

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La subrogation

George, Florence; Thunis, Xavier

Published in:

Métamorphoses de la subrogation

Publication date:

2018

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

George, F & Thunis, X 2018, La subrogation: un mécanisme hybride, une institution polymorphe. dans *Métamorphoses de la subrogation* . vol. 181, CUP, Anthemis, Limal , pp. 7-38.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

1

LA SUBROGATION : UN MÉCANISME HYBRIDE, UNE INSTITUTION POLYMORPHE

Florence GEORGE

chargée de cours à l'UNamur
avocate au barreau de Huy

Xavier THUNIS

professeur à l'UNamur

Sommaire

Notions de base – Portée de l'exposé	8
Section 1	
Le paiement subrogatoire : une transmission de créances ancrée dans un paiement	11
Section 2	
Affirmation de la subrogation réelle en droit belge	29

Notions de base – Portée de l'exposé

1. Subroger. La subrogation est un mécanisme par lequel, dans un rapport juridique, une personne ou une chose (dite subrogée) en remplace une autre (dite subrogeante) et doit être considérée comme la personne ou la chose qu'elle remplace. Subroger veut dire remplacer. La subrogation est une notion générique qui se retrouve dans diverses institutions du droit des obligations, du droit des biens et du droit des sûretés. La subrogation personnelle a, en Belgique, une présence juridique plus forte que la subrogation réelle même si dans certains domaines, comme le notariat ou les assurances, les deux types de subrogation sont utilisés¹.

Le paiement subrogatoire (ou paiement avec subrogation) est une application de la subrogation personnelle. Celle-ci peut se greffer sur le paiement d'une dette par un tiers subrogé mais ce n'est pas toujours le cas. La subrogation a en effet un champ d'application plus large. Parfois dénommée action subrogatoire, l'action oblique, qui permet à un créancier de se substituer à son débiteur négligent pour exercer les droits de celui-ci contre le sous-débiteur, peut être considérée comme une hypothèse de subrogation personnelle². Dans certains cas, le législateur utilise la subrogation à titre de sanction. Dans la loi sur les baux à ferme, le preneur peut exiger d'être substitué à l'acquéreur en cas de vente du bien loué en violation de son droit de préemption³. Proche du paiement subrogatoire, la cession de créance substitue le cessionnaire au cédant, le transport de créance opérant en principe sans modifier celle-ci et sans porter atteinte à la situation juridique du cédé. Au sens large, la cession de créance subroge le cessionnaire au cédant en transférant la même créance de l'un à l'autre, ce qui permet de la rapprocher du paiement subrogatoire dont l'effet est identique⁴. La cession de créance peut toutefois s'opérer sans paiement.

2. Paiement subrogatoire : du service d'ami à la technique du droit des assurances et du droit social. Le paiement subrogatoire, qui est l'objet principal de cet ouvrage, est prévu aux articles 1249 et suivants du Code civil. Que la source de la subrogation soit légale ou conventionnelle, le méca-

nisme est le suivant : une personne tierce, comme le permet l'article 1236 du Code civil, paie le créancier primitif et est substituée dans les droits de celui-ci vis-à-vis du débiteur par le fait du paiement et dans la mesure de celui-ci⁵.

Le paiement subrogatoire était initialement conçu comme un service d'ami : un tiers paie les dettes d'un débiteur avec l'intention de l'aider, sans s'appauvrir mais sans chercher non plus à s'enrichir. L'opération, au moins à l'origine, est désintéressée, charitable même, et utile. Ce trait l'opposait à la cession de créance caractérisée comme une opération spéculative où le cessionnaire cherche un profit en reprenant des créances à un prix inférieur à leur valeur nominale⁶.

À mesure que le paiement subrogatoire a trouvé d'autres applications dans le domaine des paiements bancaires, des assurances et de la sécurité sociale, il a servi d'autres fins que le service d'ami. Sa philosophie s'est progressivement transformée, ce qui a réagi sur ses conditions et son régime. Dans le domaine des assurances, la subrogation qui bénéficie à l'assureur trouve une justification dans le principe indemnitaire : l'indemnisation dont bénéficie l'assuré, victime d'un dommage, ne peut être supérieure au dommage qu'il a subi⁷. La subrogation au profit de l'assureur permet d'éviter que l'assuré cumule l'indemnité qu'il reçoit en exécution du contrat d'assurance et les dommages et intérêts qu'il pourrait obtenir au terme d'une action en responsabilité dirigée contre le responsable du sinistre. Quant aux subrogations spécifiques instituées au profit de tiers payeurs, elles sont guidées par le souci d'indemniser rapidement les victimes, sans toutefois leur permettre de s'enrichir. Elles sont aussi inspirées par des considérations budgétaires⁸. Enfin, le paiement subrogatoire constitue une technique au service du crédit et du financement, comme dans le contrat d'affacturage⁹.

¹ Sur les applications dans la pratique notariale, voy., dans cet ouvrage, la contribution de P.-Y. ERNEUX. En ce qui concerne la subrogation réelle dans les assurances, voy. dans cette contribution, *infra*, nos 21 et s.

² Pour Henri De Page (*Traité*, t. III, 3^e éd., n° 513), la subrogation se retrouve dans diverses institutions, action oblique ou cession de créances, où l'effet translatif n'est pas lié à un paiement. À propos de l'action oblique, comp., en droit français, J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, « Le régime des créances et des dettes », in J. Ghestin (dir.), *Traité de droit civil*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 809. L'action oblique, à certains égards, est une sorte de représentation forcée, mais cette qualification ne rend pas compte de l'opposabilité des exceptions dont bénéficie le sous-débiteur vis-à-vis du titulaire de l'action oblique.

³ Art. 51 de la loi sur les baux à ferme. Pour une application, J.P. Tournai, 3 juin 2014, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1862 (fraude des acquéreurs et vendeurs concernant la vente d'un terrain à un prix excessif pour écarter le droit de préemption du fermier).

⁴ Henri De Page (*op. loc.*) présente la cession de créance comme un cas particulier de subrogation, ce qui n'est pas habituel en doctrine.

⁵ Voy. notamment, en droit belge : *La transmission des obligations*, Travaux des IX^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 1980, part. les contributions de P. VAN OMMESSLAGHE et de M. FONTAINE ; P.-H. DEILVAUX, « La subrogation et la réparation du dommage », *R.G.A.R.*, 1994, n° 12.298 ; M.-Cl. ERNOTTE, « Le paiement subrogatoire », in *La théorie générale des obligations, suite*, coll. CUP, vol. 57, Liège, octobre 2002, p. 189 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Régime général de l'obligation (1985-1995) », *J.T.*, 1999, p. 838 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 2045.

En droit français : J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, Paris, L.G.D.J., 1979 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, « Le régime des créances et des dettes », *op. cit.*, pp. 387 et s.

⁶ L'évolution est retracée par J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, pp. 21 et s.

⁷ Voy., dans cet ouvrage, la contribution de B. FOSSÉPREZ, nos 4 et s. ; J. WILDEMEERSCH et J. LOLY, « La subrogation de l'assureur », in C. Eyben et Chr. Verdure (dir.), *Les recours de l'assureur*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 63 ; B. DUBUISSON et V. CALLEWAERT, « Les recours de l'assureur après l'indemnisation », in *La loi sur le contrat d'assurance terrestre. Bilan et perspectives après 20 années d'application*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 141.

⁸ Voy., dans cet ouvrage, la contribution de B. FOSSÉPREZ, nos 31 et s.

⁹ Ce domaine d'application n'est pas étudié dans cet ouvrage. Pour une présentation synthétique des applications contemporaines du paiement subrogatoire, voy. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Paris, Defrénois, 2009, p. 754.

3. La subrogation réelle. Contrairement à la subrogation personnelle, la subrogation réelle ne fait l'objet d'aucune disposition générale. Elle n'est pourtant pas étrangère à notre droit. Elle se dévoile au travers de ses nombreuses applications en droit privé¹⁰. La subrogation réelle est souvent présentée comme la fiction juridique par laquelle, dans un patrimoine, un bien nouveau prend la place d'un autre et se voit appliquer le régime juridique auquel le bien initial était soumis¹¹. Tout comme la subrogation personnelle, elle permet la continuité d'une relation juridique malgré la modification d'un de ses éléments essentiels, en l'occurrence l'objet. De façon plus précise, «trois conditions se retrouvent dans tous les cas de subrogation réelle : la substitution d'un bien à un autre ; l'existence d'un droit sur le bien remplacé et le report de ce droit sur le bien de remplacement»¹².

La doctrine belge semble encline à reconnaître à la subrogation réelle le statut de principe général du droit patrimonial («*Algemeen beginsel van het vermogensrecht*»)¹³. Pour Véronique Ranouil qui l'a étudiée en droit français, la subrogation réelle «se caractérise par sa nature, par ses fins et par ses moyens. Elle a la nature d'un droit exceptionnellement accordé à certaines personnes. Elle a pour fin d'apporter une garantie variable à des droits particuliers qui portent sur une valeur réelle. Pour ce faire, elle les transfère d'un objet ancien sur un objet nouveau»¹⁴. Achilles Cuypers et Frédéric Georges précisent que la subrogation réelle suppose, d'une part, «qu'un bien (ou un ensemble de biens) soit spécialement destiné à la réalisation du but à atteindre» et, d'autre part, «que le but pour lequel le bien a reçu une destination particulière soit menacé par la disparition de ce bien»¹⁵.

Depuis plusieurs années, la subrogation réelle connaît, en droit positif belge, un certain essor sous l'influence notamment de la thèse de doctorat de Vincent Sagaert¹⁶. La réforme des sûretés réelles mobilières et l'avant-projet de réforme du droit des biens lui ménagent une place de choix. Ces avancées méritent que l'on y consacre quelques développements dans cette contribution.

4. Objet et structure de cette contribution. Cette contribution n'entend pas faire une analyse détaillée de la subrogation et encore moins en présenter une théorie d'ensemble. Elle prend appui sur les exposés qui composent

¹⁰ Voy., dans cet ouvrage, la contribution de P.-Y. ERNEUX, n°s 2 et s. (à propos de la planification successorale).

¹¹ Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 113. Pour d'autres définitions, P. FRANÇOIS, «Commentaar bij art. 9 Pandwet», in *Voorrechten en hypotheek*, Malines, Kluwer, 2017, p. 2; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Anvers, Intersentia, 2003, pp. 5 et s.

¹² N. VERHEYDEN-JEANMART, P. COPPENS et C. MOSTIN, «Examen de jurisprudence (1989-1998). Les biens», *R.C.J.B.*, 2000, p. 102.

¹³ V. SAGAERT, «De verkenning van een algemeen beginsel in het vermogensrecht», *Jura falc.*, 2003-2004, n° 2, p. 432.

¹⁴ V. RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, Paris, L.G.D.J., 1985, p. 27.

¹⁵ A. CUYPERS et Fr. GEORGES, «Art. 10 L. hyp.», in *Privilèges et hypothèques. Commentaires avec aperçu de jurisprudence et de doctrine*, Malines, Kluwer, 2004, p. 4.

¹⁶ V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, op. cit.

cet ouvrage pour s'interroger sur les fonctions de la subrogation et dégager des tendances de son évolution à l'heure où les Codes civils belge et français font l'objet d'une réforme d'ensemble. Quand c'est nécessaire, elle rappelle de façon synthétique les conditions de base et les effets de la subrogation.

On envisage d'abord les différentes facettes du paiement subrogatoire (section 1) avant d'aborder la subrogation réelle qui affirme son existence en droit belge (section 2).

Section 1

Le paiement subrogatoire : une transmission de créances ancrée dans un paiement

5. Présentation. Le paiement subrogatoire a pour particularité d'opérer une transmission de créances. Cette fonction, unanimement admise, est intimement liée au paiement effectué par le tiers subrogé. On relève toutefois déjà quelques entorses au droit commun quand le paiement subrogatoire est effectué par un tiers payeur professionnel comme une compagnie d'assurance (A.). Le paiement subrogatoire est un mécanisme qui se déroule, sur le plan juridique, en deux temps : le paiement de la dette au subrogeant et, simultanément, le transfert de la créance au tiers payeur subrogé. Dans l'hypothèse d'une obligation *in solidum*, la subrogation a pu être proposée comme fondement du recours contributoire entre codébiteurs *in solidum*, ce qui suscite des controverses (B.)¹⁷. En marge du Code civil et du droit commun, le législateur est intervenu à de multiples reprises pour reconnaître un recours subrogatoire à divers tiers payeurs amenés à acquitter, non la dette d'autrui, mais une dette propre¹⁸ : subrogation légale de l'assureur (art. 41 de la loi du 21 juin 1992 relative au contrat d'assurance devenu l'art. 95 de la loi du 4 avril 2014), de l'assureur-loi (art. 46 et 47 de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail dans le secteur privé), de l'employeur (art. 14bis de la loi du 3 juillet 1967 sur les accidents du travail concernant les agents de la fonction publique), ou encore de la mutuelle (art. 136, § 2, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités coordonnées le 14 juillet 1994)¹⁹. La subrogation y présente des traits spécifiques qui dérogent au droit commun (C.). Institution vigoureuse

¹⁷ Voy., dans ce volume, la critique de Cédric EYBEN et la proposition innovante (n°s 26 et s.) selon laquelle la limite au recours contributoire provient de l'objet même du recours contributoire.

