raison de la nécessité ou de l'utilité du paiement, ce que l'on a dit dans le premier paragraphe n'est vrai que si l'on se place dans une interprétation souple de la notion d'intérêt légitime en l'associant à un simple intérêt moral au paiement.

Au contraire, on risque de voir un cantonnement au régime antérieur voire une réduction du domaine de la subrogation légale si on adopte une interprétation stricte qui associe la légitimité de l'intérêt à l'exigence d'une obligation juridique de payer. Cette dernière option semble juste de facilité pour éviter la subjectivité causée par les appréciations de l'intérêt moral, impliquant la notion de mauvaise foi ou de fraude. On considérera que seule l'obligation au paiement justifie un intérêt légitime au paiement, et donc la subrogation ne pourra profiter qu'au solvens qui était obligé de payer la dette.

Compte tenu de la généralité du texte, l'interprétation qui semblerait cohérente à cette condition serait celle de juste tempérer les abus éventuels afin d'éviter qu'un bienfait de la loi ne dégénère en outil de mauvaise foi⁵⁰.

Quoi qu'il en soit, on se demande si l'adoption de cette condition ne risque pas de restreindre le domaine de la subrogation légale dans la mesure où l'exigence de l'intérêt légitime se trouve généralisé à tous les cas et non seulement à un seul cas comme auparavant (art.1251, 3°) et l'absence de définition ou de délimitation de cette condition ne présente-t-elle pas un fossé qui pourrait

⁴⁹ O. DESHAYES – T. GENICON – Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Paris, LexisNexis, 2016, p. 751.

⁵⁰ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil, op. cit.*, n° 992

fragiliser la disposition. Certains auteurs présentent⁵¹ que l'adage « *fraus omnia corrumpit* » aurait peut-être suffi à éviter les abus tant redoutés.

II. La généralisation de la subrogation légale : une systématisation entourée d'incertitudes

Certes l'article 1346 de la réforme, en ces termes rend plus homogène et fait évoluer le régime de la subrogation légale, cependant la formule du texte reste empreinte de nombreuses incertitudes quant à son application.

Pourquoi une généralisation ? La généralisation n'est pas une fin en soi, ça permet une présentation globale certes, mais que faire après la généralisation ? En effet, « *la règle (de droit) n'est pas une chose mentale qui existerait dans l'esprit, mais un objet social qui n'existe que dans ses applications* »⁵². Donc le droit doit prendre en compte la conjonction de sa lettre avec son application.

En ce sens, dans cette partie il sera plus question de l'analyse de l'application de l'article sur la généralisation de la subrogation légale, c'est-à-dire comment la règle est appréhendée dans sa pratique. Cela nous emmène à voir les éventuelles incertitudes ou indéterminations dans son application par rapport à son énoncé, mais également sa capacité à exister en harmonie avec le droit positif déjà en place.

Pour essayer de répondre à toutes les questions qui vient d'être posées, nous verrons dans un premier temps les incertitudes quant à l'application en général de ce texte (A) et dans un second temps les incertitudes concernant la coexistence avec certaines institutions (B).

A. Les incertitudes quant à l'application du texte en général

Il s'agit ici de voir les incertitudes quant à la formule du texte (1) et le constat face à ces incertitudes formelles (2).

⁵¹ N. DISSAUX – C. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Paris, Dalloz, coll. « Codes Dalloz », 2016, 274 pp.

⁵² B. DUPRET, « Le général et le particulier. Perspective analytique et praxéologique sur la règle de droit », *Tracés. Revue de Sciences humaines* [En ligne], 34 | 2018, mis en ligne le 02 juillet 2018.

1. Les incertitudes quant à la formule du texte

On constate que les incertitudes sur les nouvelles frontières de la subrogation légale (a) ont tendance à nous emmener à recourir à l'ancienne casuistique (b) pour comprendre l'application de cette généralisation.

a. Les incertitudes sur les nouvelles frontières de la subrogation légale

Les incertitudes sur l'étendue du nouveau champ d'application de la subrogation légale se manifestent par le flou dans l'intention du législateur (i) et dans l'incertitude des conditions nouvellement retenues (ii).

i. Un flou dans l'intention du législateur

Le nouvel article 1346 du code civil, rappelons-le, prévoit que « *la subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime paie, dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette* ». La formule du texte va provoquer de nombreuses critiques et un certain débat chez les auteurs.

Selon le professeur Marc Mignot, « *la lisibilité du droit n'est ici que mirage* ». Il pense que la formule est non seulement incomplète mais tautologique. Pour lui la ratio legis qui suppose la mention séparée de ses conditions et de ses effets n'est pas entièrement respecté dans la règle générale de l'article 1346. De son point de vue, la règle présente parmi ses conditions son principal effet : en ce que le solvens est subrogé si son paiement libère d'autres personnes, alors que la libération est due à la subrogation et non au paiement car justement le paiement effectué par un débiteur de sa propre dette n'est pas subrogatoire. Pour lui le solvens est subrogé parce qu'il y a subrogation et la raison de cette subrogation n'est ni définie ni définissable⁵³.

Selon le professeur Éric Savaux, « *la formule n'est pas précise* ». On ne sait pas selon lui s'il s'agissait seulement de consacrer la jurisprudence antérieure ou de l'amplifier, et au-delà de l'intention du législateur, qui n'est pas si claire, quelles sont les ressources de la nouvelle subrogation légale. De son point de vue, le droit ne gagne pas en « lisibilité » et en « prévisibilité », qui constituent pourtant des objectifs majeurs de la réforme.

