

IUS COMMUNE

Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

XXIII

Herausgegeben von DIETER SIMON
und MICHAEL STOLLEIS

JUST
LIT



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main
1996

Le privilège du vendeur à crédit impayé en droit écrit et coutumier

Suivant fidèlement le droit romain sur ce point,¹ l'ensemble des pays de droit coutumier et écrit considère que le transfert de propriété de la chose à l'acheteur est immédiat quand le vendeur lui en a fait tradition à titre non précaire en « suivant sa foi », *fidem emptoris sequens*, c'est à dire en acceptant de ne pas être payé immédiatement mais à terme, lui faisant crédit sur sa parole, une remise de gage, ou l'engagement d'une caution personnelle.² Pour venir en aide au vendeur à terme impayé, les pays de droit écrit et coutumier lui offrent un privilège pour le prix de la *res abita in creditum*, le faisant préférer sur sa vente forcée aux autres créanciers de l'acheteur.

¹ Inst., 2, 1 par. 41; C. J. 3, 32, 12; C. J. 4, 54, 3; D. 7, 1, 25 par. 1; D. 7, 1, 12 par. 5 in fine; D. 13, 7, 9 par. 3; D. 13, 7, 24 pr.; D. 14, 4, 5 par. 18; D. 18, 1, 19; 53; D. 19, 1, 11 par. 2; D. 20, 1, 16 par. 9; D. 40, 12, 38 par. 2; D. 44, 4, 4 par. 32; D. 6, 1, 72; D. 21, 3, 2; VARRON, *De re rustica*, 2, 1, 15; P. PLACENTIN (mort en 1192), *In summam Institutionum Justiniani*, Lyon 1536, liv. 2, tit. 1, par. 41, p. 46; F. ACCURSE (1182–1263) in *Digestum vetus... commentariis Accursii*, tom. 1, Lyon 1584, glose *Quod vendidi* sous le D. 18, 1, 19, p. 1732; R. J. POTHIER (1699–1772), *Pandectae Justinianae in novum ordinum Digestae*, tom. 3, Paris 1819, lib. 41, tit. 1, art. 2, par. 5, n° 60, p. 700.

² CH. DUMOULIN (1500–1566), *Opera quae extant omnia*, Paris 1658, tom. 1, *Commentarii in priores tres titulos consuetudinis Parisiensis*, tit. 1 de feudis, glose 2 in verbo « aliéné à prix d'argent », n° 17, p. 861; tom. 2, *Tractatus contractuum et usurarum redditumque pecunia constitutorum*, quest. 64, n° 1, p. 326; S. D'OLIVE DU MESNIL (mort vers 1660), *Questions notables du droit décidées par divers arrêts de la Cour de Parlement de Toulouse*, Toulouse 1655, liv. 4, ch. 10, p. 349; C. DE FERRIÈRE (1639–1715), *La jurisprudence du Digeste*, tom. 1, Paris 1677, comment. du D. 18, 1, p. 381; *Nouveau commentaire sur la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, tom. 1, Lyon 1779, tit. 8, art. 177, p. 385; *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris*, tom. 2, Paris 1685, tit. 8, art. 177, n° 4, p. 267; G. ARGOU (1640–1703), *Institution au droit français*, tom. 2, Paris 1753, liv. 3, ch. 23 « du contrat de vente », p. 241; M. AUROUX DES POMMIERS (1670–1742), *Coutumes générales et locales du pays et duché de Bourbonnois avec le commentaire*, tom. 1, Paris 1732, art. 116, n° 12, p. 173; R. J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, Paris 1806, n° 322–323, p. 193; *Traité du droit de propriété*, Paris 1781, n° 239–242, p. 432–434.

Titre 1

L'adoption par le droit français du privilège
du vendeur à terme impayé

Selon une première école remontant au post-glossateur *Baldus de Ubaldis de Perusio* (1320–1400),³ et à son frère *Angelus de Ubaldis de Perusio* (1328–1407),⁴ ayant influencé d'aussi bons juristes que *J. Domat* (1625–1696),⁵ *R. Choppin*,⁶ ou *J. Bouguier*,⁷ certains extraits du *Corpus Juris Civilis*⁸ donneraient au vendeur impayé ayant transféré la possession et la propriété du bien à l'acquéreur en suivant sa foi une sûreté légale sur la chose pour le recouvrement du prix, « tamquam... singulariter obligati pro pretio », selon les termes de Balde.

Cette garantie tacite aurait été reprise par la pratique qui dans un premier temps obligeait le débiteur du prix à accorder conventionnellement au vendeur par *Verpfändungsklausel* un droit de gage spécial,

³ BALDUS DE UBALDIS DE PERUSIO, *Lectura super secunda parte Digesti veteris*, Venise 1606, comment. du D. 19, 1, 13 par. 8; *Lectura super quarto et quinto libro Codicis*..., Lyon 1526, comment. du C. J. 4, 38, 8 et du C. J. 5, 12, 30; *Lectura super septimo... libro Codicis*, comment. du C. J. 7, 72, 6; cité par J. BERAULT (1563–1633), J. GODEFROY et J. D'AVIRON, *Commentaires sur la coutume de Normandie*, tom. 2, Rouen 1776, art. 593, p. 678; par G. SCHIEMANN, *Über die Funktion des pactum reservati dominii während der Rezeptionen des römischen Rechts in Italien und Mitteleuropa*, dans: ZRG RA 93 (1976), p. 195, 197; et par R. FEENSTRA, *Eigentumsvorbehalt und die Regel von Inst. 2, 1, 41 über das Verhältnis von Kaufpreiszahlung und Eigentumsübertragung*, dans: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 58 (1990), p. 138, 139. Cette thèse fut reprise par C. A. MERLIN (1754–1838), *Répertoire de jurisprudence*, tom. 10, mots « privilège de créance », p. 42; et par J. GRENIER (1753–1841), *Traité des hypothèques*, tom. 2, Clermont-Ferrand 1824, n° 383.

