

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le futur de 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, Le futur de la subrogation: une évolution sans révolution. dans *Métamorphoses de la subrogation*. Anthemis edn, vol. 181, CUP, Limal , pp. 159-174.

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.

5

LE FUTUR DE LA SUBROGATION : UNE ÉVOLUTION SANS RÉVOLUTION

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

Xavier THUNIS
professeur à l'UNamur

Sommaire

Introduction	160
Section 1 L'avant-projet belge de réforme du Code civil	160
Section 2 L'ordonnance française du 10 février 2016	168
Conclusion	174

Introduction¹

1. Présentation. À l'instar du droit français, le droit belge connaît actuellement une vague de réformes. Après l'ordonnance adoptée par nos voisins le 10 février 2016, c'est désormais au tour du Code civil belge d'être remanié en profondeur. L'actuel avant-projet de réforme du Code civil nous offre l'occasion d'étudier, dans une perspective *de lege ferenda*, les textes soumis à la consultation par la Commission de réforme du Code civil (section 1). Le régime de la subrogation subit plusieurs modifications. Ces dernières seront comparées avec les changements introduits par l'ordonnance française (section 2).

Section 1

L'avant-projet belge de réforme du Code civil

A. Une réforme globale

2. État d'avancement. La réforme du Code civil figurait déjà dans la note politique du ministre de la Justice de 2015. Depuis lors, l'idée de réforme a progressivement fait son chemin. Un premier pas est réalisé avec l'adoption de l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 portant création des Commissions de réforme du Code civil. Conformément à l'article 2 de l'arrêté, une commission spécifique est chargée d'élaborer une proposition de réforme du droit des obligations. Elle est présidée par les Professeurs Sophie Stijns (K.U.L.) et Patrick Wéry (U.C.L.) et composée, outre les coprésidents, de quatre experts (Rafaël Jafferalli (U.L.B.), Benoît Kohl (ULiège), Eric Dirix (K.U.L.) et Ilse Samoy (K.U.L.)). La réforme ne se limite pas aux sources des obligations et au régime général de l'obligation. Le droit de la responsabilité civile, le droit des biens et le droit de la preuve font partie intégrante du projet de recodification.

Fin de l'année 2017, trois des commissions instituées terminent leur avant-projet de réforme. Une consultation publique est organisée sur le site du S.P.F. Justice jusqu'au 1^{er} février 2018². Même si la prise en considération des observations émises lors de la consultation est désormais terminée, le chantier est loin d'être achevé. Les textes projetés devront encore être soumis au Conseil d'État et au Parlement.

¹ La présente contribution est arrêtée à la date du 10 mars 2018. La numérotation des articles est celle qui figure dans le texte soumis à consultation publique. Elle reste susceptible de modifications.

² <https://justice.belgium.be/fr/bwcc>. Voy. E. DIRIX et P. WÉRY, « Consultatie Nieuw Burgerlijk Wetboek », R.G.D.C., 2017, pp. 531-532.

La publication des avant-projets³ et de l'exposé des motifs⁴ permet, d'ores et déjà, de dégager les lignes directrices de la réforme du régime de la subrogation. Nous en exposons l'essentiel en rappelant au lecteur que la discussion qui va suivre au Parlement peut aboutir à des changements du texte de l'avant-projet.

B. Les modifications opérées par la réforme

1. Le paiement : une confirmation et un changement

3. Paiement : qualification et variétés. La qualification du paiement a fait débat en droit belge comme en droit français. La doctrine a proposé plusieurs qualifications : contrat, acte juridique unilatéral et fait juridique⁵. Les rédacteurs de l'avant-projet retiennent la qualification d'acte juridique unilatéral adoptée par la doctrine majoritaire. La solution figure désormais expressément à l'article 268, alinéa 1^{er}, du livre VI du projet de nouveau Code civil.

L'alinéa 2 du même article affirme l'effet extinctif du paiement sous réserve de l'hypothèse de la subrogation du tiers *solvens*. La distinction entre le paiement pur et simple et le paiement avec subrogation est maintenue dans le Code.

4. Absence de subrogation légale au bénéfice du tiers non intéressé. L'article 1236, alinéa 2, *in fine* du Code civil dispose que « L'obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur, ou que, s'il agit en son nom propre, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier ». Cette disposition n'est pas reprise dans la réforme⁶. L'objectif poursuivi est de priver le tiers non intéressé au paiement du bénéfice de la subrogation légale. Ainsi que le soulignent les rédacteurs de l'avant-projet, il convient de « protéger le débiteur contre les éventuelles intentions malveillantes d'un tiers qui chercherait, en payant, à obtenir un placement avantageux, via la subrogation légale aux droits du créancier. Il est inutile de formuler expressément cette précaution, dès lors que l'article 293, qui énumère les hypothèses de subrogation légale, ne reconnaît pas à un tiers non intéressé le bénéfice d'une telle subrogation ». Conformément à la juris-

³ 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, <https://justice.belgium.be/fr/bwcc> (disponible temporairement).

⁴ 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 (disponible temporairement).

⁵ Pour une synthèse sur la question, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extra-contractuelles. Le régime général de l'obligation*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 569-574.