Mais pour lui la critique du professeur Marc Mignot selon laquelle « *le texte place à tort le principal effet de la subrogation parmi ses conditions* » n'est pas fondée, car ce n'est pas la subrogation qui libère le débiteur, mais le paiement lui-même. Pour lui l'article 1346 n'inverse pas l'ordre des facteurs et la question

⁵³ M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations », *ibid.*, p. 10

fondamentale est de savoir pour quelles raisons la loi décide de transmettre au solvens les droits du créancier désintéressé⁵⁴.

Les deux sont d'accord pour dire que tout dépendra de l'interprétation du juge. Le premier explique que « *la casuistique ne sera plus légale mais jurisprudentielle et doctrinale. Il faudra s'en remettre à la jurisprudence antérieure et aux différents cas qu'elle avait dégagés* ». Et le second que « *tout dépend de l'interprétation du nouvel article 1346 et des applications que les juges en feront. Il est donc difficile de savoir dans quelle mesure cette « réforme majeure » provoquera, ou pas, un changement du droit positif [...]* ».

ii. Une incertitude dans les conditions de la subrogation légale

Comme on l'a vu, il découle de l'article 1346 deux conditions qui posent toutes deux des interrogations. La première sur la libération du débiteur définitif par un paiement effectué par un tiers. Même si elle reste une constante de l'ancien régime, il est quand même difficile de savoir si elle est remplie dès que l'on s'éloigne des cas spéciaux de subrogation de l'ancienne casuistique. Une interrogation plane sur le fait de savoir quand le paiement d'une dette par le solvens qui libère le débiteur définitif peut lui ouvrir le bénéfice de la subrogation. Est-ce que cet article s'applique à n'importe quel paiement sous réserve bien sûr de ceux qui ont été antérieurement exclus (paiement sur intention libérale ou paiement par erreur).

Pour la deuxième condition, l'intérêt légitime, qui certes s'avère nécessaire pour éviter que le bienfait de la subrogation légale ne dégénère en abus, il y a tout de même des doutes sur le fait qu'il puisse atteindre son but car tout dépendra des interprétations de la jurisprudence. Si l'absence de définition de cette notion laissait comme on l'a vu une certaine liberté d'extension vers de nouvelles hypothèses, elle n'est pas pour autant sans risque. Il peut même être source d'insécurité juridique dans la mesure où son interprétation risque d'introduire de la subjectivité et de l'incertitude dans la subrogation légale.

Quand est-ce que l'intérêt au paiement est-il légitime ? Par exemple, prendre le contrôle d'un concurrent est-il toujours illégitime qu'il se fasse directement ou indirectement⁵⁵ ? L'ordonnance en ne donnant pas une définition laisse un flou et une ouverture à la subjectivité dans les conditions de la subrogation légale. Globalement, la rénovation de la subrogation légale n'offre donc pas la prévisibilité et la sécurité recherchées.

⁵⁴ E. SAVAUX, « Subrogation personnelle », *ibid.*

⁵⁵ E. SAVAUX, « Le paiement avec subrogation », *ibid.*

b. L'inévitable recours à l'ancienne casuistique pour l'appréhension de la subrogation légale⁵⁶

En effet, ces incertitudes qui grèvent la nouvelle règle conduit à chaque étude de la subrogation légale à recourir à l'ancienne casuistique pour savoir à quoi (i) et à qui (ii) la règle s'applique.

i. Une lumière sur les hypothèses de subrogation légale

Avec la seule formule de l'article 1346, on ne peut pas savoir tout de suite les hypothèses auxquelles celui-ci doit s'appliquer. Il est évident que le guide fourni par l'ancien article 1251 du Code civil permet de cerner au mieux les différents cas de subrogation légale. D'ailleurs, les différents auteurs qui traitent de la subrogation légale passe nécessairement par un aperçu du droit antérieur.

La subrogation légale avec la réforme a lieu dans les cas où le paiement d'un tiers, ayant un intérêt légitime, libère le débiteur final d'une dette. Mais quels sont ces cas où le paiement d'un autre libère le débiteur définitif ? Et qu'est-ce qu'on doit entendre par un intérêt légitime ? Alors qu'avec l'ancienne casuistique on avait déjà en quelque sorte un point de départ pour apprécier s'il y a lieu ou non à l'application de la subrogation légale. D'ailleurs, la jurisprudence très féconde de l'ancien article participe également à la compréhension de la nouvelle disposition.

Sur la base de l'ancien article 1251, on peut par exemple classer les cas de subrogation légale en deux catégories. Dans le premier on peut voir les cas où le solvens était lui-même tenu au paiement de la dette, en tout ou en partie. Il s'agit notamment des cas où il existait une obligation à la dette sur la base d'une obligation de garantie, d'une obligation solidaire ou d'une obligation in solidum. Le solvens était donc soit un débiteur, un codébiteur ou un garant ou une caution à la dette. On comprend cela à la lecture de l'alinéa 2° : « *Au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué* », donc où le solvens était lui-même tenu de la dette au titre de l'hypothèque. Mais là où cette première catégorie présente le plus d'application c'est dans l'alinéa 3° : « *Au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter* ».

Dans la seconde catégorie se trouve les cas dans lesquels le solvens n'était pas tenu au paiement de la dette. Il s'agit des autres cas où aucune obligation ne pèse sur le solvens mais qui présentent pour lui un intérêt de faire le paiement, notamment pour éviter une situation désavantageuse. C'est le cas prévu dans

⁵⁶ Pour aller plus loin, voir L. LORVELLEC – F. JACOB, « Art. 1346 à 1346-5 », *ibid.*

l'alinéa 1° : « *Au profit de celui qui étant lui-même créancier paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques* », il s'agit pour le solvens qui lui-même est créancier d'éviter une vente inopportune à l'initiative d'un créancier qui lui est supérieur. Il en est de même de l'alinéa 4° : « *Au profit de l'héritier acceptant à concurrence de l'actif net qui a payé de ses deniers les dettes de la succession* », où un héritier n'étant tenu que d'une partie de la dette de la succession dans la limite des biens qu'il reçoit, a cependant, intérêt à payer le tout pour éviter une vente forcée du bien par les créanciers successoraux. Ainsi que l'alinéa 5° : « *Au profit de celui qui a payé de ses deniers les frais funéraires pour le compte de la succession* » où le solvens n'est en général pas tenu des frais funéraires.