⁴ ANGELUS DE UBALDIS DE PERUSIO, *Lectura super quarto et quinto libris Codicis*, Lyon 1518, comment. du C. J. 5, 12, 30; cité par R. CHOPPIN (1557–1606), *De civilibus Parisiorum moribus ac institutis*, Paris 1624, liv. 3, tit. 2, n. 8, p. 447.

⁵ J. DOMAT, *Les lois civiles*, Paris 1745, liv. 3, tit. 1, sect. 5, n° 30 et 31, p. 212.

⁶ R. CHOPPIN (n. 4).

⁷ J. BOUGIER, *Arrests de la Cour décisifs de diverses questions tant de droit que de coutume, prononcez en robes rouges*, Paris 1629, lett. H, « hypothèque », n° 12, p. 192: « Car encore que par la tradition il se puisse dire qu'il a transféré tout droit de propriété à l'acheteur, toutefois videtur sub hac conditione translatur dominium, si pretium solveretur, argumentio legis 1 par. finali, cum sequente ff de rebus eorum qui sub tutela (D. 27, 9, 1 par. 4; et 2). Et ab initio in ipsa translatione dominii inhaesit haec conditio sine hypotheca... Aussi après la tradition il a la même hypothèque pour la conservation du prix qui lui est dû, et est préféré à tous autres créanciers ». La formule du D. 27, 9, 2, ab initio obligatio inhaesit, plaide contra domum puisqu'elle ne considère comme condition de la vente que le gage stipulé, niant tout gage tacite.

⁸ Les D. 19, 1, 13 par. 8; D. 18, 4, 22; D. 21, 1, 31 par. 8; D. 27, 9, 1 par. 4 et 2; C. J. 4, 49, 8. Tous traitent de droit de rétention, avant délivrance, du vendeur impayé.

Verkäuferpfandrecht, sur la chose achetée et impayée, *obligatio rei, pignus rei*. L'acheteur engageait réellement le bien vendu dont il recevait possession.⁹ Cette stipulation de gage sans dépossession, d'hypothèque mobilière ou immobilière selon l'expression romaine, permettait au vendeur de retirer le bien gagé de la saisie des avoirs de l'acheteur par les autres créanciers, et de le faire vendre séparément à son seul bénéfice. En matière immobilière l'hypothèque conventionnelle protégeait encore mieux le vendeur impayé puisqu'elle lui donnait droit de suite contre les tiers acquéreurs même de bonne foi. Ce droit de gage fut ensuite sous-entendu dans toute vente sans paiement comptant.

Les jurisconsultes romains désigneraient comme *quasi pignus* ce gage qui est sans dépossession quand on le considère du point de vue du débiteur gagiste, ou selon la formule allemande, ce gage sans possession, *besitzloses Pfandrecht*, considéré du point de vue du créancier gagiste. La formule *quasi* s'expliquerait parce que ce *pignus* fait exception au *Faustpfandrechtsprinzip*, refusant toute garantie réelle au créancier gagiste dépossédé. Le droit de rétention fictif inhérent à ce gage s'exercerait sous forme de *jus praelationis*, droit de préférence sur le prix du bien vendu encore en nature entre les mains de l'acheteur, « *si merces extant* », selon l'expression baldienne, opposable aux autres créanciers saisissants de la chose, sur sa vente forcée et séparée, *Absonderungsrecht*. Sans suivre B. Saliceto (mort en 1412),¹⁰ taxant Balde d'erreur sur ce point, on peut croire celui-ci trop bon connaisseur du Digeste pour avoir cru sincèrement que les lois romaines offraient cet avantage au vendeur impayé.¹¹ Il s'agirait plutôt d'une opinion

⁹ D. 14, 4, 5 par. 17; R. FEENSTRA (n. 3), p. 138; G. SCHIEMANN (n. 3), p. 178, 188, avec des exemples tirés de la pratique notariale des XII^e et XIII^e siècles. La pratique provençale a utilisé cette sûreté réelle dès le début du XII^e siècle, voir M.-L. CARLIN, La pénétration du droit romain dans les actes de la pratique provençale du XI^e au XIII^e siècle, Paris 1967, p. 114, 198. Le Stadtrecht de Lübeck au XVe siècle autorise par constitut possessoire l'acquéreur à se reconnaître débiteur gagiste du vendeur à crédit et à prendre de lui en location le bien acheté, validant ainsi la locatio rei suae, voir C. W. PAULI, Die sogenannten Wieboldsrenten oder Rentenkäufe des lübischen Rechts, Lübeck 1865, p. 134; E. SANDMANN, Zur Geschichte des Eigentumsvorbehalts in Deutschland, Marburg 1972, p. 22, n. 101.

¹⁰ B. SALICETO, Quarta pars super Codice, in septimum, octavum et nonum Codicis libros, ad C. J. 7, 72, 6, Lyon 1549.

¹¹ Selon BARTOLO DE SASSOFERRATO (1314–1357), Commentaria in primam et secundam Digesti veteris partem, Lyon 1538, comment. du D. 14, 4, 5 par. 17, seul le vendeur romain protégé propter specialem hypothecam, par une clause expresse, jouissait d'un droit de préférence. Cité par G. LOUET (1540–1608) et J. BRODEAU (1585–1653), Recueil de plusieurs arrêts notables du Parlement de Paris, Paris 1712, tom. 2, lett. P, somm. 19, n° 1, p. 308.

personnelle de *lege ferenda* en vue de la reconnaissance de cette institution.

