

# **Aperçu jurisprudentiel de la subrogation en droit québécois - critique et propositions législatives\***

par MARCEL DUBÉ\*\*

---

\* Ce texte reproduit les principales parties d'un rapport soumis à l'office de révision du Code civil, en septembre 1973. Ce travail s'insère également dans un programme de recherche entrepris par une équipe de chercheurs sous la direction de Me Marcel Guy, professeur titulaire de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, grâce à une subvention du Ministère de l'Éducation du Québec.

\*\* Professeur à la faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

## PLAN

<b>INTRODUCTION</b> .....	84
<b>PARTIE 1 - CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES RELATIVES À LA SUBROGATION</b> .....	85
<b>A - L'emploi abusif du terme subrogation</b> .....	85
<b>B - Confusion entre la subrogation et la cession de créance.</b>	86
<b>I - Critères doctrinaux de distinction entre ces deux opérations</b> .....	87
a) Approche formelle: Nécessité de la signification du transport de la créance .....	87
b) Approche fondamentale: Cession-mécanisme de transfert; subrogation-mécanisme de remboursement .....	87
<b>II - Rôle de la jurisprudence dans l'élaboration de ces distinctions</b> .....	88
a) Distinction formelle: Problème de la signification du transport au débiteur .....	88
b) Distinctions fondamentales issues de la jurisprudence .....	88
<b>C - L'étendue des droits transportés</b> .....	90
<b>Conclusion et Recommandations</b> .....	93
<b>PARTIE II - CONSIDÉRATIONS PARTICULIÈRES RELATIVES À LA SUBROGATION</b> .....	95
<b>A - Subrogation conventionnelle</b> .....	95
<b>I - Subrogation consentie par le créancier (art. 1155 par. 1 C.c.)</b> .....	95
a) Conditions de fond .....	95
i) paiement de la dette d'autrui .....	95
ii) par celui qui invoque la subrogation. .	95
iii) à l'acquit du débiteur .....	96
b) Conditions de forme .....	97
i) la subrogation doit être expresse . . .	97
ii) la subrogation doit être accordée au moment du paiement .....	98

<b>II - Subrogation consentie par le débiteur (art. 1155 par. 2 C.c.)</b> . . . . .	99
a) Le formalisme . . . . .	100
b) La substance enfouie sous les formes . . . . .	100
<b>COROLLAIRE -</b> Problème de l'article 1141 C.c. et effet de son correctif proposé, l'article 2 du titre "Des parties au paiement" . . . . .	102
<b>B - Subrogation légale</b> . . . . .	103
<b>I - Rappels généraux:</b> . . . . .	103
- cette subrogation est de droit étroit . . . . .	103
- cette subrogation remplit quelquefois une fonction particulière . . . . .	103
<b>II - Analyse exégétique</b> . . . . .	105
1 - Article 1156 par. 1 - La subrogation du créancier préféré ..	105
2 - Article 1156 par. 2 - La subrogation de l'acquéreur d'un immeuble . . . . .	107
3 - Article 1156 par. 3 - La subrogation de celui qui est tenu à la dette avec d'autres ou pour d'autres .	107
a) sens de l'expression "être tenu à la dette" . . . . .	107
b) être tenu avec d'autres ou pour d'autres - rôle et sens de cette expression . .	108
4 - Article 1156 par. 4 - La subrogation de et par. 5 l'héritier bénéficiaire et du conjoint commun . . . . .	110
5 - Article 1156 par. 6 - Autres cas de subrogation légale . . .	111
<b>C - Les effets de la subrogation - art. 1157 C.c.</b> . . . .	111
a) vis-à-vis du débiteur principal . . . . .	112
b) à l'égard des cautions. . . . .	113
c) à l'égard des tiers . . . . .	115
d) en cas de paiement partiel . . . . .	117
<b>CONCLUSION</b> . . . . .	118

## INTRODUCTION

“Les auteurs traitant de la subrogation légale, commencent invariablement par déclarer que c’est une question épineuse, et on est fort amusé de voir avec quelle superbe ils parlent parfois les uns des autres, grands ou minces jurisconsultes. Cela fait peine quand on compare leurs contradictions et le résultat de toutes ces discussions dans la pratique et même la jurisprudence.”<sup>1</sup>

Cette diatribe du juge Sicotte qui pourrait tout aussi bien s’étendre à tout le domaine de la subrogation, conserve-t-elle sa pertinence un siècle plus tard? Tel est, en bref, l’objet du présent travail.

## PREMIÈRE PARTIE

### CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES RELATIVES À LA SUBROGATION.

La lecture de quelque deux cents décisions en ce domaine nous a permis de constater l'existence d'au moins trois questions capitales qui font de la subrogation une notion juridique difficile à caractériser, en raison de:

- A. - L'emploi abusif du terme "subrogation".
- B. - La confusion entre la subrogation et la cession de créance.
- C. - La méconnaissance de l'étendue des droits transportés par subrogation.

#### A. - L'emploi abusif du terme subrogation.

Les juristes ont depuis très longtemps développé l'habitude de circonscrire les situations ambiguës en prenant appui sur différentes institutions. Ils espèrent ainsi cerner le plus étroitement possible les hypothèses qu'ils entendent régler. Aussi ne faut-il pas s'étonner de rencontrer dans la pratique juridique quotidienne, l'intitulé suivant qui est censé décrire une quittance subrogative: "Cession-transport-délégation et subrogation". Il en résulte le plus souvent des quiproquos plutôt gênants qui concrétisent cette méconnaissance malheureuse des effets de la plupart de nos institutions juridiques présentant certains caractères d'analogie.

Il nous faut également blâmer nos auteurs qui, sous prétexte de sémantique, prennent un malin plaisir à confondre les opérations juridiques les plus diverses en les affublant d'un même vocable. Relevons à cet égard, dans le domaine de la subrogation, le malencontreux équivoque que risque de générer l'expression suivante: "L'action oblique ou subrogatoire, réglementée par l'article 1031 C. c. est celle ...".<sup>2</sup>

---

2 Jean-Louis BAUDOUIN, *Traité élémentaire de droit civil, des obligations*, Montréal, P.U.M., 1970, p. 235, n. 439.

Toutes ces attitudes pourtant inoffensives entraînent néanmoins des assimilations inutiles qui, avec le recul des ans, ne font que nous écarter des visées profondes du législateur. Elles favorisent du même coup la prolifération de nombreux débats juridiques stériles dont les justiciables font bien innocemment les frais.

Dans le domaine de la recherche juridique, ces analogies douteuses présentent des inconvénients tout aussi sérieux. En effet, la mise non épurée en mémoire d'ordinateur des données jurisprudentielles, législatives et bientôt doctrinales risque de rendre inutilement ardu, long et le plus souvent décevant le repérage d'une documentation juridique dont on aura compromis la pertinence par ces assimilations injustifiées de concepts apparentés peut-être, mais présentant des effets positivement différents<sup>3</sup>. A titre d'hypothèse, soulignons l'inutile travail de dépistage auquel devrait se livrer le chercheur qui retrouverait sous le vocable "subrogation" et "action subrogatoire" à la fois le droit relatif aux articles 1154 et suivants de notre Code civil, ainsi que celui afférant à l'article 1031. De même, si pour identifier l'existence d'une subrogation conventionnelle, il nous faut recourir à la délégation de paiement, à la cession de créance et à la subrogation, il nous faudra accepter de poser à l'ordinateur autant de questions différentes et consentir en conséquence à recevoir une avalanche de documentation.

Ces quelques considérations suffiraient déjà, il nous semble, à justifier la nécessité de circonscrire et même de définir le domaine de la subrogation dans un régime autonome et exclusif, mais l'assimilation induite tant par les tribunaux que par les praticiens de la subrogation conventionnelle et de la cession de créance, impose encore plus brutalement l'intervention de notre législateur.

#### **B. - Confusion entre la subrogation et la cession de créance.**

On a bien souvent l'impression que l'étude de la distinction entre la subrogation et la cession de créance présente un intérêt purement académique. C'est en effet un domaine de prédilection pour le professeur de droit des obligations, puisqu'il peut mettre à l'épreuve l'esprit d'analyse de ses étudiants en les invitant à tirer de ces notions connexes et similaires les particularismes propres à chaque opération. Pourtant, c'est essentiellement parce que l'analyse tant doctrinale que jurisprudentielle de ces distinctions nous permet de retrouver la véritable justification de l'existence de la subrogation conventionnelle, qu'il convient de porter une attention particulière à cette question.

---

3 Nous avons entre autre à l'esprit la technique utilisée par le centre DATUM/SEDOJ où l'on procède à la mise en mémoire d'ordinateur du texte intégral des arrêts de nos tribunaux.

### I - Critères doctrinaux de distinction entre ces deux opérations.

a) *Approche formelle*: Nécessité de la signification du transport de la créance.

On distingue formellement la cession de créance de la subrogation conventionnelle par la nécessité que le Code civil impose aux parties à une cession de créance d'aviser, sous peine d'inefficacité du transport, le débiteur de l'accomplissement de cette mutation de droits. Cette formalité n'est pas imposée en matière de subrogation, nonobstant certaines décisions à l'effet contraire<sup>4</sup>.

Pourtant, l'intérêt de distinguer la subrogation conventionnelle de la cession de créance ne réside sûrement pas dans cette seule distinction, d'autant plus qu'il est maintenant établi que la simple signification d'une action en recouvrement de la créance par le cessionnaire équivaut à la signification de la cession<sup>5</sup>. Cet intérêt réside plutôt dans la fonction particulière assignée par le législateur à chacune de ces opérations.

b) *Approche fondamentale*: Cession - mécanisme de transfert: Subrogation: - mécanisme de remboursement

Si la cession de créance apparaît comme un mécanisme bien adapté au transfert des droits incorporels, la subrogation conventionnelle doit plutôt être envisagée comme un mécanisme de remboursement mis à la disposition du *solvens* qui paie la dette du débiteur. On réalise donc que la cause de l'ensaisinement du cessionnaire est bien différente de celle du subrogé. Alors que le cessionnaire acquiert la créance du cédant comme un bien qui entre dans son patrimoine, le subrogé acquiert plutôt les droits du créancier subrogeant à l'encontre du débiteur, pour favoriser la récupération de son paiement, tout en conservant ses propres droits issus de la relation qui le lie directement au débiteur (v. g.: gestion d'affaires, mandat, prêt). Voilà pourquoi, on s'entend ordinairement pour affirmer que la subrogation présume surtout qu'un service fut rendu au débiteur par celui qui paie sa dette, tandis que la cession de créance est plutôt le fruit d'une spéculation entre le cédant et le cessionnaire<sup>6</sup>.

Il découle de cette distinction fondamentale plusieurs conséquences qui rendent ces institutions juridiques vraiment autonomes:

1. - Rappelons d'abord que la subrogation peut se réaliser même sans l'assentiment du créancier (hypothèse de la subrogation par le débiteur, art. 1155, par. 2 C.c.), alors que la cession de créance étant une véritable

4 Cf. infra, note 10.

5 Il en est ainsi depuis l'affaire: *Bank of Toronto v. St-Lawrence Fire Ins. Co.* (1903) A.C. 59 (P.C.).

6 cf. Léon Faribault, *Traité de Droit Civil du Québec*, 1959, Wilson et Lafleur, t. 8 bis, p. 402, n. 553.

aliénation de droits, exige un contrat entre le cessionnaire et le cédant (art. 1178 C.c.).

2. - De même, les textes législatifs nous permettent de constater qu'à l'encontre de la cession de créance (1576 et 1578 C.c.), le subrogeant n'est tenu de garantir au subrogé ni l'existence de la créance, ni sa qualité de créancier. D'ailleurs, note Faribault, dans le cas où le subrogé a payé une dette qui n'existait pas, c'est l'action en répétition de l'indu qu'il devra exercer à l'encontre du subrogeant et non l'action en garantie<sup>7</sup>.

3. - Conçue comme un instrument de remboursement, la subrogation, lorsqu'elle n'est que partielle, ne peut préjudicier aux droits du créancier subrogeant qui demeure préféré au subrogé (art. 1157 in fine C.c.). En cas de cession de créance partielle, le cédant et le cessionnaire viennent par concurrence<sup>8</sup>.

