

Du jus offerendae
pecuniae appartenant
aux créanciers.
Comparer ce bénéfice
au "beneficium
calendarum actionum"
et à la [...]

Demogue, René (1872-1938). Du jus offerendae pecuniae appartenant aux créanciers. Comparer ce bénéfice au "beneficium calendarum actionum" et à la subrogation légale admise par l'article 1251-1° du Code civil. 1901.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.

*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer [ici](#) pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.

*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

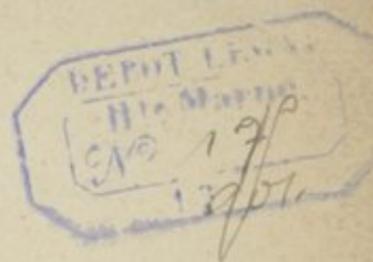
4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

AGRÉGATION DES FACULTÉS DE DROIT
SECTION DE DROIT PRIVÉ ET DE DROIT CRIMINEL



CONCOURS DE 1901



COMPOSITION

DE

DROIT ROMAIN

Faite en 7 heures, le 2 Octobre 1901

PAR

René DEMOGUE

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS (*1^{er} prix de droit romain.*
1^{re} et 2^e mentions de droit civil. — 4^e mention de droit commercial.
1^{re} médaille d'or au concours de doctorat)

ET DE L'ACADÉMIE DE LÉGISLATION DE TOULOUSE
(*Prix du Ministre de l'Instruction publique*)

CHARGÉ DE CONFÉRENCES A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS (ANNÉES 1898 à 1901)

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1901

no F-22 (343)

DU JUS OFFERENDAE PECUNIAE APPARTENANT AUX
CRÉANCIERS. COMPARER CE BÉNÉFICE AU BENEFI-
CIUM CEDENDARUM ACTIONUM ET A LA SUBROGA-
TION LÉGALE ADMISE PAR L'ARTICLE 1251-1° DU
CODE CIVIL.

Le droit romain et à sa suite le droit français ont admis ce principe fort important que les créanciers ont en règle générale un droit égal sur le patrimoine de leur débiteur. Si celui-ci ne peut les payer, les créanciers obtiendront un même dividende. Ce principe dont la mise en application fut différente suivant les époques conduit pratiquement à un résultat très important. Chacun des créanciers est également intéressé à ce que les biens du débiteur soient réalisés à un instant opportun. Si la vente se faisait à un moment de crise économique, lorsque les capitaux se cachent, le créancier qui poursuit la vente en serait lésé tout autant que les autres. Il y a donc à présumer lorsque l'aliénation du patrimoine s'effectue à la requête d'un créancier quelconque que les autres n'auront pas à se plaindre de l'époque choisie, le créancier poursuivant ayant autant de raisons qu'eux de n'agir qu'à une époque favorable.

Il en va autrement dans les cas exceptionnels, mais en fait très fréquents, où un créancier doit être payé avant les autres. En effet il pourra vendre dès qu'il espérera tirer du patrimoine une somme supérieure à ce qui lui est dû, et cela alors même que les conditions du moment seraient défavorables et que les autres créanciers souffriraient de cette réalisation hâtive. Un immeuble valait bien 200 et il était hypothéqué pour [deux dettes de] (1) 100 à

(1) Les mots entre [] sont ceux ajoutés pour plus de clarté.

deux créanciers différents. Le premier réalise dans un moment de crise et vend pour 120 alors que, s'il avait attendu une époque plus prospère, il aurait pu vendre 200 et assurer le paiement intégral du second créancier.

Alors un problème délicat se présente, et il est commun à toutes les législations. Comment empêcher les créanciers postérieurs en rang d'être ainsi lésés par le premier ? Cette difficulté, le droit romain en créant le *jus offerendae pecuniae* et le Code civil français (art. 1251-1^o) l'ont résolue en permettant au créancier postérieur en rang, sous des différences importantes que nous aurons à relever, de rembourser l'un quelconque de ceux qui le précèdent et d'exercer contre le débiteur un recours dans des conditions particulièrement favorables.