Cette expression latine de *quasi pignus*, ou *pignoris loco*, s'applique en fait au droit de rétention du vendeur n'ayant transmis à l'acquéreur ni la possession, ni la propriété de la chose.¹² Cette rétention lui permet de s'opposer à l'*actio empti* en délivrance de l'acheteur. Le terme *quasi* s'explique là parce qu'on n'a pas de gage sur sa propre chose.¹³ Ce privilège de quasi-sûreté profite surtout au vendeur ne disposant pas de pacte comissoire.

Une autre école romaniste se réclamant du post-glossateur *Albericus de Rosate* (mort en 1354),¹⁴ dont la thèse a été reprise par le président *A. Favre* (1557–1624),¹⁵ et par *C. Duplessis* (mort en 1683)¹⁶ défend l'extension analogique du privilège de certains prêteurs de deniers au vendeur impayé, avant tout pour des raisons d'équité, car il serait paradoxal de reconnaître un privilège au prêteur de deniers, sous prétexte qu'il a directement enrichi le débiteur commun, ou aidé à conserver sa fortune,¹⁷ et non pas au vendeur impayé pour lequel l'argument d'équité et d'utilité devrait jouer *a fortiori*. Ces auteurs

¹² D. 21, 1, 31 par. 8. La glose r *quaesitum* sous le D. 27, 9, 2 (= D. 27, 9, 1 par. 4), dans l'*Infortiatum seu Pandectarum juris civilis*, tom. 2, Lyon 1584, p. 346, donne un exemple de rétention véritable par un vendeur de la chose jusqu'à ce qu'il en ait été payé. Dans ce fragment la propriété du bien a été transférée à l'acquéreur, le vendeur créancier gagiste n'en ayant que la détention alieno nomine.

¹³ R. J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, n° 63–67, p. 34–36; J. CUJAS (1520–1590), *Operum postumorum quae de jure reliquit, recitationes absolutissimae*, tom. 4 pars 1, Paris 1658, ad D. 18, 1, 2 par. 1, p. 726; J.-A. CORVINUS (mort en 1650), *Jurisprudentiae romanae summarium*, Amsterdam 1655, comment. du C. J. 4, 49, p. 238; CH. DUMOULIN (n. 2), *Tractatus contractuum*..., quest. 36, n° 278, p. 222; H. BASNAGE (1615–1695), *Traité des hypothèques* in *Oeuvres*, tom. 2, Rouen 1778, 1ère part., ch. 14, p. 66.

¹⁴ ALBERICUS DE ROSATE, *In secundam Codicis partem commentarii*, Venise 1586, comment. du C. J. 8, 18 *Qui pot.*, 3 *Si fundum*, cité par J. BERAULT et al. (n. 3); par R. CHOPPIN (n. 4) et *De jurisdictione andegava et de legibus Andii municipii*, Paris 1604, liv. 3, tit. 3, ch. 3, n. 14, art. 421 de la coutume d'Angers, p. 527.

¹⁵ A. FAVRE, *Codex Fabrianus definitionum forensium et rerum*, Lyon 1603, comment. des C. J. 4, 30, 3, et C. J. 4, 49, 1. Cité par C. LE PRESTRE, *Questions notables de droit décidées par plusieurs arrêts de la Cour de Parlement et divisées en quatre centuries*, Paris 1679, 4ème centurie, ch. 5, p. 697.

¹⁶ C. DUPLESSIS, *Questions et réponses sur les articles des coutumes* in *Les oeuvres*, tom. 2, Paris 1666, quest. 201, « des debtes privilégiées... », p. 329. L'auteur, invoquant le D. 42, 5, 26, sur le prêteur de deniers pour la construction, l'équipement ou l'achat d'un navire, soutient que Johannes Bassianus dans sa glose m convient sous le C. J. 8, 18 *Qui pot.*, 7, aurait le premier accordé ce privilège au vendeur à terme impayé, or celle-ci ne traite que du privilège du prêteur de deniers pour l'achat d'un immeuble.

¹⁷ D. 20, 4, 6 pr. « *Hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam.* »

invoquent quelques sources latines ambiguës comme la formule du D. 42, 5, 34 (= D. 42, 6 *de privilegiis creditorum*, l. 19, *Quod quis navis*), qui colloque le privilège du prêteur de deniers afin de construction, achat ou armement de navire après celui du fisc.¹⁸

R. Choppin, qui avait déjà noté la reconnaissance du privilège du vendeur impayé par Balde,¹⁹ trouve une autre source romaine à cette thèse en soutenant²⁰ qu'Ulpien au D. 14, 4, 5 par. 18, considère que le non paiement du prix au vendeur confiant transforme de droit l'acheteur en emprunteur de deniers et donne donc privilège au vendeur. Cette interprétation contraire à de nombreux principes juridiques énoncés par le même Ulpien, comme la non présomption de crédit,²¹ la non présomption de renonciation à un droit, ou de changement de volonté,²² oublie en outre qu'en droit romain seul le prêteur pour l'entretien, la construction, la réparation, l'achat de navire,²³ et le prêteur pour la construction ou la réparation d'une maison²⁴ sont tacitement privilégiés, le prêteur pour l'achat de l'immeuble devant s'être réservé hypothèque spéciale,²⁵ à moins qu'il ne s'agisse d'un banquier professionnel,²⁶ la preuve de l'affectation spéciale du prêt ne suffisant pas.²⁷

¹⁸ Selon M. KASER, *Das römische Zivilprozeßrecht*, Munich 1966, par. 59, n. 19, p. 314, cet extrait serait interpolé.

¹⁹ R. CHOPPIN, *De civilibus Parisiorum*... (n. 4).

²⁰ R. CHOPPIN, *De jurisdictione andegava*... (n. 14), liv. 3, art. 421, p. 527: « Nec enim Ulpiani opinio usque quaque recepta est (in l. 5 par. penul. D. de tribu. act.) rei distracta pretium, de quo habita fides sit, in creditam pecuniam transfundi, venditorumque in tributum vocari ».