4. - On accepte enfin que le cessionnaire puisse réclamer du débiteur le montant intégral de la créance peu importe quel en ait été le prix de son acquisition tandis qu'au contraire, le subrogé ne pourra réclamer au débiteur que ce qu'il a payé à son acquit. En effet, pour le subrogé, son droit est limité au remboursement de ce qu'il a payé au créancier subrogeant<sup>9</sup>.

## II - Rôle de la jurisprudence dans l'élaboration de ces distinctions.

a) *Distinction formelle*: Problème de la signification du transport au débiteur.

Nos tribunaux ont plusieurs fois été confrontés avec le problème de la distinction entre la subrogation et la cession de créance. Dans la plupart des cas, il s'agissait de déterminer si le transport de la créance par voie subrogatoire devait ou non être signifié; à ce propos, ils sont loin d'avoir atteint un consensus<sup>10</sup>. Mais ils durent quelques fois régler des questions beaucoup plus fondamentales.

b) *Distinctions fondamentales* issues de la jurisprudence.

Ainsi dans les affaires *Guérin V. Honorable Guérin*<sup>11</sup> et *Jacobs V.*

7 *Ibid.*, p. 403, no. 553.

8 *Ibid.*

9 *Ibid.*, p. 402

10 Favorables à la signification de la subrogation, les décisions suivantes: *Gratton V. Lemay* (1917) 51 C.S. 493 (C.R.); *Sous-ministre du revenu national V. Laurentide Acceptance Corp. Ltd.* (1955) B.R. 158; *Banque d'Hochelega V. Hall et al.* (1911) 17 R.J. 225 (C.S.); *Simard V. McColl Frontenac Oil Co. Ltd* (1959) B.R. 828; contre la nécessité de signifier la subrogation conventionnelle, les décisions suivantes: *Davis V. Mc Conniff* (1896) 2 R.J. 543 (C.S.); *Bélangier V. Caron et al.* (1940) 78 C.S. 429; *Chartier V. Lapierre* (1933) 39 R.J. 275 (C.C.).

11 (1917) 23 R.L.n.s. 149 (B.R.)



*Starfilms Ltd et al.*<sup>12</sup>, nos tribunaux avaient pour tâche de déterminer l'étendue du remboursement auquel pouvait prétendre le nouveau détenteur de droits. Ils recherchèrent donc un critère pratique qui pourrait leur permettre de considérer l'opération soit spéculative ou altruiste, et décidèrent finalement de se rattacher à l'époque où le transfert s'était réalisé. Le juge Horace Archambault de la Cour du Banc du Roi devait, dans l'affaire *Guérin*, exprimer ainsi la position du tribunal:

"Lorsqu'il s'agit d'une créance non exigible, on doit, en général, présumer que les fonds ont été versés dans l'intérêt du créancier, et l'opération constitue, par conséquent, une cession-transport. Si, au contraire, la créance était exigible et notamment, si le créancier avait déjà commencé les poursuites, l'intervention des tiers apparaîtrait plutôt a priori comme un service rendu au débiteur, et l'on devrait dès lors présumer plutôt la subrogation que la cession-transport".<sup>13</sup>

Déjà avant le Code nos tribunaux avaient dégagé une autre distinction entre la subrogation et la cession de créance. Ils prirent conscience en effet que la cession de créance doit d'abord et avant tout être considérée comme un acte d'aliénation, alors qu'au contraire la subrogation s'analyse plutôt comme un acte d'administration. Par conséquent, bien qu'il faille pour le cédant et le cessionnaire la capacité d'aliéner, la subrogation se réalise sans égard à cette capacité, l'opération de transport subrogatoire s'analysant comme un acte d'administration accessoire au paiement effectué au subrogeant. C'est ce que consacra le Conseil Privé dans l'affaire *Quebec Fire Assurance Company V. Molson*<sup>14</sup> en reconnaissant au marguillier en charge d'une fabrique, le pouvoir de recevoir le paiement d'une indemnité d'assurance contre le feu et de subroger l'assureur dans les droits de la fabrique contre l'auteur de l'incendie<sup>15</sup>.

Les tribunaux furent encore confrontés à la distinction entre ces deux notions alors qu'ils avaient à déclarer s'il s'agissait d'un transport de droit litigieux. On connaît en effet le régime particulier auquel est soumis la cession des droits litigieux (v. g. droit au retrait 1582 et ss. du C. c.; personnes qui ne peuvent en être cessionnaires, 1485 C. c.); et l'on perçoit l'avantage de se prévaloir d'une subrogation, plutôt que d'une cession de créance. On réalise par la même occasion avec d'autant plus d'acuité les fâcheuses conséquences qui peuvent découler d'une confusion entre la cession et la subrogation. C'est précisément ce qu'il nous a été donné de constater tout récemment à l'occasion d'une affaire soumise à l'appréciation de notre Cour d'Appel. En effet, en

12 (1918) 53 C.S. 363 (C.R.)

13 *Guérin V. Guérin*, loc. cit., p. 157

14 (1851) 1 L.C.R. 222, 2 A.C. 1 et 2 R.J.R.Q. 472 (P.C.)

15 Cf. au même effet, *St-Lawrence Inv. and Trust Co. et Sun Life Ins. Co. of Canada V. Brown*, (1937) 63 B.R. 546.

septembre 1972, cette Cour décidait majoritairement, que l'avocat subrogé conventionnellement aux droits d'un créancier hypothécaire ayant déjà mis en oeuvre la clause de dation en paiement prévue dans son contrat d'obligation hypothécaire, exerce alors un droit litigieux en contravention à l'article 1485 du C.c. et ne peut profiter de cette dation. La dissidence de monsieur le juge Lajoie dans cette affaire mérite pourtant d'être signalée. Celui-ci considéra en effet que lorsque l'avocat est subrogé à la fois conventionnellement et surtout légalement au droit d'un créancier hypothécaire qui lui est préférable (conformément à l'article 1156 par. 1 du C.c.), il n'est pas cessionnaire d'une créance litigieuse et partant on ne peut lui opposer l'application de l'article 1485 du Code civil<sup>16</sup>.

Ces divers exemples nous permettent maintenant de mesurer plus précisément l'importance de distinguer la subrogation de la cession de créance. Pourtant cette distinction demeurera toujours difficile à vérifier concrètement puisqu'elle amène nécessairement à rechercher chez celui à qui la créance est transportée les motifs qui l'ont poussé à obtenir ce transport. Il faudra donc, comme le soulignait le juge Barclay de la Cour d'Appel dans l'affaire *Boiler Inspection & Insurance Co. of Canada V. Sherwin William Co. of Canada Ltd.* analyser la cause même de l'opération juridique puisque, déclare-t-il, citant alors Demolombe (vol. 27, p. 329):

"Ce n'est pas au sens littéral des termes que l'on doit s'attacher. C'est à la commune intention des parties révélée par le caractère intrinsèque de l'opération. Ce qu'il faut rechercher surtout c'est que l'opération a été faite dans l'intérêt du créancier, ou dans l'intérêt du débiteur"<sup>17</sup>.

Cette recherche du caractère intrinsèque de l'opération, le législateur ne peut l'entreprendre à la place des tribunaux, mais il peut la susciter! Voilà pourquoi, nous croyons qu'il est devenu impérieux de consacrer dans notre droit une définition simple de la subrogation qui délimitera le but et la portée de cette institution juridique et en préservera les véritables attributs! Ce besoin de définition se fait d'ailleurs sentir également lorsqu'il s'agit d'évaluer l'étendue des droits qui sont transférés par subrogation.

### C. - L'étendue des droits transportés

Notre article 1154 du Code civil semble manquer quelque peu de précision quant à l'étendue des droits transférés au subrogé. Il se borne simplement à déclarer que la subrogation *dans les droits* du créancier au profit d'une tierce personne qui le paie est conventionnelle ou légale. Or quels sont ces droits du créancier? Sont-ce tous ses droits tant principaux qu'accessoires? On serait porté à l'admettre facilement, si la question n'avait pas été maintes fois soulevée devant nos tribunaux.

16 *Gosselin V. Lapointe et al.* (1973) C.A. 156 (160).

17 (1949) 16 I.L.R. 23 (31).

Pour le juge Rivard de la Cour du Banc du Roi, en 1924, la réponse à ces questions ne laissait cependant aucun doute:

“La subrogation légale et à moins de restriction expresse la conventionnelle, font passer la créance avec tous ses accessoires, gages, garanties et actions qui s’y rapportent.”<sup>18</sup>

On reste pourtant sceptique devant cette affirmation du juge Rivard lorsqu’on réfléchit aux effets de certaines décisions récentes et qu’on se pose les questions suivantes: -Le créancier hypothécaire de rang postérieur qui paie un créancier qui lui est préférable conformément à l’article 1156 par. 1 du C.c. est-il subrogé dans la clause de dation en paiement que celui-ci a mis en oeuvre en servant au débiteur l’avis de 60 jours? Peut-il bénéficier du délai jusqu’alors couru avant son paiement pour exercer le droit de devenir propriétaire irrévocable de l’immeuble? En réponse à ces questions, nos tribunaux ont majoritairement adopté une interprétation large, et ils considèrent que le subrogé peut se prévaloir des droits de subrogeant dans toute leur étendue et conformément à toutes leurs caractéristiques. Ainsi dans l’affaire *Banque d’Epargne du District de Montréal v. Rousse et al.*<sup>19</sup> comme dans l’affaire précitée *Gosselin v. Lapointe et autres*<sup>20</sup>, les tribunaux semblent avoir accordé au tiers subrogé le droit explicite d’exercer tous les droits et actions du créancier originaire dans l’état où il les acquerrait lors du transport.

La seule opinion discordante nous fut présentée par le juge Ouimet (en *obiter dictum*) dans l’affaire *Marcel Matte Inc. v. Momic Ltée et Alliance Compagnie d’Assurance et al.*<sup>21</sup>. Celui-ci considéra en effet que le subrogé ne peut exercer que le droit de créance préférentiel du subrogeant (i.e. dans l’affaire en cause, la créance hypothécaire) sans les autres accessoires . . .

Une réponse affirmative à ces interrogations, nous incite pourtant à poser avec inquiétude cette nouvelle question! Quelle est l’utilité réelle de l’article 1040 b) C.c. qui prétend empêcher l’exercice par le créancier de son droit de devenir propriétaire irrévocable de l’immeuble en remédiant à l’omission ou à la contravention mentionnée dans l’avis, si tout créancier préféré qui paie la dette du débiteur se retrouve légalement subrogé suivant l’article 1156, par. 1 C.c.; si tout bailleur de fonds qui fournit des deniers à cette fin au débiteur, lui exige une subrogation conventionnelle conforme à l’article 1155, par. 2 C.c. ou si tout autre *solvens* peut obtenir lors du paiement une subrogation conventionnelle du créancier originaire (1155 par. 1 C.c.) et être, de ce fait investi dans les droits du premier créancier? La problématique est assurément intéressante, mais la solution est beaucoup plus inquiétante et il est à se demander

18 *Thériault V. Gaudreault et Brisson* (1924) 36 B.R. 91 (93).

19 (1961) C.S. 561.

20 (1973) C.A. 156.

21 (1970) C.S. 450.

si l'article 1040-b) ne devra pas être modifié afin d'empêcher que ne s'exercent indirectement, par le tiers subrogé, des droits que la loi entend dénier au créancier qui a mis la clause en oeuvre.

L'exercice de la clause de dation en paiement par des subrogés nous permet de soulever d'autres problèmes. Ainsi, qu'arrive-t-il lorsque deux tiers-solvens viennent chacun payer une partie de la créance au créancier originaire qui a déjà signifié au débiteur l'avis de 60 jours? Deviendront-ils par l'effet de leur subrogation respective propriétaires indivis de l'immeuble affecté si la dation en paiement vient à se réaliser ou au contraire l'exercice de la clause par l'un aura-t-il pour effet de faire disparaître les droits éventuels de propriété de l'autre? -Il s'agit encore là d'une question qui mérite attention mais dont la solution est loin d'être établie.