En ce qui concerne l'intérêt légitime, la jurisprudence dans son application de l'ancien article 1251, 3° du Code civil avait déjà admis que l'obligation à la dette emportait déjà un intérêt légitime à son paiement. Certes, cette notion pourra avoir d'autre nature mais cela constitue déjà un acquis que l'on peut exploiter dans l'application de la nouvelle règle.

ii. Une lumière sur les bénéficiaires de la subrogation légale

Nous allons maintenant voir que même pour prendre connaissance des bénéficiaires de la subrogation légale, il faut également s'appuyer sur l'ancienne casuistique ainsi que leurs applications jurisprudentielles. Même si l'article 1346 dispose que la subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, libère par son paiement un débiteur définitif, cela ne dit pas non plus clairement à qui va profiter concrètement cette institution.

Grâce à l'analyse de l'ancien article 1251 et de l'interprétation extensive que la jurisprudence en a fait, on peut affirmer que les bénéficiaires de la subrogation légale avec la nouvelle réforme seront à peu près les mêmes qu'avant. La subrogation bénéficie ainsi d'abord à celui qui a payé alors qu'il était tenu pour d'autres. Il s'agit en quelque sorte d'une subrogation suite à la mise en œuvre d'une obligation au paiement de façon provisoire mais pas définitive. Est tenu pour d'autres, la caution qui peut être amenée à payer à la place du débiteur principal (C. civ., art. 2306) et, en matière cambiaire, le donneur d'aval. C'est le cas également de l'assureur de dommage qui se trouve subrogé dans les droits de l'assuré. Ou encore du notaire qui trouve sa responsabilité personnelle engagée envers son client en raison d'actes effectués. À ce type de subrogation, la jurisprudence a défini qu'une obligation virtuelle au paiement peut suffire à constituer l'intérêt légitime du solvens⁵⁷. En l'espèce, au visa de l'article 1251, 3° du Code civil, la Cour de cassation avait jugé que le paiement spontané et anticipé

⁵⁷ Cass. civ. 1re, 2 oct. 1985, n° 84-13.947

d'une dette que le solvens n'était pas encore contraint de payer n'empêchait pas la subrogation légale.

La subrogation bénéficie ensuite à celui qui a payé alors qu'il était tenu avec d'autres. La différence avec le premier réside dans le fait qu'ici le solvens fait partie de ceux sur qui la charge définitive de la dette pèse. Il s'agit notamment du codébiteur solidaire, ou du débiteur in solidum tenu avec d'autres et qui se trouve subrogé aux droits du créancier par le paiement de la dette commune.

Par ailleurs, la subrogation bénéficie à l'acquéreur d'un bien grevé d'une sûreté réelle. C'est l'exemple de l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué qui a un intérêt à payer le créancier hypothécaire afin de profiter du bénéfice de l'article 1346 nouveau du Code civil.

Mais la subrogation peut opérer aussi au profit d'un solvens qui n'était tenu en aucune manière au paiement, mais qui aura eu intérêt à le faire, par exemple pour des raisons d'ordre économique ou moral, notamment pour éviter des saisies et ventes inopportunes. Il s'agit des bénéficiaires à l'ancien article 1251, 1°, 4° et 5° : le créancier qui en paie un autre, titulaire d'un rang ou droit préférentiel, l'héritier acceptant la succession à concurrence de l'actif net et le solvens de frais funéraires.

Le recours aux anciens cas aide à voir comment on peut étendre la subrogation à d'autres cas grâce à une analogie ou bien une interprétation extensive. Tous ces cas semblent pouvoir avec la généralité de la lettre de la réforme s'élargir à des hypothèses périphériques. Par exemple, par un travail de comparaison, l'intérêt de celui qui paie un créancier qui lui est supérieur peut exister chez celui qui paie un créancier autre quoiqu'il ne lui soit pas forcément supérieur.

2. Le constat face aux incertitudes entourant le texte

La généralité de l'article 1346 du code civil, pose de nombreuses incertitudes que l'on se demande si la généralisation est plus opportune pour la subrogation qu'une casuistique (a) et quelles sont les propositions pour pallier ces incertitudes (b).

a. La subrogation légale : la généralisation ou la casuistique ?

On assiste avec cette réforme à la crainte de la confirmation des critiques classiques de la généralisation (i) qui donne une idée de l'importance de la casuistique (ii).

i. La crainte des critiques classiques de la généralisation

Concrètement, la généralisation se réalise par la technique de l'induction. « *Le raisonnement inductif permet d'étendre par généralisation une règle qu'on aura établie dans quelques cas seulement, alors que le raisonnement déductif (ou syllogisme) permet de passer de la règle générale à son application dans un cas particulier* »⁵⁸. La généralisation, devenue une habitude des juristes, se fait par la technique de l'induction mais ça ne s'arrête pas là. Par ce que l'on appelle « raisonnement logico-déductif », l'induction va être suivie d'une déduction logique : à partir des principes généraux qui se présentent, on va déduire des conséquences pratiques.

La généralisation a été critiquée par de nombreux auteurs car elle a ses limites. Certains ont soutenu que la généralisation conduit à l'invalidité des propositions générales parce que le raisonnement conduit à une compréhension partielle de la réalité. Par exemple, François Gény avait apporté une critique sur la généralisation en dénonçant dans la généralisation une « *intellectualisme juridique* ». Pour lui généraliser c'est fragmenter, c'est-à-dire chercher à simplifier et à oublier la complexité de la réalité sociale.