²¹ D. 42, 5, 24 par. 2.

²² D. 22, 3, 22.

²³ D. 20, 4, 5; D. 42, 5, 26 et 34.

²⁴ D. 20, 2, 1; D. 42, 3, 1; D. 42, 5, 24 par. 1.

²⁵ C. J. 3, 32, 6; C. J. 8, 18 *Qui pot.*, 7; C. J. 8, 14 *De pig.*, 17; C. J. 8, 13, *de pig.*, 2; Nov. 97, chap. 3. Le C. J. 8, 15 *In quibus causis*, n'énonce pas le prêteur de deniers parmi les titulaires d'hypothèques ou gages tacites. On peut aussi citer le Prochiron *legum* publié sous Basile 1er dans les années 870, in CONST. HARMENOPOULOS (1320-1383), *Epitome juris civilis quae legum Prochiron et Hexabiblos*..., Lyon 1549, lib. 3, tit. 5, par. 48.

²⁶ Nov. 136, ch. 3.

²⁷ Constat dressé par BARTOLO DE SASSOFERRATO (n. 11), comment. du D. 20, 4, 5; J. CUJAS (n. 13), ad *Codicem Justinianum recitationes solemnes*, tom. 5, ad C. J. 8, 18 *Qui pot.*, 7, p. 1259-1261; F. ACCURSE (n. 1), glose m, *credidero*, sous D. 20, 4, 5, p. 1932; *Codicis Justiniani... commentarii Accursii*, Lyon 1604, glose m, *convenit* sous le C. J. 8, 18 *Qui pot.*, 7, p. 1896; glose *quamvis*, sous le C. J. 8, 14 *De pig.*, 17, p. 1880; glose *personali* sous l'Auth. Nov. 96, cap. 2 *Quo jure*, à la fin du C. J. 8, 18 *Qui pot.*, p. 1904; *Volumen legum quod parvum vocant... commentarii Accursii*, Lyon 1604, glose d, *agrum*, sous la Nouvelle 97, chap. 3, p. 443; H. BASNAGE (n. 13).

En outre, la théorie de *R. Choppin* n'expliquerait toujours pas comment on est passé du privilège du vendeur de navire à celui de tous les vendeurs en droit français, ni pourquoi le Digeste est muet sur ce privilège des vendeurs à terme impayés, alors qu'il prend la peine de distinguer le prêteur pour l'achat de la maison de celui pour sa réparation, les soumettant à des conditions différentes pour l'attribution d'un privilège. L'auteur revint par la suite sur cette thèse, considérant que l'extrait ne permet pas d'assimiler le privilège du prêteur de deniers à celui d'un vendeur à terme, d'autant plus que d'autres fragments imposent à ce prêteur la constitution d'une hypothèque spéciale.²⁸ Quant au C. J. 7, 72, 6, parlant de créanciers ayant préférence sur des gages sans dépossession, il ne peut pas s'appliquer à des vendeurs impayés ayant fait tradition.

Ch. Loyseau (1564–1627), liv. 3, ch. 8, n° 29–35, p. 282 qui commença par soutenir la théorie de l'emprunt au droit romain²⁹ se rangea vite du côté de ceux considérant ce privilège comme innovation de l'ancien droit français.³⁰

Guillaume Durantis (1230–1296), surnommé le Spéculateur, prédécesseur de Balde semble d'autant plus sceptique à cette préférence légale du vendeur à terme impayé qu'il préconise au contraire de l'introduire dans la vie juridique, et qu'il conseille en attendant à ce vendeur de se protéger expressément de son acheteur ne payant pas au

²⁸ R. CHOPPIN, *De civilibus Parisiorum...* (n. 4): « Ast si mercimonia, alterius aere compta, huic oppignerarentur, prima ejus ratio haberetur, cita. par. plane (D. 14, 4, 7). Quod ad ipsum pariter Ulpianus produxit, cujus pecunia, debitor extemplo, rem mercatus sit. Leg. si ventri, par. ult., D. de privil. credit. (D. 42, 5, 24 par. 3). Caesareis tamen rescriptis, praecipua non est creditoris causa, in fundos suis nummis acquisitos; nisi eos quoque sibi obligatos manere, speciatim convenerit, l. quamvis ea, Cod. de pignor., l. licet, Cod. qui potior in pign. hab. (C. J. 8, 13, 17 et C. J. 8, 18, 7). »

²⁹ CH. LOYSEAU, *Les oeuvres contenant les 5 livres du droit des offices...*, Paris 1666, liv. 3, ch. 8, n° 47, p. 283: « Néanmoins c'est chose certaine (en droit romain) que le vendeur a un privilège personnel sur la chose pour le prix d'icelle, l. Quod quis, D. de privileg. credit. (D. 42, 5, 34 concernant le prêteur de deniers pour la construction, l'entretien ou l'achat d'un navire). Et il ne faut point opposer le par. Plane (D. 14, 4, 5 par. 17) qui décide le contraire, attendu, ce qui vient d'être dit, que c'est un cas particulier in tributaria actione ».