¹⁸ Ce qui a incité une partie de la doctrine à parler de «quasi-subrogation» : P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, t. III, op. cit., p. 2055. Le législateur, en instaurant des cas de «quasi-subrogation» est présumé adopter les conditions de l'article 1251, 3°, du Code civil s'il n'exprime pas une solution différente.

¹⁹ Pour une approche transversale des recours des tiers payeurs (assureur privé, assureur-loi et mutualité), voy., dans cet ouvrage, Bérénice Fosséprez, qui structure et systématise une matière dont la complexité excessive donne le tournis. Elle échappe malheureusement à l'entreprise de rationalisation qui motive la réforme de la responsabilité civile. Voy. en outre l'article 1^{er} de la loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant des soins de santé, qui consacre la subrogation du Fonds d'indemnisation.

consacrée par la réforme du Code civil en cours²⁰, le paiement subrogatoire est un mécanisme qui a des rivaux – la cession de créance et le recours direct – avec lesquels il est intéressant de le confronter pour mieux le cerner (D.).

A. Le paiement de la dette d'un tiers, condition et mesure du transfert de créances

6. Un mécanisme singulier. Selon Henri De Page, « il y a paiement avec subrogation lorsqu'une personne, autre que le débiteur de l'obligation, paye le créancier et, en vertu de l'autorisation de celui-ci ou de la loi, se substitue à lui (désormais désintéressé) dans ses droits et actions vis-à-vis du débiteur »²¹. Cette définition synthétique montre le lien qui unit l'effet translatif à l'effet extinctif du paiement subrogatoire.

Le paiement subrogatoire a une nature hybride et se présente sous un double aspect :

1. Un paiement au créancier par le tiers payeur ou tiers *solvens*, ce qui est possible en vertu de l'article 1236 du Code civil, sauf si la dette est *intuitu personae*²².
2. Une transmission automatique de la créance du créancier initial. La subrogation se greffe sur le paiement et fait bénéficier, le cas échéant, le tiers payeur subrogé des droits, actions et sûretés du subrogeant.

Le paiement subrogatoire est singulier, à plusieurs points de vue. Il repose sur la possibilité pour un tiers d'acquitter la dette d'autrui, ce qui ne va pas de soi quand on voit la méfiance que le législateur manifeste envers les actes désintéressés et les conditions auxquelles il soumet les interventions en faveur d'autrui. La subrogation serait fondée sur l'équité : le droit récompenserait celui qui a payé pour autrui sans chercher d'avantage personnel²³.

Les effets du paiement subrogatoire aussi sont étonnants : il emporte l'extinction, totale ou partielle, de la créance primitive à l'égard du créancier subrogeant et la résurrection de la même créance sur la tête du tiers payeur qui pourra, par la suite, en obtenir le paiement à charge du débiteur. La doctrine belge souligne un « effet de cession de créance » du paiement subrogatoire en faveur du tiers *solvens*²⁴. C'est donc un paiement exécuté par le tiers payeur

(subrogé) au créancier originaire (subrogeant) dans la perspective d'un paiement futur que le débiteur lui fera²⁵.

Le créancier originaire est en quelque sorte expulsé du rapport initial. Si la créance lui est totalement payée, le créancier originaire disparaît. Quand la subrogation est légale, son consentement n'est même pas requis pour que le mécanisme s'enclenche. Ces traits interdisent de voir dans le paiement subrogatoire une représentation. On ne saurait y voir non plus une novation ou une délégation puisqu'à l'instar de la cession de créance, le paiement avec subrogation opère le transfert de la même créance du subrogeant au subrogé. Ce qui a son importance quand il s'agit d'en préciser les effets, en particulier entre le tiers payeur subrogé et le débiteur. Ce dernier reste inchangé et ne doit pas voir son sort juridique aggravé par l'opération.

7. Subrogation légale et conventionnelle. Comme l'indique la définition proposée par Henri De Page, la subrogation peut être légale ou conventionnelle. Les deux types de subrogation peuvent se renforcer ou agir l'une à défaut de l'autre.

La subrogation légale ne bénéficie pas automatiquement à tout tiers payeur. Le législateur réserve cette faveur au tiers payeur « intéressé » au paiement de la dette. Selon l'article 1251, 3^o, du Code civil, « la subrogation a lieu de plein droit [...] 3^o Au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter ». La notion de tiers payeur intéressé au paiement de la dette est centrale et mérite d'être éclaircie²⁶.

Le tiers qui ne bénéficie pas de la subrogation légale peut bénéficier de la subrogation conventionnelle²⁷. En outre, rien n'empêche le tiers payeur bénéficiant de la subrogation légale de conclure une subrogation conventionnelle avec le créancier subrogeant²⁸, pour renforcer sa position et adapter, dans une certaine mesure, les conditions de la subrogation légale²⁹.

En pratique, la subrogation conventionnelle est constatée dans une quittance subrogatoire qui facilite le recours ultérieur du tiers payeur contre le

²⁰ Pour une présentation de la réforme du Code civil et de l'avenir du paiement subrogatoire, voy., dans cet ouvrage, la contribution de F. GEORGE et X. THUNIS.

²¹ *Traité*, t. III, p. 519, n^o 514.

²² Voy., sur ce principe et ses nuances, P. BAZIER, « L'intuitus personae et l'exécution des obligations contractuelles », in P. Wéry (dir.), *Théorie générale des obligations et contrats spéciaux. Questions choisies*, coll. CUP, vol. 168, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 108 et s.

²³ J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, op. cit., pp. 41 et s.

²⁴ P. VAN OMMESELAGHE, « À propos de la cession de créance : le concours entre le créancier cessionnaire de la créance et le tiers *solvens* subrogé dans les droits du créancier cédant », in *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 301 ; S. SRIJNS, *Verbindtenissenrecht*, t. 2, Bruges, die Keure, 2009, p. 113 ;

P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 634 et s.

²⁵ Sous réserve de l'hypothèse où le paiement subrogatoire servirait à réaliser une libéralité, ce qui est rare. En jurisprudence française, Req., 25 juin 1872, *D. P.*, 1874, I, p. 16.

²⁶ La doctrine se contente généralement d'énumérer les hypothèses de tiers intéressés au paiement sans la définir. J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, « Le régime des créances et des dettes » op. cit., p. 387. Voy. toutefois J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, op. cit., p. 149, qui approfondit la notion d'intérêt au paiement.

²⁷ Cass., 21 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1780. Nous n'envisageons que la subrogation à l'initiative du créancier prévue à l'article 1250, 1^o, du Code civil. La subrogation consentie par le débiteur qui est prévue par l'article 1250, 2^o, du Code civil est plus rare. Le mécanisme en est différent mais les effets, translatif et extinctif, sont identiques. Pour plus de détails, P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, t. III, op. cit., p. 2048.

²⁸ Cass., 21 mai 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 1007.

²⁹ P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, t. III, op. cit., p. 2045.

débiteur, en bénéficiant de la « condition juridique » du créancier subrogeant (à savoir l'assuré indemnisé par sa compagnie, le tiers victime indemnisé par la compagnie de l'auteur du dommage, le vendeur d'automobiles payé par une société de financement, etc.).

La clause suivante est extraite d'un contrat de crédit destiné à financer l'achat d'une voiture. Le vendeur, qui est aussi intermédiaire de crédit, consent une subrogation conventionnelle au prêteur, qui est une institution financière.

a) Subrogation

L'intermédiaire de crédit, qui est en même temps vendeur, est payé par le prêteur en lieu et place des consommateurs et le subroge dans ses droits et privilèges de vendeur impayé *en même temps qu'il reçoit paiement*³⁰.

b) L'intermédiaire de crédit garantit les identités des signataires et l'authenticité des signatures sur tous les documents (contrat, cession de salaires, déclaration de livraison, mandat).

Les compagnies d'assurance utilisent fréquemment la technique du paiement subrogatoire, ce qui se traduit par une quittance subrogatoire dont voici un exemple classique.

« Le soussigné ... accepte par la présente le montant de ... EUR en règlement du sinistre survenu en date du ... La présente proposition est faite sans reconnaissance de responsabilité et sans préjudice des droits et actions de l'assuré.

Dès le paiement, la Compagnie sera subrogée dans tous les droits, recours et actions contre tous garants responsables ou assureurs, à concurrence du montant précité ».

Cette quittance associe étroitement paiement et subrogation. Elle répond donc, au moins « sur papier », aux conditions légales exposées ci-dessus. En pratique, les compagnies font parfois signer la quittance subrogatoire avant de payer effectivement l'indemnité d'assurance. L'intention demeure cependant d'associer la subrogation et le paiement, si bien que cette façon de procéder est admise à condition toutefois que le paiement ne soit pas différé de façon exagérée³¹. Dans ce cas, l'effet de la subrogation est retardé jusqu'au moment du paiement effectif.

La subrogation conventionnelle en matière d'assurances, déroge, de façon parfois beaucoup plus nette, aux conditions générales de la subrogation. La question est alors de savoir dans quelle mesure les parties peuvent s'affranchir de conditions fondamentales de la subrogation, comme l'exigence du paiement préalable effectif.

8. Paiement effectif, préalable et valable d'une dette existante.

Toute subrogation, légale ou conventionnelle, doit en effet respecter les conditions minimales du paiement subrogatoire³².

³⁰ Nous soulignons.

³¹ Pour une analyse détaillée, P. VAN OMMESSLAGHE, « Le paiement avec subrogation et le droit des assurances », in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 89; P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, op. cit., p. 2039.

³² Celles-ci sont aussi exposées de façon synthétique dans la contribution de C. EYBEN, dans cet ouvrage.

Le paiement subrogatoire suppose une dette ayant fait l'objet d'un paiement préalable, effectif et valide par le *solvens*. Celui-ci doit être un tiers et effectuer le paiement de la dette d'autrui. Ces conditions s'appliquent au paiement subrogatoire en général.

8.1. Pour qu'une subrogation légale ou conventionnelle puisse avoir lieu, il faut qu'il existe une dette à payer (art. 1235, al. 1^{er}, C. civ.).

Le paiement doit être valide. N'est pas valide le paiement fait au profit d'une personne ne jouissant pas de la capacité juridique pour recevoir le paiement effectué par le tiers³³. Le paiement involontaire de la dette d'autrui donne lieu à une action en répétition d'indu conformément aux articles 1376 et suivants du Code civil.

Il semble aller de soi qu'un paiement suppose une dette à éteindre. Cette condition peut prêter à discussion. Il arrive qu'un assureur paie une indemnité à son assuré sans être tenu d'une dette à son égard. Un assureur n'a pas l'obligation de couverture mais indemnise son assuré parce qu'il renonce à invoquer une cause d'exclusion. La subrogation légale peut-elle lui bénéficier? La Cour de cassation a répondu par l'affirmative à cette question dans un arrêt du 31 octobre 1991 qui ne fait vraiment pas l'unanimité³⁴. La Cour s'appuie sur l'article 41 de la loi du 25 juin 1992 (devenu art. 95 de la loi du 4 avril 2014), qui accorde le bénéfice de la subrogation légale à l'assureur « qui a payé l'indemnité ». Cette tournure de phrase semble indiquer que l'assureur qui intervient en dehors des limites de sa garantie et paie ainsi une dette sans y être obligé contractuellement peut être subrogé dans les droits de son assuré³⁵.

L'existence d'une dette à payer est une condition de base de la subrogation. À notre avis, à défaut de dette de l'assureur vis-à-vis de l'assuré, la subrogation légale devrait être refusée. Il n'est pas certain que la subrogation conventionnelle, recommandée par certains auteurs, puisse fournir une solution.

8.2. Le paiement doit être effectif³⁶. Une simple promesse de paiement ne suffit pas pour faire naître une subrogation au profit du tiers payeur³⁷. Il peut toutefois y avoir une promesse de subrogation comme le prévoit la clause suivante tirée d'un contrat « assurance risques électroniques » couvrant l'indemnisation de l'assuré pour des dommages causés par des tiers.

³³ Liège, 22 mars 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 978 (à propos d'un assureur ayant effectué un paiement à une association n'ayant pas la personnalité juridique).

³⁴ C. EYBEN, « Le paiement avec subrogation. Quelques traits d'une évolution autour de la condition du paiement », in *Le paiement*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 163 (l'auteur y évoque la résistance de certains juges du fond à la jurisprudence de la Cour); J.-L. FAGNART, « La subrogation de l'assureur ayant payé un sinistre non couvert », note sous Cass., 31 octobre 1991, *R.C.J.B.*, 1993, pp. 575 et s.