En effet, la généralisation comme toute systématisation conduit toujours à une simplification de la réalité qui provoque une réduction certaine de la complexité. En partant des faits et en généralisant on oublie une grande partie de la réalité, on simplifie les choses. On verra dès lors qu'une généralisation disproportionnée risque de ne pas avoir de réel intérêt théorique dans la mesure où elle ne se suffit pas à son application.

Alors comme on l'a vu pour cette généralisation de la subrogation légale on est dans le flou quant à la déduction si on ne se réfère pas au droit positif antérieur. La seule lecture de ce texte sans se référer au droit positif antérieur dénote une certaine insuffisance voire une incompréhension de celui-ci.

On se demande également si la généralisation ne serait-elle pas d'une certaine manière contraire à la méthode empirique logique qui constitue la méthode la plus acceptée et prônée par les juristes. Cette méthode fondée sur le positivisme née de la rencontre du rationalisme et de l'empirisme et dont le but est d'atteindre un très haut degré de certitude et d'objectivité dans l'élaboration de la connaissance.

⁵⁸ M. CUMYN – M. SAMSON, « La méthodologie juridique en quête d'identité », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013/2 (Volume 71), pp. 1-42

ii. Une idée de l'importance de la casuistique

Même si on a supprimé la casuistique dans ce cas particulier de la généralisation de la subrogation légale, elle n'a pas complètement disparu. Selon le rapport au président de la République évoqué plus haut, cette règle générale « *répond à la jurisprudence actuelle, très libérale dans son interprétation des textes* ». Ce qui confirme que le droit antérieur reste conservé et que même si la nouvelle disposition peut avoir un domaine plus élargi, la casuistique de l'ancien article 1251, ainsi que la jurisprudence engendrée par son application demeurent. On voit une certaine résistance de la casuistique en ce que la règle générale ne peut être vraiment appréhendée qu'à l'appui des anciens cas et des jurisprudences qui sont nées de ces dernières.

On arrive avec cette réforme à reconsidérer l'idée de la casuistique juridique qui est aujourd'hui de plus en plus délaissée au profit de la généralisation. Alors que comme le démontre si bien un auteur, « *la casuistique est une clé de compréhension du raisonnement juridique et est une véritable théorie de la pratique juridique* »⁵⁹.

On se demande pourquoi une telle condamnation de la casuistique alors que la casuistique permet d'avoir une analyse de la situation qui se rapproche le plus possible de la réalité. Est-ce qu'on est devenu plus attaché à avoir une solution plus facile à contenir et à retenir à portée de main pour résoudre les problèmes qui peuvent se présenter ? Serait-ce parce qu'on a mal compris ce qu'est la casuistique comme un simple raisonnement au cas par cas ? Alors que, « *la casuistique juridique bien comprise vise à traiter les cas semblables de façon identique et les cas différents de façon différente ce qui est la formulation même de la règle de justice* »⁶⁰.

b. Les propositions pour pallier ces incertitudes

Face à ces incertitudes, on peut avoir deux positions : soit s'en remettre au fondement même de la subrogation : l'équité (i), soit penser à une autre présentation de l'institution (ii).

i. L'attachement au fondement de la subrogation : l'équité

Dans ses origines, la subrogation personnelle a été jugée contraire à l'effet normal du paiement dans la mesure où le paiement effectué par le tiers n'éteint pas la dette du débiteur mais la laisse subsister au profit du solvens. Il a été admis que seule l'équité commande que l'auteur de ce paiement soit substitué aux droits

⁵⁹ F. ROUVIERE, « Apologie de la casuistique juridique », *ibid.*

⁶⁰ *Idem.*

du créancier. On peut sans doute affirmer qu'en matière de subrogation légale cet impératif d'équité est plus marqué. En effet, l'équité fait profiter de plein droit la subrogation légale sans formalité de validité, contrairement à une subrogation conventionnelle qui peut être soumise à une quittance subrogative ou d'autres conditions prévues dans la convention des parties.

Dans son application, on pourrait sans doute éviter une certaine dérive de cette institution si l'on se place toujours dans l'impératif d'équité qui constitue son fondement même. Le traitement équitable consiste à faire bénéficier la subrogation au tiers qui s'est acquitté d'une dette dans un intérêt légitime et qui n'avait en aucun cas l'intention d'agir dans une intention libérale mais celle de se faire rembourser. Ainsi le solvens pourra bénéficier des droits dont le créancier désintéressé bénéficiait contre le débiteur.

Le but de la subrogation légale est donc de faire en sorte que les intérêts de tous les intervenants ne nuisent pas à ceux du tiers agissant dans un intérêt légitime. La subrogation légale doit donc être un « *instrument de justice* »⁶¹. Naturellement, cette notion d'équité sera le point culminant qui déterminera l'octroi ou le refus de la subrogation légale.

D'ailleurs, les raisons d'équité qui peuvent avoir différentes formes ont toujours justifié l'extension jurisprudentielle des cas de subrogation légale. Par exemple cette idée d'équité, a permis une certaine mise en proportion de la dette avec la responsabilité du tiers⁶². Les autres dispositions sur les effets de la subrogation personnelle en général répondent d'ailleurs aussi à ce souci d'équité. Ainsi, le bénéficiaire de la subrogation se voit transmettre, « *dans la limite de ce qu'il a payé* », la créance et ses accessoires (C. civ., art. 1346-4, al. 1^{er}). Encore, « *la subrogation ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie ; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel* » (C. civ., art. 1346-3).

ii. L'adoption d'une autre présentation de l'article 1346

Le flou quant à l'application future de la subrogation personnelle en général, pourrait peut-être être dépassé par l'admission du caractère exorbitant de la subrogation en lui donnant son autonomie et prévoir une nouvelle forme de paiement non extinctif dans lequel va figurer la subrogation. Cela constituerait d'ailleurs un certain compromis entre ceux qui pensent que la subrogation n'est qu'une opération translatrice d'obligation et que le paiement n'en est qu'un effet

⁶¹ Ph. STOFFEL-MUNCK, « La subrogation : tenons compte volonté du créancier », *ibi*

⁶² L'exemple du notaire négociateur de prêt qui a été reconnu en partie responsable de l'insuffisance du gage.

et ceux qui rattachent toujours la subrogation au paiement et constitue ainsi un mode extinctif de l'obligation alors que celle-ci subsiste.