Quoi qu'il en soit, il semble que l'étendue des droits du subrogé à tous les droits, actions, garanties et accessoires du subrogeant soit bien confirmée maintenant par nos tribunaux, ils ont même plusieurs fois accepté que le subrogé utilise le nom du subrogeant pour exercer son recours contre le débiteur<sup>22</sup>. De même reconnaissent-ils également que la subrogation dans les droits du créancier originaire permet au subrogé d'exercer directement contre le débiteur des voies d'exécution forcée lorsque le jugement a été rendu avant que la subrogation ne fut acquise. En effet, on considère que le jugement rendu emporte chose jugée même en faveur du subrogé: c'est donc dire que le subrogé est vraiment investi des droits du créancier originaire<sup>23</sup>.

Nous empruntons au jugement dans l'affaire *Trahan v. Palin*, ces quelques lignes du juge Létourneau qui résume la position de nos tribunaux relativement à cette question:

"De l'ensemble il résulterait que tout autant que le cessionnaire, le subrogé est quant à la créance un ayant-cause ou successeur à titre particulier, et contre qui vaudrait l'exception de chose jugée au cas où il tenterait de poursuivre de nouveau quant à une créance pour laquelle son subrogé (sic) avait déjà obtenu jugement"<sup>24</sup>.

Bien que l'état de la jurisprudence énumérée semble démontrer que nos tribunaux s'entendent généralement concernant l'étendue des droits que transfère la subrogation, il nous faut pourtant souligner que pour un grand nombre de praticiens cette délimitation reste imprécise. On a qu'à se rappeler combien

22 *Berthelet v. Dease* (1868) 12 L.C.J. 336 (C.S.); *Bélanger v. Caron et al.* (1940) 78 C.S. 429; *Champagne v. Milloy* (1958) C.S. 625; *Trahan v. Palin* (1944) B.R. 381.

23 *Prudential Trust v. International Construction Co. et al.* (1918) 24 R.L. n.s. 257 (C.R.); *Julien v. Archambault* (1890-91) 20 R.L. 546 (C.S. et C.R.); *Côté v. Légaré et al.* (1943) C.S. 46; *Trahan v. Palin* (1944) B.R. 381; CONTRA: *Banque d'Hochelaga v. Hall* (1911) 17 R.J. 225 (C.S.) et *Blumberg et al. v. Wawanessa Mutual Ass. Co.* (1960) B.R. 1165, lorsque le subrogé est tenu *in solidum!*

24 *Trahan v. Palin*, *loc. cit.*, p. 401.

fréquemment nos rédacteurs de contrats et de quittances subrogatives sentent le besoin d'énumérer d'une façon non équivoque toute la liste des droits transportés par voie subrogatoire! ...

### Conclusion et recommandations

Afin de réprimer les abus provenant de l'utilisation abusive du terme subrogation, en vue de favoriser une distinction nette entre la subrogation et la cession de créance et pour déterminer sans équivoque l'étendue des droits transportés par voie subrogatoire, il convient, croyons-nous, de définir législativement ce concept de subrogation. A cet effet, nous jetterons d'abord un bref coup d'oeil sur certaines définitions de la subrogation qu'ont pu nous proposer divers auteurs, après quoi nous pourrions soit emprunter, soit même élaborer la définition qui remplira le mieux le rôle que nous désirons lui assigner:

Larombière définit la subrogation de la façon suivante:

"la subrogation est la substitution d'une personne qui paie au droit du créancier qui est payé".

ou

"la subrogation est l'acquisition intégrale ou partielle de la créance par un tiers qui paie au créancier ce qui lui est dû."<sup>25</sup>

Quant à Renusson, il la définit ainsi:

"La mutation d'un créancier en un autre créancier, quand les droits du créancier qui a payé passent à l'autre qui a fourni ses deniers pour le paiement."<sup>26</sup>

Dumoulin pour sa part propose cette formulation:

"La subrogation est la fusion d'un créancier dans un autre sous les mêmes conditions ou sous des conditions moins onéreuses."<sup>27</sup>

Tandis que Duranton la définit ainsi:

"La subrogation est une fiction de droit qui fait entrer une personne dans la place d'un créancier pour exercer ses droits quant à la créance."<sup>28</sup>

Marcadé pour sa part déclare que:

"La subrogation est la mise d'un créancier nouveau à la place d'un premier créancier de telle sorte que le créancier nouveau ait, vis-à-vis du débiteur, absolument les mêmes droits que l'ancien."<sup>29</sup>

25 Larombière, vol. 3, *Obligations* sous l'article 1249 C.N.

26 Renusson, *Traité de la subrogation* (1685), Nouvelle éd. de M.J.A. Sérieux, 1760 ch. I, no. 10, p. 3.

27 tirée de *Davis v. McConniff* (1896) 2 R.J. 543 (548)

28 *Ibid.*

29 Marcadé, (1873), 7<sup>e</sup> éd., Tome 4, sous art. 1236 C.N. p. 546, tirée de *Trahan v. Palin*, (1944) B.R. 381 (399).

Pour Carbonnier, la subrogation existe:

“Quand une personne en remplace une autre comme créancière dans le rapport d’obligation.”<sup>30</sup>

Au Québec, c’est probablement le professeur Jean-Louis Baudouin qui présente la meilleure définition de la subrogation:

“La subrogation est l’opération juridique par lequel le solvens se voit légalement ou conventionnellement transmettre par le créancier la créance de ce dernier avec tous ses accessoires”<sup>31</sup>.

On pourrait ajouter à cette nomenclature bien d’autres définitions qui rejoignent à peu près toutes celles-ci, mais nous devons rechercher celle qui est législativement la plus susceptible de régler les problèmes que nous avons déjà posés. C’est ainsi que nous suggérons la définition suivante qui pourrait très bien, croyons-nous, remplacer le texte actuel de l’article 1154:

Article 1154:

La subrogation est un instrument de recouvrement par lequel le tiers qui paie la dette du débiteur remplace le créancier pour exercer tous ses droits quant à la créance.

Elle résulte de la convention ou de la loi.

Une telle définition, croyons-nous, a l’avantage de concilier tous les objectifs que nous nous sommes fixés. En effet, en plus de consacrer au terme “subrogation” une signification unique, on la distingue de la cession de créance puisqu’on en fait un instrument de recouvrement à l’avantage de celui qui paie la dette du débiteur. Quant à l’étendue des droits qui sont transportés au subrogé, elle est bien déterminée puisqu’on y édicte que le subrogé reçoit tous les droits du créancier originaire dans la créance que celui-ci détenait à l’encontre du débiteur.

---

30 Jean Carbonnier, *Droit civil*, T. II, 3e éd., 1962, Paris, P.U.F. p. 751, no. 213.

31 Jean-Louis Baudouin, *Traité élémentaire de Droit civil, des obligations*, 1970, P.U.M., page 270, no. 513.

## DEUXIÈME PARTIE

### CONSIDÉRATIONS PARTICULIÈRES RELATIVES À LA SUBROGATION.

#### A. - Subrogation conventionnelle

En raison de sa réglementation particulièrement stricte, la subrogation conventionnelle n'a que très rarement suscité de véritables difficultés devant nos tribunaux. Le nombre de décisions n'en demeure pas moins abondant, puisque les tribunaux ont eu l'occasion plusieurs fois de réitérer les principales conditions de fond et de forme exigées pour que la convention de subrogation soit conforme à la loi.

#### I - Subrogation consentie par le créancier (article 1155, par, 1 C.c.)

##### a) Conditions de fond

##### i) paiement de la dette d'autrui

Ainsi dans le domaine de la subrogation consentie par le créancier, les tribunaux n'ont cessé de rappeler aux plaideurs que l'une des conditions fondamentales de cette sorte de subrogation, c'est qu'il y ait le paiement de la dette d'autrui. Partant, on refusait la subrogation lorsque le tiers avait payé sa propre dette<sup>32</sup>. C'est d'ailleurs ce même principe qu'on a appliqué pour refuser dans certaines hypothèses à l'assureur, le droit à la subrogation. On alléguait, judicieusement croyons-nous, que celui-ci ne payait pas la dette d'autrui mais sa propre dette issue de son contrat d'assurance<sup>33</sup>.

##### ii) par celui qui invoque la subrogation

Nos tribunaux durent même rappeler ces dernières années que c'est une condition de la subrogation que le paiement soit effectué par le subrogé<sup>34</sup>.

32 Cf. *Stewart v. Metropolitan Building Society*, (1881) 1 D.C.A. 324 (B.R.), *Mountain v. Patrick et al*, (1890) 19 R.L. 667 (B.R.) *Audet v. Giguère* (1916) 22 R.L. n.s. 317 (C.S.), *Compagnie de Transport Provincial v. Moore*, (1945) C.S. 479; *Dulude v. The King*, (1952) B.R. 503; *Libersan Automobile Ltée v. Boisclair Automobile Inc. et al*, (1968) C.S. 309.

33 *Côté v. Gagné* (1939) 76 C.S. 499; *Lavoie v. Lesage* (1939), 77 C.S. 150 et *Cie de Transport Privincial v. Moore et al* (1945) C.S. 479.

34 Cf. *Rioux v. Rioux et Frères Inc.*, (1969) B.R. 353; *Marcel Matte Inc. v. Momic Ltée et al*, (1970) C.S. 450 et *Taillefer v. Damien et autre*, (1970) C.A. 975.

## iii) à l'acquit du débiteur

En vue de distinguer ce type particulier de subrogation de la cession de créance, les tribunaux ont déjà précisé expressément que le paiement par le subrogé devait être exécuté à l'acquit du débiteur<sup>35</sup>. Soulignons pourtant qu'on a accepté de subroger conventionnellement aux droits du créancier hypothécaire antérieur, une banque détenant une hypothèque judiciaire malgré qu'elle eût effectué son paiement dans le but de protéger sa créance. Bien qu'en principe cette décision soit critiquable, elle se justifie en raison de la possibilité d'appliquer à titre supplétif les règles de la subrogation légale prévues à l'article 1156, par. 1 du Code civil<sup>36</sup>.

Dans cette optique que le paiement doit être effectué à l'avantage du débiteur, il convient enfin de souligner que la subrogation ne saurait se réaliser lorsque celui qui paie n'a pas d'abord reconnu l'existence de la dette. Ainsi, on a refusé à un débiteur solidaire le droit d'opposer une subrogation conventionnelle à son codébiteur parce qu'il fut établi que celui-ci avait payé après avoir négocié un règlement avec les créanciers, dans le but premier d'acheter la paix, sans pour autant admettre sa responsabilité et donc sa dette<sup>37</sup>.

Comme le note le juge Galipeault dans cette affaire:

"On peut se demander quelle est bien la situation juridique de l'appelante dans l'espèce. Peut-il y avoir réellement paiement avec toutes ses conséquences sans dette (1140 C.c.)? Comment la subrogation pourrait-elle conférer des droits si la dette n'est pas admise?"<sup>38</sup>

L'état de cette jurisprudence tend donc à démontrer que les conditions de fond de la subrogation conventionnelle accordée par le créancier sont déjà assez bien définies dans le texte du premier paragraphe de l'article 1155 C.c. Il convient néanmoins selon nous, étant donné le besoin de marquer la distinction entre la cession de créance et la subrogation conventionnelle, de clarifier dans une formulation amendée ce paragraphe, en y ajoutant cet élément important qui déclare que la subrogation conventionnelle suppose un paiement à l'acquit du débiteur. Ainsi, pourrait être modifié le texte actuel de l'article 1155:

"1. Lorsque le créancier en recevant d'une tierce personne un paiement fait à l'acquit de son débiteur, la subroge dans tous ses droits contre ce débiteur..."

35 *Darling v. Reeves* (1885) 29 L.C.J. 255 (C.R.).

36 *Migné v. Kelly et Banque d'Hochelega* (1891) 35 L.C.J. 144 (C.S.) cf. infra le texte justifiant les notes (63) à (65).

37 *Cloutier et Thivierge v. Dominion Rubber Co. Ltd.* (1946) B.R. 699.

38 *Ibid.*, p. 706.



b) *Conditions de forme*

La subrogation conventionnelle consentie par le créancier n'implique pas seulement le paiement par un tiers de la dette à l'acquit du débiteur, elle exige aussi certaines conditions de forme, et entre autre le texte actuel de l'article 1155, par. 1 exige que la subrogation soit expresse et faite en même temps que le paiement.