³⁰ CH. LOYSEAU, *Les oeuvres contenant...* le traité du déguerpissement et du délaissement par hypothèque, Paris 1666, p. 87, liv. 3, ch. 3, n° 6, p. 87: « Partant selon le droit (romain), le vendeur n'a plus d'hypothèque sur la chose après la tradition d'icelle, ni prélation aucune s'il ne l'a stipulé, comme il est décidé en la loi Procuratoris, par. Plane, D. de tribu. act. (D. 14, 4, 5 par. 17). Il est vrai que Justinien donna ce privilège de tacite hypothèque et prélation sur la chose vendue aux banquiers seulement par sa Nouvelle 136, ce qu'en France nous avons étendu à toutes personnes ». H. BASNAGE (n. 13), nota aussi le revirement d'opinion de Loyseau.

comptant par des formules conventionnelles de gage portant sur tous les biens, sur l'entier patrimoine de son débiteur, *obligatio omnium bonorum*.³¹ Par constitut possessoire l'acheteur, débiteur gagiste, reconnaît n'avoir que la détention précaire de ses propres biens, y compris celui impayé dont il a reçu délivrance.³² L'idée est importante car elle prouve que l'on peut disposer à la fois de la propriété et de la détention précaire d'un même bien, n'avoir qu'une possession naturelle, non civile, sur sa propre chose. Le créancier obtient ainsi un rang préférable par rapport aux gages ou hypothèques qui seraient pris ensuite spécialement par l'acheteur sur certains biens particuliers.³³ Il est évidemment primé par les gages ou hypothèques antérieurs.³⁴ L'auteur en déduit qu'il est paradoxal de reconnaître un tel privilège au prêteur de deniers, sous prétexte qu'il a directement enrichi le débiteur commun, ou aidé à conserver sa fortune,³⁵ et non pas au vendeur impayé pour lequel l'argument d'équité et d'utilité devrait jouer *a fortiori*.³⁶

³¹ G. DURANTIS, *Speculum juris*, Basel 1574, rééd. Francfort 1792, lib. 4, pars 3, De obligationibus et solutionibus, par. ante, n. 1: « Pro quibus omnibus et singulis firmiter observandis et adimpletis obligaverunt ipsi debitores ipsis creditoribus omnia eorum bona, quae precario jure se ipsorum nomine et pro eis possidere constituerunt usque ad integram solutionem dicti debiti... Et dicendo, obligo tibi omnia bona ad me pertinentia, etiam futura obligantur... »; tit. de obligationibus ex actionibus et solutionibus, par. 1 et 2, versic. sed quid si primo obligatur; versic. quod si venditor; versic. quid si vendidi fundum; cité par C. LE PRESTRE (n. 15), 4ème centurie, ch. 5, p. 698; par J. BERAULT et al. (n. 3); et par R. CHOPPIN, *De civilibus Parisiorum*... (n. 4).

³² D. 20, 1, 6; D. 20, 1, 8; C. J. 8, 16 Quae res, 9; J. PAPON (1505-1592), *Recueil d'arrests notables des courts souveraines de France ordonnées par titres*, Paris 1612, liv. 11, tit. 3, n° 9, p. 648, et liv. 8, tit. 6, n° 4, p. 503; pour des exemples d'*obligatio omnium bonorum* dans la pratique provençale des XIIIe et XIVe siècles, M.-L. CARLIN (n. 9), p. 114, 196.

³³ C. J. 8, 18 Qui pot., 7.

³⁴ G. DURANTIS, *Speculum juris*, lib. 4, pars 3, De obligationibus et solutionibus, par. ante, n. 33: « Sed quid, si primo obligavit mihi generaliter omnia bona sua, postea emit a te domum, et pro pretio ejus obligavit tibi etiam omnia bona sua? Super hoc dixit Ubert. quod tu debes esse potior, arg. C. J. 8, 18, 7; D. 42, 5, 26. Sed ut nullum possit oriri dubium, consulit, ut venditor accipiat specialiter pignori rem venditam et generaliter omnia bona ». Cité par G. SCHIEMANN (n. 3), p. 177.

³⁵ D. 20, 4, 6 pr. « Hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam. »

³⁶ G. DURANTIS, *Speculum juris*, Basel 1574, rééd. Francfort 1792, tit. de obligationibus exactionibus, par. 2, versic. quid si primo; versic. quod si venditor; versic. quid si vendidi fundum; cité par C. LE PRESTRE (n. 15), 4ème centurie, ch. 5, p. 698; et par J. BERAULT et al. (n. 3), tom. 2, art. 593, p. 679. Le Saxon J. B. WERNEHR (1675-1742), *Selectiones observationes forenses*, tom. 6, Wittemberg 1722, observat. 122, « Venditor, intuitu residui pretii, concurrentibus aliis creditoribus, privilegio personali gaudet », p. 183; et J. BRUNNEMANN (1608-1672), *De processu concursus creditorum praelectiones publicae*, chap. 5, par. 63, Francfort 1697, reprennent l'argument de l'illogisme romain à accorder un privilège à une série de créanciers et non pas au vendeur à crédit impayé.

Une herméneutique plus réaliste du *Corpus juris civilis* effectuée par une majorité de romanistes,³⁷ démontre que toute préférence réelle y est niée aux vendeurs de meuble ou d'immeuble impayés,³⁸ et que seuls sont privilégiés tacitement les créanciers énumérés limitativement.³⁹ Encore faut-il préciser qu'en droit romain les créanciers privilégiés ne sont que des créanciers personnels l'emportant uniquement sur les créanciers chirographaires, mais cédant le pas aux créanciers réels, gagistes ou hypothécaires.⁴⁰ Le vendeur romain impayé doit donc agir comme le prêteur de deniers pris en exemple au C. J. 8, 18 *Qui pot.*, 7, et obtenir de l'acheteur qu'il lui consente une hypothèque conventionnelle, ou un gage sans dépossession sur le bien livré.⁴¹ Le *pactum hypothecae* expressément stipulé ouvre alors au vendeur *habitu fidei de pretio* un droit d'hypothèque sur le bien impayé dont la propriété a été transférée à l'acheteur.