⁶ Comp. avec l'article 270 de l'avant-projet qui énonce que « [le paiement] peut même être fait par un tiers qui n'est pas intéressé à l'obligation. Le créancier a toutefois, en ce cas, le droit de refuser le paiement s'il fait valoir un motif légitime résultant de l'intérêt à ce que l'obligation soit, eu égard à sa nature ou à sa portée, exécutée par le débiteur lui-même ou de l'intérêt à ce qu'elle ne le soit pas par un tiers déterminé ».

prudence de la Cour de cassation, la subrogation conventionnelle reste toutefois permise, en complément à la subrogation légale⁷.

2. La subrogation légale et conventionnelle

5. Maintien de la subrogation conventionnelle et extension de la subrogation légale. Les sources de la subrogation demeurent inchangées. La subrogation est d'origine soit conventionnelle soit légale (art. 291 et 292 de l'avant-projet).

Le contenu de l'article 1249 du Code civil ayant trait à la subrogation conventionnelle est conservé à l'identique. Il est repris à l'article 292 de l'avant-projet qui en modernise la formulation. Il n'appelle pas de réflexions particulières. La subrogation légale est, quant à elle, sujette à davantage de changements. L'énumération de l'article 1251 est tout d'abord bouleversée. La logique retenue par les rédacteurs consiste à débiter l'énumération par l'hypothèse de subrogation la plus fréquente. La subrogation légale, définie comme celle qui existe « 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 » est placée en première position. La formulation adoptée englobe les hypothèses où le *solvens* paie une dette qui lui est personnelle et non celle d'autrui. Cette modification de formulation vise à surmonter les obstacles que les conditions classiquement imposées pour la subrogation légale soulèvent quand un codébiteur *in solidum* s'acquitte de la totalité d'une dette de responsabilité dont il est une des causes. La subrogation requiert en effet le paiement de la dette d'un tiers alors qu'en toute rigueur de terme, le codébiteur *in solidum* qui paie toute la dette paie à la fois la dette d'un tiers et sa dette propre. La Cour de cassation a contourné cette difficulté en admettant que « celui qui paye dans son propre intérêt une dette dont il était tenu avec d'autres, n'acquiesce pas exclusivement sa propre dette »⁸. Cette extension jurisprudentielle de l'actuel article 1251, 3°, est donc entérinée par la Commission.

Les actuels articles 1251, 1°, 2° et 4°, sont ensuite remplacés respectivement par les articles 292, 2°, 3° et 4°.

Enfin, un nouveau cas de subrogation fait son apparition au sein de la liste à l'article 292, 5°. Il vise « tous les autres cas où la loi le prévoit ». Les hypothèses dans lesquelles le législateur confère aux tiers payeurs un recours subrogatoire sont désormais couvertes⁹. Ce que la doctrine nommait « quasi-subrogation » est érigé en une hypothèse de subrogation légale. De façon générale, dans les cas où le législateur reconnaît au tiers payeur un recours subrogatoire, les rédacteurs de

⁷ Cass., 21 janvier 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1780, *Pas.*, 2008, p. 152, concl. J. M. GENICOT, *R. W.*, 2008-2009, p. 1258, note J. DE CONINCK, cités par les auteurs de l'avant-projet dans l'exposé des motifs (p. 318).

⁸ Cass., 10 juillet 1952, *Pas.*, 1952, I, p. 738.

⁹ Voy. à ce sujet la contribution de B. FOSSÉPREZ dans ce volume.

l'avant-projet ont entendu le soumettre au droit commun de la subrogation, ce qui, dans une certaine mesure, simplifiera une matière suffisamment complexe.

3. Une innovation marquante : le formalisme d'opposabilité de la subrogation

6. Alignement des régimes d'opposabilité de la cession de créance et de la subrogation. La cession de créance et la subrogation ont des effets translatifs semblables. La discordance constatée au niveau de l'opposabilité aux tiers de ces mécanismes translatifs n'était guère satisfaisante. La Commission opte dès lors pour un alignement des régimes.

L'article 294 est libellé de la façon suivante :

« Art. 294. Opposabilité du paiement subrogatoire aux tiers

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.

L'article 253, alinéas 3 et 4, est applicable ».

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. Malgré les critiques formulées à l'endroit des alinéas 3 et 4 de l'article 1690, du Code civil actuel¹⁰, ces dispositions sont maintenues à l'article 253 et rendues désormais applicables à la subrogation.

4. La consécration de l'effet translatif et de l'opposabilité des exceptions

7. Effet translatif : codification à droit constant de la jurisprudence. Les rédacteurs de l'avant-projet ont exprimé la volonté de procéder à une codification à droit constant de la jurisprudence. Elle se reflète dans l'article 295 de l'avant-projet intitulé « effet translatif du paiement subrogatoire ». Les acquis jurisprudentiels et doctrinaux sont coulés dans un texte légal. Aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 295 du Code civil, « le paiement subrogatoire transmet au bénéficiaire de la subrogation, dans la limite de ce qu'il a payé, la créance et ses accessoires ». 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.

¹⁰ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, pp. 852-862.

Le régime actuellement en vigueur continue à s'appliquer : la créance est transmise avec tous ses accessoires et avantages¹¹. Il bénéficie ainsi de la clause pénale prévue en faveur du subrogeant dans le contrat conclu avec son débiteur¹². Le subrogé bénéficie aussi des acquis procéduraux liés à la créance transmise : il profite de l'interruption de la prescription pratiquée par le subrogeant *avant* la subrogation¹³ ou encore d'une saisie immobilière pratiquée par le subrogeant ou du titre exécutoire dont dispose ce dernier¹⁴.