Et cela était nécessaire. Le créancier qui paie de ses deniers un autre qui est premier créancier hypothécaire se trouve, en même temps qu'il reste titulaire de sa créance primitive, avoir entre les mains une autre créance, avoir une action en recours à exercer contre le débiteur qu'il a libéré. Si cette créance n'eût été pour lui qu'une simple créance chirographaire il est possible qu'il n'en eût que difficilement obtenu le recouvrement et il eût hésité pour sauver sa créance primitive à exposer une nouvelle somme d'argent. Il fallait donc rendre ce recours plus facile. Déjà dans une matière voisine [principalement] pour les sûretés personnelles on s'était trouvé en présence d'une situation ayant quelque analogie avec la nôtre : lorsque la caution a payé la dette qui pesait sur le débiteur principal, elle avait (sauf les cas exceptionnels que je néglige de cautionnement *animo donandi* ou contre le gré du débiteur) un recours, et là aussi on s'était demandé si cette créance ne devait pas être fortifiée au moyen de sûretés accessoires ou autrement. Là aussi le droit romain avait fait preuve de bienveillance pour celui ayant fait une avance pour autrui : il

avait accordé le *beneficium cedendarum actionum*. La faveur fut-elle cependant identique à celle accordée au créancier hypothécaire qui use du *jus offerendae pecuniae*? Non, le droit romain fit ici une sage distinction suivant les situations. Il tint compte de ce fait : c'est que le créancier qui use du *jus offerendae pecuniae* n'a fait en somme qu'agir dans son intérêt, il n'a recherché que son avantage personnel, au contraire la caution qui paie pour le débiteur principal ne fait que s'acquitter d'une obligation qu'elle a contractée, mais si elle s'est obligée, c'est en vue de rendre un service au débiteur, elle mérite donc d'être protégée davantage dans l'action en recours qu'elle exerce. Cela a conduit à cette conséquence ; c'est que le recours en cas de *jus offerendae pecuniae* n'est amélioré que par le rang préférable accordé au créancier, tandis qu'au contraire la caution qui poursuit le recouvrement de ses avances profite de tous les avantages attribués au débiteur principal : hypothèques, privilèges, recours contre d'autres cautions, actions *quae crescunt in duplum ob infitiationem*. Cette distinction a d'ailleurs été, nous le verrons, abandonnée par le droit français. Par contre nous aurons à constater que le bénéfice de cession d'actions ne fut conféré [à Rome] à la caution qu'autant que celle-ci le réclamait.

Nous allons avoir à revenir plus amplement sur ces différents points en examinant comment il fut possible d'accorder au créancier le *jus offerendae pecuniae*, dans quelles conditions ce droit est reconnu, quels sont enfin les effets produits en faveur de celui qui use de cette prérogative et en comparant sur chacun de ces points avec les décisions du droit romain pour le *beneficium cedendarum actionum* et celles du droit français d'après l'article 1251-1° du Code civil.

Comment tout d'abord fut-il possible d'accorder au créancier postérieur en rang le *jus offerendae pecuniae*, droit d'autant plus

nécessaire à Rome que les créanciers hypothécaires subséquents avaient seulement des droits restreints et ne pouvaient vendre l'immeuble sans exposer l'acheteur à être évincé par le créancier hypothécaire premier en rang ? Le premier créancier ne pouvait sans doute se refuser à recevoir le paiement de l'un de ceux qui le suivaient : une personne quelconque ayant le droit de payer la dette pour le débiteur. Mais il ne pouvait être obligé à assurer un recours plus favorable que le recours de droit commun à celui qui lui offrait le paiement. Il pouvait dire en effet : je n'ai pas traité avec les créanciers hypothécaires postérieurs, je ne les connais pas, je ne suis obligé à rien envers eux. Ce fut donc par un bénéfice directement concédé au *solvens* qu'on lui assura une situation moins précaire. Et c'est encore ainsi, notons-le, que l'article 1251-1^o a agi. Pas plus dans le droit français qu'à Rome, le créancier hypothécaire n'est obligé envers ceux qui le suivent à leur transférer le bénéfice de ses actions. Il a fallu que la loi établît directement en leur faveur le droit de profiter des avantages attachés à la créance.