## i) la subrogation doit être expresse

Les tribunaux ont, à juste titre, croyons-nous, établi que pour qu'il y ait subrogation expresse en faveur du *solvens* qui paie la créance, il n'y a pas lieu d'utiliser des termes sacramentels; il suffit que la convention (ordinairement la quittance subrogative) établisse de façon non équivoque le transfert des droits du créancier originaire au tiers-subrogé. A cet effet, la Cour du Banc du Roi a reconnu en 1937, qu'un reçu subrogatoire indiquant que le *solvens* est subrogé *légalement* dans les droits du subrogeant constitue néanmoins un cas de subrogation conventionnelle. On a considéré que le mot "legal" qui s'y retrouve ne fait pas qu'il n'y a pas eu de convention. Il faudrait nier le reçu pour nier la convention.

"Pour avoir un tel reçu, déclare le juge Sir Mathias Tellier, il a fallu une demande de sa part (de la part du subrogé) et le consentement du percepteur (subrogeant). Le fait que le reçu existe est la preuve qu'il y a eu accord de volontés et donc convention.

C'est tout ce qu'il faut pour la subrogation conventionnelle."<sup>39</sup>

Comme on l'a remarqué dans l'affaire précédente, il n'y avait pas eu véritablement d'équivoque; on entendait bien subroger l'appelante dans tous les droits du subrogeant. Tel ne fut cependant pas le cas, dans l'affaire *Compagnie de Transport Provincial v. Moore*<sup>40</sup> où la victime a signé en faveur de la Compagnie de Transport Provincial un reçu qui indiquait ceci: "I do hereby *surrender* all subrogation". Le juge Denis devait alors décider que lorsque le texte qui prétend accorder la subrogation en démontre plutôt le contraire, la subrogation conventionnelle n'existe pas. Aussi, pouvons-nous qualifier d'équivoque, une subrogation accordée à la Couronne fédérale par la victime d'un accident de travail, conçue en ces termes:

"Après mûre considération et sachant que (tel qu'édicté par la Loi) mon choix de réclamer compensation en vertu de ladite loi, subroge Sa Majesté le Roi, représenté par le Ministère des transports, dans tous les droits et réclamations que je puis avoir contre la tierce partie en raison dudit accident..."

39 *St-Lawrence Investment and Trust et Sun Life Assurance Company of Canada v. Brown* (1937) 63 B.R. 546 (560).

40 (1945) C.S. 479.

Commentant la portée de cet écrit, le juge Gagné déclarait:

“Ceci est loin d’être la subrogation expresse qu’exige le paragraphe premier de l’article 1155 du Code civil. Il me paraît n’y avoir là aucune subrogation conventionnelle mais simplement une constatation que la victime sait qu’en vertu de la Loi les droits qu’elle peut avoir contre les tiers seraient transférés à sa Majesté.”<sup>41</sup>

ii) La subrogation doit être accordée au moment du paiement.

Certains arrêts particuliers ont accepté que la subrogation se réalise même après le paiement sous prétexte, entre autre, que tant et aussi longtemps que la quittance n’est pas fournie, ce qui a été versé ne saurait être considéré que comme un dépôt, la véritable date d’un paiement étant celle de la quittance.<sup>42</sup>

Pourtant il semble acquis maintenant que la subrogation doive s’accomplir au plus tard au jour du paiement. Une subrogation postérieure au paiement étant sans effet vu que les droits transférés ont disparus en même temps que l’exécution de l’obligation.<sup>43</sup>

La question demeure toutefois très pertinente lorsqu’on analyse les subrogations consenties à l’avance (telle la clause en vertu de laquelle l’assureur se fait consentir d’avance dans son contrat d’assurance la cession et subrogation des droits de son assuré, dans le cas où le risque vient à se réaliser à la suite du fait d’un tiers). A ce sujet, nos tribunaux se sont montrés lents à adopter une position définitive. En effet, plusieurs ont considéré que la subrogation peut être consentie à l’avance, puisqu’effectivement elle ne se réalise qu’au moment du paiement<sup>44</sup>. Dans ce cas, l’engagement du subrogé sera valide pourvu qu’on l’analyse comme une simple promesse de subroger au moment du paiement, en conformité avec l’article 1155, par. 1 C.c.

Pour d’autres, cependant, le texte de l’article 1155, par. 1 C.c. doit être envisagé d’une façon stricte et la subrogation ne peut être consentie à l’avance. L’un des arguments qui attire le plus notre attention fut soulevé par le juge Denis dans l’affaire *Compagnie de Transport Provincial v. Moore*: Il déclare en effet que:

“Pour qu’il y ait subrogation il faut que le débiteur soit connu et nommé dans l’acte; ceci est nécessaire pour rendre effective la règle que la subrogation est

41 *Dulude v. The King*, (1952) B.R. 503 (518-519).

42 *Gaudry dit Bourgonnière v. Bergevin dit Langevin*, (1870) 2 R.L. 115 et (1897) 21 R.J.R.Q. 6 (B.R.); voir également l’affaire *Cantin v. Martineau*, (1960) C.S. 154.

43 *Stewart v. Metropolitan Building Society* (1881) 1 D.C.A. 324 (B.R.); *McDonald v. Carreau et al.* (1888) 16 R.L. 94 (C.c.); *Bélisle v. Gilbert* (1914-15) 16 R.P. 45 (C.R.); *Tanguay v. Lacasse* (1953) B.R. 780; *Payer v. De Tomasso* (1956) B.R. 106; *Baril v. Breton et Lanouette* (1962) R.P. 385 (C.S.).

44 *General Security Insurance v. Engineering Institute of Canada*, (1945) C.S. 234; *Cantin v. Martineau*, (1960) C.S. 154; *Merchant & Employers’ Guarantee and Accident Co. v. Blanchard* (1919) 56 C.S. 278 (C.R.).

plutôt réalisée pour rendre service au débiteur (Fuzier-Herman, Supplément vo subrogation, p. 85); or, note le juge Denis, on ne recherche pas l'intérêt d'une personne inconnue;<sup>45</sup>

Pour le juge Denis, la subrogation à l'avance ne rencontre donc pas les éléments nécessaires d'une véritable subrogation conventionnelle, puisque ce n'est plus l'intérêt du débiteur qui est recherché par le subrogé. Comme il notera d'ailleurs plus loin dans ce jugement:

"Dans la présente cause, c'est pour poursuivre les prétendus débiteurs que la demanderesse recherche la subrogation; ce qui est bien différent d'un service au débiteur;<sup>46</sup>

Cette question nous reporte donc au coeur même du débat entourant la distinction entre la subrogation conventionnelle et la cession de créance. Les tribunaux l'ont d'ailleurs bien senti puisque lorsqu'ils doivent analyser la clause statutaire dite de subrogation dans les contrats d'assurance, ils ont tendance à la considérer comme une clause de cession de droits pure et simple, nonobstant le fait que dans la clause il y soit fait mention de la subrogation<sup>47</sup>.

Face à ces deux tendances, quelle position devons-nous adopter? Faudra-t-il rendre la subrogation conventionnelle consentie par le créancier un peu plus formelle afin d'obliger le subrogé à constater dans la quittance en faveur de qui il effectue le paiement subrogatoire? Cette mesure permettrait sûrement de mieux protéger la nature de l'opération juridique intervenue entre les parties. . .

Rappelons pourtant qu'on soulève probablement là un problème en voie de devenir académique puisque les modifications au droit des assurances telles que proposées par le projet de loi 7 visent à rendre l'assureur subrogé légalement au droit de l'assuré et ce, sans demande<sup>48</sup>. Or, c'est précisément en matière d'assurance que ces clauses de subrogation prématurée se retrouvent le plus souvent.

## II - Subrogation consentie par le débiteur (article 1155, par. 2 C.c.).

S'il existe un mécanisme qui démontre bien le rôle de la subrogation dans notre droit, c'est bien celui sanctionné par le deuxième paragraphe de l'article

45 (1945) C.S. 479 (484).

46 Ibid., (483)

47 *Payer v. De Tomasso* (1956) B.R. 106 et *Champagne v. Milloy* (1958) C.S. 627 et tout récemment *Mackinnon Structural Steel Co. Ltd. v. Granite State Insurance Co.* (1973) C.A. 738.

48 *Loi sur les Assurances*, 1973, projet de loi 7, 29<sup>ème</sup> législature, 4<sup>e</sup> session, art. 111, est rédigé en ces termes: "A concurrence des indemnités payées par lui, l'assureur est subrogé aux droits de son assuré contre les tiers responsables sauf s'il s'agit des personnes qui font partie de la maison de l'assuré.

L'assureur peut être libéré en tout ou en partie de son obligation envers l'assuré quand, du fait de ce dernier, il ne peut être ainsi subrogé."

1155 C.c. Dans ce cas, l'équivoque n'est plus possible. Le prêteur n'est subrogé aux droits du créancier payé que parce qu'il a fourni des deniers à l'effet de payer la dette. C'est donc vraiment parce qu'il a rendu service au débiteur que le législateur lui permet d'exercer les droits du créancier originaire à l'encontre du débiteur. La subrogation est véritablement là un instrument en vue de favoriser le remboursement de ce qui a été payé.

#### a) *Le formalisme*

On remarquera d'abord que ce n'est pas uniquement en raison du fait qu'il a prêté au débiteur qu'il est subrogé, mais parce que l'objet de son prêt a libéré le débiteur vis-à-vis du créancier originaire. C'est donc vraiment parce qu'il y a eu un paiement, et alors que le paiement a été effectué, que la subrogation est devenue possible. Voilà pourquoi la Cour Supérieure dans l'affaire *Archambault c. Bourgault*<sup>49</sup>, a refusé d'accepter que soit subrogé le prêteur qui entendait se prévaloir d'une quittance fournie deux mois après le paiement, quoique l'acte d'emprunt ait démontré l'intention formelle du débiteur de suivre à la lettre les formalités de l'article 1155, par. 2 C.c. Ajoutons pourtant qu'on a reconnu valide la subrogation consentie dans un acte d'emprunt postérieur au moment où les sommes avaient été réellement avancées.<sup>50</sup>

Cette subrogation avant d'être consensuelle est donc avant tout une aventure formaliste. Conformément à l'article 1155, par. 2 C.c., en effet, il faut absolument que l'acte d'emprunt établisse l'usage des deniers avancés par le prêteur et que la quittance en constate l'utilisation indiquée. Déjà avant le Code, on refusait que le prêteur oppose simplement la quittance pour se prévaloir de la subrogation que le débiteur prétendait devoir lui fournir<sup>51</sup>.

#### b) *La substance enfouie sous les formes*

On en vint cependant à se demander si toutes ces déclarations exigées pouvaient être vérifiables. Voilà pourquoi, avec à propos, il fut décidé qu'il ne saurait y avoir lieu à subrogation lorsque le débiteur ne payait pas avec les deniers empruntés, même si la déclaration indiquait qu'il avait ainsi agi<sup>52</sup>. Dans la même veine, la Cour Supérieure refusa la subrogation conventionnelle consentie par le débiteur au motif que, dans la quittance, n'avaient pas comparu, ni les emprunteurs, ni le prêteur. Comme le déclare le juge Dugas:

"Une autre lacune fatale qui se rencontre dans la quittance, c'est qu'à cet acte, ni les emprunteurs, (...) ni le prêteur (...) ne comparaissent... L'article 1155 est impérieux, il faut, que dans la quittance, il soit déclaré

49 (1877) 9 R.L. 519 (C.R.)

50 *Banque d'Hochelaga c. Hall et al.* (1911) 17 R.J. 225 (C.S.).

51 *Filmer c. Bell* (1852) 2 D.T.B.C. 130 et (1892) 21 R.L. 89 (B.R.).

52 *Lamarre c. Piette*, (1934) 57 B.R. 155.

que le paiement est fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier. Or qui peut faire cette déclaration, si ce n'est le prêteur, nouveau créancier, et l'emprunteur? Ne sont-ils pas les seules personnes en état d'attester ce fait?"<sup>53</sup>

Ainsi envisagée, la subrogation conventionnelle cesse d'être exclusivement formaliste pour devenir également réaliste.