Le subrogé garde aussi le bénéfice des sûretés et garanties qui s'attachent à la créance : hypothèque, privilège ou encore une action directe dont le subrogeant, victime d'un accident de la circulation, dispose vis-à-vis du tiers responsable ou de l'assureur de celui-ci, gage ou encore clause de réserve de propriété, pour autant que celle-ci porte sur une chose restée identifiable dans le patrimoine du débiteur.

Qu'en est-il de l'action en résolution d'un contrat synallagmatique comme la vente ? On sait que la question a été posée pour la cession de créance. Le cessionnaire de la créance peut-il demander la résolution du contrat synallagmatique qui est à l'origine de la créance cédée, lorsque le débiteur cédé n'exécute pas son obligation ? On peut hésiter car la résolution tend à l'anéantissement du contrat auquel le cessionnaire n'est pas partie et n'est pas un moyen de pression ou de garantie de son exécution. Suivant le raisonnement de son avocat général, la Cour de cassation décide pourtant qu'« Aux termes de l'article 1692 du Code civil, la vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque. La clause résolutoire expresse qui est au service exclusif d'une créance en constitue un accessoire au sens de cette disposition »¹⁵.

Dans la ligne de ce qu'a décidé la Cour de cassation en matière de cession de créance, le subrogé pourrait-il, comme le cessionnaire de la créance, demander la résolution du contrat synallagmatique qui a fait naître la créance en

¹¹ Cass., 20 septembre 2012, R.G. n° C.11.0662.F, avec les conclusions de l'Avocat général GENICOT. En jurisprudence du fond, Comm. Bruxelles, 18 octobre 2012, D.A.O.R., 2013, nos 105-106, pp. 73 et s.; Bruxelles, 9 novembre 2011, R.G.D.C., 2012, p. 112.

¹² Pour autant que les conditions d'application en soient réunies avant la transmission de la créance. Voy. J.P. Nivelles, 31 janvier 1996 et 4 avril 1996, et Civ. Nivelles, 21 mai 1999, J.J.P., 2000, p. 37, note Chr. BIQUET-MATHIEU (à propos d'un assureur-crédit se voyant refusant le bénéfice d'une clause pénale prévue dans le contrat de prêt mais que le prêteur n'aurait pu invoquer).

¹³ Cass., 16 décembre 2004, Pas., 2004, p. 2014; Civ. Mons, 11 décembre 1987, J.L.M.B., 1988, obs. J.-Fr. JEUNEHOMME. En revanche, il ne bénéficie pas de l'interruption de la prescription pratiquée par le subrogeant après la subrogation puisque la créance a quitté le patrimoine du subrogeant. Civ. Liège, 17 décembre 2013, J.L.M.B., 2014, p. 1590, obs. P. MONVILLE et C. LOTHAIRE; C. trav. Bruxelles, 26 juin 2013, J.T.T., 2013, p. 476.

¹⁴ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, pp. 2067-2068.

¹⁵ Cass., 20 septembre 2012, R.G. n° C.11.0662.F, avec les conclusions de l'Avocat général GENICOT; Comm. Bruxelles, 18 octobre 2012, D.A.O.R., 2013, nos 105-106, pp. 73 et s.; Bruxelles, 9 novembre 2011, R.G.D.C., 2012, p. 11. Pour une analyse approfondie, P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, n° 981; Chr. BIQUET-MATHIEU avec la collab. de F. RENSON, « La cession de créance », in M. Dupont (dir.), *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Larcier, 2016, n° 179 (avec une belle typologie des accessoires).

paiement ? Nous pensons que non car le subrogé n'est pas partie au contrat liant le subrogeant et le débiteur. Dans l'hypothèse où la créance ferait l'objet d'un paiement partiel, le créancier subrogeant devrait en tous cas demeurer titulaire de l'action en résolution¹⁶.

8. Opposabilité des exceptions : modification du moment pivot.

De même que la cession de créance ne peut aggraver la situation du débiteur cédé vis-à-vis du cessionnaire, la subrogation ne peut aggraver la situation du débiteur vis-à-vis du subrogé. Toutefois, le sort du subrogé doit, lui aussi, être pris en considération. L'opposabilité des exceptions au subrogé est dès lors maintenue en faveur du débiteur pour autant que celles-ci soient antérieures, non plus au paiement mais à la notification de la subrogation ou à sa reconnaissance par le débiteur.

Dans le régime actuel, peuvent seules être opposées par le débiteur au subrogé les exceptions *antérieures* au paiement. Ainsi que l'a heureusement synthétisé la Cour de cassation dans un arrêt du 22 juin 1988, « Si en raison de cette subrogation, toutes les exceptions contre le subrogeant, antérieures à la subrogation, demeurent opposables au subrogé, il n'en est pas de même des exceptions nées postérieurement au paiement qui réalise le transfert de la créance »¹⁷.

C'est donc le paiement de la créance au subrogeant par le subrogé qui 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-commerçants¹⁸.