³⁵ Pour une discussion de la question, voy., dans cet ouvrage, de façon approfondie, B. FOSSÉPREZ, nos 6-8; J. WILDEMEERSCH et J. LOLY, « La subrogation de l'assureur », op. cit., p. 85, avec un ample exposé des controverses.

³⁶ Cass., 17 mars 1952, *Pas.*, 1952, I, p. 448; Bruxelles, 6 mars 1980, *Pas.*, 1980, II, p. 117.

³⁷ Pol. Anvers, 23 juin 1997, *R.G.A.R.*, 1999, n° 13.086.

«La compagnie réserve expressément ses droits et ceux de l'assuré contre tous auteurs d'un sinistre, garants ou responsables, à quelque titre que ce soit, même contre tous assureurs.

À cet effet, les assurés la subrogent par le seul fait du contrat d'assurance, dans tous ses droits, actions et recours jusqu'à concurrence de l'indemnité payée. Ils sont tenus de réitérer cette subrogation dans la quittance de l'indemnité» (nous soulignons).³⁸

La subrogation ne sera effective que lors du paiement de l'indemnité. Un assureur qui n'aurait pas versé d'indemnité à l'assuré ne peut lui être subrogé et ne peut donc se constituer partie civile contre le tiers responsable³⁸.

Le paiement peut être partiel. L'hypothèse est explicitement prévue par l'article 1252 du Code civil qui donne préférence au subrogeant en cas de concours avec le subrogé. Si le créancier accepte le paiement partiel, la subrogation sera partielle³⁹. Alors que la cession partielle d'une créance est rare, l'hypothèse où le tiers payeur désintéresse le subrogeant en lui versant un montant inférieur à la dette se présente en pratique. Une compagnie d'assurance indemnise la victime d'un sinistre à concurrence d'un forfait ou pour certains types de dommages, ou encore une caution désintéresse le créancier dans la limite de l'engagement qu'elle a pris, inférieur à la dette contractée par le débiteur principal envers le créancier.

9. Paiement par un tiers de la dette d'autrui. Le paiement subrogatoire suppose que le tiers qui s'en prévaut, intéressé ou non, paie la dette d'autrui et non sa propre dette. En vertu des articles 1236 et 1237 du Code civil, un tiers peut acquitter la dette. Un courtier paie des primes pour le compte d'un assuré, des parents avancent des fonds pour aider leur enfant à acquérir un immeuble, un locataire paie la totalité du loyer pour les colocataires, etc. Sous réserve des obligations *intuitu personae*, la personne de celui qui paie n'a en principe pas d'importance. Une distinction est toutefois faite par l'article 1236, alinéa 2, du Code civil selon que le tiers a ou non intérêt au paiement de la dette⁴⁰:

- 1° Si le tiers est personnellement intéressé au paiement, il bénéficie d'un statut de faveur puisqu'il est légalement subrogé dans les droits du créancier subrogeant (art. 1251, 3°, C. civ.).
- 2° Un tiers non intéressé ne jouit pas de la subrogation légale. Il peut toutefois disposer d'un recours contre celui dont il a acquitté la dette. Un gérant d'affaires, tiers non intéressé, peut recourir contre le maître de l'affaire aux conditions légalement requises qui sont assez strictes. À défaut de bénéficiaire d'une subrogation légale, il peut se faire consentir une subrogation conventionnelle par le créancier en vertu de l'article 1250, 1°, du Code civil.

³⁸ Anvers, 8 mai 1985, *Pas.*, 1985, II, p. 128; Mons, 19 novembre 1987, *J.T.*, 1988, p. 244.

³⁹ Comm. Liège, 20 mars 1959, *J.L.*, 1958-1959, p. 287, cité par C. VANACKERE, «Paiement avec subrogation», in *Obligations. Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2010, V.1.6-5.

⁴⁰ Voy. P. BAZIER, «L'*intuitu personae* et l'exécution des obligations contractuelles», *op. cit.*, pp. 112 et s.

Cette exigence du paiement, par un tiers, de la dette d'autrui s'applique à la subrogation légale comme à la subrogation conventionnelle. S'il est possible, en tant que gérant d'affaires, d'obtenir du maître de l'affaire le bénéfice d'une subrogation conventionnelle, il n'est pas possible, conventionnellement, de dénaturer le paiement subrogatoire en écartant une de ses conditions fondamentales. Le tiers payeur ne peut se faire consentir une subrogation s'il paie une dette exclusivement personnelle⁴¹.

10. La subrogation légale, faveur faite à certains tiers payeurs. L'article 1251 du Code civil fait bénéficier certains tiers payeurs d'une subrogation automatique dans les droits du créancier. Il prévoit quatre hypothèses. La plus fréquente est celle prévue par l'article 1251, 3°. C'est sur elle que nous centrons l'exposé.

Selon l'article 1251, 3°, du Code civil, «la subrogation a lieu de plein droit [...] 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». Les bénéficiaires de cette subrogation sont les tiers intéressés au paiement dont il est question à l'article 1236 du Code civil. La notion de tiers intéressé au paiement ne fait pas l'objet d'une définition systématique en doctrine. Celle-ci procède généralement par énumération⁴².

Sont tenus d'une dette avec d'autres le débiteur solidaire qui paie une dette commune si son paiement excède sa contribution définitive⁴³, les cautions dans les rapports entre elles (art. 2033 C. civ.) mais aussi les personnes que la loi déclare obligées avec d'autres, comme les notaires pour les droits d'enregistrement.

Est tenue pour d'autres la caution qui joue un rôle de garant et se trouve subrogée dans les droits du créancier à l'égard du débiteur. Ce recours est fondé sur l'article 1251, 3°, mais aussi sur l'article 2029 du Code civil. Cette disposition applique au cautionnement le principe énoncé à l'article 1251, 3°: «la caution qui a payé la dette, est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur».

L'article 1251, 3°, parle du paiement de la dette. Les exemples qui viennent d'être évoqués ont en commun de créer une communauté de paiement dans l'hypothèse où il n'y a qu'une seule dette, celle qui réunit les codébiteurs soli-

⁴¹ Cass., 11 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 170. Selon cet arrêt, la subrogation conventionnelle, comme la subrogation légale, requiert que le tiers payeur ait acquitté la dette d'autrui et non sa propre dette. Pour un commentaire, S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, «Chronique de jurisprudence. Régime général de l'obligation (1985-1995)», *J.T.*, 1999, n° 53.

⁴² Voy. toutefois J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, p. 149, qui approfondit la notion d'intérêt au paiement. Il procède également à une énumération très complète (pp. 153 et s.) de même que M.-Cl. ERNOTTE, «Le paiement subrogatoire», *op. cit.*, p. 209.

⁴³ S'il acquitte une dette exclusivement personnelle, le recours subrogatoire ne lui est pas permis. À l'inverse, il peut arriver que le codébiteur solidaire ou *in solidum* qui a payé puisse se retourner pour le tout contre un coobligé parce qu'il est intervenu comme un garant.

dares ou un débiteur et une caution. Telle était bien l'intention des rédacteurs du Code civil à une époque où l'obligation *in solidum* n'avait pas encore émergé. Initialement considérée comme une solidarité imparfaite, elle a mis un certain temps à conquérir sa spécificité qui est de faire coexister plusieurs dettes distinctes⁴⁴. Ceci a suscité des difficultés et des débats sur l'application de l'article 1251, 3°, au coobligé *in solidum* au motif que celui-ci, en payant la totalité de la dette, ne fait que payer sa propre dette et non la dette d'autrui. La jurisprudence a toutefois su faire preuve de souplesse pour permettre au codébiteur *in solidum*, qui a payé pour le tout, de bénéficier d'un régime analogue à celui du codébiteur solidaire dont il est *en fait*, sinon *en droit*, très proche (*infra*, n° 11).

B. La subrogation, fondement du recours contributoire ?

11. Subrogation légale et obligation *in solidum* : extension jurisprudentielle. En vertu de la théorie de l'équivalence des conditions, chacun des codébiteurs *in solidum* est réputé avoir par son fait causé tout le dommage de sorte qu'en indemnisant la victime, le codébiteur qui paie la totalité de la dette ne fait que payer sa dette propre. Ce qui lui interdit en principe la subrogation puisque celle-ci suppose que le *solvens* paie la dette d'un tiers et non sa propre dette⁴⁵.

La Cour de cassation a contourné l'objection. Dans un arrêt du 10 juillet 1952, elle a précisé que « celui qui paye dans son propre intérêt une dette dont il était tenu avec d'autres, n'acquiesce pas exclusivement sa propre dette mais encore celle de ses codébiteurs ; que dès lors, en vertu de l'article 1251, 3°, du Code civil, il est subrogé de plein droit dans tous les droits que possédait le créancier contre le codébiteur *in solidum*, qui profite du paiement »⁴⁶. Toujours selon la Cour, « la loi ne refuse le bénéfice de la subrogation qu'à celui qui s'acquiesce exclusivement de sa propre dette »⁴⁷. À vrai dire, la loi ne dit pas grand-chose à ce sujet. Elle en dit d'autant moins que les obligations *in solidum* sont une création jurisprudentielle dont le Code civil ne prévoit ni l'existence, ni le régime juridique.

Cette jurisprudence a pour conséquence qu'au stade de la contribution à la dette, le coresponsable *in solidum* qui a indemnisé la victime du dommage en

⁴⁴ Voy. l'intéressante recherche historique de J. PÉRILLEUX, « L'obligation *in solidum* entre passé et avenir », in *Liber amicorum Jean-Pierre de Bandt*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 513 et s. ; B. DE CONINCK, « Les recours après indemnisation en matière de responsabilité civile extracontractuelle : la condamnation *in solidum* et la contribution à la dette », *J.T.*, 2010, p. 756.

⁴⁵ C. EYBEN et D.-E. PHILIPPE, « Types d'obligations à sujets multiples », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, 2007, p. 161.

⁴⁶ Cass., 10 juillet 1952, *Pas.*, 1952, I, p. 738. Confirmé par Cass., 17 juin 1982, *R.C.J.B.*, 1986, pp. 680 et s., note critique L. CORNELIS.

⁴⁷ Cass., 17 juin 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1221, *R.C.J.B.*, 1986, p. 680, note L. CORNELIS ; J.-Fr. JEUNEHOMME, « La subrogation de l'assurance-loi et de la mutuelle », *J.L.M.B.*, 1988, p. 1045 ; M.-Cl. ERNOTTE, « Le paiement subrogatoire », *op. cit.*, pp. 216 et s.

totalité peut se retourner contre les coobligés pour récupérer ce qu'il a payé au-delà de sa part contributive⁴⁸.

12. Discussion. Personne ne conteste qu'il serait inéquitable que le codébiteur *in solidum*, qui a payé tout le dommage alors qu'il est une cause, parmi d'autres, de celui-ci, ne puisse pas obtenir la contribution des autres coobligés. Cela aboutirait à en faire une victime du droit d'élection exercé par le créancier à son égard.

La subrogation légale est-elle indiquée pour lui permettre d'obtenir la contribution des autres coobligés ? À notre avis non. Le motif principal n'est pas que le coobligé *in solidum* acquitterait nécessairement une dette propre. La distinction entre une dette propre et une dette d'autrui n'est pas toujours tranchée. Juridiquement, il est possible, comme le fait la Cour de cassation belge, de considérer que le coobligé *in solidum* n'acquiesce pas uniquement sa dette propre mais aussi celle d'autrui ou, en d'autres termes, qu'il a acquiescé une dette dont il ne doit pas supporter le poids définitif dans sa totalité. Si on fait de la garantie le fondement de l'obligation *in solidum*, il est aussi juridiquement possible de soutenir que chaque codébiteur est tenu au tout envers la victime à titre de garantie : « il est débiteur pour sa part et garant pour la part des autres »⁴⁹. De plus, on a fait observer, à juste titre, que si les dettes des différents coobligés *in solidum* sont effectivement distinctes, elles ont le même objet – l'indemnisation de la victime – et le même créancier. « Du côté du créancier, il n'y a qu'une seule créance »⁵⁰. Plus largement, il faut s'interroger sur la pertinence réelle de la distinction entre les obligations solidaires et les obligations *in solidum* alors que leurs effets principaux sont identiques. Doit-on vraiment accorder la subrogation légale au codébiteur solidaire qui a payé la totalité de la dette au motif qu'il a payé la dette commune et la refuser au codébiteur *in solidum*, qui indemnise tout le dommage, parce que malheureusement pour lui, il est tenu d'une dette distincte⁵¹ ? La dette du codébiteur *in solidum* est distincte mais on ne peut

⁴⁸ On se limite à une hypothèse simple où les coobligés ont commis des fautes distinctes contribuant à un dommage unique causé à la victime. La jurisprudence montre des hypothèses plus complexes où un des coobligés *in solidum*, responsable du fait d'autrui, intervient comme garant et peut se retourner pour le tout contre le coobligé fautif. Pour une analyse systématique des différents cas de figure et des solutions, parfois incohérentes, parfois cohérentes mais injustes, auxquelles un recours contributoire fondé sur la subrogation légale peut aboutir, B. DE CONINCK, « Les recours après indemnisation en matière de responsabilité civile extracontractuelle : la condamnation *in solidum* et la contribution à la dette », *J.T.*, 2010, p. 756. Après une étude approfondie, cet auteur conclut qu'aucun fondement – subrogation légale, articles 1382 et 1383 du Code civil et enrichissement sans cause – ne peut fournir des solutions entièrement cohérentes et opportunes à l'ensemble des problèmes posés par les recours contributoires en responsabilité civile.