Toujours dans la même optique, on devait reconnaître, en 1921, que cette subrogation conventionnelle par le débiteur devait être véritablement consentie par le débiteur, de sorte que si ce sont les cautions du débiteur qui empruntent en vue de payer la dette de celui-ci, le prêteur de ces cautions ne peut se prétendre subrogé quand bien même toutes les formalités de 1155, par. 2 auront été suivies. Comme le déclara alors le juge Lamothe de la Cour du Banc du Roi:

"L'article 1155 du Code civil permet que la subrogation s'opère sans le consentement du créancier mais non pas sans le consentement du débiteur. C'est ce consentement du débiteur qui a permis de qualifier cette subrogation du titre de conventionnelle."<sup>54</sup>

C'est néanmoins le juge Cross, alors qu'il était dissident en Cour du Banc de la Reine dans l'affaire de *Renny v. Moat*, qui devait le mieux synthétiser tout le droit de la subrogation conventionnelle consentie par le débiteur:

"In legal subrogation, the identity of the money which goes to pay the debt and whence it proceeds is the essential fact. The payment must be made by the party whom the law entitles to subrogation. It is not the declaration or avowal of the parties that does so, nor can such declaration or avowal of the parties contrary to the fact have any such effect."<sup>55</sup>

A en juger par le peu de décisions rencontrées en cette matière, la subrogation conventionnelle consentie par le débiteur semble se bien porter et ne soulever que très peu de difficultés. Nous ne croyons donc pas nécessaire de modifier la formulation de ce deuxième paragraphe de l'article 1155, au moins dans son premier alinéa. Quant au second<sup>56</sup>, nous nous interrogeons sur son utilité, puisque d'après nous il cause maintenant aux parties plus d'embarras que d'avantages, surtout qu'à notre époque les offices d'un notaire (La Loi de l'aide juridique<sup>57</sup> et les moyens de transport aidant) sont facilement accessibles

53 *Banque d'Hochelaga c. Hall et al.* (1911) 17 R.J. 225 (C.S.).

54 *Berman v. René* (1921) 30 B.R. 367 (370)

55 *Renny et al v. Moat* (1881) 4 L.N. 195 (B.R.).

56 "La subrogation n'a d'effet contre les tiers dans les cas où l'acte d'emprunt et la quittance sont faits devant témoins, que du jour de leur enregistrement qui doit se faire en la manière et suivant les règles prescrites pour l'enregistrement des hypothèques."

57 L.Q. 1972 ch. 14.

et à la portée de toutes les bourses. Nous proposons donc, purement et simplement, l'abrogation de cet alinéa. Le souci des concordances nous impose de rappeler qu'il y aura alors lieu d'enlever, au milieu du premier alinéa, le texte entre parenthèses: "(ou fait en présence de deux témoins qui signent)".

**COROLLAIRE: Problème de l'article 1141 et effet de son correctif projeté, l'article 2 du titre "Des parties au paiement".**

On aura pu constaté qu'au niveau de la subrogation conventionnelle, c'est la subrogation consentie par le créancier qui suscite les principales difficultés actuellement, et ce en raison de sa difficile distinction avec la cession de créance. N'eût été du projet de texte adopté par le Comité des obligations à sa séance du 18 mai 1973 (241e et 242e réunions), il aurait sûrement fallu ajouter au nombre de ces difficultés, celle provenant de la discordance des règles de la subrogation avec celles de l'actuel article 1141 C.c. Grâce à ce texte, cependant, on n'aura plus à se demander si le tiers non intéressé peut valablement payer le créancier, puisque le premier alinéa de cet article 2 du titre "Des parties au paiement" agréé tout paiement offert par un tiers (sauf évidemment dans le cas d'une obligation créée *intuitu personae*):

"Le créancier est tenu de recevoir le paiement même s'il est offert par un tiers, sauf si la créance a été créée en considération de la personne du débiteur. . ."

Ce n'est donc plus au moment de l'offre du paiement que le créancier pourra juger des intentions généreuses du tiers *solvens*, mais au moment de le subroger dans ses droits. On évitera de la sorte de reformuler les mêmes sophismes qui rendaient quasi inutiles les dispositions de l'article 1141, spécialement lorsque le tiers *solvens* se voyait brimer de l'exercice du droit à la subrogation en raison de l'opposition du créancier à recevoir le paiement. En effet, dans le but d'octroyer au tiers payeur les droits que lui reconnaissait la loi, on s'était permis même de déclarer que le paiement effectué par le tiers était nécessairement à l'avantage du débiteur, puisqu'il éteignait sa dette à l'égard du créancier<sup>58</sup>.

De plus, en matière de subrogation légale, ce pouvoir du créancier de refuser le paiement lorsqu'il n'était pas véritablement à l'avantage du débiteur conduisait à une contradiction. En effet, alors que la subrogation légale a lieu normalement sans demande par le seul effet du paiement, il fallait néanmoins que l'éventuel subrogé obtienne d'abord de la part du subrogeant l'assentiment au paiement. Par le biais de cet article 1141 C.c. on en était venu à bafouer

58 *Therrien v. Dame Simard* (1948) R.L. 458 (B.R.) (p. 475 opinion du juge St-Germain). N.B.: voir aussi la dissidence du juge Galipeault qui s'insurge contre ce procédé plus ou moins juridique.

la philosophie même de la subrogation légale. Voilà pourquoi le juge Gagné décida dans l'affaire de *Côté et al. v. Sterblied* de passer outre aux exigences de cet article:

“Peuvent-ils forcer le créancier à recevoir le paiement? -soulignait-il- cela me paraît évident. Autrement le droit à la subrogation légale serait illusoire puisqu'il leur faudra compter sur l'assentiment du créancier pour être subrogé à ses droits. Ce serait exiger la subrogation conventionnelle.”<sup>59</sup>

Le nouveau texte adopté par le Comité des obligations aura l'avantage d'éviter à la fois ces sophismes et ces contradictions. En effet, le créancier, même s'il doit accepter le paiement que lui offre un tiers peu importe que ce paiement soit ou non à l'avantage du débiteur, n'est pas tenu de lui accorder subrogation. La subrogation ne sera donc possible que si la loi le permet expressément, souligne le deuxième alinéa de l'article proposé:

“Le paiement par une personne autre que le débiteur n'emporte subrogation que dans les cas prévus par la loi.”

Quant à la subrogation conventionnelle, avec les modifications que nous avons suggérées, elle ne sera accordée que si le créancier paie à l'acquit et donc à l'avantage du débiteur<sup>60</sup>. Par ces mesures, on parviendra enfin à concilier à la fois l'équité et la logique de nos règles juridiques en ce domaine, puisqu'on permettra à toute personne qui a payé une dette de se prévaloir des recours contractuels ou quasi-contractuels découlant de son paiement, tout en ne privilégiant spécialement que ceux ayant payé à l'avantage du débiteur (subrogation conventionnelle) ou ceux que le législateur a cru opportun de privilégier autrement (subrogation légale). Ainsi compris, le nouvel article correspondant à l'actuel article 1141 ne contrecarre en aucune façon ni ne fait obstacle aux règles de la subrogation: il ne fait qu'en assurer la mise en oeuvre!

## B. - Subrogation légale

### 1 - Rappels généraux

Malgré l'abondante jurisprudence que nous retrouvons dans ce domaine, il y a encore ici peu de problèmes vraiment difficiles à cerner. On sait, en effet, que cette subrogation est de droit étroit et que par conséquent seules sont subrogées de plein droit les personnes qui peuvent s'inscrire dans le cadre de l'une des cinq subdivisions de l'article 1156. Nos tribunaux ont dû malgré tout rappeler à divers moments aux plaideurs le caractère exceptionnel de cette opération juridique.

59 *Côté et al. v. Sterblied* (1956) B.R. 111 (126).

60 Cf. supra, texte se rapportant aux notes (37) et (38).

C'est le juge Casault dans l'affaire *Venner c. Blanchet*<sup>61</sup> qui résume le mieux la position très stricte des tribunaux en matière de subrogation légale. En effet, en refusant de subroger une femme mariée séparée de biens qui avait laissé vendre pour taxes ses meubles par la municipalité, il rappela que celle-ci ne pouvait profiter du privilège de la corporation municipale pour être colloquée avant le locateur parce que son cas ne pouvait s'inscrire dans le cadre strict des hypothèses prévues par l'article 1156 et suivants ou d'une loi spéciale la subrogeant:

"La subrogation légale est de droit étroit, écrivait-il, elle n'existe que dans les cas prévus par la loi et ne peut s'étendre par analogie à d'autres auxquels la loi n'a pas cru devoir attacher cette toute spéciale faveur".

Citant par la suite Laurent (Droit civil, volume 18, numéro 63), il ajouta ceci:

"Il n'y a donc pas de subrogation légale sans loi et les cas dans lesquels la loi l'établit devrait (sic) être interprété restrictivement, en ce sens qu'on ne peut pas les étendre quand même il y aurait des motifs d'analogie. L'application analogique n'est pas admise dans les matières exceptionnelles et il n'y a pas de plus exceptionnel que les fictions légales ..."

De même, en 1907, le juge Larue de la Cour Supérieure refusa à un créancier qui avait fait enregistrer une hypothèque judiciaire sur un immeuble vendu à réméré, le droit d'invoquer en sa faveur le premier paragraphe de l'article 1156 car, déclara-t-il, l'acheteur à réméré n'est pas un créancier préférable mais un propriétaire<sup>62</sup>.

Pareillement, le juge Gervais statuant pour la Cour du Banc du Roi dans l'affaire *Couture c. Grégoire*<sup>63</sup>, décida qu'un créancier chirographaire ne peut qu'être conventionnellement subrogé aux droits du créancier antichrésiste.

Un peu plus tard, soit en 1937, cette même Cour du Banc du Roi refusait à la Compagnie Sun Life Assurance le droit d'être subrogée à la Couronne au motif que la créance privilégiée de la Couronne n'ayant pas été valablement enregistrée, elle ne pouvait être préférée à son hypothèque<sup>64</sup>.

Il convient également de se rappeler que la subrogation légale ne recouvre pas tout à fait la même réalité que la subrogation conventionnelle. En effet, tout en demeurant un instrument de recouvrement mis entre les mains de celui qui paie la dette d'autrui, elle est aussi conçue, dans certaines circonstances,

61 (1882) 8 R.J.Q. 288 (291): (C.R.).

62 *Blouin v. Boulé et Lacombe*, (1907) 13 R.J. 172 (C.S.).

63 (1912) 21 B.R. 488.

64 *St-Lawrence Investment & Trust Co. et Sun Life Insurance Co. of Canada v. Brown*, (1937) 63 B.R. 546 (559).



comme un instrument de protection des droits du *solvens*. C'est ce que déclarait expressément le juge Cross dans l'affaire *Saunders v. Commercial Mutual Building Society*:

"The object of the law in granting legal subrogation in certain cases, is not to give an advantage to the party subrogated so as to defeat the equities of the other claimants, but it is to protect him from the injustice he might suffer, if a prior hypothec was urged to his prejudice; in such manner as to absorb the proceeds of the property specially mortgaged to him as a subsequent creditor . . ."<sup>65</sup>

C'est précisément cette distinction que le juge Gagné s'employa à faire ressortir dans la remarque citée plus haut<sup>66</sup>. Il étaya d'ailleurs son point de vue en nous présentant une longue citation de Demolombe<sup>67</sup>, dont nous désirons rapporter le dernier paragraphe:

"... mais ce n'est pas moins principalement dans l'intérêt du créancier postérieur que cette faculté de payer avec subrogation a été introduite, afin de lui fournir le moyen *d'assurer* son hypothèque, disait Pothier, *jus suum confirmare*, disait la Constitution du Code."

Après avoir rappelé le caractère restrictif des dispositions de l'article 1156 du Code civil qui ne souffrent pas l'analogie, et précisé les fonctions de la subrogation légale, nous en examinerons les diverses modalités en procédant à l'analyse successive de chacune des hypothèses comprises dans les divers paragraphes.

## II - Analyse exégétique.

### 1. Article 1156, par. 1: La subrogation du créancier préféré.

Aux termes de ce paragraphe, est subrogé de plein droit celui qui étant lui-même créancier paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques. Pour bénéficier de cette subrogation, il faut donc:

1. - que le *solvens* soit lui-même créancier du débiteur;
2. - que le créancier qui reçoit le paiement lui soit préférable; et
3. - que cette préférence provienne de ce que la créance de l'*accipiens* est garantie par un *privilège* ou une *hypothèque* qui prime la créance du *solvens*.