Ce privilège tacite semble ainsi avoir été admis en matière de vente mobilière, surtout commerciale, en premier par certains statuts de villes italiennes, comme Pise (*Constitutum usus Pisanae civitatis*) dès 1161, Gênes (1229), Sienne (1262), et de pays de droit écrit, comme Marseille dès 1255,⁴² sans qu'il n'y ait eu dans l'immédiat la moindre généralisation aux autres ventes, ni aux autres villes de droit écrit. Les statuts municipaux de la ville de Salon de 1293⁴³ accordent au vendeur à crédit, *sub pensione*, un droit de préférence, *jus praelationis*, très particulier puisqu'il lui permet d'arrêter, *retinere*, la chose entre les

³⁷ R. J. POTHIER, Coutumes... d'Orléans, Paris 1772, art. 458, n. 2, p. 785; C. DE FERRIERE, La jurisprudence du Digeste, tom. 1, comment. du D. 20, 4, p. 449; Corps et compilation (n. 2), tom. 2, tit. 8, art. 177, n° 1 et 2, p. 267; PH. DERNUSSE (1632-1669), Traité de la subrogation de ceux qui succèdent au lieu et place des créanciers, Paris 1702, chap. 3, sect. 20, p. 49-50; sect. 37-38, p. 61-63; M. AUROUX DES POMMIERS (n. 2), tom. 1, art. 116, n° 16, p. 173; C. DE LAVILLE, Ordre alphabétique ou dictionnaire contenant les principales maximes et décisions du Palais, Paris 1692, lett. P, ch. 28, mot 'préférence', n° 7601, p. 749; C. THOURETTE, Coutumes du comté et bailliage de Montfort-Lamaulry, Paris 1693, art. 181, p. 392; S. D'OLIVE DU MESNIL (n. 2), liv. 4, ch. 10, p. 350 et 351; H. BASNAGE (n. 13).

³⁸ D. 15, 3, 16; D. 14, 4, 5 par. 17; Inst., 2, 1 par. 41.

³⁹ D. 20, 2; D. 20, 4, 5 et s.; D. 42, 3, 1; D. 42, 5, 16 à 39; Nouvelle 97, chap. 3 et 4.

⁴⁰ J. CUJAS (n. 25), ad C. J. 8, 18 *Qui pot.*, 7, p. 1261 B.

⁴¹ D. 41, 3, 33 par. 6.

⁴² Cités par R. FEENSTRA, Inst. 2, 1, 41 et les origines de la 'revendication' du vendeur non payé, dans: RIDA 4 (1950), p. 459; et Eigentumsvorbehalt... (n. 3), p. 139.

⁴³ Art. 54 dans CH. GIRAUD, Essai sur l'histoire du droit français au Moyen-Age, tom. 2, Paris 1846, p. 256: « Item... sic duximus statuendum quod quandocumque aliquis vendiderit, permutaverit, vel in solum dederit bona immobilia vel libera quae a nobis tenentur sub certa pensione in castro Saloni..., si dominus jure praelationis, retinere voluerit rem venditam pretio quo vendetur... ».

maines de tiers acquéreurs de bonne foi, mais à condition de leur rembourser les paiements qu'ils en ont fait au revendeur. Quelques statuts de villes italiennes comme Pérouse de 1342 liv. 2, chap. 28, ou de la Vallée du Diano près d'Albenga de 1363, chap. 61,⁴⁴ admirent ensuite ce privilège aussi bien en matière mobilière qu'immobilière. R. Choppin⁴⁵ mentionne, sans en donner la date exacte, un arrêt de la seconde moitié du XVI^e siècle du Parlement de Naples ayant accordé privilège à un vendeur à terme impayé.⁴⁶

Longtemps après les villes italiennes, les *Stadtrechte* de Stuttgart de 1492 et Tübingen de 1493, art. 108-109, accordèrent au vendeur d'immeuble impayé une hypothèque tacite, avant d'étendre cette sûreté en matière mobilière à la chose délivrée. Le *Landrecht* de Württemberg de 1555, liv. 2, tit. 8, chap. 7, offrit dès l'origine la même sûreté légale aux vendeurs à crédit de meubles et d'immeubles. La doctrine allemande s'accorde pour reconnaître une origine coutumière nationale et non romaniste à cette protection.⁴⁷

Ni le Grand Coutumier de France de J. d'Ableiges (1330-1410) de 1389,⁴⁸ ni l'ancienne coutume de Paris de 1530,⁴⁹ n'accordent de privilège au vendeur à terme impayé. Avant que l'institution ne soit admise par les pays de droit écrit, la première coutume à l'avoir formellement consacrée semble être celle de Mantes et Meullant de 1556⁵⁰ distinguant le privilège du vendeur à terme de la revendication du vendeur au comptant. L'idée fut reprise par la coutume réformée de

⁴⁴ Cités par R. FEENSTRA, *Inst.* 2, 1, 41... (n. 42), p. 460 et 464.

⁴⁵ R. CHOPPIN, *De civilibus Parisiorum*... (n. 4).

⁴⁶ Selon Choppin l'arrêt serait rapporté dans une décision 155 par FRANCESCO VIVIO, *Communes sententiae, sive opinione jurisconsultorum e juris caesarei et pontifici fontibus haustae*, Lyon 1566.

⁴⁷ W. SCHANZ, *Das Tübinger Stadtrecht von 1493*, Tübingen 1963, p. 21, 27; W. KUNKEL, H. THIEME, et F. BEYERLE, *Quellen zur neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*, tom. 1, 1935, p. 344, n. 83; E. SANDMANN (n. 9), p. 29.

⁴⁸ Ed. E. DARESTE et R. LABOULAYE, Paris 1868, liv. 2, chap. 15, « de l'exécution des lettres, p. 216: « Item nota que si aucun estoit tenu à ung aultre pour... vente de vin vendu en gros sans jour et terme, il est assavoir que ce sont debtes privilégiées; mais si le créancier en prent obligation et donne terme, dès lors il se départ du privilège et fait sa dette commune et ordinaire, et telle qu'elle ne soit mie payée avant aultres debtes ». Par privilège, il faut entendre action revendicatoire.