⁴⁹ P. RAYNAUD, cité par J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, p. 201, n° 181.

⁵⁰ P. RAYNAUD, cité par J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, p. 199, n° 179.

⁵¹ À l'inverse, Paul Alain Foriers (« Observations sur les arrêts de cassation des 28 avril 2006 et 4 février 2008 ou les limites des raisonnements techniques en droit », in *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, Louvain-la-Neuve-Bruxelles, Anthemis-Bruylant, 2008, p. 520) fait observer que le codébiteur solidaire et même la caution, tenue par une obligation distincte de celle du débiteur principal, paient « d'une certaine manière » une dette propre vis-à-vis du créancier.

l'isoler de la communauté d'intérêts réunis par l'indemnisation d'un dommage unique.

13. La subrogation légale, une cote mal taillée. À notre avis, fonder le recours contributoire sur la subrogation légale, c'est lui faire une cote mal taillée. La subrogation subit dans l'opération trop d'entorses aux conditions et aux effets qui sont normalement les siens. Ceux-ci ont été maintes fois soulignés⁵².

En sa qualité de subrogé, le *solvens* devrait pouvoir exercer tous les droits et actions du subrogeant. Bien qu'il exerce les droits de la victime, le coresponsable subrogé, qui a indemnisé l'intégralité du dommage, ne bénéficie pas du caractère *in solidum* de l'obligation. Son recours subrogatoire ne pourra s'effectuer que déduction faite de sa part contributive. La Cour de cassation a en effet apporté la précision suivante : « la subrogation prévue par l'article 1251, 3°, du Code civil est limitée aux sommes que le subrogé a versées pour la libération du codébiteur »⁵³. Ceci rejoint la solution prévue par les articles 1213 et 1214 du Code civil en matière de solidarité. Ces dispositions privent le *solvens* du bénéfice de la solidarité dont le créancier disposait. Au niveau contributoire, l'obligation solidaire se divise de plein droit entre les débiteurs. Le codébiteur solidaire qui l'a payée est contraint de diviser son recours. Il ne pourra l'exercer que proportionnellement à la part de chacun des codébiteurs, déduction faite de sa part contributive⁵⁴.

En raison de son effet translatif, le recours subrogatoire permet au subrogé de bénéficier des garanties et des sûretés dont bénéficiait le subrogeant⁵⁵. Les autres codébiteurs peuvent opposer au subrogé toutes les exceptions qu'ils auraient pu opposer au créancier, pourvu qu'elles soient antérieures au paiement⁵⁶. Cet effet translatif est un trait fondamental de la subrogation.

Aucun fondement proposé au recours contributoire n'est exempt de reproches⁵⁷. La subrogation légale nous semble particulièrement inadaptée. Son seul avantage est de fournir au coobligé *in solidum* le principe d'un recours pour justifier techniquement une exigence d'équité. Une fois ce principe affirmé, la subrogation ne fournit, en tant que telle, aucun critère permettant de détermi-

⁵² Pour plus de détails, voy. la contribution de C. EYBEN dans cet ouvrage et la synthèse de B. DE CONINCK, « Les recours après indemnisation en matière de responsabilité civile extracontractuelle : la condamnation *in solidum* et la contribution à la dette », *op. cit.*, p. 756, n° 5.

⁵³ Cass., 10 juillet 1952, *Pas.*, 1952, I, p. 740.

⁵⁴ L'obligation du codébiteur obligé de diviser son recours s'explique par la volonté d'éviter une série de recours successifs entre coobligés. On notera que ce principe de la division des recours, prévu par le Code en matière de solidarité, a fait l'objet de critiques parce qu'il constituait une entorse à l'effet translatif de la subrogation. Sur ce point, J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, p. 597.

⁵⁵ Cass., 18 septembre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 824.

⁵⁶ Cass., 22 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 275 ; Cass., 23 février 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 750 ; Cass., 8 février 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 170.

⁵⁷ La contribution précitée de P.A. Foriers contient une intéressante réflexion sur ce que l'enrichissement sans cause et l'équité peuvent apporter à la compréhension de la jurisprudence de la Cour de cassation belge sur le fondement du recours contributoire. Des arrêts cités et commentés par l'auteur semble émerger un fondement autonome empruntant à l'enrichissement sans cause et à la responsabilité civile.

ner l'étendue du recours contributoire parce qu'elle organise une transmission de créance et qu'elle n'est pas destinée à être un principe d'imputation du dommage entre coobligés au niveau contributoire⁵⁸.

C. Les subrogations spécifiques accordées aux tiers payeurs

14. Une simplification : disparition de la quasi-subrogation. La subrogation requiert que le tiers payeur paie la dette d'autrui et non sa dette propre. Interprétée strictement, cette condition aboutit à refuser à l'assureur le bénéfice de la subrogation légale prévue à l'article 1251, 3°, puisque l'indemnité qu'il verse à son assuré pour le dommage causé à son bien par un tiers, trouve sa cause dans le contrat qui le lie à son assuré. En d'autres termes, il exécute une dette contractuelle propre et ne paie pas la dette d'autrui. Il faut donc en déduire que l'assureur ne peut se prévaloir d'un recours subrogatoire contre le tiers responsable du dommage.

Le législateur est donc intervenu pour déroger au droit commun et permettre la substitution du tiers payeur aux droits du créancier dans des hypothèses où le tiers payeur acquitte sa propre dette. L'article 95 de la loi du 4 avril 2014 (ex art. 41 de la loi du 25 juin 1992) prévoit que « l'assureur qui a payé l'indemnité est subrogé, à concurrence du montant de celle-ci, dans les droits et actions de l'assuré ou du bénéficiaire contre les tiers responsables du dommage »⁵⁹.

Le débat sur la quasi-subrogation est en voie de disparition. Une partie de la doctrine a d'emblée considéré que le concept de « quasi-subrogation » résulte d'une compréhension trop restrictive de l'article 1251, 3°, du Code civil et qu'il convient d'« admettre que, chaque fois que la loi ou le contrat créent des « garants » de réparation, et que ces garants sont effectivement amenés à indemniser une victime, ils payent une dette qui, par hypothèse, n'est pas exclusivement leur propre dette : ils ne sont pas destinés, en effet, à en être les débiteurs finaux, même s'ils supportent le risque de l'insolvabilité de celui sur qui, en toute rigueur, devrait finalement peser la réparation ou, à tout le moins, une

⁵⁸ On a observé qu'il n'y a pas toujours de cohérence entre le fondement choisi pour justifier le principe du recours contributoire et l'étendue reconnue à celui-ci. En ce sens, en droit français : G. VINET, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2013, p. 392, n° 424-1. Il nous paraît significatif que dans son ouvrage *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français* (Paris, Dalloz, 2002), Marc Mignot étudie l'étendue des recours en matière de solidarité et d'obligation *in solidum* avant d'étudier leur nature juridique.

⁵⁹ Pour une analyse de la notion de « tiers responsable du dommage », voy., dans cet ouvrage, B. FOSSÉPREZ, n°s 11 et s. On ne confondra pas cette hypothèse, où l'assureur se retourne contre le tiers responsable du dommage, avec celle d'une assurance de responsabilité où l'assureur, couvrant la responsabilité de son assuré fautif, indemnise le tiers victime et puis exerce, le cas échéant, un recours contre son assuré responsable. Il s'agit, dans ce dernier cas, non d'un recours subrogatoire mais d'une action récursoire en responsabilité contractuelle que l'assureur peut intenter contre son assuré si celui-ci ne respecte pas une obligation du contrat d'assurance. Pour une mise au point, B. DUBUISSON, « Les recours de l'assureur », obs. sous Liège, 29 avril 1997 et 23 juin 1997, 13 et 27 mai 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 240.

partie de celle-ci»⁶⁰. Dans le même sens, la Cour de cassation a décidé qu'en vertu de l'article 1251, 3°, du Code civil, «celui qui s'acquitte d'une dette qui lui est personnelle peut prétendre bénéficier néanmoins de la subrogation légale s'il a, par son paiement, libéré à l'égard de leur créancier commun celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette»⁶¹.

Sur le plan législatif, la notion de «quasi-subrogation» va disparaître. L'article 293 de l'avant-projet de loi de réforme du Code civil⁶² prévoit que «La subrogation a lieu de plein droit : 1° au profit de celui qui s'acquitte d'une dette, s'il a, par son paiement, libéré, à l'égard du créancier, celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette». Selon cet article, la subrogation a également lieu «5° dans tous les autres cas où la loi le prévoit». L'exposé des motifs confirme qu'il s'agit d'«un renvoi à toutes les hypothèses particulières dans lesquelles le législateur reconnaît au tiers payeur un recours subrogatoire» et que «le concept de “quasi-subrogation légale”, qui était critiqué, devient, désormais, une hypothèse de subrogation légale»⁶³.

15. Un tableau excessivement complexe. Le paiement subrogatoire est une opération singulière et complexe. Cette complexité ne fait que croître avec l'intervention de tiers payeurs, assureur privé, assureur-loi ou mutualité auxquels sont consenties des subrogations spécifiques. Elle a conduit Bérénice Fosséprez à une approche transversale et systématique qui permet d'identifier clairement les protagonistes (subrogeant, subrogé et tiers), l'étendue du recours subrogatoire (assiette et objet), l'opposabilité des exceptions (partage de responsabilités et transaction) et l'existence d'un droit propre en faveur du tiers payeur. Cette clarification souligne paradoxalement la complexité excessive d'un système où «vraies et fausses» subrogations s'empilent au risque de l'incohérence et de la discrimination sans toujours respecter le droit commun de la subrogation.

Certaines dérogations sont compréhensibles. En matière d'assurances, l'article 95, alinéa 4, de la loi du 4 avril 2014 prévoit que : «Sauf en cas de malveillance, l'assureur n'a aucun recours contre les descendants, les ascendants, le conjoint et les alliés en ligne directe de l'assuré, ni contre les personnes vivant à son foyer, ses hôtes et les membres de son personnel domestique». Ces abandons de recours constituent une limite à l'effet translatif de la subrogation⁶⁴, ils sont justifiés par un principe de solidarité familiale selon lequel le subrogeant n'aurait vraisemblablement pas exercé de recours à l'encontre des personnes

concernées. Il est moins compréhensible que le législateur invente une subrogation au profit de l'assureur-loi dans des droits que la victime ne détient pas⁶⁵.

Il est significatif que la Commission de réforme du droit de la responsabilité n'ait pas inclus le recours des tiers payeurs dans l'avant-projet de loi relatif à la responsabilité extracontractuelle. La Commission s'exprime de façon un peu désabusée dans les termes suivants : «Les recours des tiers payeurs après indemnisation mériteraient d'être complètement réorganisés. Au fur et à mesure de la multiplication des recours directs ou subrogatoires consacrés par les lois particulières qui viennent s'ajouter à ceux issus du droit commun sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil, la matière est devenue une véritable jungle. Vu la complexité de la tâche et l'ampleur des enjeux, l'idée de remettre de l'ordre dans cette matière a finalement été abandonnée»⁶⁶.

D. Le paiement subrogatoire et ses rivaux

1. Le recours direct

16. Le recours direct de l'employeur public. Outre la subrogation, la Cour de cassation a reconnu à l'employeur public un recours direct sur la base de l'article 1382 du Code civil par cinq arrêts prononcés les 19 et 20 février 2001⁶⁷.

Dans ces arrêts, la Cour de cassation a estimé que «les pouvoirs publics qui, à la suite de la faute d'un tiers, doivent continuer à payer la rémunération et les charges grevant cette rémunération en vertu d'obligations légales ou réglementaires qui leur incombent, sans bénéficier de prestations de travail en contrepartie, ont droit à une indemnité dans la mesure où ils subissent ainsi un dommage. [...] L'existence d'une obligation contractuelle, légale ou réglementaire n'exclut pas qu'il y ait un dommage au sens de l'article 1382 du Code civil, sauf lorsqu'il ressort du contenu ou de la portée du contrat, de la loi ou du règlement que ladite dépense ou prestation à intervenir doit définitivement rester à charge de celui qui s'y est obligé ou qui doit l'exécuter en vertu de la loi ou du règlement»⁶⁸. Elle a également précisé que «la circonstance que l'autorité est statutairement tenue de payer une rémunération à ses agents est étrangère à la question de savoir s'il existe un lien de causalité entre la faute commise par

⁶⁰ P.-H. DELVAUX, «La subrogation et la réparation du dommage», *R. G. A. R.*, 1994, n° 12.292, n° 10.