Un glissement du moment pivot s'opère toutefois dans la réforme. Il conviendra d'avoir égard à la date de la notification ou de la reconnaissance du débiteur. Les principes qui régissent la cession de créance s'appliquent *mutatis mutandis*. D'une part, le paiement de bonne foi du débiteur avant la notification ou la reconnaissance est libératoire¹⁹. D'autre part, le débiteur de bonne foi peut également invoquer à l'égard du subrogé les conséquences de tout acte juridique accompli à l'égard du subrogeant, avant que la subrogation lui ait été notifiée ou qu'il l'ait reconnue²⁰.

L'application de la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'opposabilité des exceptions inhérentes à la nature des contrats synallagmatiques est clairement réaffirmée dans l'exposé des motifs. L'exception d'inexécution, la compensation légale et le droit de résolution pourront être invoqués même si le

¹⁶ Pour une analyse approfondie, J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, Paris, L.G.D.J., 1979, pp. 542 et s.

¹⁷ Cass., 22 juin 1988, Pas. 1988, I, p. 1275.

¹⁸ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, p. 2047.

¹⁹ Art. 255, al. 2, de l'avant-projet rendu applicable à la subrogation par l'article 295, dernier alinéa, dudit projet.

²⁰ Art. 255, al. 3, de l'avant-projet rendu applicable à la subrogation par l'article 295, dernier alinéa, dudit projet.

manquement commis par le subrogeant est postérieur au moment où le paiement subrogatoire devient opposable au subrogé dès lors que ces exceptions se situent en germe dans le contrat dès sa conclusion²¹.

5. L'extension du droit de préférence du subrogeant à toutes les hypothèses de paiement subrogatoire

9. Paiement partiel : primauté du subrogeant. Si le débiteur est insuffisamment solvable pour désintéresser le subrogeant et le subrogé, le subrogeant est préféré au subrogé car, selon l'article 1252 du Code civil, « La subrogation [...] ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie ». En d'autres termes, personne n'est censé subroger contre soi. Cette solution est confirmée par l'article 95, alinéa 3, de la loi du 4 avril 2014 (art. 41, al. 3, de la loi du 25 juin 1992) selon lequel « La subrogation ne peut nuire à l'assuré ou au bénéficiaire qui n'aurait été indemnisé qu'en partie. Dans ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, de préférence à l'assureur »²². Quoique discutée en doctrine²³, la primauté du subrogeant sur le subrogé est également adoptée dans des matières éloignées du droit des obligations et des assurances classiques, où le législateur a prévu des « quasi-subrogations »²⁴. Cette solution n'existe cependant pas dans le domaine de la cession de créance. C'est une singularité du paiement subrogatoire (sur son fondement, *infra*, n° 10).

La réforme maintient la solution de l'article 1252 du Code civil qui, en cas de paiement partiel et de concours entre le subrogeant et le subrogé, fait primer le premier sur le second.

La controverse relative au champ d'application de cet article est néanmoins vidée. Comme le souligne la Commission, l'article 296 « étend expressément le droit de préférence du subrogeant à tous les cas de paiement subrogatoire, en ce compris, donc, ceux qui ne figuraient pas dans les dispositions précédant l'article 1252 du Code civil ». Sont ainsi explicitement visées les hypothèses de quasi-subrogation et subrogation actuellement réglées en dehors du Code civil.

²¹ Cass., 25 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1039, note P. HENRY (exception d'inexécution); Cass., 4 février 2011, R.G. n° C. 10.0443.N, *Pas.*, 2011, liv. 2, p. 438, *R.W.*, 2011-2012, liv. 10, p. 488, note R. HOUBEN, *R.D.C.*, 2011, liv. 9, p. 877 (résolution); Cass., 15 mai 2014, *Pas.*, 2014, p. 1184, n° 348; Cass., 27 février 2015, *T.B.O.*, 2015, p. 208 (compensation).

²² Voy., dans ce volume, la contribution de B. FOSSÉPREZ, n° 20 et s.

²³ Voy., sur cette controverse, P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *op. cit.*, p. 656.

²⁴ Pour un exemple : Cass., 6 décembre 1982, *J.T.*, 1983, p. 361, où la Cour accorde la préférence aux travailleurs salariés (subrogeants) en concours avec le Fonds d'indemnisation pour la partie de créance qui n'a pas été payée par le Fonds. Cette solution, qui concerne une matière relevant du droit social, est devenue obsolète à la suite de l'intervention du législateur qui a octroyé un privilège au fonds, concurrent de celui des travailleurs. Cette jurisprudence garde pour intérêt de montrer la pertinence de la solution prévue par l'article 1252 du Code civil. En ce sens, S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique (1985-1995) », *J.T.*, 1999, p. 843, n° 61.

10. Fondements de la primauté du subrogeant. La solution reprise à l'article 1252 caractérise la subrogation et la distingue de la cession de créance. Il est donc utile d'en évoquer le ou les fondements²⁵.

« La subrogation établie par les articles précédents a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs : elle ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie ; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel » (art. 1252 C. civ.). L'article 1252 du Code civil énonce un principe général qui transcende les applications que le paiement subrogatoire peut avoir dans différents domaines, assurances, crédit ou droit social.