Il en fut autrement pour le bénéfice de cession d'actions. Ici le droit romain s'est servi pour résoudre la même difficulté d'un moyen plus archaïque et où se révèlent une fois de plus les habitudes ingénieuses du prêteur pour faire progresser le droit. Le créancier demandant son paiement au fidéjusseur n'était obligé à rien envers celui-ci et il pouvait légalement se refuser en recevant le paiement à transférer les sûretés dont il n'aurait plus à se servir. Mais ici pour créer cette obligation le prêteur fut fidèle à la loi de l'économie des moyens dont Ihering a montré toute l'importance à Rome : il permit à la caution poursuivie en paiement d'opposer l'exception de dol si le créancier se refusait à lui transférer ses actions. Il considéra qu'il y avait dol pour le créancier à vouloir sans raison garder pour lui des actions dont il n'avait plus à se servir et qui pouvaient être utiles à la caution.

Cette extension de [la notion de] dol ne fut pas nécessaire pour les cautionnements réalisés sous forme de *mandatum pecuniae credendae* ou de *constitut*. Dans le premier cas le créancier qui avait reçu mandat de prêter était tenu envers la caution de tout ce que la bonne foi exigeait, ce qui pouvait comprendre la cession des actions devenues inutiles. Dans le *constitut*, on pouvait voir dans cette obligation une des clauses tacites du pacte.

Dans tous ces cas toutefois une difficulté subsistait. Comment parler de transfert d'actions alors que le paiement a pour résultat d'éteindre ces actions. Cette difficulté fut encore résolue de façon ingénieuse sans innovation apparente dans le droit. On dit, et l'on feignit de croire qu'il y avait ici non pas un paiement mais une vente des actions. On considérait que c'était une vente de créance faite pour le montant nominal de la créance. Mais on se garda bien de pousser cette idée jusqu'au bout et on l'abandonna notamment en ce qui concerne la règle d'Anastase sur le droit des acheteurs de créances. Ainsi donc, si on est arrivé à accorder à certaine personne payant la dette d'autrui une situation de faveur, cela a été par deux procédés différents : l'un plus moderne la volonté directe de la loi ; l'autre plus archaïque et qui dénonce un temps où le droit pauvre encore cherchait à se développer sur ses propres ressources, ce qui suffit d'ailleurs pour affirmer l'antériorité de son apparition.

Dans quelles conditions ce *jus offerendae pecuniae* fut-il accordé ? En fait le *jus offerendae pecuniae* peut se présenter en dehors de toute poursuite. Le second ou le troisième créancier hypothécaire redoute que le premier créancier, l'obligation étant arrivée à son terme, n'exerce son action quasi-servienne. Il lui offre le paiement. Mais l'hypothèse peut être différente. Il se peut que le deuxième créancier s'étant déjà fait mettre en possession et voulant vendre se débarrasse par notre moyen de celui qui le précède et



qui exerce contre lui son action quasi-servienne. Il en sera de même en matière de bénéfice de cession d'actions. La caution peut sur une poursuite dirigée contre elle opposer le bénéfice de cession d'actions. Ou au contraire, croyant le moment favorable pour recourir contre le débiteur, elle paie d'elle-même le créancier et lui demande en même temps de lui faire cession. Toutefois une différence de procédure reste à relever : si la caution paie sur poursuite dirigée contre elle, ce sera en faisant insérer dans la formule une exception (exception sous-entendue au cas de *mandatum pecuniae credendae*) qu'elle contraindra le créancier à la cession. Si le créancier refuse sans raison la cession, le fidéjusseur sera absous. Au contraire, dans le *jus offerendae pecuniae* les textes ne nous révèlent pas par quel mécanisme de procédure le second créancier hypothécaire ferait valoir son droit, si, étant mis en possession il était poursuivi par le premier créancier, ce qui prouve que ce cas devait être assez rare en pratique. Mais on doit croire qu'il fallait ici des offres réelles. C'est ce que semble indiquer au Code la const. 1, livre. 8, titre 18 (19) *qui potiores*.