⁶¹ Cass., 24 juin 2013, *Pas.*, 2013, p. 1436, concl. J. M. GENICOT.

⁶² Avant-projet de loi portant insertion du Livre VI «Les obligations» dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit des obligations instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017.

⁶³ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion du Livre VI «Les obligations» dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit des obligations instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017.

⁶⁴ Pour plus de détails, voy. la contribution de B. FOSSÉPREZ, n° 14 ; P. BAYARD, «Clause d'abandon de recours et malveillance envers l'assuré», note sous Mons, 25 novembre 2014, *For. ass.*, 2015, p. 146.

⁶⁵ Voy. la contribution, dans cet ouvrage, de B. FOSSÉPREZ, n° 14.

⁶⁶ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, p. 14.

⁶⁷ Cass., 19 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 322 ; Cass., 19 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 327 ; Cass., 19 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 329 ; Cass., 19 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 332 ; Cass., 20 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 335. Pour une analyse de cette question, voy. dans cet ouvrage, les contributions de C. EYBEN, n° 15 ainsi que de B. FOSSÉPREZ, qui examine systématiquement la question d'un droit propre, n° 26, n°s 56 à 58 et n°s 85-86.

⁶⁸ Cass., 19 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 329.

un tiers et le dommage résultant pour l'autorité de la circonstance qu'elle doit continuer à payer une rémunération sans bénéficier de contrepartie»⁶⁹.

Le recours direct de l'employeur public lui permet de récupérer la rémunération brute. Tel est l'intérêt du recours direct par rapport au recours subrogatoire. Il semble que la Cour de cassation essaye aujourd'hui de restreindre les dommages dont l'employeur public peut obtenir réparation en vertu de son recours direct⁷⁰. L'employeur public doit donc apprécier, en fonction du type de décaissement effectué, s'il lui revient d'invoquer un recours propre ou un recours subrogatoire⁷¹.

17. Une motivation paradoxale. Selon la Cour de cassation, l'existence d'une subrogation constitue un indice révélateur de l'intention de l'auteur de la norme de ne pas laisser la dépense définitivement à charge de l'autorité⁷². Cette affirmation est très paradoxale. Comme le souligne Bernard Dubuisson en des termes bien pesés, «l'ouverture du recours personnel sur le fondement de l'article 1382 du Code civil sape complètement l'édifice légal. Il rompt, en effet, le lien qui relie de façon à la fois logique et cohérente le principe indemnitaire, la subrogation et le non-cumul des indemnités. En permettant au tiers payeur de récupérer ses débours presque sans limite, le recours direct brise le savant équilibre réalisé par la voie de la subrogation, entre le droit de la victime d'obtenir réparation intégrale de son dommage, l'interdiction pour celle-ci d'obtenir réparation plusieurs fois d'un même dommage et l'obligation qu'a le tiers responsable de contribuer à la réparation, conformément aux règles du droit commun de la responsabilité civile»⁷³.

Le recours propre accordé à l'employeur public doit-il être étendu à d'autres tiers payeurs, comme l'assureur privé, l'assureur-loi ou la mutualité? Pour la raison qui vient d'être donnée, la réponse paraît négative⁷⁴. Une intervention du législateur destinée à régler globalement le recours des tiers payeurs serait souhaitable⁷⁵. Toutefois, ainsi qu'on l'a signalé, la Commission de réforme du droit de la responsabilité n'a pas inclus le recours des tiers payeurs dans l'avant-projet de loi relatif à la responsabilité extracontractuelle.

⁶⁹ Cass., 19 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 329.

⁷⁰ B. DUBUISSON, «L'inflation des recours directs fondés sur l'article 1382 du Code civil ou la transfiguration des tiers payeurs», in *La rupture du lien causal ou l'avènement de l'action directe et le déclin du recours subrogatoire?*, Liège, A.S.B.L. Éditions du Jeune Barreau de Liège, 2007, p. 247.

⁷¹ J. DECHARNEUX, «L'abandon de la théorie de la rupture du lien causal: une sortie par la porte pour mieux rentrer par la fenêtre?», in *Recueil de jurisprudence: responsabilité – assurances – accidents du travail*, vol. 1, Jurisprudence 2011, Limal, Anthemis, 2013, p. 88.

⁷² Cass., 19 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 326.

⁷³ B. DUBUISSON, «Les vertus inattendues de l'article 1382 du Code civil pour l'employeur public et les tiers payeurs», in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 175; dans le même sens, dans ce volume, la contribution de C. EYBEN, n° 15.

⁷⁴ Voy., dans ce volume, la contribution de B. FOSSÉPREZ, qui examine systématiquement la question d'un droit propre, n° 26, n°s 56-58 et n°s 85-86.

⁷⁵ En ce sens, B. DUBUISSON, «L'inflation des recours directs fondés sur l'article 1382 du Code civil ou la transfiguration des tiers payeurs», *op. cit.*, p. 254.

2. Paiement subrogatoire et cession de créance

18. Résumé des principes. «Par l'effet de la subrogation», soulignait le premier Avocat général Mahaux, «le subrogé est mis à la place de celui qui a payé; il se substitue à lui de telle manière que la situation juridique du subrogeant devient la situation propre du subrogé, qu'il peut exercer les droits de celui-ci comme celui-ci aurait pu les exercer et que, par conséquent, le débiteur peut lui opposer les objections et les exceptions qu'il eût pu opposer à son créancier primitif»⁷⁶.

Le paiement subrogatoire combine deux techniques juridiques – le paiement et la subrogation – dont il cumule les effets: l'effet extinctif du paiement et l'effet translatif relevant de la subrogation⁷⁷.

L'effet translatif du paiement subrogatoire est analogue à celui qui existe pour la cession de créance. Le subrogé endosse la situation juridique du subrogeant à l'égard de la créance qui lui est transmise, ni plus ni moins. Le subrogé remplace le subrogeant dans son rapport de créance avec le débiteur à concurrence du montant qui a été payé. Le créancier change, mais la créance reste la même avec ses caractéristiques et ses avantages, ce qui englobe ses accessoires au sens défini par la Cour de cassation à propos de la cession de créance⁷⁸. À l'instar de la cession de créance, la subrogation ne peut pas aggraver la situation du débiteur. La cour d'appel de Liège rappelle que «si la subrogation a pour effet de permettre au subrogé d'exercer les droits du subrogeant contre le débiteur, tels que ces droits auraient pu être exercés par le subrogeant lui-même, par contre, le même créancier subrogé doit subir les exceptions que le débiteur aurait été en droit d'opposer au créancier primitif»⁷⁹.

Quant à l'effet extinctif, il se manifeste dans le fait que le paiement subrogatoire éteint la dette vis-à-vis du créancier primitif à concurrence du paiement effectué par le subrogé.

Il faut garder à l'esprit que la Cour de cassation veille à aligner l'effet translatif du paiement subrogatoire sur celui de la cession de la créance. Ainsi, l'opposabilité de l'exception d'inexécution par le débiteur au subrogé suit le même principe que l'opposabilité de l'exception par le cédé au cessionnaire. Dans le régime actuel, c'est le paiement de la créance par le subrogé au subrogeant qui

⁷⁶ Conclusions avant l'arrêt de la Cour de cassation du 21 juin 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 1001, spéc. p. 1005.

⁷⁷ Sur ces effets en général, P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, p. 2067; M.-Cl. ERNOTTE, «Le paiement subrogatoire», *op. cit.*, p. 237. Dans le domaine des assurances, B. DUBUISSON et V. CALLEWAERT, «Les recours de l'assureur après l'indemnisation», *op. cit.*, pp. 163 et s.

⁷⁸ Cass., 20 septembre 2012, R.G. n° C.11.0662.F; *Pas.*, 2012, p. 1698, avec les conclusions de l'Avocat général GENICOT. En jurisprudence du fond, Comm. Bruxelles, 18 octobre 2012, D.A.O.R., 2013/105-106, pp. 73 et s.; Bruxelles, 9 novembre 2011, R.G.D.C., 2012, p. 112.

⁷⁹ Liège, 4 décembre 1997, R.G.D.C., 1998, p. 370. Pour plus de détails sur l'opposabilité des exceptions en cas d'intervention de tiers payeurs, voy., dans ce volume, la contribution de B. FOSSÉPREZ, qui examine systématiquement l'exception de transaction et l'exception déduite d'un partage de responsabilités, n°s 22-25, n°s 50-55 et n°s 81-84.

cristallise la situation. Dès ce moment, la créance quitte le patrimoine du subrogeant et ne peut plus subir de modification tendant à affaiblir les prérogatives du subrogé. La date du paiement qui fait naître la subrogation est donc cruciale. Elle doit satisfaire aux exigences de l'article 1328 du Code civil pour avoir date certaine, au moins vis-à-vis de non-commerçants⁸⁰.

Jusqu'ici, aucune formalité ne gouverne l'opposabilité du paiement subrogatoire au débiteur⁸¹, ce qui est un avantage « concurrentiel »⁸². Le créancier subrogé a toutefois intérêt à l'informer du paiement qu'il vient d'effectuer, afin d'éviter l'application de l'article 1240 du Code civil au profit du débiteur qui, de bonne foi, aurait payé le subrogeant⁸³.

Ce régime n'est pas satisfaisant. La Commission de réforme du droit des obligations a opté pour un alignement du régime d'opposabilité du paiement subrogatoire sur celui de la cession de créance⁸⁴. L'article 294 du texte de l'avant-projet prévoit que :

« Le paiement subrogatoire est opposable aux tiers autres que le débiteur du seul fait de son existence.

Le paiement subrogatoire n'est opposable au débiteur qu'à partir du moment où il lui a été notifié ou qu'il a été reconnu par celui-ci [...] ».

La subrogation se voit dotée d'un nouveau formalisme d'opposabilité calqué sur celui déjà applicable à la cession de créance. Pour être opposable au débiteur, la subrogation doit avoir été notifiée ou reconnue par celui-ci.

19. Un jeu de différences et de ressemblances. La Cour de cassation a, très tôt, insisté sur la différence fondamentale qui existe entre le paiement subrogatoire et la cession de créance. Dans un arrêt du 12 janvier 1872⁸⁵, elle l'énonce en des termes qui méritent d'être cités :

« Considérant que le paiement avec subrogation consentie par le créancier est une convention qui diffère du transport de créance ;

Que le Code civil traite du premier de ces contrats au chapitre de l'extinction des obligations et, du second, au titre de la vente ;

Que, par cette classification séparée, il assigne à chacun d'eux un objet ou un but spécial ;

Qu'il leur trace, en outre, des conditions distinctes de validité et leur attribue des effets juridiques qui ne sont pas les mêmes ;

⁸⁰ P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, op. cit., p. 2047.

⁸¹ Ce point est au cœur de l'arrêt du 12 janvier 1872, *Pas.*, 1872, I, p. 34. *Adde* Civ. Liège, 28 février 1984, *J.L.*, 1985, p. 139, obs., *Rev. not. belge*, 1985, p. 561, obs.

⁸² En droit français, la subrogation personnelle a fourni un support juridique de choix à l'affacturage. C. DESCHAMP-POPULIN, *La cause du paiement : une analyse innovante du paiement et des modes de paiement*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 341 et s.

⁸³ J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, op. cit., pp. 490 et s.

⁸⁴ Voy., dans ce volume, notre contribution consacrée au futur de la subrogation.

⁸⁵ Cass., 12 janvier 1872, *Pas.*, 1872, I, p. 34, concl. conf. Proc. gén. FAIDER.

Que, notamment, il exige pour la subrogation une simultanéité de paiement qui n'est point requise pour le transport de créance et qu'il impose au vendeur une garantie qu'il ne met pas à la charge du créancier dans la subrogation ; [...] ».

Malgré ce rappel synthétique et vigoureux, les applications contemporaines du paiement subrogatoire soulignent son effet translatif, ce qui incite à le rapprocher de la cession de créance⁸⁶. Ce rapprochement ne date pas d'hier. En droit français, des débats déjà anciens ont eu lieu pour savoir si les garanties prévues en matière de cession de créance par le Code ne devaient pas être étendues au paiement subrogatoire. Il fut rétorqué que le paiement subrogatoire était une variété de paiement et non une vente ou une cession⁸⁷. Le créancier subrogeant n'est tenu à aucune garantie envers le subrogé, même dans l'hypothèse d'une subrogation conventionnelle. Si la créance est inexistante, le *solvens* devra se contenter d'un recours en répétition de l'indu⁸⁸. Cela étant, si le paiement subrogatoire sert, comme c'est le cas en droit français, à réaliser une opération d'affacturage, rien n'interdit aux parties de prévoir un régime de garantie portant sur l'existence ou la qualité des créances transférées de l'adhérent au factor.