Un premier fondement, classique, a été recherché dans la volonté présumée du créancier subrogeant. Il n'est censé consentir à la subrogation que si elle ne nuit pas à ses intérêts. On peut objecter à cette explication que la subrogation légale naît indépendamment de la volonté du créancier subrogeant et que la subrogation conventionnelle à l'initiative du débiteur est imposée au créancier. D'autres fondements à la solution prévue par l'article 1252 du Code civil ont été proposés, l'équité notamment. Ce fondement est fort général et peut, à la limite, être considéré comme sous-jacent à la plupart des solutions légales, même s'il n'est pas affirmé explicitement. Expliquant pratiquement tout, il explique peu. Jacques Mestre a proposé une explication plus technique : si le paiement partiel avait été effectué par le débiteur, le créancier aurait gardé sa créance pour le surplus contre lui²⁶. Que la subrogation soit légale ou conventionnelle, le créancier payé partiellement par un tiers demeure créancier pour le surplus. Le mettre en concurrence avec le tiers payeur aboutit, en cas d'insolvabilité du débiteur, à lui imposer une remise partielle ou totale de la dette et à aggraver sa situation. Une situation qu'il n'a pas nécessairement voulue puisque, dans nombre de cas, il subit le paiement par un tiers.

11. Dérogations conventionnelles. La réforme n'entrave pas l'exercice par les parties de leur liberté contractuelle. En cas de paiement partiel du subrogeant par le subrogé, cette liberté contractuelle peut s'exercer de plusieurs manières. Les contrats bancaires contiennent des dispositions réglant, dans tous les sens du terme, les droits de la caution qui a acquitté la dette du bénéficiaire d'un crédit accordé par la banque.

« Le tiers-garant qui a procédé à un paiement partiel de la dette ne peut intenter aucune action personnelle ou subrogatoire, ni exercer aucun recours d'aucune sorte à l'égard du crédité ou d'un autre tiers-garant, tant que la Banque n'est pas entièrement remboursée. Il en va de même pour les crédités en cas de paiement partiel de l'un d'entre eux ».

Cette clause de « non-concours » protège la banque, institution prêteuse subrogeante. Elle prémunit le subrogeant contre le recours, personnel ou subro-

²⁵ J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, pp. 626 et s.

²⁶ J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, *op. cit.*, p. 630.

gatoire, de la caution, tant que le subrogeant n'est pas payé du solde de sa créance. Cette clause est valable²⁷.

D'autres clauses peuvent tempérer ou supprimer le droit de préférence que le législateur a accordé au subrogeant. À première vue, ces clauses sont dangereuses pour le subrogeant. En matière d'assurances, ces clauses ne sont, à notre avis, pas valables. Elles aboutissent à dépouiller l'assuré d'une prérogative fondamentale et vont à l'encontre de l'article 95, alinéa 3, qui est impératif²⁸.

Section 2

L'ordonnance française du 10 février 2016²⁹

12. Genèse de la réforme³⁰. De vastes chantiers de réforme ont également été engagés chez nos voisins français. Les projets d'unification développés à l'échelon européen mirent en évidence l'obsolescence du droit français³¹. La réflexion se concentra rapidement sur deux grands projets académiques : l'avant-projet Catala³² et l'avant-projet Terré³³. Ils débouchèrent sur des avant-projets de la Chancellerie. Suite à l'habilitation du gouvernement à réformer le droit des obligations par ordonnance, un texte nouveau fut soumis à une consultation publique qui s'acheva en avril 2015. La réflexion alimentée par les travaux doctrinaux mentionnés ci-dessus et la prise en considération des observations du monde professionnel permirent à l'ordonnance du 10 février 2016 de voir le jour. L'ordonnance doit toutefois encore être ratifiée par le Parlement. Le projet de loi de ratification a été déposé le 6 juillet 2016. À l'heure actuelle,

²⁷ Validité « totale », écrivent M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PÉTREL, in *Droit des sûretés*, Paris, Litec, 2010, p. 197, n° 279.

²⁸ Notons que la jurisprudence française avait abouti, sur la base de textes anciens, moins protecteurs des assurés, à la même conclusion en considérant que le subrogeant ne pouvait renoncer conventionnellement à son droit de préférence. Voy. la jurisprudence citée par J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, op. cit., pp. 632-634, se référant à un arrêt de la Cour de cassation du 5 mars 1945 (D., 1946, 1, note BESSON).

²⁹ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *J.O.R.F.*, 11 février 2016.

³⁰ Voy., sur cette genèse, N. DISSAUX et Chr. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, Dalloz, 2016, pp. X et s.; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 6 et s.

³¹ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., pp. 10 et s.; F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2017, p. 67. Les auteurs affirment que « l'ordonnance emprunte en effet à la jurisprudence, à la doctrine, au droit comparé et aux projets de droit européen des contrats, tantôt pour consacrer les solutions dégagées par ces sources, tantôt au contraire pour les écarter, mais toujours pour s'en inspirer ».

³² P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, remis au Garde des Sceaux en 2005 et consultable sur le site du ministère de la Justice : www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALESEPTEMBRE2005.pdf.

³³ Fr. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du régime général des obligations*, Paris, Dalloz, 2013. Les deux autres ouvrages publiés par François Terré concernent la réforme du droit des contrats et la réforme du droit de la responsabilité civile.

cette ratification n'est toujours pas intervenue. L'ordonnance est néanmoins en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2016.