Ou faut-il suivre les propositions de certains textes communautaires⁶³ et éradiquer la subrogation du droit positif ? Ce qui n'est pas concevable compte tenu de la grande utilité pratique de la subrogation personnelle. Cela risque de chambouler les habitudes des praticiens du droit.

Pour spécialement la subrogation légale, une solution est de proposer d'autres présentations qui rendent plus lisible et prévisible la pratique de cette institution. Par exemple, selon le professeur Marc Mignot « *le mieux aurait été de bien séparer deux cas : celui de la subrogation classique au bénéfice du solvens de la dette d'autrui et celui de la subrogation fondée sur l'équité au bénéfice du solvens de sa propre dette* »⁶⁴ Ce qui n'est pas une mauvaise idée, en effet, les difficultés montrent l'intérêt et la nécessité de recourir à la casuistique, car la subrogation est une institution beaucoup trop complexe pour être généralisée dans une seule disposition légale. Ainsi on pourrait sans doute faire une présentation par catégorie de subrogation et prévoir un régime bien déterminé pour chaque catégorie.

B. Les incertitudes concernant la coexistence avec certaines institutions

En plus des incertitudes sur la formule du régime généralisé de la subrogation légale, il nous faut également voir comment celui-ci va s'articuler avec certaines institutions du code civil (1) mais également avec les autres cas de subrogation des textes spéciaux (2).

1. L'articulation avec certaines institutions du code civil

Il s'agit de voir la concurrence entre recours subrogatoire et recours personnel (a) et l'articulation entre subrogation légale et subrogation conventionnelle (b).

a. L'articulation du recours subrogatoire et du recours personnel

L'élargissement à l'extrême du domaine de la subrogation légale pose un risque d'empiètement du recours subrogatoire sur le recours personnel (i), mais

⁶³ Comme le projet d'acte de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) sur les contrats, où la subrogation a été écartée ou encore les projets européens de modernisation du droit des obligations.

⁶⁴ M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations », *L.P.A.*, 2016, n° 91, p. 10.

également une dérive de la subrogation vers un quasi-contrat restitutif non identifié (ii).

i. Un risque d’empiètement sur le recours personnel

L’extension de la subrogation légale permet aujourd’hui une certaine automaticité de son application dans un domaine élargi. L’ouverture du recours subrogatoire de plein droit est une sorte de « cadeau de la loi », un bienfait exorbitant qui n’a comme fondement que l’équité.

On craint qu’avec le temps le recours personnel avec ses incertitudes ne soit délaissé au profit du recours subrogatoire. En effet, dans le recours personnel, le solvens ne pourra avoir une indemnisation et ainsi récupérer ce qui lui est dû qu’en prouvant un préjudice né d’un déséquilibre dans les rapports, c’est-à-dire qu’il s’est appauvri injustement. Alors que dans le recours subrogatoire, le solvens se contente de remplacer le créancier pour pouvoir profiter de l’ensemble de ses droits.

Avec l’application du nouvel article 1346 du Code civil, le recours subrogatoire risque de défavoriser le recours personnel. Ainsi, ce dernier n’aura la faveur des utilisateurs que dans les cas où la subrogation ne s’applique pas. Par exemple, dans l’hypothèse d’un paiement par erreur. Il faut d’ailleurs signaler que cela risque d’avoir un certain effet de laxisme chez les individus qui ne vont plus se munir de précautions pour défendre leurs intérêts, alors que la loi ne doit pas dissuader les individus de protéger eux-mêmes leurs intérêts.

ii. Un risque de dérive vers un « quasi-contrat de remboursement » innomé

Avec un texte aussi large, la tentation est grande de faire du recours subrogatoire un alternatif à toute situation où le recours personnel fait défaut. La subrogation va donc se perdre vers ce quasi-contrat non identifié, qui fera en sorte qu’en parallèle à l’action subrogatoire, le solvens bénéficie encore d’une action personnelle en remboursement. Ainsi, la subrogation légale risque de déborder vers ce quasi-contrat restitutif (ou de remboursement) innomé dont certains auteurs font état⁶⁵. Mais il faut sans doute distinguer les deux pour éviter un égarement de la subrogation.

Si pour le paiement par erreur, la jurisprudence a décidé que celui qui paie par erreur la dette d’autrui, n’est pas subrogé dans les droits du créancier mais dispose d’un recours⁶⁶, pour le solvens qui agit en conscience mais sans intention

⁶⁵ D. R. MARTIN – L. ANDREU, Subrogation personnelle, *ibid.* ou encore R. LIBCHABER, « Les incertitudes maintenues de la subrogation légale », *Revue des contrats*, 2017, n°04, p. 28.