⁴⁹ L'art. 194 ne traite que du droit de revendication dans la vente au comptant.

⁵⁰ L'art. 192: « Le vendeur est privilégié pour le prix de sa marchandise, sur icelle étant encores en la possession de son débiteur et acheteur, et la peut poursuivre en quelque lieu qu'elle ait été transportée, pourvu qu'elle ait été vendue sans jour et sans terme ».

Paris de 1580, art. 177,⁵¹ qui à son tour reconnut ce privilège étranger au droit romain, en appréciant la sécurité qu'il apportait en matière de vente commerciale mobilière à crédit.⁵² La règle fut ainsi appliquée par une série d'arrêts de la cinquième Chambre des Enquêtes du Parlement de Paris, un de 1581,⁵³ un du 1er janvier 1588,⁵⁴ un très célèbre du 12 avril 1588, rendu en audience solennelle, robes rouges revêtues, toutes chambres consultées, sur le rapport de G. Louët et la présidence de Pierre Séguier, en interprétation de l'art. 181 de la coutume de Montfort-L'Amaury, sur appel du bailli d'Epervon, concernant des cuirs vendus à terme,⁵⁵ un du Châtelet du 15 mars 1605 qui serait relatif à

⁵¹ « Et néanmoins encore qu'il eut donné terme, si la chose se trouve saisie sur le débiteur par autre créancier il (le vendeur) peut empêcher la vente, et est préféré sur la chose aux autres créanciers ». L. CHARONDAS LE CARON (1536–1617), *Responses du droit français confirmées par arrêts des Cours souveraines de France*, Lyon 1602, liv. 7, quest. 109, p. 639–640, soutient qu'un arrêt du Parlement de Paris du 15 avril 1579, un an avant l'adoption de la réforme coutumière, aurait le premier reconnu à un vendeur de vin à terme le privilège « à faire vendre le vin aux enchères, à être premier payé sur les deniers procédant de la vente, le surplus baillé aux créanciers saisissants », mais cette décision semble plutôt concerner le droit de distraction d'un vendeur au comptant.

⁵² C. DE FERRIERE, *Nouveau commentaire*... (n. 2), tom. 1, art. 177, p. 386; *Jurisprudence du Digeste*... (n. 2), tom. 1, comment. du D. 20, 4, p. 451; J. BRODEAU, *Commentaire sur la coutume de la prévosté et vicomté de Paris*, Paris 1658, art. 177, p. 433; G. DU ROUSSEAU DE LACOMBE (1705–1748), *Recueil de jurisprudence civile du pays de droit écrit et coutumier*, Paris 1753, 2ème part., mot 'vente', sect. 4, par. 8, p. 372; CH. LOYSEAU (n. 29), liv. 3, ch. 8, n° 6, p. 279; P. DE BROSSES, *Le code des décisions forenses et des choses jugées*, Genève 1618, tom. 2, liv. 8, tit. 3, décis. 7 et 10, p. 225; F. LANGE (1610–1684), *La nouvelle pratique civile, criminelle et bénéficielle, ou le nouveau praticien françois*, 1ère part., liv. 3, chap. 4, p. 216; G. L. M. CASAREGIS (1670–1737), *Discursus legales de commercio*, tom. 2, Florence 1719, n° 179, n. 42, p. 11: « ... visum fuit rationem decidendi desumi non posse a subiectione mercium venditarum hypothecis aliorum creditorum propter obstaculum legum et consuetudinem regni Gallorum in dicto articulo 177 indemnitati venditorum consulentium cum reservatione domini sui specialis hypothecae donec et quousque pretium rerum venditarum consecuti fuerint, etiamsi a venditore habita fuerit fides de pretio ».

⁵³ G. LOUËT et J. BRODEAU (n. 11).

⁵⁴ C. LE PRESTRE (n. 15), 1ère cent., chap. 90, n° 18, p. 287, et 4ème cent., chap. 5, p. 698.

⁵⁵ CH. LOYSEAU (n. 29), liv. 3, ch. 8, n° 6, p. 279; R. CHOPPIN, *De jurisdictione andegava*... (n. 14); *De civilibus Parisiorum*... (n. 4); J. DE MONTHOLON (1555–1622), *Arrêts de la Cour prononcez en robes rouges depuis le Parlement commençant à la Saint-Martin 1580 jusques à Noël 1621*, Paris 1634, n° 51, p. 104; C. DE LAVILLE (n. 37), lett. V, ch. 2, mot 'vendeur', n° 10649, p. 1022; G. LOUËT et J. BRODEAU (n. 11), tom. 2, lett. P, somm. 19, n° 1 et 4, p. 308 et 309; L. CHARONDAS LE CARON, *Coutumes de la ville, prévosté et vicomté de Paris*, Paris 1613, sous l'art. 176; A. MORNAC (mort en 1619), *Observationes in viginti-quatuor libros Digestorum et librum primum Codicis ad usum fori gallici*, Paris 1616, comm. du D. 14, 4, 5 pr., et par. 17, p. 665–666; C. THOURETTE (n. 37); J. BACQUET (mort en 1597), *Les oeuvres contenant... le traité des droits de justice*, Paris 1664, ch. 21, n° 408, p. 229; C. DE FERRIERE, *Corps et compilation*... (n. 2),

du vin vendu à terme selon certains commentateurs,⁵⁶ et un du 2 septembre 1608 rendu par la première Chambre des Enquêtes au rapport de M. Bouguier sur appel d'une sentence du sénéchal de Ponthieu.⁵⁷ La jurisprudence parisienne étendit ensuite libéralement ce privilège à toute vente mobilière, le texte de l'article ne visant pas expressément les commerçants.⁵⁸