A. Les convergences entre le droit français et le droit belge

13. Importance du paiement. Les nouveaux articles 1346 à 1346-5 consacrés au paiement subrogatoire ne rompent pas avec la tradition. La subrogation reste intrinsèquement liée à un paiement³⁴ et « ne constitue pas une opération translative autonome »³⁵. Même si l'importance croissante de l'aspect translatif du paiement subrogatoire est soulignée, le paiement garde sa force d'attraction. Le rapport au Président de la République est explicite à cet égard : « La subrogation, souvent considérée aujourd'hui comme une opération purement translative 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 translative autonome, mais une modalité du paiement »³⁶. Seule la subrogation personnelle est régie par ces articles.

14. Dualité des sources. Comme la subrogation du Code civil belge, la subrogation du nouveau Code civil français puise sa source soit dans la loi, soit dans la convention³⁷. Les hypothèses de subrogation légale sont étendues. La formulation de l'article 1346³⁸ est à ce point générale qu'elle englobe l'ensemble des hypothèses particulières de l'ancien Code³⁹. Elle permet aussi de contourner l'obstacle de l'exigence du paiement de la dette d'autrui⁴⁰. Seul celui qui a un intérêt légitime à payer pourra se prévaloir de l'article 1346 du

³⁴ N. DISSAUX et Chr. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., pp. X et s.

³⁵ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, LexisNexis, 2016, p. 749.

³⁶ Rapport, *J.O.R.F.*, 11 février 2016.

³⁷ Art. 1346 (subrogation légale) et 1346-1 (subrogation conventionnelle) C. civ. Voy. B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats. Ordonnance du 10 février 2016*, Levallois, Éditions Francis Lefebvre, 2016, pp. 304-305; O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 749.

³⁸ « La subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de sa dette ».

³⁹ Elle irait même jusqu'à « recouvrir certaines opérations conventionnelles » (G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., p. 843; N. DISSAUX et Chr. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 218). Voy. également B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats. Ordonnance du 10 février 2016*, op. cit., p. 305; Th. DOUVILLE (dir.), *La réforme du Droit des contrats. Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, Gualino, 2016, p. 363.

⁴⁰ Th. DOUVILLE (dir.), *La réforme du Droit des contrats. Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 364.

Code civil⁴¹. La charge de la preuve de cette condition fait l'objet de débats⁴². Même si le texte incline à penser que la charge de la preuve repose sur le *solvens*, plusieurs auteurs préfèrent faire peser le fardeau de la preuve sur le débiteur. La possibilité pour le créancier d'opposer un refus légitime au paiement par un tiers vient contrebalancer le mécanisme (art. 1342-1).

Quant à la subrogation conventionnelle, elle est réglée aux articles 1346-1 et 1346-2. L'article 1346-1 vise la subrogation qui s'opère à l'initiative du créancier⁴³. Aux termes de cet article :

« La subrogation conventionnelle s'opère à l'initiative du créancier lorsque celui-ci, recevant son paiement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits contre le débiteur.

Cette subrogation doit être expresse.

Elle doit être consentie en même temps que le paiement, à moins que, dans un acte antérieur, le subrogeant n'ait manifesté la volonté que son cocontractant lui soit subrogé lors du paiement. La concomitance de la subrogation et du paiement peut être prouvée par tous moyens ».

Une concomitance du paiement et de la subrogation est exigée⁴⁴ « à moins que, dans un acte antérieur, le subrogeant n'ait manifesté la volonté que son cocontractant lui soit subrogé lors du paiement »⁴⁵.

Il n'est plus exigé que le paiement soit effectué par le subrogé lui-même. Le versement par une tierce personne agissant « pour le compte de la personne qui entend bénéficier de la subrogation suffit »⁴⁶.

L'article 1346-2 traite de la subrogation *ex parte debitoris*. Il dispose que :

« La subrogation a lieu également lorsque le débiteur, empruntant une somme à l'effet de payer sa dette, subroge le prêteur dans les droits du créancier

⁴¹ L'objectif est d'éviter qu'un tiers totalement étranger à la dette et qui serait mal intentionné (dans des relations de concurrence par exemple) puisse bénéficier de la subrogation légale » (N. DISSAUX et Chr. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 219 qui citent le rapport de présentation de l'ordonnance). Voy. aussi B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats. Ordonnance du 10 février 2016*, op. cit., p. 305 ; Th. DOUVILLE (dir.), *La réforme du Droit des contrats. Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 363. Sont notamment considérés comme ayant un intérêt légitime le codébiteur, la caution et celui qui paye les frais funéraires pour la succession (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 751).

⁴² O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 751.

⁴³ B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats. Ordonnance du 10 février 2016*, op. cit., p. 305 ; Th. DOUVILLE (dir.), *La réforme du Droit des contrats. Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 365.

⁴⁴ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., p. 848.

⁴⁵ Art. 1346-1, al. 3. Voy. aussi O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 752.

⁴⁶ Th. DOUVILLE (dir.), *La réforme du Droit des contrats. Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 365.

avec le concours de celui-ci. En ce cas, la subrogation doit être expresse et la quittance donnée par le créancier doit indiquer l'origine des fonds.

La subrogation peut être consentie sans le concours du créancier, mais à la condition que la dette soit échue ou que le terme soit en faveur du débiteur. Il faut alors que l'acte d'emprunt et la quittance soient passés devant notaire, que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le paiement, et que dans la quittance il soit déclaré que le paiement a été fait des sommes versées à cet effet par le nouveau créancier⁴⁷.