A quelles personnes ce bénéfice du *jus offerendae pecuniae* est-il attribué ? Si l'on se réfère aux motifs qui ont donné jour à cette institution, on pourrait dire assez logiquement : tout créancier hypothécaire ou chirographaire a intérêt à ce que le premier créancier ne vende pas à contre-temps. Il est donc juste que tout créancier, même chirographaire puisse exercer le *jus offerendae pecuniae* pour se faire payer entièrement si c'est possible. Néanmoins, ce n'est pas là la solution romaine, les textes ne prévoient que la subrogation accordée au profit d'un créancier hypothécaire. Si nous voyons au contraire le droit français, les termes de l'article 1251-1° sont plus larges, il accorde la subrogation de plein droit au profit de « celui qui étant lui-même créancier paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou

hypothèques ». On peut donc penser, et cette solution nous paraît plus équitable, que le créancier même chirographaire peut bénéficier de la subrogation légale. Au contraire le bénéfice de cession d'actions n'est accordé à Rome qu'à la caution et non pas à un tiers quelconque. Un tiers qui paie en l'acquit du débiteur ne peut forcer le créancier à le subroger. Cela est conforme aux idées générales que nous avons esquissées. La caution mérite intérêt, car elle a rendu service au débitant en lui permettant d'emprunter. Au contraire le tiers qui paie à l'heure actuelle ne rend pas forcément service au débiteur ; il veut peut-être simplement se ménager un droit de poursuite contre lui. S'il veut réellement rendre service au débiteur, il pourra obtenir le simple bénéfice de la *successio in locum* s'il fournit les deniers à la condition expresse qu'il aura une hypothèque, et au même rang que la créance ancienne (V. Code, livre 8, titre 18 (19), loi 1^{re}). Le droit moderne plus indulgent lui donne la subrogation conventionnelle (art. 1250 C. civ.).

Le *jus offerendae pecuniae*, s'il n'était accordé comme le bénéfice de cession d'actions qu'à certaines personnes, était par contre accordé quel que fût le débiteur. Mais les conditions auxquelles on l'attribuait méritent quelque attention. Le *jus offerendae pecuniae* une fois exercé, de plein droit le créancier qui en avait usé jouissait d'une situation de faveur. Et il en était encore de même si, le créancier refusant le paiement, des offres réelles lui avait été faites (V. Code, livre 8, titre 18 (19), const. 1^{re}). Et la même situation se présente encore en droit français avec l'article 1251-1^o C. civ., ainsi que cela résulte du texte même.

Au contraire pour le *beneficium cedendarum actionum*, on était en présence d'un bénéfice que la pratique s'était efforcé de construire avec les moyens existants. Il en résulte que ce bénéfice ne se produisait pas de plein droit : il fallait le demander au créan-

cier au moment du paiement, faute de quoi celui-ci produisait son effet extinctif. En effet on était au fond en présence d'un paiement et les Romains abandonnaient ici l'idée momentanément admise d'une vente de la créance pour son montant nominal. Par conséquent les tiers pouvaient légitimement penser que les sûretés étaient éteintes, les cautions libérées. Toutefois les jurisconsultes ne paraissent pas s'être montrés très rigoureux et ils n'ont pas exigé que la tradition des deniers fût auparavant qualifiée cession (1), il suffit d'une déclaration contemporaine de l'acte.

Encore ce bénéfice ne pouvait-il être toujours réclamé, car le créancier pouvait avoir ses raisons de refuser la cession : si par exemple il n'était pas intégralement payé par la caution. Celle-ci par exemple usant du bénéfice de division, il avait intérêt à garder ses sûretés pour le surplus de la créance. Et alors la valeur de l'exception donnait lieu à un débat devant le juge. Au contraire, rien de semblable pour le *jus offerendae pecuniae* dont les effets se produisent de plein droit.