65 (1883) 3 D.C.A. 141 (143) (B.R.)

66 cf. supra, citation appelant la note (59).

67 Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, 1872, 4ed., ch. II, par. 15 et 17, dans *Côté et al. v. Sterblid* (1956) B.R. 111 (127).

C'est évidemment, la troisième condition, qui a soulevé devant les tribunaux les principaux débats. On a déjà pu remarquer que l'interprétation stricte des hypothèses de l'article 1156 a conduit nos tribunaux à refuser la subrogation légale lorsque le paiement était offert à des acheteurs à réméré, ceux-ci n'étant pas considérés comme des créanciers, mais des propriétaires<sup>68</sup>. Seule la préférence d'une hypothèque ou d'un privilège chez l'*accipiens* accrédite donc le *solvens* à la subrogation. Ceci s'explique sans doute par le fait que le législateur de 1866 ne reconnaissait que deux causes légitimes de préférence: les privilèges et les hypothèques (art. 1982 C.c.). Le texte du paragraphe premier de l'article 1156 du C.c., tel qu'il est rédigé, devait donc suffire totalement à protéger les droits des créanciers préférés. Il nous faut pourtant en réexaminer la teneur à la lumière de cette nouvelle réalité: l'extension du domaine des garanties réelles.

En effet, en raison de la présence de plus en plus courante dans les contrats d'une clause résolutoire ou d'une clause de dation en paiement, il nous faut envisager d'avoir un jour à faire face à des situations aussi anachroniques que celle-ci: -Un fournisseur de matériaux de construction domiciliaire paie à un vendeur de terrains le solde du prix de vente d'un terrain à la place de l'acheteur afin d'éviter que le vendeur n'exerce sa clause résolutoire ou de dation en paiement qu'il avait enregistrée avant la naissance de son privilège. Ce fournisseur ne sera pourtant subrogé légalement aux droits de ce vendeur suivant l'article 1156, par. 1 C.c. que si ce dernier s'était également fait consentir par l'acheteur une hypothèque sur le terrain vu que son privilège de fournisseur de matériaux prenant rang, suivant l'article 2009 du C.c., avant le privilège du vendeur, il n'est pas considéré avoir payé un créancier qui lui est préférable. Il n'en demeure pas moins que sa garantie est directement menacée de purge.

De même, l'usage répandu des ventes sous condition suspensive du paiement du prix (v.g. vente à tempérament, en matière mobilière) pose-t-il aux autres créanciers du débiteur de pareils embarras. En effet, le créancier qui paie ce vendeur (le mieux garanti des créanciers) ne peut jamais lui être légalement subrogé, car on lui opposera qu'il n'a pas payé un créancier qui lui était préférable, mais un propriétaire.

En prenant conscience de ces problèmes, on est porté tout d'abord à envisager une réforme afin que le paragraphe premier de l'article 1156 C.c. redevienne dans toute sa plénitude, un instrument de protection du créancier préféré. Pourtant, il faut aussi songer qu'en étendant ce droit de subrogation à ces nouvelles formes de garanties, on expose indûment le débiteur à l'appétit de ses autres créanciers, puisque ce n'est plus leur créance qu'ils protègent, mais le bien de leur débiteur qu'ils convoitent. Dans ces hypothèses, la nécessité de recourir à la subrogation conventionnelle sera peut-être un meilleur

---

68 Cf. *Blouin v. Boulé et Lacombe* (1907) 13 R.J. 172 (C.S.) et *Couture v. Grégoire* (1912) 21 B.R. 488.

gage de protection pour le débiteur, puisque seul le créancier payant à son acquit pourra profiter de la subrogation. C'est un choix politique que nous préférons laisser au législateur!

2. - *Article 1156, par. 2*: La subrogation de l'acquéreur d'un immeuble.

Suivant cet article, il y a subrogation en faveur de l'acquéreur d'un immeuble qui paie un créancier auquel cet immeuble est hypothéqué. Pour en profiter, il suffit par conséquent d'être *acquéreur* (peu importe à quel titre, rappelle Faribault: i.e. acheteur, légataire particulier, donataire, échangiste<sup>69</sup> d'un immeuble (i.e. de tout droit immobilier susceptible d'être hypothéqué, tel un droit de propriété ou même un droit d'usufruit ou de nue propriété, ajoute Faribault<sup>70</sup>). Il faut enfin que l'acquéreur paie *au créancier hypothécaire* de cet immeuble<sup>71</sup>. Quoi qu'il en soit, cette hypothèse qu'a entendu sanctionner le législateur au moyen de ce paragraphe 2, semble n'avoir suscité aucun problème au plan de sa mise en oeuvre. En effet, à notre connaissance, les tribunaux n'ont à peu près jamais été appelés à expliciter le contenu de ce paragraphe.

Rappelons enfin que l'utilisation comme garantie de la clause résolutoire ou de dation en paiement menace tout autant les droits de l'acquéreur d'un immeuble que la garantie hypothécaire. Pourtant si ces clauses devaient garantir les droits d'un créancier non hypothécaire, l'acquéreur ne pourrait être subrogé légalement. Nos remarques présentées à l'occasion de l'article 1156, par. 1 C.c. s'appliqueront donc ici *mutatis mutandis* . . .

3. - *Article 1156, par. 3*: La subrogation de celui qui est tenu à la dette avec d'autres ou pour d'autres.

Au niveau de la subrogation légale, c'est sûrement l'hypothèse prévue par le paragraphe 3 de l'article 1156 qui a retenu le plus fréquemment l'attention de nos tribunaux. Leur rôle consiste alors essentiellement à déterminer si d'après les faits qui leur sont soumis celui qui a payé était tenu à la dette, et s'il y était tenu avec d'autres ou pour d'autres.

a) Sens de l'expression "être tenu à la dette".

Pour être subrogé suivant ce paragraphe, il faut que celui qui paie soit rattaché au créancier à qui est fait le paiement par un lien d'obligation quelconque. Ainsi comme le précise le jugé dans l'affaire *Gingras v. Gingras et Tozer*<sup>72</sup>:

69 Léon FARIBAULT, op. cit., pp. 428 et 429, nos 587 et 590.

70 *Ibid.*, p. 428, no. 587.

71 *Ibid.*, p. 429, no. 588. Notons, malgré ce que déclare Faribault, que cette subrogation étant de droit strict ne pourrait pas valablement se réaliser si le paiement était fait à un créancier privilégié.

72 (1890) 16 Q.L.R. 292 (C.S.)

“Pour que la subrogation soit acquise à l’un des deux débiteurs qui paie la dette commune, il n’est pas nécessaire qu’ils soient tenus de la même manière; il suffit qu’il y ait co-obligation des deux, lors même qu’elle serait personnelle pour l’un et simplement réelle pour l’autre”.

On comprend pourquoi on a refusé sous ce paragraphe de reconnaître la subrogation à un créancier qui paye à l’acquit de son débiteur un autre créancier dans le but de s’assurer que ce dernier n’enchérisse pas lors de la vente en justice des biens de leur débiteur commun<sup>73</sup>.

De même, on refusa de subroger légalement la compagnie d’autobus qui, après avoir été impliquée dans un accident dont elle n’était en rien responsable, décida néanmoins de réparer le véhicule de la tierce victime dans le but de lui rendre service, mais aussi de soigner sa réputation auprès de la clientèle de sa région<sup>74</sup>. Citons dans le même sens, l’affaire *Terminal Warehouses Ltd v. Brain*<sup>75</sup> où la Cour du Banc de la Reine décida que le transporteur n’est pas subrogé légalement aux droits de son client lorsqu’il paie des dommages occasionnés aux biens transportés par un accident causé exclusivement par un tiers. En effet, pour la compagnie, cette perte équivaut à un cas fortuit.

Enfin, la Cour supérieure devait retenir dans l’affaire *La Perfection v. American Clothing Co.*<sup>76</sup> que le souscripteur par complaisance de billets qui paie au porteur le montant des dits billets, alors et après que le véritable débiteur a été mis en faillite, ne peut plus être subrogé légalement dans les droits du porteur puisque lors du paiement celui-ci n’était plus créancier.

Mais pour que la subrogation légale existe en vertu du paragraphe 3 de l’article 1156 du C.c., il ne suffit pas d’être tenu à la dette, il faut y être tenu avec d’autres ou pour d’autres.

b) “Etre tenu avec d’autres ou pour d’autres” - Rôle et sens de cette expression.

i) Rôle:

On conçoit facilement que celui qui paie une dette à laquelle il est seul tenu ne puisse être subrogé. Pourtant dans l’affaire *Libersan Automobile Ltée v. Boisclair Automobile Inc. et al*<sup>77</sup>, on a dû refuser la subrogation légale

73 *Gagnon et al. v. Bédard*, (1911) 39 C.S. 368; confirmé par la Cour du Banc du Roi, cf. (1912) 21 B.R. 172.

74 *Pelletier v. Autobus et Taxi Limitée*, (1954) B.R. 257

75 (1962) B.R. 452.

76 (1930) 68 C.S. 440.

77 (1968) C.S. 309 (312).

contre sa caution, au vendeur d'une automobile volée qui avait indemnisé l'acquéreur en vertu de l'article 21 du Code de la Route, parce que, déclare le juge Legault:

"... l'article 21 n'établit ce recours quant à la caution que pour le propriétaire et non pour le vendeur et il découle également de l'application de cet article que le paragraphe 3 de l'article 1156 du Code civil ne peut conférer à la débitrice par subrogation, la demanderesse, cette qualité de propriétaire pour valoir contre la caution. Ici le recours de la demanderesse ne s'exerce pas contre sa caution 'avec qui elle est tenue'. La demanderesse ne paie pas 'pour d'autres'. L'article 21 du Code de la Route ne crée le recours du propriétaire que contre le vendeur et sa caution."

C'était en quelque sorte rappeler gentiment que même si la caution et le débiteur sont tenus envers un créancier commun, il est bien évident que le débiteur ne peut jamais recouvrer de sa caution ce à quoi il est tenu, quant bien même sa caution se serait engagée solidairement avec lui envers le créancier.

#### ii) Sens de l'expression.

On accepte ordinairement de désigner comme étant tenu *avec d'autres*, le co-débiteur solidaire ou le co-débiteur d'une obligation indivisible qui paie intégralement la dette à son créancier, tandis qu'on considère plutôt comme étant tenue *pour d'autres* des personnes tels la caution, l'endosseur ou même le souscripteur par complaisance d'un billet.

Mais on doit aussi rappeler beaucoup d'autres hypothèses que nos tribunaux ont sanctionnées; une brève énumération nous permettra d'établir l'ampleur de cette notion. Ainsi sont tenus *avec d'autres*: les acquéreurs successifs d'un même immeuble qui s'engagent à payer à l'acquit de leur vendeur le solde du prix de vente encore dû au vendeur originaire ou au créancier hypothécaire de premier rang<sup>78</sup>. De même est subrogé, le preneur par bail emphytéotique qui paie la totalité du canon après avoir concédé la moitié de l'immeuble baillé à un sous-preneur à charge par celui-ci d'en payer la moitié<sup>79</sup>.

On considère également que l'emprunteur est subrogé aux droits du prêteur lorsqu'il paie les dommages causés par un tiers à la chose prêtée<sup>80</sup>. De même, on a reconnu que la partie gagnante d'un procès, qui paie à son procureur les frais distracts en sa faveur par le jugement, est subrogée légalement dans ses droits contre la partie condamnée<sup>81</sup>. On reconnaît aussi qu'il y a

78 *Shorey et al v. Guilbault et al.* (1887) 3 M.L.R. (C.S.) 138 (C.R.).

79 *Gingras v. Gingras et Tozer*, (1890) 16 Q.L.R. 292 (C.S.).

80 *Goyette v. Vézina*, (1944) C.S. 406; *Bolduc v. Robitaille*, (1951) C.S. 199.