Le législateur distingue selon que la subrogation a lieu avec ou sans le concours du créancier⁴⁸.

15. Instauration de formalités d'opposabilité et opposabilité des exceptions. Le législateur belge n'est pas le premier à vouloir harmoniser les formalités d'opposabilité de la cession de créance et de la subrogation. À côté d'une opposabilité de plein droit aux tiers dès le paiement, le nouveau Code civil français prévoit à l'article 1346-5, alinéa 1^{er}, que « Le débiteur peut invoquer la subrogation dès qu'il en a connaissance mais elle ne peut lui être opposée que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte »⁴⁹. Les auteurs soulignent toutefois que cette opposabilité conditionnée est inadéquate lorsque la subrogation intervient à l'initiative du débiteur⁵⁰, ce dernier étant alors partie à la convention.

Le principe de l'opposabilité des exceptions par le débiteur au subrogé reste une constante en droit français et en droit belge. Le législateur français va toutefois un peu plus loin que son homologue belge. La nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes sont visées expressément à l'article 1346-5 du Code⁵¹. En droit belge, la solution est l'œuvre de la jurisprudence et le restera. Il est par ailleurs précisé à l'article 1346-5, *in fine* du Code français que le débiteur peut opposer au subrogé « les exceptions nées de ses rapports avec le subrogeant avant que la subrogation lui soit devenue opposable, telles que l'octroi d'un terme, la remise de dette ou la compensation de dettes non connexes ». Le libellé de l'article 295, alinéa 2, de l'avant-projet belge opte pour la formulation suivante : « Le débiteur peut lui

⁴⁷ Voy., en droit belge, les projets d'articles 292, 1^o, et 292, 2^o, du Code civil.

⁴⁸ Th. DOUVILLE (dir.), *La réforme du Droit des contrats. Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 366 ; O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., pp. 754-755.

⁴⁹ Le débiteur peut toutefois invoquer la subrogation à l'égard du créancier dès qu'il en a connaissance. Elle ne pourra par contre par lui être opposée tant que les formalités n'ont pas été accomplies. Voy. O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 762. Sur ce point, le régime de la subrogation semble différer de celui de la cession de créance (voy. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., p. 743, n^o 868).

⁵⁰ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, op. cit., p. 763.

⁵¹ Voy. B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats. Ordonnance du 10 février 2016*, op. cit., pp. 308-309.

opposer toutes les exceptions dont il disposait à l'égard du créancier subrogeant qui sont nées antérieurement à la notification ou à la reconnaissance du paiement subrogatoire».

16. Paiement partiel. L'hypothèse d'un paiement partiel est réglée à l'article 1346-3 du Code. Le principe est simple : la subrogation n'intervient que dans la mesure du paiement. Le paiement ne sera libératoire que pour la partie de la dette acquittée⁵².

Le conflit qui oppose en cas de paiement partiel le subrogeant et le subrogé à l'égard du débiteur se résout en faveur du premier. Le subrogeant bénéficie d'un droit de préférence⁵³. Semblable solution est maintenue et généralisée en droit belge. Les dérogations conventionnelles restent néanmoins autorisées⁵⁴.

17. Effet translatif. L'effet translatif de la subrogation est entendu largement⁵⁵. La créance est transmise avec tous ses accessoires «à l'exception des droits exclusivement attachés à la personne du créancier»⁵⁶. Sont notamment couverts par la notion d'accessoires, les actions en garantie, les actions en responsabilité, les sûretés et privilèges, la clause de réserve de propriété, le droit de rétention⁵⁷. Cette solution prévaut également en droit belge (*supra*, n° 8).

B. Les divergences entre le droit français et le droit belge

18. Absence d'énumération des hypothèses de subrogation légale. Bien que les articles 293 du projet de Code civil belge et 1346 du nouveau Code civil français étendent le champ d'application de la subrogation légale, la méthode employée diffère sensiblement. Tandis qu'une définition large et englobante de la subrogation légale est retenue en droit français, la Commission de réforme belge opte pour une énumération plus fine des cas de subrogation légale (*supra*, n° 5). Sur le plan pratique, les effets restent toutefois analogues dès lors que la doctrine française s'accorde pour reconnaître que l'article 1346 couvre l'ensemble des hypothèses autrefois énumérées à l'article 1251 du Code⁵⁸.

⁵² B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats. Ordonnance du 10 février 2016, op. cit.*, p. 307.

⁵³ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 757. Les auteurs précisent toutefois que «la préférence ne joue que si le subrogeant entre en concours avec le subrogé dans l'exercice d'un droit préférentiel».

⁵⁴ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 758.

⁵⁵ Sauf dérogations conventionnelles, aucune garantie d'existence de la créance ou de solvabilité n'est due par le créancier au subrogé (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 759).

⁵⁶ Art. 1346-4 C. civ.

⁵⁷ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, 2016, p. 854.

⁵⁸ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, pp. 843-844; N. DISSAUX et Chr. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 218.

19. Les droits exclusivement attachés à la personne du créancier. Conformément à l'article 1346-4, les droits exclusivement attachés à la personne du créancier ne sont pas transmis avec la créance⁵⁹. Cette précision ne se retrouve pas dans le texte belge. La question ne semble pas avoir été débattue par les rédacteurs de l'avant-projet.