Ce sont ces effets qu'il nous faut maintenant rapidement étudier. Nous avons dit que le *jus offerendae pecuniae* ne produisait qu'un effet : il donne à un créancier un rang meilleur que celui dont il était antérieurement pourvu. Cette théorie n'est pas affirmée de façon absolue par les textes, mais c'est néanmoins celle qui a cours à l'heure actuelle. C'est qu'en effet le créancier qui a usé du *jus offerendae pecuniae* bénéficie de ce qu'on appelle une *successio in locum creditoris*. Or cette *successio in locum* se produit encore dans trois autres cas : lorsqu'un tiers fournit les sommes pour rembourser un créancier hypothécaire et réclame le bénéfice de l'hypothèque de celui-ci, lorsqu'un acheteur d'immeuble emploie son prix à désintéresser les créanciers hypothécaires [lorsqu'au cas de novation le nouveau créancier stipule une hypo-

(1) Le manuscrit par suite d'un lapsus porte paiement.

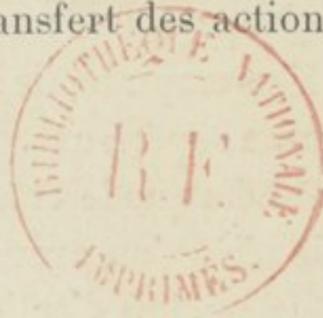
thèque et réclame le même rang que l'ancien créancier]. Or que voyons-nous dans le premier cas? Une *successio in locum* qui n'est reconnue qu'au profit d'un créancier qui a déjà formellement obtenu du débiteur une constitution d'hypothèque. Il gagne donc simplement un rang meilleur. Il faut considérer qu'ici il en est de même. Le créancier n'était que le second ou le troisième, il sera considéré grâce à ce bénéfice comme ayant rang de premier et les créanciers hypothécaires postérieurs qui n'ont pas usé du *jus offerendae pecuniae* ne pourront se plaindre : leur situation ne sera en rien empirée, ils ne seront pas primés par le premier pour une somme supérieure.

Tandis que le créancier hypothécaire qui paie celui qui le précède n'a qu'un avantage limité au contraire la caution à qui l'on a fait la cession d'action profite de tous les avantages dont pouvait profiter le créancier. Si celui-ci avait des hypothèques, elle en bénéficiera. S'il y avait d'autres cautions qu'il pouvait poursuivre, la caution pourra, ayant payé le tout, exercer un recours contre elles. Toutefois, ce recours n'est que limité : la caution ne pourra recourir contre les coobligés non seulement que sous déduction de sa part dans la dette, mais même, pensons-nous, qu'en opérant elle-même la division entre les cautions solvables. Si la dette est de 300, la caution qui a payé ne pourra demander que 100 à chacun. Mais cette situation n'est en somme que celle faite au créancier. De même elle pourra encore comme lui profiter de tout ce qui rendait sa situation plus avantageuse. Et ce que nous disons ici en droit romain concernant la cession d'actions, nous devons le dire aujourd'hui en droit français pour le créancier qui paie le créancier hypothécaire précédent et pour la caution.

Tous deux bénéficient d'une subrogation légale qui les fait profiter de tous les accessoires de la créance. On a donc négligé de conserver la distinction judiciaire du droit romain entre celui qui

n'agit que dans son intérêt et celui qui a rendu service à autrui.

Il nous reste à signaler que ces effets du *jus offerendae pecuniae* et de la cession d'actions se réalisent différemment. Tandis que c'est de plein droit que le *jus offerendae pecuniae* produit ses effets, le bénéfice de cession d'actions, qui, nous l'avons vu, doit être demandé, ne produit pas ses effets sans formalité : il faut encore que la caution use des procédés créés par le droit romain pour réaliser la cession d'actions. A partir d'une certaine époque, elle aura donc à dénoncer au débiteur principal le transfert des actions à son profit.



TEMPUS DEFUIT.