81 *MacNider v. Myrand*, (1897) 11 C.S. 232 (C.R.); *Cameron v. Haineault*, (1898) 4 R.L.n.s. 85 (C.S.); *Trudel v. Rhéaume*, (1918) 54 C.S. 292 (C.S.); *Jeannotte et al v. Larivière*, (1922) 28 R.L.n.s. 291 (B.R.); *The T. Eaton Co. Ltd. of Montreal v. Ladouceur* (1959) C.S. 705.

subrogation légale entre les co-mandants pour le paiement des frais dus à leur procureur<sup>82</sup>. Pareillement, on accepte que l'agent d'assurance soit subrogé aux droits de l'assureur qu'il a payé pour recouvrer le montant de la prime d'assurance de l'assuré<sup>83</sup>.

Pour les mêmes motifs, on a enfin reconnu à deux reprises au propriétaire d'un immeuble le droit d'être subrogé légalement aux ouvriers qui poursuivaient leur employeur (constructeur) pour leurs gages. D'ailleurs, déclare le juge Gagnon dans l'affaire *Côté et al v. Légaré et al*:

"Le mis en cause (propriétaire) avait l'alternative ou de délaisser afin de permettre aux demandeurs de réaliser leur créance à même son immeuble, ou de payer la dette qui le grevait, c'est-à-dire la dette personnelle du défendeur et non la sienne. De quelque façon, par ce jugement, il était appelé et tenu de payer cette dette qui n'était pas la sienne ou d'en laisser réaliser le paiement à même son bien, ce qui équivalait."<sup>84</sup>

Cette courte incursion dans le domaine d'application de l'article 1156 par. 3 C.c. suffit à nous faire réaliser qu'il n'apparaît pas nécessaire de modifier le texte de ce paragraphe. En effet, s'il est un domaine de prédilection pour les débats judiciaires, ce paragraphe ne remplit pas moins sa mission: il permet cette analyse essentielle des faits visant à déterminer que le *solvens* a été de plein droit subrogé.

4. - *Article 1156 par. 4 et par. 5*: La subrogation de l'héritier bénéficiaire et du conjoint commun.

Ces deux hypothèses n'ont à notre connaissance pas fait l'objet d'appréciation par les tribunaux. Ce fait tend donc plutôt à démontrer la clarté de ces textes, qu'à en souligner l'inutilité. En effet, il nous paraît indéniable que dans les hypothèses précises visées par ces textes l'héritier bénéficiaire tout autant que le conjoint, méritent d'être subrogés sans demande.

A la lecture du texte du paragraphe 5 de l'article 1156 C.c., on est cependant porté à croire que dans la *Loi concernant les Régimes Matrimoniaux*<sup>85</sup>, il a été omis de procéder à une concordance importante. En effet, alors que la loi a sanctionné le nouveau régime légal de la société d'acquêts, le texte de l'article 1156 paragraphe 5 continue pourtant à ne s'appliquer qu'au régime de la communauté. Or, comme la subrogation légale est une fiction (et donc de droit étroit<sup>86</sup>), il découle que le paiement pour le rachat de la rente ou de la dette due par l'un des époux à même les acquêts, ne peut subroger légalement l'autre époux, jusqu'à due concurrence. Les conjoints mariés sous

82 *Dubé v. Michaud*, (1930) 36 R.L.n.s. 346 (C.S.).

83 *Grenier v. Giroux*, (1951) B.R. 26; *Tanguay v. Lacasse*, (1953) B.R. 780.

84 (1943) C.S. 46 (47); Cf. également: *Lafond et al. v. Runciman*, (1952) C.S. 181.

85 (1969) El. II, ch. 75, aussi connue sous l'appellation ordinaire de Bill 10.

86 Cf. *supra* note (61) et comparer avec l'affaire citée.

le régime légal, se trouvent sous cet aspect, désavantagés par rapport à ceux mariés sous le régime de la communauté de biens.

La faiblesse de ce raisonnement analogique se manifeste au niveau de la distinction même entre les deux régimes. Alors que durant la communauté, les biens communs sont regroupés dans un patrimoine unique et confié à l'administration du mari conformément aux dispositions de l'article 1292 du C.c., durant la société d'acquêts, les acquêts de chacun des époux sont compris dans des patrimoines distincts et soumis à l'administration de chacun des conjoints suivant l'article 1266 o). Il en résulte donc que, si la subrogation légale du paragraphe 5 de l'article 1156 se justifie d'elle-même à la suite du paiement de la dette d'un des époux à même les biens communs, une telle subrogation n'a plus sa raison d'être sous le régime de la société d'acquêts. En effet, si l'un des conjoints entend payer sa dette propre à même ses acquêts, on ne saurait parler de subrogation car, ayant la pleine administration et même la libre disposition de ses acquêts aux termes de 1266 o), il paie en quelque sorte de ses deniers, sa propre dette; ceci rend impossible toute subrogation. Si au contraire, l'époux paie à même ses acquêts la dette ou la rente de son conjoint, il est présumé agir très consciemment et peut toujours, s'il le désire, se faire subroger conventionnellement aux termes de 1155 du C.c. à moins bien sûr de payer dans l'une ou l'autre des hypothèses prévues à l'article 1156, auquel cas il sera légalement subrogé pour cet autre motif!

5. - *Article 1156 par. 6* - Autres cas de subrogation légale.

La subrogation légale pouvant être accordée aussi en vertu de lois particulières (*Loi des accidents de travail*<sup>87</sup>, *Loi d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile*<sup>88</sup>, *Charte de la cité de Montréal*, etc.), nous croyons qu'un texte général de concordance rappelant ce principe serait opportun, au moins en guise d'aide-mémoire. . .

**C. - Les effets de la subrogation: art. 1157 C.c.**

Cet article règle les divers problèmes relatifs aux effets de la subrogation. Il sanctionne entre autres les effets de la subrogation à l'égard du débiteur de la créance subrogée, à l'égard des cautions de ce débiteur et à l'égard du subrogeant en cas de paiement partiel. Quant aux effets de la subrogation à l'égard des tiers, on peut les dégager de la fonction même de la subrogation et indirectement de l'impact de l'article 2127 C.c. en matière d'enregistrement. Nous examinerons donc successivement chacune de ces hypothèses en tenant compte de l'évolution de la jurisprudence à leur égard.

87 (1964) S.R.Q. ch. 159

88 (1964) S.R.Q. ch. 232.

a) *Effets de la subrogation vis-à-vis du débiteur principal.*

La subrogation ayant pour fonction de transférer la créance du créancier payé au tiers *solvens*, avec tous les droits, garanties et accessoires y afférant, il ne fait aucun doute que le débiteur demeure tenu envers le créancier subrogé de la même manière et pour la même durée qu'il ne l'était à l'égard du créancier subrogeant. On l'a déjà souligné, c'est la même créance qui, par le jeu d'une fiction légale, est transférée au tiers qui paie, alors que ce paiement aurait normalement eu pour effet de l'éteindre complètement, libérant du même coup le débiteur. Ce dernier peut donc opposer au subrogé outre ses propres exceptions, les mêmes exceptions qu'il aurait pu soulever à l'encontre du subrogeant et, devons-nous ajouter, il profite des mêmes délais de prescription, puisque c'est la même créance qui se perpétue.

A ce chapitre de la prescription on a pu pourtant observer depuis quelques années une évolution qui peut nous paraître douteuse. En effet, plusieurs jugements déclarent que lorsqu'un débiteur solidaire paie la dette au créancier, il obtient par le fait de ce paiement un droit nouveau, original, qui lui permet de poursuivre ses co-débiteurs conformément à l'article 1118 du C.c. Laissons le juge Rinfret de la Cour du Banc de la Reine exprimer sa perception de ce droit particulier:

"Il est incontestable que le co-débiteur reçoit par le fait de l'article 1156 par. 3 C.c., un droit, un recours, mais ce recours est en marge de celui du créancier originaire; c'est un droit qui lui est propre quoique émanant du droit originaire et qui est né non pas du jugement, puisque celui-ci est dorénavant inexistant, ayant été satisfait; mais bien du paiement effectué par le débiteur.

C'est ainsi que je comprends la fiction légale qui s'attache à la subrogation de l'article 1156, par. 3 C.c.

Comme l'affirme le premier juge, il s'agit d'une 'subrogation à caractère particulier et restreint' et les droits qu'elle procure 'ne découlent pas du même principe légal; ils n'ont pas la même raison d'être' que la créance originaire."<sup>89</sup>

Ainsi perçue, la subrogation dévolue au débiteur solidaire - *solvens* par application de l'article 1156 par. 3, crée un droit subrogatoire différent et particulier. A ce droit exorbitant, correspond un recours autonome qu'on appelle "récursoire". Il trouve son fondement, semble-t-il, dans l'article 1118 C.c., lequel limite le recours en remboursement du débiteur solidaire - *solvens* à la seule part et portion de chacun de ses co-débiteurs "encore qu'il soit spécialement subrogé aux droits du créancier", souligne le texte législatif. C'est en tout cas l'opinion qu'a émise le juge Owen dans cette même affaire *Blumberg et al. v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*:

89 *Blumberg et al v. Wawanesa Mutual Ins. Co.* (1960) B.R. 1165 (1184 et 1185).



"In a case of joint and several liability arising from delict or quasi-delict the share or portion of a debtors is normally determined by a separate action: a warranty action or a recursory action"<sup>90</sup>.

Nous n'entrerons pas dans toute la polémique que peut susciter cette question. Nous voulons simplement rappeler, comme l'a déjà fait le juge Galipeault<sup>91</sup>, que la subrogation n'est pas le seul recours appartenant à celui qui paie la dette d'autrui. Du fait juridique du paiement, découle en faveur du *solvens*, soit une action contractuelle (s'il paie en exécution d'un contrat de prêt ou de mandat), soit une action quasi-contractuelle de gestion d'affaires, (lorsqu'il paie pour autrui mais à son insu). C'est peut-être là que nous devons rechercher la justification de ce recours dit récursoire . . . Remarquons d'ailleurs que ce recours naîtra "non pas du jugement, (. . .) mais bien du paiement effectué par le débiteur"<sup>92</sup>.

Nous persistons donc, malgré cette jurisprudence particulière du récursoire, à considérer que l'action subrogatoire n'est assujettie à aucune prescription autonome, que le subrogé doit se soumettre à la prescription de la créance transférée. C'est ce qu'ont d'ailleurs affirmé les juges de la Cour du Banc du Roi et de la Cour suprême dans les affaires connexes de *Lévesque v. Bergeron*<sup>93</sup> et de *Bergeron v. Lindsay*<sup>94</sup>. Cette position respecte beaucoup mieux il nous semble le rôle assigné par le législateur à la subrogation!<sup>95</sup>

#### b) Effets de la subrogation à l'égard des cautions.

Le texte de l'article 1157 du C.c. ne laisse aucune équivoque lorsqu'il déclare que la subrogation a effet tant en faveur du débiteur principal que des cautions. En réalité, ce texte ne fait que confirmer indirectement cette règle fondamentale qui établit que le créancier subrogé entre dans tous les droits du créancier subrogeant, ce qui lui permet d'exercer les garanties qui avaient été stipulées en sa faveur, pour la protection de sa créance.

Cependant, dans sa grande généralité, ce texte nous porte à oublier l'existence de cette exception que le législateur a accordé à la caution, et en vertu de laquelle celle-ci se trouve libérée lorsque, par le fait du créancier, elle ne peut plus profiter de tous les droits, privilèges et hypothèques de celui-là. On réalise encore une fois à travers cette règle, jusqu'à quel point la subrogation a été conçue par le législateur comme un instrument de recouvrement. En

90 *Ibid.* p. 1192.

91 *Lévesque v. Bergeron* (1939) 66 B.R. 213 (225 et ss.).

92 Cf. *supra*, citation justifiant la note (89).

93 *Loc. cit.*, cf. note (91).

94 (1940) S.C.R. 534.

95 Cf. à ce sujet, Marcel DUBE, *A la recherche d'un fondement juridique à l'action récursoire* (1970) 1 R.D.U.S. 149.

effet, lorsque la caution s'engage au paiement de la dette du débiteur, non seulement a-t-elle droit à la subrogation légale (1156, par. 3 et 1950 C.c.), mais cette subrogation doit lui être pleinement efficace.