⁶⁶ Cass. civ.1^{re}, 13 oct. 1998, n°96-22515

libérale, elle admet que ce dernier dispose d'une action qui peut être subrogatoire ou non. Alors que celui qui paie par erreur ou en conscience, normalement ne devrait bénéficier que d'un recours personnel en vertu de ce quasi-contrat contre le débiteur sans user à tout bout de champ de la subrogation. On voit dans un autre arrêt une utilisation de la subrogation « à des fins pragmatiques, en équité, pour favoriser le remboursement d'un solvens sans que cela ne soit vraiment justifié »⁶⁷. En l'espèce, la Cour de cassation a permis l'ouverture de la subrogation légale au Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages qui avait payé plus que ce qu'il devait payer.

Concrètement, on risque de voir une amplification des recours artificiels à la subrogation pour éviter qu'un débiteur ne profite indument d'un paiement dès lors que les autres recours comme l'action en répétition de l'indu, l'enrichissement sans cause ou encore la gestion d'affaire ne sont pas applicables aux hypothèses en présence. Est-ce que cette grande extension de la nouvelle disposition ne constitue-t-elle pas une brèche vers l'égarement de la subrogation légale qui constitue déjà une institution assez difficile à appréhender juridiquement ?

b. L'articulation de la subrogation légale et de la subrogation conventionnelle

Avec le nouvel article 1346 issu de l'ordonnance de 2016, on redoute un délaissement de la subrogation à l'initiative du créancier (ex parte creditoris) (i), mais on doit quand même admettre la nécessaire coexistence entre subrogation conventionnelle et subrogation légale (ii).

i. Un délaissement redouté de la subrogation ex parte creditoris

En dépit de la généralisation de la subrogation légale, suite aux critiques de nombreux commentateurs, l'ordonnance a choisi de conserver la subrogation conventionnelle consentie par le créancier. La raison de cette ressuscitation est que la subrogation ex parte creditoris est bien fréquente dans la pratique des affaires, notamment en matière d'affacturage⁶⁸. Il y a quand même un doute sur le maintien de la subrogation conventionnelle à l'initiative du créancier, en ce que celle-ci se trouve englobée par le nouveau périmètre de la subrogation légale.

Pour autant admettons que cette forme de subrogation permet de sécuriser le solvens, qui peut avoir des doutes sur la réunion des conditions de la

⁶⁷ Cass. civ.2e, 8 déc. 2016, n° 15-27.748, note C. AUBRY DE MAROMONT, *Revue Lamy Droit civil*, n° 152, 1er octobre 2017

⁶⁸ L'affacturage peut être défini comme l'opération par laquelle un créancier vend ses factures à court terme sur des clients à l'affactureur ou factor.

subrogation légale. La formalisation de la subrogation conventionnelle par l'établissement d'une quittance subrogative rend cette subrogation opposable au débiteur dès cet établissement, alors que la subrogation légale n'est opposable au débiteur qu'à compter du moment où elle lui a été notifiée ou du moment où il en a pris acte (C. civ., art. 1346-5). Mais plus profond encore la subrogation ex parte creditoris peut constituer un moyen de sauvegarde des intérêts du débiteur dès lors qu'il ne peut s'opposer au paiement du tiers.

Néanmoins, cette forme de subrogation conventionnelle n'est pas non plus sans embûches. En général, elle n'est en réalité que de l'initiative du solvens alors à quoi bon se déranger avec les formalités contractuelles de validité de la subrogation conventionnelle. D'autant plus que ce type de subrogation a été en quelque sorte restreint par l'ordonnance du 10 février 2016. En effet, la subrogation consentie par le créancier doit être expresse⁶⁹ et obligatoirement consentie concomitamment au paiement⁷⁰.

En résumé, il peut y avoir un risque de délaissement de ce type de subrogation conventionnelle dès lors que les conditions de la subrogation légale sont remplies. En effet, la subrogation conventionnelle à l'initiative du créancier, abstraction faite de quelques situations, risque de devenir moins utile qu'auparavant. La définition très large de la subrogation légale, donnée par le législateur couvre a priori toutes les hypothèses de subrogation et la subrogation légale risque d'engloutir tout le domaine de la subrogation personnelle.

ii. La nécessaire coexistence avec la subrogation conventionnelle

Jusqu'à présent, la subrogation légale a toujours été considérée comme présentant un caractère subsidiaire par rapport à la subrogation conventionnelle. C'est-à-dire que les parties peuvent recourir à la subrogation conventionnelle dès lors que la subrogation légale ne peut pas jouer. En effet, la subrogation conventionnelle est possible même si les conditions de la subrogation légale ne sont pas remplies, alors que si on a choisi la subrogation légale, dès que les conditions ne sont pas réunies on ne peut se prévaloir de la subrogation conventionnelle. La jurisprudence, surtout en matière d'assurance, montre cette prééminence de la subrogation conventionnelle pour pallier les incertitudes sur le domaine et les conditions de la subrogation légale.

Comme le rappelle un arrêt récent, la subrogation conventionnelle n'est pas incompatible avec la subrogation légale⁷¹. Il ressort d'un autre arrêt que l'inapplication de la subrogation légale n'empêche pas l'application de la

⁶⁹ C. civ., art. 1346-1, al. 2

⁷⁰ C. civ., art. 1346-1, al. 3

⁷¹ Cass. Civ. 3^e, 12 sept. 2019, n° 18-18584.

subrogation conventionnelle⁷². En l'espèce, la Cour de cassation avait jugé que les juges du fond auraient dû rechercher si les quittances d'indemnités et d'encaissement consenties par l'assuré dont se prévalait l'assureur n'emportaient pas subrogation conventionnelle dans les droits de ce dernier.

Ces arrêts constituent de bons exemples de la nécessité de la coexistence de la subrogation légale et de la subrogation conventionnelle.

Néanmoins, comme la prééminence de la subrogation conventionnelle ne se justifiait que par la limitation des cas de subrogation légale, avec la généralisation de la subrogation légale on pourrait voir un renversement de la situation. Ainsi, la généralisation de la subrogation légale par l'article 1346 change les habitudes en donnant la priorité à cette dernière plutôt qu'à la subrogation conventionnelle.