Le débat qui a eu lieu en droit français sur les formalités permettant d'opposer la transmission de créance au débiteur est tout aussi significatif. Selon l'ancien article 1250, 1^o, du Code civil⁸⁹, la subrogation se réalise par une convention conclue entre le créancier et le tiers payeur. Le débiteur ne doit pas y apporter son consentement, pas plus que le cédé dans la cession de créance. Différence : la subrogation est opposable aux tiers, en particulier au débiteur, sans formalité particulière alors que dans la cession de créance, certaines formalités d'opposabilité restent prescrites par l'article 1690 du Code civil vis-à-vis du débiteur cédé. Cette différence de traitement a soulevé, au début du XIX^e siècle certaines objections et suscité l'une ou l'autre proposition pour que l'opposabilité de la subrogation au débiteur soit subordonnée aux mêmes formalités que celles prévues pour la cession de créance. Ce fut refusé au motif notamment que le paiement subrogatoire avait un caractère spécifique et qu'il fallait sauvegarder l'efficacité de la subrogation⁹⁰.

20. Des institutions analogues mais une philosophie différente. Le paiement avec subrogation a des effets analogues à la cession de créance. Le subrogeant désintéressé par le tiers se présente comme un cédant et le tiers

⁸⁶ Sur les différences et les ressemblances entre le paiement subrogatoire et la cession de créance, C. VANACKERE, « Paiement avec subrogation », op. cit., V.1.6-3 et 4 ; S. MEYS, « Vergelijking van de overdracht van schuldvoordering met de betaling met indeplaatsstelling », *R. W.*, 2014-2015, p. 602.

⁸⁷ Ces débats sont relatés par J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, op. cit., p. 660, n^o 608.

⁸⁸ La doctrine belge est plutôt elliptique à ce sujet. En doctrine française, outre J. MESTRE, précité, voy. J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, « Le régime des créances et des dettes », op. cit., p. 406, n^o 370.

⁸⁹ Cet article est aujourd'hui remplacé par l'article 1346-1 du Code civil.

⁹⁰ Sur l'ensemble de la discussion, J. MESTRE, op. cit., pp. 57-58.

payeur, qui lui est subrogé légalement ou conventionnellement, a un statut juridique comparable à celui d'un cessionnaire⁹¹. Cela ne suffit pas à les assimiler.

La cession de créance et le paiement avec subrogation gardent, malgré l'évolution, une philosophie différente qui se traduit par un centre de gravité différent. Il est souvent souligné que la cession de créance à titre onéreux est une opération spéculative, au contraire du paiement subrogatoire. Le paiement subrogatoire a cessé d'être un service d'ami mais la différence de philosophie continue de s'exprimer sur le plan technique : le volet « paiement » de la subrogation personnelle ne se retrouve pas dans la cession de créance.

L'organisation du paiement subrogatoire gravite autour du paiement fait par le subrogé au subrogeant. La subrogation suppose un paiement par un tiers. C'est à concurrence de ce paiement que la subrogation, conventionnelle ou légale, intervient. La subrogation conventionnelle doit être convenue au moment du paiement, quand elle est consentie par le créancier. Une fois que les conditions légales de la subrogation (légale ou conventionnelle) sont réunies, le tiers qui a effectué le paiement de la dette concernée, acquiert celle-ci avec tous ses accessoires et ses garanties. La subrogation, même conventionnelle, n'échappe pas à la contrainte résultant du paiement qui est la condition et la mesure de la subrogation. La cession de créance peut, quant à elle, se négocier pour un prix inférieur à la valeur nominale de la créance. Le transfert de valeur au cessionnaire peut donc être supérieur au montant effectivement payé par le cessionnaire. Quand le cédant est en difficulté, la cession de créance peut devenir une opération suspecte et être considérée comme anormale en cas de faillite⁹².

En cas de paiement partiel de la créance, la subrogation n'a lieu qu'à concurrence de ce montant. Si le patrimoine du débiteur ne permet pas de désintéresser tout à la fois le subrogeant et le tiers subrogé, la préférence doit aller au premier. Personne n'est censé subroger contre soi-même (art. 1252 devenu art. 1346-3 C. civ. fr.). Le concours est, dans la jurisprudence, fréquent en matière de paiement subrogatoire alors que le concours entre cessionnaire et cédant n'est pas organisé. À notre connaissance, il est rare.

Le paiement garde sa force d'attraction. Tout en soulignant l'importance croissante de l'aspect translatif du paiement subrogatoire, nombre d'auteurs continuent à l'étudier à la suite du paiement volontaire⁹³. La même conception s'exprime dans le nouveau Code civil français, dans les dispositions consacrées au paiement subrogatoire dans le régime général des obligations.

⁹¹ Sur les différences entre le paiement subrogatoire et la cession de créance, C. VANACKERE, « Paiement avec subrogation », *op. cit.*, V.1.6-3 et 4 ; S. MEYS, « Vergelijking van de overdracht van schuldvoordering met de betaling met indeplaatsstelling », *op. cit.*, p. 602.

⁹² Cass., 15 mars 1928, *Pas.*, 1928, I, p. 111 ; Cass., 6 décembre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 443.

⁹³ Il y a des exceptions : Jacques Ghestin, Marc Billiau et Grégoire Loiseau traitent du paiement subrogatoire dans le titre relatif à la transmission de créance, à la suite de la cession de créance (« Le régime des créances et des dettes », *op. cit.*, pp. 344 et s., pp. 387 et s.).

Le paiement subrogatoire est réglé à la sous-section 4 dans les articles 1346 et suivants. Voici ce que dit le rapport au Président de la République :

« *Rapport, JO 11 février 2016*. La subrogation, souvent considérée aujourd'hui comme une opération purement translatrice de créance, est délibérément maintenue dans le chapitre consacré à l'extinction de l'obligation, dans la section relative au paiement, ce qui permet de rappeler qu'elle est indissociablement liée à un paiement fait par un tiers, qui libère un débiteur – totalement ou partiellement – envers son créancier, et qu'elle ne constitue pas une opération translatrice autonome, mais une modalité du paiement ».

Il n'en va pas autrement du droit belge actuel et futur.

Section 2

Affirmation de la subrogation réelle en droit belge

21. Présentation. Si la subrogation réelle est fort présente dans la pratique notariale notamment en matière de planification successorale⁹⁴, elle reste discrète en droit belge. Les applications les plus connues sont celles prévues aux articles 10 de la loi hypothécaire et 112 de la loi relative aux assurances (A.). La subrogation réelle s'implante pourtant progressivement en droit belge. Elle conquiert peu à peu le droit des sûretés (B.) et devrait connaître un véritable essor dans le cadre de la réforme du droit des biens (C.).

A. Applications courantes de la subrogation réelle

1. Articles 10 de la loi hypothécaire et 112 de la loi relative aux assurances

22. Prescrit légal et champ d'application. L'article 10 de la loi hypothécaire dispose que :

« Sous réserve de l'article 58 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, toute indemnité due par des tiers, à raison de la perte, détérioration ou perte de valeur de l'objet grevé de privilège ou d'hypothèque, est affectée au paiement des créances privilégiées ou hypothécaires, selon le rang de chacune d'elles, si elle n'est pas appliquée par eux à la réparation de cet objet ».

Cet article constitue une application de la subrogation réelle⁹⁵. Lorsqu'un bien grevé d'un privilège ou d'une hypothèque vient à disparaître, le droit de préférence du créancier se reporte sur le bien qui le remplace ou, plus

⁹⁴ Voy. la contribution de P.-Y. ERNEUX dans cet ouvrage.

⁹⁵ Voy. sur cet article, A. CUYPERS et Fr. GEORGES, « Art. 10 L. hyp. », in *Privilèges et hypothèques. Commentaires avec aperçu de jurisprudence et de doctrine*, Malines, Kluwer, 2004, pp. 4 et s. ; Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 112-113.

généralement, sur la créance de prix⁹⁶. L'éventuelle indemnité due par des tiers est affectée au remboursement des créanciers hypothécaires ou privilégiés⁹⁷. Le principe de la subrogation réelle souffre toutefois une exception lorsque l'indemnité est affectée à la réparation ou au remplacement du bien. L'article 10 de la loi hypothécaire est de nature impérative⁹⁸.

Bien que les termes employés visent exclusivement les privilèges et hypothèques, le champ d'application de l'article 10 est bien plus large. Il vise également les autres sûretés réelles telles que le gage y compris le gage sur fonds de commerce⁹⁹.

L'article 10 de la loi hypothécaire réserve cependant les hypothèses qui figurent, en matière d'assurances de choses, à l'article 58 de la loi sur 25 juin 1992 remplacé par l'article 112 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances¹⁰⁰.

En son alinéa 1^{er}, ce dernier article reproduit le principe énoncé à l'article 10 de la loi hypothécaire :

« Dans la mesure où l'indemnité due à la suite de la perte ou de la détérioration d'un bien n'est pas entièrement appliquée à la réparation ou au remplacement de ce bien, elle est affectée au paiement des créances privilégiées ou hypothécaires, selon le rang de chacune d'elles ».

En application du principe de la subrogation réelle, si le bien grevé vient à périr ou être détérioré, l'indemnité due par l'assureur sera affectée prioritairement au créancier privilégié et/ou au créancier hypothécaire. Le paiement par l'assureur au propriétaire du bien grevé n'est donc pas libératoire sauf dans l'hypothèse prévue à l'alinéa 2. Ce dernier dispose :

« [...] le paiement de l'indemnité fait à l'assuré libère l'assureur si les créanciers dont le privilège ne fait pas l'objet d'une publicité n'ont pas au préalable formé opposition.

Les alinéas 1^{er} et 2 ne portent pas atteinte aux dispositions légales relatives aux actions directes contre l'assureur dans des cas particuliers ».

Si les créanciers, dont le privilège ne fait pas l'objet de publicité, n'ont pas fait opposition, le paiement opéré par l'assureur en faveur de l'assuré est libératoire¹⁰¹.

⁹⁶ Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, op. cit., p. 113.

⁹⁷ A. CUYPERS et Fr. GEORGES, « Art. 10 L. hyp. », op. cit., p. 5.

⁹⁸ A. DE WILDE, « Zakelijke subrogatie in artikel 58 van de Wet op de Landverzekeringsovereenkomst », note sous Prés. Comm. Hasselt (réf.), 15 février 1999, R.D.C., 1999, p. 877.

⁹⁹ A. CUYPERS et Fr. GEORGES, « Art. 10 L. hyp. », op. cit., p. 6.

¹⁰⁰ Loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, M.B., 30 avril 2014.

¹⁰¹ Voy. sur les formes de cette opposition, A. DE WILDE, « Zakelijke subrogatie in artikel 58 van de Wet op de Landverzekeringsovereenkomst », op. cit., p. 876.

23. Conditions d'application de ce cas de subrogation réelle¹⁰².

L'application du principe de la subrogation réelle est toutefois tributaire du respect de plusieurs conditions. Tout d'abord, le droit à l'indemnité suppose, dans la plupart des cas, la conclusion d'un contrat d'assurance. L'assuré ne doit pas avoir été déchu de son droit à une indemnité. Son droit ne peut davantage être prescrit¹⁰³. Ensuite, le privilège ou l'hypothèque doit être antérieur au sinistre. La Cour de cassation, dans son arrêt du 13 octobre 2017, rappelle que seuls bénéficient de la subrogation réelle « les créanciers privilégiés ou hypothécaires dont l'inscription de la créance à la conservation des hypothèques est antérieure au sinistre »¹⁰⁴. De surcroît, l'indemnité ne doit pas avoir été utilisée pour la réparation ou la reconstruction du bien¹⁰⁵. Enfin, le créancier doit figurer en rang utile.

2. Autres cas de subrogation réelle

24. Florilège. D'autres exemples de subrogation réelle peuvent être cités¹⁰⁶. On y retrouve, selon François T'Kint :

- le report des droits du créancier sur le prix dû par l'acquéreur en cas de vente par le débiteur de fruits ou produits du fonds ou d'aliénation d'immeubles par destination qui viendrait réduire l'assiette de l'hypothèque ;
- le report des droits des créanciers sur le prix dû par l'acquéreur en cas de purge de l'immeuble ;
- le report des droits du créancier hypothécaire en cas de partage ou licitation de l'immeuble dont une part est hypothéquée sur la soulte.

La subrogation réelle trouve également un terrain d'élection en matière de régimes matrimoniaux¹⁰⁷. L'article 1400 du Code civil prévoit en effet que :

« Sont propres, quel que soit le moment de l'acquisition et sauf récompense s'il y a lieu :

1. les accessoires d'immeubles ou de droits immobiliers propres ;
2. les accessoires de valeurs mobilières propres ;

¹⁰² Voy. sur ces conditions, A. CUYPERS et Fr. GEORGES, « Art. 10 L. hyp. », op. cit., pp. 5-13 ; voy. également A. DE WILDE, « Zakelijke subrogatie in artikel 58 van de Wet op de Landverzekeringsovereenkomst », op. cit., p. 876.