La caution peut donc se libérer de son obligation lorsqu'elle ne peut accéder à l'un ou l'autre des droits du créancier par le fait de ce dernier. Ainsi, il fut reconnu que la municipalité qui poursuit la caution de son débiteur peut se faire opposer l'exception de l'article 1959 C.c. lorsqu'il est démontré entre autre, qu'elle avait fait défaut de se faire colloquer lors de la vente en justice de l'immeuble du débiteur<sup>96</sup>. On a également accepté que la caution du locataire en faillite puisse opposer au créancier-locateur l'exception de l'article 1959, lorsque les biens du locataire ont été mis en vente par le syndic sans que le locateur ne conteste le bordereau de dividende pour conserver son privilège. On devait alors rappeler que cette exception doit bénéficier autant à la caution solidaire qu'à la caution simple<sup>97</sup>.

Rappelons également, comme nous le soulignait la Cour d'appel dans une décision toute récente de *La Rivière Inc. v. Canadian Surety Co.*<sup>98</sup> que cet article ne peut être invoqué que si le créancier ne peut subroger la caution à l'encontre du débiteur principal. Voilà pourquoi, la caution d'un sous-entrepreneur en faillite ne peut invoquer à l'encontre d'un fournisseur de matériaux le fait qu'il ait renoncé à son privilège contre l'immeuble du propriétaire, pour refuser de la payer. C'est ce que déclare le juge Rinfret:

"C'est là une fausse interprétation de la loi: les droits, hypothèques et privilèges dont il est question à l'article 1959 C.c. doivent s'entendre des droits, etc., à l'encontre du débiteur principal dans l'espèce *Goldberg Inc.* (le sous-entrepreneur)".<sup>99</sup>

Ce bénéfice accordé à la caution de se déclarer déchargée chaque fois que le créancier a par son fait empêché une subrogation efficace dans ses droits, a été interprété d'une façon assez restrictive en matière de lettres de change. En effet, on a refusé aux endosseurs de billets le droit d'invoquer cette exception puisqu'ils n'étaient pas à proprement parler des cautions.<sup>100</sup> Il convient alors de se demander si, dans la logique de la subrogation, il serait souhaitable d'étendre plus largement, à toute personne qui est tenue à un paiement, ce droit à l'exception d'inefficacité de subrogation. Deux décisions ont déjà adopté cette position l'une profitant d'un artifice législatif, l'autre en se fondant surtout sur l'équité.

96 *Ile Perrot v. Daoust*, (1940) 78 C.S. 101.

97 *Marmen v. Boudreault*, (1955) B.R. 686.

98 (1973) C.A. 150.

99 *Ibid.* p. 152.

100 *Potvin v. Plante et al.*, (1960) C.S. 594.

En effet, dans l'affaire *Commission de salaire minimum v. Langlois*<sup>101</sup>, on a accepté que l'entrepreneur, tenu solidairement responsable avec le sous-traitant des sommes dues par celui-ci en vertu de l'article 26 de la *Loi du salaire minimum*,<sup>102</sup> puisse invoquer l'article 1959 C.c. au motif que, à la suite de la négligence des employés de la Commission du Salaire Minimum de poursuivre en temps utile, l'entrepreneur perdrait, en cas de paiement, son recours contre le sous-traitant. Le juge Miquelon déclarait alors, que même si l'entrepreneur n'est pas une véritable caution de son sous-traitant, étant solidairement tenu avec lui du paiement exigé, on peut en lui appliquant l'article 1120 du Code civil, le considérer vis-à-vis de son co-débiteur comme une caution. L'article 1959 pourra donc s'appliquer dans pareille hypothèse . . .

Dans cette autre affaire de *Morisset Limitée v. Bégin Motors Ltd.*<sup>103</sup>, on a tout simplement reconnu sans trop le justifier, que lorsqu'un billet a été payé par le demandeur et que par la faute du créancier originaire le billet a été remis à son souscripteur, le demandeur est autorisé à en demander le remboursement au créancier originaire, car il ne pouvait être placé par la suite dans tous ses droits, recours et actions que la subrogation lui aurait normalement accordés.

Nous croyons néanmoins qu'il n'y a pas lieu d'étendre trop la portée de cette exception dévolue à la caution (1959 C.c.) de même qu'au tiers-détenteur (2070-2071 C.c.), puisque de toute façon, même si le tiers payeur ne bénéficie pas de subrogation, il peut quand même dans la majorité des cas exercer un autre recours qui lui assure, sinon l'usage des garanties du créancier originaire, au moins un délai de prescription plus long (v.g. 30 ans)<sup>104</sup>.

Nous suggérons néanmoins la revision du texte de l'article 1157, afin qu'il soit tenu compte dans sa formulation de l'existence de cette exception de l'article 1959 C.c. On avancera peut être moins catégoriquement que la subrogation "a effet tant contre les cautions que contre le débiteur principal".

c) *Effets de la subrogation à l'égard des tiers.*

Si le paiement subrogatoire produit ses effets tant à l'encontre du débiteur principal que des cautions, nous dit l'article 1157, il devient pertinent de se demander si les droits de ceux qui sont à l'extérieur du réseau obligationnel subrogeant-subrogé-débiteur peuvent être affectés par l'effet de ce transfert de créance. On peut répondre très facilement à cette question en déclarant que, puisque la subrogation n'affecte en rien les qualités de la créance du subrogeant, les droits des tiers ne seront pas plus affectés qu'ils ne le seraient si c'était le créancier originaire lui-même qui recherchait l'exécution de l'obligation. Ainsi on comprendra facilement que le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué,

101 (1967) C.S. 518.

102 (1964) S.R.Q. ch. 144.

103 (1943) C.S. 195.

104 Cf. supra, texte se rapportant aux notes (91) et (92).

en vue de le libérer de la garantie à laquelle il était affecté, ne puisse invoquer qu'il a acquis cette propriété avant que ne se produise la subrogation<sup>105</sup>. De même on acceptera que la subrogation accordée à une caution lui permette d'invoquer la priorité d'hypothèque qui avait été consentie à son auteur, vu qu'elle exerce en son lieu et place les droits de celui-ci<sup>106</sup>.

Pourtant le créancier qui veut profiter de sa subrogation pourra se voir opposer par les tiers le défaut d'enregistrement des droits réels qui lui ont été cédés. C'est l'article 2127 C.c. qui détermine ceux qui peuvent soulever le défaut d'enregistrement. On a effectivement recours à ce texte pour déclarer que seuls les cessionnaires ou subrogés subséquents peuvent opposer ce défaut d'enregistrement. C'est ce que proclame le juge Cimon dans l'affaire *Bélanger v. Boissonneault et Bélanger*<sup>107</sup>.

"Le défaut d'enregistrement d'une subrogation légale ne peut être invoqué que par un cessionnaire ou le subrogé subséquent qui s'est lui-même conformé à l'article 2127. C'est ce que cet article déclare. Or Bélanger (le demandeur) n'était pas un cessionnaire ou subrogé subséquent; ce défaut d'enregistrement ne lui porte pas préjudice."<sup>108</sup>

Il semble bien, néanmoins, que la portée de cet article soit beaucoup plus large. L'enregistrement étant une mesure de publicité des droits réels à l'égard des tiers, il convient plutôt de déclarer que le subrogé qui n'a pas enregistré son droit, comme l'impose l'article 2127 C.c., se trouve dans l'impossibilité de profiter des garanties attachées à cette créance, du moins à l'encontre de tout tiers dont les droits sont enregistrés. Comme le déclare le juge Auclair, citant Mignault, dans l'affaire *Capitol Iron Work Inc. v. East End Development Inc. et al.*<sup>109</sup>:

"Le principe de l'article 2127 est le même que celui de l'article 2098. En matière de droit réel, la règle fondamentale est que telle aliénation de ses droits n'existe à l'égard des tiers que par l'enregistrement du titre de l'acquéreur. Donc, lorsque le droit réel est une créance privilégiée et hypothécaire, toute cession de ce droit est, à l'égard des tiers dont les droits sont enregistrés, soumise à la formalité d'enregistrement."<sup>110</sup>

De même, comment un créancier subrogé légalement peut-il prétendre exercer à l'encontre de tout tiers intéressé des droits réels appartenant au créancier subrogeant, sans les enregistrer?<sup>111</sup> Il faut en effet se rappeler que

105 *Chapdelaine v. Chevalier*, (1880) 10 R.L. 687 (C.C.).

106 *Thériault v. Gaudreault et Brisson*, (1924) 36 B.R. 91.

107 (1902) 22 C.S. 53.

108 *Ibid.*

109 (1973) C.S. 270.

110 *Ibid.*, p. 274.

111 *Pouliot et Gagnon v. Ferland et Pouliot* (1928) 66 C.S. 182.

jusqu'à mention contraire, la dette payée est censée éteinte et le droit réel radiable conformément à l'article 2149 du C.c.

La subrogation conventionnelle ou légale aux droits réels du subrogeant, exige donc l'enregistrement pour avoir effet à l'égard des tiers et on doit alors procéder conformément au texte de l'article 2127 C.c. A ce propos, il faut cependant rappeler que cet article 2127 crée une confusion que nous croyons injustifiée. Le quatrième alinéa exige en effet non seulement l'enregistrement de la subrogation, mais également sa signification au débiteur, tout comme en matière de cession de créance. Cette formalité va, à notre point de vue, directement à l'encontre des règles déjà consacrées par la distinction entre la subrogation et la cession de créance et contribue, particulièrement au niveau de la subrogation conventionnelle, à perpétuer cette confusion que nous avons déjà amplement critiquée. Afin de soustraire la subrogation à cette formalité, nous suggérons donc une modification au texte de cet alinéa de l'article 2127 dans le but d'enlever les mots: "et signifiée". . .

d) *Effets de la subrogation en cas de paiement partiel.*

La deuxième partie de l'article 1157 C.c., nous l'avons déjà établi plus haut<sup>112</sup>, crée une autre distinction entre la subrogation et la cession de créance. En effet, le créancier subrogeant est toujours préféré au subrogé lorsque celui-ci n'a que partiellement payé la créance sauf, nous dit l'article 1986, 2e alinéa, lorsqu'un créancier privilégié a fourni au subrogé une garantie de fournir et faire valoir. C'est l'application de l'adage "*nemo censetur subrogare contra se*".

Il découle de cette règle que le créancier subrogeant peut exercer, même à l'encontre et au préjudice des droits du créancier subrogé, la clause résolutoire contenue dans son contrat de vente<sup>113</sup>. On a même reconnu qu'un créancier subrogeant à qui est offert un paiement partiel, puisse s'opposer à la réception de ce paiement lorsqu'il le considère préjudiciable à ses propres droits<sup>114</sup>. C'est dire jusqu'à quel point ce principe paraît consacré dans notre droit et dans les circonstances, nous ne voyons pas l'intérêt de l'analyser plus particulièrement.

La subrogation en cas de paiement partiel pose donc le principe très net et peu discutable de la préférence du créancier subrogeant. Au plan des modifications, nous suggérons simplement de bien établir la concordance entre 1157, 1986 et 2052 du C.c. Le nouveau texte devra donc être formulé de façon à établir que le créancier subrogeant est préféré à celui qui le paie, à moins qu'il ne lui ait accordé une garantie de fournir et faire valoir.

112 Cf. supra texte se rapportant aux notes 7 à 9.

113 *Banque Provinciale v. Bellehumeur et Thibault*, (1914) 20 R.L.n.s. 464.

114 *Leduc v. Brossoit*, (1931) 69 C.S. 484; cf. également, *Eastern Furniture Co. Ltd. v. Lemieux*, (1930) 49 B.R. 549 de même que l'article 1149 C.c.

## CONCLUSION

Voilà donc parcourus les principaux problèmes relatifs à la subrogation ayant été portés à l'attention de nos tribunaux québécois depuis 1866. Il est facile de la constater, ils tirent leur origine pour la plupart d'une méconnaissance chronique de la nature, du rôle et de la portée de cette opération juridique. Nous tenons donc encore une fois à souligner l'obligation qui s'impose au législateur de définir ou à tout le moins de décrire ce concept de subrogation, ce qui permettra aux juristes de mieux circonscrire le champ d'application de cette notion.

Nous voulons rappeler également la trop grande dispersion des dispositions qui régissent la subrogation. Nous désirons en somme souligner qu'il conviendrait dans cette refonte de favoriser la meilleure intégration possible de la législation concernant le domaine de la subrogation, afin que soit présentées tout à la fois l'étendue et les limites de cette opération juridique rattachée au paiement...