2. L'articulation de la subrogation légale et des subrogations des lois spéciales

Il nous faut voir comment ce nouveau principe général s'articule avec les cas de subrogation légale prévus dans les textes spéciaux. Une interrogation se pose sur la survie des subrogations de plein droit des textes spéciaux (a). Mais la nouvelle subrogation de droit commun va également s'avérer nécessaire pour pallier aux limites des textes spéciaux (b).

a. Une interrogation sur la survie des cas de subrogation de plein droit prévus par des lois spéciales

On verra ici la nécessaire survie des cas de subrogations des textes spéciaux (i) qui confirme le caractère subsidiaire du droit commun (ii).

i. La nécessaire survie des cas des textes spéciaux

Dans le développement de la subrogation légale, les textes spéciaux de subrogation de plein droit se sont multipliés avec des conditions qui peuvent différer de ceux de la subrogation légale du droit commun. La jurisprudence ne manquera pas non plus d'apporter sa touche dans ces cas spéciaux de subrogation. Cela justifie que le nouveau principe général de subrogation légale n'est pas de nature à faire disparaître les cas particuliers prévus par des textes spéciaux.

L'articulation des subrogations des textes spéciaux avec le principe général de l'article 1346 du code civil rend compte que la survie de ces cas spéciaux reste nécessaire. En effet, si dans certains cas le principe général du droit commun se

⁷² Cass. civ. 2^e, 17 nov. 2016, n° 15-25409.

calque parfaitement, dans d'autres cas, les textes spéciaux peuvent exiger des conditions beaucoup moins ou plus strictes que celles du droit commun et/ou peuvent avoir des domaines restreints.

Une récente décision du Conseil constitutionnel renforce cette conclusion⁷³. Le Conseil constitutionnel était saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité sur la rupture d'égalité devant l'article 29 de la loi du 5 juillet 1985. Cette loi relative à la réparation des dommages subis par les victimes d'accidents de la circulation, limite le droit d'exercer un recours subrogatoire à certains tiers payeurs seulement, privant ainsi d'autres comme le département qui sert la prestation compensatoire de handicap (une aide sociale) de tout recours subrogatoire.

Le Conseil constitutionnel relève que la limitation du recours subrogatoire est justifiée par une différence de situation en rapport direct avec l'objet de la loi qui était de protéger les intérêts financiers des tiers payeurs chargés de l'indemnisation des victimes d'accidents. Le Conseil considère ensuite que le département qui verse la prestation de compensation du handicap n'est pas dans la même situation que les autres tiers payeurs qui versent les prestations énumérées à l'article 29 de la loi de 1985. Pour le Conseil constitutionnel, l'article 29 est donc conforme à la Constitution, ainsi le législateur est libre, de mettre en place un régime spécial de subrogation des tiers payeurs.

On peut en déduire que dans le domaine de ces textes spéciaux pour ne pas aller à l'encontre de l'intention du législateur et ainsi respecter les domaines et les conditions applicables, la règle générale de l'article 1346 ne doit pas s'appliquer.

ii. La confirmation de la subsidiarité du droit commun

On assiste également, avec l'ordonnance de 2016, à la consécration de la hiérarchisation entre le droit commun et le droit spécial à l'article 1105, Code civil : « *les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières* ». Avec cette officialisation de l'adage « *specialia generalibus derogant* », les textes spéciaux ont vocation à s'appliquer en priorité vis-à-vis du droit commun.

Néanmoins, la naissance de la règle générale postérieurement aux règles spéciales rend plus difficile l'application de ce principe. Mais il est admis que la prééminence de la règle spéciale sévit dès lors qu'il y a une contradiction ou une incompatibilité entre les textes. L'application de la subrogation légale sur la base des textes spéciaux n'est pas toujours semblable à l'application de la subrogation

⁷³ Cons. const., décision n° 2016-613 QPC du 24 février 2017, *Département d'Ille-et-Vilaine* [Recours subrogatoire des départements servant des prestations sociales].

légale du droit commun, car le recours subrogatoire peut subir des changements ou des adaptations pour le mettre en conformité avec le droit spécial concerné.

Déjà, la subrogation légale d'une loi spéciale inspirée du droit antérieur, sera peut-être impossible avec l'article 1346 qui posent des nouvelles conditions. Ainsi, la règle générale doit être écartée « *sous peine de ruiner le régime organisé par la loi (spéciale)* »⁷⁴. Mais le droit commun étant subsidiaire, donc est secondaire mais peut s'ajouter à l'élément principal pour le renforcer, on assiste de plus en plus à des cas où on privilégie le droit commun en vertu de l'équité.

b. Les conséquences de la généralisation de la subrogation de droit commun sur les textes spéciaux

On assiste avec la généralisation à un dépassement des cas spéciaux (i) qui peut faire en sorte que le principe général serve d'alternatif aux limites des cas spéciaux (ii).

i. Le dépassement des domaines des textes spéciaux

Si l'article 1346 de l'ordonnance de 2016, laisse intacte tous les cas de subrogation prévus par des textes spéciaux, c'est sûr que son domaine actuel dépasse de loin les domaines de ces divers cas spéciaux. C'est ce que nous montre le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations en ces termes : « *l'ordonnance étend tout d'abord largement le champ d'application de la subrogation légale : dépassant les hypothèses spécifiques figurant aujourd'hui dans le code civil ainsi que dans divers textes spéciaux* ».