¹⁰³ A. CUYPERS et Fr. GEORGES, « Art. 10 L. hyp. », op. cit., p. 8.

¹⁰⁴ Cass., 13 octobre 2017, R.G. n° C.15.0472.F

¹⁰⁵ Voy. sur les relations entre assureur, assuré et créancier hypothécaire ou privilégié dans le cadre de l'application de cette disposition, A. CUYPERS et Fr. GEORGES, « Art. 10 L. hyp. », op. cit., p. 11. Voy. également A. DE WILDE, « Zakelijke subrogatie in artikel 58 van de Wet op de Landverzekeringsovereenkomst », op. cit., pp. 875-877.

¹⁰⁶ Exemples repris de Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, op. cit., p. 293. Pour d'autres cas, V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Anvers, Intersentia, 2003, n°s 95 à 109. En droit français, V. RANOUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, Paris, L.G.D.J., 1985, pp. 17 et s. L'auteur en dénombre une quarantaine.

¹⁰⁷ V. SAGAERT, « De verkenning van een algemeen beginsel in het vermogensrecht », *Jura falc.*, 2003-2004, n° 2, p. 416.

3. les biens cédés à l'un des époux par un de ses ascendants soit pour le remplir de ce qui lui est dû, soit à charge de payer une dette de l'ascendant envers un tiers ;
4. la part acquise par l'un des époux dans un bien dont il est déjà copropriétaire ;
5. les biens et droits qui, par l'effet d'une subrogation réelle, remplacent des propres, ainsi que les biens acquis en emploi ou en remploi¹⁰⁸ ;
6. les outils et les instruments servant à l'exercice de la profession ;
7. les droits résultant d'une assurance de personnes, souscrite par le bénéficiaire lui-même, acquis par lui au décès de son conjoint ou après la dissolution du régime ».

Un autre exemple figure encore à l'article 103 de la loi sur les faillites remplacé par l'article XX.196 du Code de droit économique. Selon cette disposition, «Peuvent être également revendiquées, aussi longtemps qu'elles existent en nature, en tout ou en partie, les marchandises consignées au failli à titre de dépôt ou pour être vendues pour le compte de l'envoyeur. Peut même être revendiqué le prix ou la partie du prix desdites marchandises, qui n'a été ni payé ni réglé en valeur, ni compensé en compte courant entre le failli et l'acheteur».

La subrogation réelle est connue aussi du droit pénal¹⁰⁹. Conformément à l'article 42, 3°, du Code pénal, la confiscation spéciale s'applique «aux avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction, aux biens et valeurs qui leur ont été substitués et aux revenus de ces avantages investis». L'article 43bis précise que «Si ces choses ne peuvent être trouvées dans le patrimoine du condamné, le juge procédera à leur évaluation monétaire et la confiscation portera sur une somme d'argent qui leur sera équivalente».

25. Conditions d'application de la subrogation réelle¹¹⁰. À partir de l'examen de la subrogation réelle dans deux domaines spécifiques – les rapports de restitutions et les sûretés réelles – Vincent Sagaert a tenté de dégager les conditions de droit commun de la subrogation. Sans entrer dans le détail de chacune de ces conditions, on relève tout d'abord que la subrogation réelle protège uniquement les droits réels. Ensuite, un lien causal doit être démontré entre la perte de la chose initiale et la chose ou les valeurs qui viennent en remplacement : «Het surrogaat moet rechtstreeks (door één vervanging) of onrechtstreeks (door verschillende vervangingen) de economische tegenwaarde vormen van het oorspronkelijke voorwerp van het zakelijke recht»¹¹¹. La subrogation réelle n'est pas limitée aux créances qui viennent en remplacement du bien initial. Un bien corporel peut parfaitement venir en remplacement du bien initial. La subrogation présente de plus un caractère subsidiaire. Elle ne peut trouver à s'appliquer si d'autres remèdes réels (droit de suite, droit de rétention) ou

relevant du droit des obligations (nullité, inopposabilité, etc.) sont encore envisageables. Enfin, l'incorporation et la confusion du bien initialement grevé ne constituent pas nécessairement un obstacle au jeu de la subrogation réelle. Ces conditions sont reproduites dans l'avant-projet de réforme du droit des biens (*infra*, n° 34).

B. L'avènement de la subrogation réelle en droit des sûretés¹¹²

26. Réforme du droit des sûretés réelles mobilières. Le droit des sûretés n'a pas échappé à l'emprise de la subrogation réelle. À l'occasion de la réforme du droit des sûretés réelles mobilières¹¹³ entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018, le législateur a consacré plusieurs cas particuliers de subrogation réelle. Nous abordons successivement ceux qui concernent le gage et la clause de réserve de propriété en rappelant au préalable les principes applicables sous l'ancien régime.

27. Régime du gage : avant la réforme. L'ancien article 2076 du Code civil exigeait le maintien de la possession de la chose remise en gage sous peine d'entraîner l'extinction du gage¹¹⁴. La rigueur de ce principe était toutefois tempérée par plusieurs exceptions dégagées en doctrine et en jurisprudence. La Cour de cassation avait notamment admis, dans un arrêt du 12 novembre 1914¹¹⁵, la subsistance du gage en cas de remplacement des biens engagés par des biens nouveaux¹¹⁶. La doctrine en déduisait que la persistance du gage était subordonnée au respect d'une condition de simultanéité et de valeur. La substitution devait être instantanée tandis que les biens nouveaux ne pouvaient avoir une valeur supérieure aux biens initialement gagés¹¹⁷.

¹¹² Cette partie s'inspire de l'ouvrage suivant : FL. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite. Essor ou déclin du principe de l'égalité des créanciers ?*, Bruxelles, Larcier, 2018, n° 1112 (à paraître).

¹¹³ Loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, *M.B.*, 2 août 2013. Voy., sur cette réforme, D. LECHEN, «Avant-projet de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières», in *Privileges et hypothèques. Commentaire avec aperçu de jurisprudence et de doctrine*, Waterloo, Kluwer, 2012, pp. 1-49 ; J. CATTARUZZA, «Les grands axes de la réforme des sûretés mobilières», *D.B.F.*, 2013, pp. 183-194 ; W. DERIJCKE, «La réforme des sûretés réelles mobilières», *R.D.C.*, 2013, pp. 691-722 ; E. DIRIX, *La réforme des sûretés réelles mobilières*, Waterloo, Kluwer, 2013, 346 p. ; Fr. GEORGES, «La réforme des sûretés mobilières», *Rev. dr. U.I.g.*, 2013, pp. 319-368 ; Fr. GEORGES, «La réforme des sûretés mobilières», *in* *Privileges et hypothèques. Commentaire avec aperçu de jurisprudence et de doctrine*, Waterloo, Kluwer, 2012, pp. 59-106 ; J. DEL CORRAL, «Zekerheidsrechten. Stand van zaken», *N.j.W.*, 2014, pp. 578-596 ; M. GRÉGOIRE, «La modification du Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières», in A. Zenner, *Paiement, insolvabilité et réorganisation*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 31-61 ; E. DIRIX, *La réforme des sûretés réelles mobilières*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 346 ; J. BAECK et M. KRUTHOF (éd.), *Het nieuwe zekerheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2014.

¹¹⁴ M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 447.

¹¹⁵ Cass., 12 novembre 1914, *Pas.*, 1915-1916, I, p. 124.

¹¹⁶ Voy. sur les conditions déduites de l'arrêt de la Cour de cassation, Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, op. cit., p. 143, n° 268.

¹¹⁷ Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, op. cit., p. 142 ; M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, op. cit., p. 448.

¹⁰⁸ Nous soulignons.

¹⁰⁹ V. SAGAERT, «De verkenning van een algemeen beginsel in het vermogensrecht», op. cit., p. 417.

¹¹⁰ Cette section s'inspire des recherches doctorales de Vincent Sagaert (*Zakelijke subrogatie*, op. cit.).

¹¹¹ V. SAGAERT, «De verkenning van een algemeen beginsel in het vermogensrecht», op. cit., p. 422.

Par ailleurs, on enseignait que le mécanisme de la subrogation réelle prévu à l'article 10 de la loi hypothécaire trouvait également à s'appliquer au gage (voy. *supra*, n° 22).

28. Régime du gage : après la réforme. L'article 9 du nouveau titre XVII du Livre III du Code civil reproduit la règle de l'article 10 de la loi hypothécaire¹¹⁸. Il fait expressément entrer le principe de la subrogation réelle dans le giron du gage. Selon l'article 9, alinéa 1^{er}, «Le gage s'étend à toutes les créances qui se substituent aux biens grevés, parmi lesquels les créances résultant de la cession de ceux-ci ainsi que celles indemnifiant une perte, détérioration ou diminution de valeur du bien grevé». Pour Piet François, il ne fait désormais plus aucun doute qu'en cas de vente du bien gagé, les droits du créancier gagiste se reportent sur la créance de prix ou, si le prix a été payé, sur la somme d'argent payée pour autant qu'elle soit toujours identifiable dans le patrimoine du vendeur-constituant du gage¹¹⁹. La portée de la subrogation réelle reste toutefois incertaine¹²⁰. Les termes employés à l'article 9 donnent à penser que seules sont visées par la subrogation réelle «les créances qui se substituent aux biens grevés». Tandis que certains y voient un frein à la reconnaissance d'une subrogation plus large qui engloberait, non pas uniquement les créances, mais également les biens venant en remplacement, la majorité des auteurs prône une interprétation extensive de l'article 9¹²¹. Ruud Jansen s'inscrit dans ce courant majoritaire. Il se fonde notamment sur le fait que les travaux préparatoires ne limitent pas la subrogation aux seules créances et se réfèrent, à certains endroits, à la notion de biens plutôt qu'à celle de créances¹²².

29. Clause de réserve de propriété : avant la réforme. Sous l'empire de l'article 101 de la loi du 8 août 1997, la question de l'application de la subrogation réelle à la clause de réserve de propriété suscitait de nombreuses questions.

La clause de réserve de propriété pouvait-elle se reporter, en cas de revente, sur une créance de prix ou, en cas de destruction ou de dégradation, sur l'éventuelle indemnité d'assurance? La doctrine restait divisée. Pour certains, les travaux préparatoires excluaient la possibilité de subrogation réelle¹²³. Plusieurs arguments plaidaient en ce sens. Ainsi, pour une partie de la doctrine, la condition selon laquelle la subrogation ne jouait que lorsqu'un bien est substitué à un autre dans un même patrimoine, n'était pas satisfaite. Le bien aliéné restait dans le patrimoine du vendeur tandis que la créance de prix était dans

celui de l'acheteur¹²⁴. On ajoutait aussi que la subrogation devait être consacrée dans une disposition légale. Enfin, la subrogation réelle en droit des assurances ne s'appliquait qu'aux titulaires de privilèges et hypothèques¹²⁵, en vertu des articles 10 de la loi hypothécaire et 112 de la loi relative aux assurances¹²⁶. À l'opposé, plusieurs auteurs militaient en faveur d'une large reconnaissance de la subrogation réelle¹²⁷. Le législateur, dans les travaux préparatoires, n'aurait eu l'intention, selon ce courant, que de supprimer le droit de suite du vendeur à l'égard du sous-acquéreur et d'éviter toute revendication du vendeur sur les biens venus en remplacement¹²⁸. L'exigence d'une disposition légale était par ailleurs mise en doute par ces auteurs qui considéraient la subrogation réelle comme un principe général¹²⁹.

Encore fallait-il en tout état de cause que les biens aient été susceptibles de revendication au moment de la revente¹³⁰. Ils devaient exister en nature à ce moment peu importe que postérieurement ils aient été incorporés, confondus ou transformés par le sous-acquéreur¹³¹. De plus, si le prix de vente avait été versé au revendeur (acheteur initial) avant la mise en œuvre de la clause par le vendeur initial, le droit de ce dernier s'éteignait à moins que les fonds fussent toujours identifiants dans le patrimoine de l'acheteur¹³².

30. Clause de réserve de propriété : après la réforme. L'article 70 du titre XVII du Livre 3 du Code civil précise que l'article 9 de la même section s'applique à la clause de réserve de propriété. Selon cette disposition : «Le gage

¹²⁴ M. GRÉGOIRE, «Questions liées à l'introduction d'une clause de réserve de propriété», in *Mélanges à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 489 et s., spéc. p. 492, n° 41.

¹²⁵ P. COLLE et B. VAN DEN BRANDE, «Het eigendomsvoorbehoud verbintenissenrechtelijk bekeken en tegenwerpelijheid van het beding in de verschillende samenloopssituaties», in B. Tillemans et P.A. Foriers (éd.), *La vente*, Bruges, la Charte, 2002, pp. 170-171, n° 10.

¹²⁶ Voy., sur le champ d'application de l'article 10 de la loi hypothécaire, *supra* n° 22, p. 30.