20. Opposabilité : reconnaissance versus «prise d'acte». Une différence terminologique est constatée au niveau des formalités d'opposabilité. Tandis que le droit belge opte pour la reconnaissance ou la notification, le droit français privilégie la notification ou la «prise d'acte» (art. 1346-5). Ni la notification du subrogeant, ni la «prise d'acte» du subrogé ne sont soumises à des conditions de forme⁶⁰. Une lettre missive adressée par le débiteur cédé semble donc répondre à cette exigence de «prise d'acte»⁶¹.

21. Sort des intérêts. En France, l'article 1346-4, alinéa 2, du nouveau Code civil énonce que «le subrogé n'a droit qu'à l'intérêt légal à compter d'une mise en demeure, s'il n'a convenu avec le débiteur d'un nouvel intérêt. Ces intérêts sont garantis par les sûretés attachées à la créance, dans les limites, lorsqu'elles ont été constituées par des tiers, de leurs engagements initiaux s'ils ne consentent à s'obliger au-delà». L'article vise à éviter l'enrichissement du subrogé. Ce dernier ne pourra réclamer le bénéfice d'intérêts conventionnels⁶². Seuls les intérêts produits au taux légal à compter d'une mise en demeure seront pris en considération⁶³. Un nouvel intérêt peut toutefois être convenu entre le subrogé et le débiteur⁶⁴.

En droit belge, la subrogation n'a d'effet que dans la mesure du paiement effectué par le subrogé. Le principe est celui de la limitation de la subrogation au paiement effectif. Il existe toutefois une dérogation à ce principe. Elle concerne les intérêts futurs à échoir sur la créance. Bien que ces intérêts n'aient pas été payés par le subrogé parce qu'ils n'étaient pas encore échus, la Cour de cassation considère qu'ils constituent des accessoires de la créance, si bien que la subrogation s'y étend et que le recours du subrogé contre le débiteur pourra les

⁵⁹ La suspension de la prescription en faveur du mineur subrogeant échappe ainsi à l'effet translatif (Th. DOUVILLE (dir.), *La réforme du Droit des contrats. Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 369). Il fut également décidé que l'action en nullité pour dol ne pouvait bénéficier au subrogé (Cass., 3^e ch. civ., 18 octobre 2005, n° 04-16.832, *Rev. trim. dr. civ.*, 2006, p. 317, obs. J. MESTRE et B. FAGES cité par O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 760, note 103).

⁶⁰ B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats. Ordonnance du 10 février 2016, op. cit.*, p. 308.

⁶¹ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, p. 742.

⁶² Th. DOUVILLE (dir.), *La réforme du Droit des contrats. Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 369.

⁶³ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, op. cit.*, p. 761.

⁶⁴ B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats. Ordonnance du 10 février 2016, op. cit.*, p. 307.

englober⁶⁵. Les auteurs de la réforme n'ont pas expressément tranché le sort des intérêts. Ils sont toutefois repris dans l'exposé des motifs sous la notion d'accessoires transmis avec la créance⁶⁶.

Conclusion

22. Une institution vivante. Les travaux de nos voisins français ont sans conteste inspiré les auteurs de l'avant-projet belge. Les grandes modifications opérées en France apparaissent dans le projet de réforme du Code civil belge. On songe notamment à l'alignement des régimes de cession de créance et de subrogation, au maintien de l'ancrage de la subrogation dans le paiement, à la limitation de la subrogation aux tiers intéressés... L'exemple français a ses mérites. Le projet belge ne fait toutefois nullement figure de pâle copie. Il se distingue de l'ordonnance française sur plusieurs aspects. Plutôt que de privilégier une définition large de la subrogation légale, les rédacteurs du projet restent attachés à une énumération limitative des cas de subrogation. Le sort des intérêts diverge également dans les deux régimes. Enfin, ainsi qu'on l'a souligné, les enseignements de la Cour de cassation belge sont pris en considération dans les nouvelles dispositions.

La subrogation conserve ses particularités. Elle se distingue toujours de la cession de créance dans la mesure où elle reste intrinsèquement liée à un paiement. Toutefois, les différences qui existent entre la cession de créance et la subrogation s'amenuisent. Les formalités d'opposabilité au débiteur cédé de la subrogation sont alignées sur celles de la cession.

Le caractère translatif de la subrogation s'affirme de plus en plus. Sur certains points, le régime de la cession de créance (actuel art. 1690, al. 3 et 4, C. civ.) est explicitement déclaré applicable à la subrogation. Par contre, le droit de préférence du subrogeant en cas de paiement partiel ne trouve pas d'équivalent en cas de cession partielle du cédant au cessionnaire. Le conflit entre ces deux derniers se résout au marc l'euro.

Tout n'est cependant pas réglé dans la réforme. À plusieurs reprises dans cet ouvrage, des auteurs ont souligné l'effet déstabilisateur du recours direct sur l'équilibre délicat du recours subrogatoire. La question des champs d'application respectifs de l'actuel article 1382 du Code civil et du futur article 292 reste entière. Le fondement du recours contributoire ne semble pas non plus trouver une explication totalement satisfaisante dans l'avant-projet. La réforme du droit de la responsabilité civile n'apportera sans doute pas de nouveaux éclairages...

⁶⁵ Cass., 12 décembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 32; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, p. 2075.

⁶⁶ 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, p. 335 (disponible temporairement).