De telle sorte qu'il faut tout de même quelques ajustements même si c'est formel dans ces cas spéciaux. Par exemple pour les subrogations de plein droit prévu à l'article L. 313-22-1 du code monétaire et financier et de l'article L. 443-1 du code des assurances qui disposent que : « *les établissements de crédit ou les entreprises d'assurances habilités à pratiquer des opérations de caution ayant fourni un cautionnement, un aval ou une garantie, que ces derniers soient d'origine légale, réglementaire ou conventionnelle disposent de plein droit et dans tous les cas d'un recours contre le client donneur d'ordre de l'engagement, ses coobligés et les personnes qui se sont portées caution et, pour les paiements effectués au titre de leur engagement, de la subrogation dans les droits du créancier prévue au troisièmement de l'article 1251 [ancien] du code civil* ». Ces textes ont été mis en conformité avec l'ordonnance du 10 février 2016 en remplaçant le renvoi à l'article 1251 du code civil par celui à l'article 1346.

⁷⁴ E. SAVAUX, « Subrogation personnelle », *ibid.*, n° 77

Désormais, la subrogation de ces organismes devra être appréciée au regard du nouveau principe général et de ses conditions.

Enfin, le législateur pourrait dans d'autres cas futurs s'abstenir de prévoir des textes spéciaux dans la mesure où ce principe général aura sans doute vocation à s'appliquer. Le recours à des textes spéciaux ne sera utile qu'en cas de particularités qui déforme le principe général. En effet on risque une redondance inutile dans la législation dès lors qu'on aurait pu se satisfaire de l'article 1346 du Code civil.

ii. L'article 1346 comme alternatif aux limites des textes spéciaux

Il est probable que grâce à cette généralisation de la subrogation légale, le domaine de la subrogation soit en constante expansion et que ce principe très large serve de palliatif à tous les cas où les subrogations des cas spéciaux ne sont pas applicables. Cela fut déjà le cas avec l'ancien article 1251-3°, mais l'article 1346 élargira plus encore les cas et les bénéficiaires spéciaux de la subrogation de plein droit sans avoir à renforcer ou modifier les textes spéciaux qui sont normalement applicables.

Pour illustrer ce constat, nous pouvons voir dans un arrêt de 2018, une extension qui a permis l'ouverture de la subrogation légale de droit commun au Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages, alors que certains doutes planaient sur la légitimité de cette ouverture compte tenu du non-respect des conditions des textes spéciaux applicables en priorité⁷⁵. Il s'agit de l'article R. 421-4 du code des assurances : « *le fonds de garantie ne peut être appelé à payer l'indemnité allouée à la victime ou à ses ayants droit qu'en cas de nullité du contrat, de suspension du contrat ou de la garantie, de non-assurance ou d'assurance partielle, opposables à la victime ou à ses ayants droit* ». Et de l'article L. 421-3, alinéa 1, du code des assurances : « *le fonds de garantie est subrogé dans les droits que possède le créancier de l'indemnité contre la personne responsable de l'accident ou son assureur* ».

En l'espèce, il y a eu contrariété à l'article R421-4 sur la subsidiarité de l'obligation du fonds en ce que le fonds a remboursé l'assureur à un moment où il n'avait pas à le faire car en effet, il a payé sur la base d'un contrat annulable. Aussi, l'article L. 421-3 n'est applicable qu'en présence d'un paiement du fonds entre les mains de la victime, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Mais la Cour de cassation aux visas de ces articles, décide que ces arguments ne peuvent faire obstacle à la subrogation du FGAO dans les droits du créancier de l'indemnité contre l'auteur de l'accident lorsqu'il a remboursé à l'assureur les sommes que ce

⁷⁵ Cass. civ. 2e, 4 juin 2018, n° 17-16950.

dernier avait versées, pour le compte de qui il appartiendra, à une victime ou à ses ayants droit. Ce qui semble totalement contraire à l'esprit de ces deux textes.

On se rend compte qu'il aurait plutôt fallu fonder cette subrogation sur le droit commun, l'ancien article 1251,3° du Code civil, qui est aujourd'hui remplacé l'article 1346 du Code civil. Si, l'article 1251-3° disposait que la subrogation joue « au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter », l'article 1346 nouveau retient que « la subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette ». On constate qu'avec l'article 1346, il y a plus de possibilités de faire jouer résiduellement la subrogation légale de droit commun.

Conclusion

Si on part de la casuistique vers la règle générale on voit une certaine harmonisation du régime de la subrogation légale. On peut voir une rationalisation qui débouche sur la naissance d'un vrai droit commun de la subrogation légale par la mise en place d'une règle générale, ainsi qu'une uniformisation du régime de la subrogation légale avec des conditions unifiées. Cette rationalisation va d'ailleurs être doublée d'une cohérence qui remédie à l'éclatement de l'ancien régime du fait des œuvres de la loi et de la jurisprudence. Ce qui est sûr c'est que la généralisation de la subrogation légale dépasse largement les anciens frontières du droit antérieur et dépasse ainsi les limites des cas du code civil mais également ceux des textes spéciaux.

Mais toujours est-il que quand on part de la nouvelle règle générale pour en faire une application au particulier de nombreuses incertitudes se heurtent à nous. L'application de la règle générale reste déjà interprétable et cette règle générale pose également des difficultés concernant sa coexistence avec d'autres institutions.

En définitive, on se rend compte de l'importance de l'étude de la construction du droit pour pouvoir expliquer l'intérêt et les perspectives à la base d'une règle de droit. L'étude des constructions juridiques est nécessaire afin de déduire si les règles édictées remplissent bien les attentes qui ont justifiés leur adoption. D'ailleurs, « *pour qu'une norme puisse être durablement appliquée, elle doit susciter une adhésion consciente de la part des individus* »⁷⁶.

⁷⁶ Y. BERTHELET – G. CALVET-MARCADE – F. MICALLEF, « Pragmatisme des autorités et constructions des normes – Éléments de problématique », *Hypothèses*, 2010/1, pp. 161 à 167