¹²⁷ Voy., sur les différents arguments et contre-arguments, B. DE CONINCK, «La clause de réserve de propriété et son opposabilité en cas de concours», *R.G.D.C.*, 2005, p. 257; M. GRÉGOIRE, «Questions liées à l'introduction d'une clause de réserve de propriété», in *Mélanges à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 489 et s.; E. PIASSCHAERT et C. DETAILLE, «Les effets de la vente», in M. Dupont, M. Berlingin et M. Demoulin, *Manuel de la vente*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 175; A. S. GIGOT, «L'opposabilité de la clause de réserve de propriété en cas de procédures collectives d'insolvabilité», *R.D.C.*, 2011, pp. 513-514.

¹²⁸ Chr. BIRKET-MATHIEU et Fr. GEORGES, «Les espaces de liberté dans le domaine des sûretés et garantie de paiement», in *Les espaces de liberté en droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 122, n° 56.

¹²⁹ V. SAGAERT, «Het "in natura"-vereiste bij eigendomsvoorbehoud: de gevolgen van de bewerking, vermenig en wederverkoop», note sous Bruxelles, 19 novembre 2002, *R.D.C.*, 2003, p. 779, n° 13. Voy. égal. E. DIRIX, «Zakelijke subrogatie», *R.W.*, 1993-1994, pp. 277 et s.

¹³⁰ E. DIRIX, «Commentaire art. 101 L. faill.», in *Privilèges et hypothèques. Commentaire avec aperçu de jurisprudence et de doctrine*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 36; A. S. GIGOT, «L'opposabilité de la clause de réserve de propriété en cas de procédures collectives d'insolvabilité», *op. cit.*, p. 514.

¹³¹ A. S. GIGOT, «L'opposabilité de la clause de réserve de propriété en cas de procédures collectives d'insolvabilité», *op. cit.*, p. 514.

¹³² E. DIRIX, «Commentaire art. 101 L. faill.», *op. cit.*, pp. 37-38. Voy., en matière de règlement collectif de dettes, Trib. trav. Charleroi, 28 février 2013, *Ius & Actores*, 2013, pp. 99-106, où le tribunal refuse de faire droit à la subrogation réelle dans la mesure où le prix n'est plus identifiable et se confond avec la masse de l'actif.

¹¹⁸ J. CAEYMAEX et Th. CAVENAILLE, *Manuel des sûretés mobilières*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 142.

¹¹⁹ P. FRANÇOIS, «Commentaar bij art. 9 Pandvet», in *Voorrechten en hypotheek*, Malines, Kluwer, 2017, p. 4.

¹²⁰ P. FRANÇOIS, «Commentaar bij art. 9 Pandvet», *op. cit.*, p. 4.

¹²¹ Voy. R. JANSEN, «Eigendomsvoorbehoud», in J. Baek et M. Kruithof (éd.), *Het nieuwe zekerheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2014, p. 154, n° 22.

¹²² Projet de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2012-2013, n° 53-2463/001, p. 39.

¹²³ Projet de loi sur les faillites, Amendements n° 5, *Doc. parl.*, Ch. repr., 1995-1996, n° 330/2, p. 8.

s'étend à toutes les créances qui se substituent aux biens grevés, parmi lesquels les créances résultant de la cession de ceux-ci ainsi que celles indemnifiant une perte, détérioration ou diminution de valeur du bien grevé. Sauf convention contraire, le gage s'étend aux fruits produits par les biens grevés. Le constituant du gage et, le cas échéant, le créancier gagiste sont tenus d'en rendre compte à l'autre partie». Les droits du vendeur bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété s'étendent donc à toutes les créances qui se substitueront au bien grevé¹³³.

Cette disposition a le mérite de mettre un terme aux discussions relatives à l'application ou non, en matière de clause de réserve de propriété, de la subrogation réelle. Les droits du bénéficiaire de la clause de propriété se reporteront donc sur le prix de vente pour autant que celui-ci puisse être identifiable dans le patrimoine de l'acheteur¹³⁴.

31. Questions en suspens. Les interrogations déjà soulevées en matière de gage se posent en des termes identiques dès lors que le principe de la subrogation réelle est calqué sur celui du gage¹³⁵. La subrogation se limite-t-elle aux créances ou s'étend-elle à l'ensemble des biens venant en remplacement? La subrogation peut-elle jouer lorsqu'un bien corporel vient remplacer le bien initialement grevé ou faut-il se limiter à une interprétation littérale du texte? Une majorité semble ici aussi progressivement se dégager en faveur d'une application large de la subrogation réelle¹³⁶. On peut encore se demander ce qu'il advient de la clause de réserve de propriété si le prix payé est affecté à l'achat d'un nouveau bien¹³⁷. L'utilisation du critère de «*traceerbaarheid*» est prônée par une partie de la doctrine¹³⁸. La question de savoir si le bénéficiaire de la clause de réserve de propriété peut ou non de se prévaloir de la subrogation réelle lorsque l'acheteur était autorisé à revendre la chose est également fort épineuse¹³⁹. Ruud Jansen suggère de recourir à la théorie de l'enrichissement sans cause. Si le transfert du bien s'effectue avec l'autorisation du vendeur, il ne peut être question d'enrichissement sans cause. Ainsi, le pouvoir de disposition dont bénéficierait l'acheteur empêche le recours, dans le chef du vendeur, à la subrogation réelle¹⁴⁰.

¹³³ V. NICAISE, «La portée de la réforme des sûretés réelles mobilières sur le secteur des assurances», *For. ass.*, 2017, p. 125.

¹³⁴ J. DEL CORRAL, «Zekerheidsrechten. Stand van zaken», *Nj.W.*, 2014, p. 588. Voy., sur la condition de traçabilité des fonds, P. FRANÇOIS, «Commentaar bij art. 9 Pandwet», *op. cit.*, p. 5.

¹³⁵ L'article 70 fait en effet référence à l'article 9 dédié au gage.

¹³⁶ P. FRANÇOIS, «Commentaar bij art. 9 Pandwet», *op. cit.*, p. 4.

¹³⁷ V. SAGAERT, «De verkenning van een algemeen beginsel in het vermogensrecht», *Jura falc.*, 2003-2004, n° 2, p. 424; P. FRANÇOIS, «Commentaar bij art. 9 Pandwet», *op. cit.*, p. 5.

¹³⁸ P. FRANÇOIS, «Commentaar bij art. 9 Pandwet», *op. cit.*, p. 5. Voy. aussi V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, *op. cit.*, pp. 357-362.

¹³⁹ R. JANSEN, «Eigendomsvoorbehoud», *op. cit.*, pp. 154-155, n° 23.

¹⁴⁰ *Ibid.*

C. Vers une approche intégrée de la subrogation réelle?

32. Hypothèses de subrogation réelle en droit des biens. La subrogation réelle est aussi présente en droit des biens¹⁴¹. Nous en épinglons quelques exemples. En matière d'hypothèque du droit de superficie ou d'emphytéose, «la doctrine et la jurisprudence admettent [...] que les droits du créancier hypothécaire soient reportés sur les indemnités éventuellement dues pour les constructions se trouvant sur le sol à l'issue du droit, par le phénomène de la subrogation réelle»¹⁴². C'est également sur la base de la subrogation réelle que l'on admet que l'usufruitier puisse disposer des biens qui composent la chose grevée «lorsque l'usufruit porte sur une universalité, à la condition toutefois d'en maintenir la substance, entendue comme la valeur»¹⁴³. L'article 617, alinéa 6, du Code civil qui prévoit l'extinction de l'usufruit en cas de perte totale de la chose est également battu en brèche par la subrogation réelle. Certains admettent en effet, dans l'hypothèse où le bien détruit est remplacé par un autre, l'application du principe de la subrogation réelle¹⁴⁴.

33. Avant-projet de réforme du droit des biens. Le développement de la subrogation s'est considérablement intensifié ces dernières années. La réforme du droit des biens s'inscrit dans cette tendance. La subrogation réelle devrait poursuivre sur sa lancée et connaître un véritable essor. Une approche «intégrée» plutôt que «fragmentaire» est retenue par les auteurs de l'avant-projet de réforme du droit des biens¹⁴⁵. L'idée qui sous-tend la réforme est de rassembler toutes les règles communes aux droits réels¹⁴⁶. Parmi ces règles, on retrouve la subrogation réelle. La solution n'étonne guère. Les travaux du Professeur Sagaert ont manifestement marqué de leur empreinte le texte final. L'article 10 de l'avant-projet intitulé «subrogation réelle» énonce qu'«un droit réel s'étend à tous les biens qui viennent en remplacement de l'objet initial du droit réel, parmi lesquels les créances qui se substituent au bien telle l'indemnité due par des tiers, à raison de la perte, détérioration ou perte de valeur de l'objet, pour autant que le droit réel puisse être exercé de manière utile sur le nouvel objet et qu'il n'y ait aucun autre remède». Le droit réel est ainsi renforcé. Il présente un caractère moins précaire dès lors que la disparition du bien grevé n'entraîne pas nécessairement l'extinction du droit¹⁴⁷.

¹⁴¹ Voy. pour un examen des conditions d'application de la subrogation réelle, J. HANSENNE et C. RENARD, «Conditions d'application de la subrogation réelle», *Rép. not.*, t. II, *Les biens*, liv. 2, *Biens (et propriété)*, Bruxelles, Larcier, 1987, pp. 60 et s.

¹⁴² S. BOUFFLETTE, P. LECOCQ, R. POPA et A. SALVÉ, *Manuel de droit des biens*, t. 2, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 493. Voy., en jurisprudence, Civ. Bruxelles, 7 avril 1960, *Pas.*, 1961, III, p. 7 cité par les auteurs précités.

¹⁴³ I. DURANT, *Droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 290, n° 374.

¹⁴⁴ I. DURANT, *Droit des biens*, *op. cit.*, p. 346, n° 446.

¹⁴⁵ Avant-projet de loi portant insertion du Livre II «Droit des biens» dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit des biens instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, pp. 30-31.

¹⁴⁶ Voy. V. LAFARQUE, «Le point sur la réforme du Code civil», *B.J.S.*, 2018, n° 602.

¹⁴⁷ P. FRANÇOIS, «Commentaar bij art. 9 Pandwet», *op. cit.*, p. 2.

34. Extension du champ de la subrogation réelle. Une étude complète de la subrogation réelle en droit des biens n'est pas possible ici. La lecture de l'exposé des motifs rédigé par la Commission de réforme du droit des biens est toutefois déjà fort éclairante. Elle révèle que la subrogation réelle s'émancipe de ses ancrages traditionnels.

« Dans les conditions citées ci-après, exprimées dans la disposition légale précitée, le titulaire de chaque droit réel peut recourir à la subrogation réelle afin d'éviter l'extinction du droit réel (pour un développement : V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Anvers, Intersentia, 2003, 792 p.) :

- Le droit réel ne peut être *intuitu rei*, ce qui signifie que le droit réel peut également être exercé utilement sur autre chose que l'objet initial. Les servitudes qui, par leurs caractéristiques, n'ont aucune utilité en dehors du fonds assujéti (*cf. infra*) ne peuvent être transférées sur autre chose. Les droits réels qui portent en principe sur un objet par nature, mais qui peuvent quand même conserver leur valeur indépendamment de cet objet, sont également protégés : la propriété, la copropriété, l'usufruit, etc.
- L'objet initial du droit réel disparaît. Le droit réel ne peut dès lors continuer d'être exercé sur cet objet. Il peut s'agir tant d'une perte juridique (vente, donation, échange), dans le cadre de laquelle le droit de suite ne peut être exercé, que d'une perte matérielle (disparition, dégradation).
- L'objet initial du droit réel doit être remplacé par autre chose qui correspond à la valeur de l'objet initial. Exemple : les indemnités d'assurance en cas de perte matérielle, le prix de vente en cas de perte juridique, le bien donné en échange en cas d'échange, etc.
- La subrogation réelle est une figure juridique subsidiaire : il ne peut y être recouru lorsque le titulaire du droit réel peut maintenir sa position par d'autres remèdes réels (droit de suite) ou relevant du droit des obligations (action paulienne, action en responsabilité). Cette subsidiarité repose sur la conception selon laquelle la subrogation réelle prévient des enrichissements patrimoniaux injustifiés »¹⁴⁸.

La subrogation réelle va-t-elle devenir ce principe général du droit patrimonial (« algemeen beginsel van het vermogensrecht »)¹⁴⁹ défendu avec vigueur au Nord du pays ? L'avant-projet doit encore être soumis au Parlement. Nul doute que le sort nouveau réservé à la subrogation réelle suscitera le débat.

¹⁴⁸ Avant-projet de loi portant insertion du Livre II « Droit des biens » dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit des biens instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, Exposé des motifs, pp. 31-32 (version du 7 décembre 2017).

¹⁴⁹ V. SAGAERT, « De verkenning van een algemeen beginsel in het vermogensrecht », *Jura falc.*, 2003-2004, n° 2, p. 432.