Cette législation fut adoptée mot à mot par la coutume d'Orléans de 1583, art. 458,⁵⁹ celle de Calais de 1583, art. 245, puis celle révisée de Metz de 1618.⁶⁰ Par la suite, d'autres coutumes, quoique n'introduisant pas un nouvel article consacrant expressément ce privilège, l'accordèrent au vendeur à terme impayé. Ainsi celle réformée de Normandie de 1583,⁶¹ de Montfort-L'Amaury de 1556,⁶² celle de Ponthieu réformée

tom. 2, art. 177, n° 11, p. 269; Nouveau commentaire... (n. 2), tom. 1, art. 176, p. 383; G. DU ROUSSEAU DE LACOMBE (n. 52); A. LE FERRON (1515-1563), In consuetudines Burdigalensium libri 2, Lyon 1565, ad par. 3, de dote, comment. du C.J. 5, 12, 30; J. BOUGUIER (n. 7), lett. C, 'cas omis par la coutume', n° 9; P.J. BRILLON (1671-1736), Dictionnaire des arrêts et jurisprudence générale des Parlements de France, tom. 6, Paris 1727, mot 'vente', n° 33, p. 836.

⁵⁶ P.J. BRILLON (n. 55), tom. 3, mot 'hypothèque', n° 48, p. 666; C. DE FERRIERE, Corps et compilation... (n. 2), tom. 2, art. 177, n° 4, p. 267. Dans d'autres extraits l'auteur présente l'arrêt comme concernant un vendeur au comptant.

⁵⁷ Cité par J. BOUGUIER (n. 7), et lett. H, n° 12, p. 192; et C. DE FERRIERE, Corps et compilation... (n. 2), tom. 2, art. 177, n° 11, p. 269.

⁵⁸ A. GAILL (1526-1587), Practicarum observationum tam ad processum judiciarium... quam causarum decisiones pertinentium libri duo, Cologne 1580, lib. 2, observat. 15: « Si emptor statim post venditionem bonis cedat, an venditor, mercibus exstantibus, aliis creditoribus praeferendus sit ? »; A. LOISEL (1536-1617), Institutes coutumières, tom. 2, Paris 1710, liv. 3, tit. 7, art. 6, p. 76. A. MORNAC (n. 55), rajoute deux arrêts des 19 février 1603, et 1er août 1615. P.J. BRILLON (n. 55), tom. 6, mot 'vente', n° 33, p. 836, n° 45, p. 838, et tom. 3, mot 'hypothèque', n° 79, p. 674-675, complète la liste avec des arrêts des 19 avril 1611, 16 décembre 1614, 12 avril 1616, 30 avril et 8 septembre 1626.

⁵⁹ R.J. POTHIER, Coutumes... (n. 37), p. 785; J. DE LALANDE (1622-1703), Coutume d'Orléans commentée, tom. 2, Orléans 1704. J. BACQUET (n. 55); C. DE FERRIERE, Corps et compilation... (n. 2), tom. 2, art. 177, n° 11, p. 269; et G. DU ROUSSEAU DE LACOMBE (n. 52), citent un arrêt de la Cour du Parlement d'Orléans du 16 avril 1575 rendu sous l'ancienne coutume de 1509 qui pourtant n'admettait pas expressément ce privilège.

⁶⁰ M. DILANGE (1666-1743), Coutumes générales de la ville de Metz et pays Messin, Metz 1730, tit. 15, art. 8; Coutumes générales de l'évêché de Metz, La Haye 1772, tit. 7, art. 16, p. 161: « Vendeur concurrent avec autres créanciers, en l'exécution des choses par lui vendues, est préférable pour la paye de ce qu'il est dû du prix... ».

⁶¹ J. BERAULT et al. (n. 3), tom. 2, art. 593, p. 673 et 678, citent les arrêts des 23 novembre 1584, 16 mai 1585, et 13 mars 1609 du Parlement de Rouen accordant un tel privilège, quoique l'art. 593 le refusât expressément.

⁶² Outre l'arrêt parisien du 12 avril 1588 s'appliquant à cette coutume dont l'art. 181 ne concerne que la vente au comptant, C. THOURETTE (n. 37), en cite un du 4 juin 1626.

en 1495, mais remontant à 1443,⁶³ celle de Tours de 1559,⁶⁴ celle de Bourgogne de 1459,⁶⁵ d'Auvergne de 1510,⁶⁶ de Troyes de 1509,⁶⁷ du Maine de 1508,⁶⁸ d'Angoumois de 1514,⁶⁹ et l'ensemble des autres,⁷⁰ sous-entendirent par équité la clause du précaire à effet de privilège au profit du vendeur qui accordant un terme, ou suivant la foi, a transféré la propriété d'un meuble à l'acheteur le possédant encore.

Rapidement, certains pays de droit écrit, à l'exception du toulousain et du provençal, décident d'imiter la coutume de Paris en accordant au vendeur de meuble impayé ce privilège qualifié de précaire tacite,⁷¹

⁶³ Arrêt du Parlement de Paris du 2 sept. 1608, cité par J. BOUGUIER (n. 7), lett. C, n° 9; lett. H, « hypothèque », ch. 12, p. 192; et G. DU ROUSSEAUD DE LACOMBE (n. 52). Voir J. BACQUET (n. 55); et C. DE FERRIERE, Corps et compilation... (n. 2), tom. 2, art. 177, n° 11, p. 269.

⁶⁴ L'art. 220 traitant de la revendication du vendeur au comptant est censé accorder privilège à celui à terme, selon E. PALLU (1588-1670), *Coutumes du duché et bailliage de Touraine*, Tours 1661.

⁶⁵ Interprétation extensive du tit. 5, art. 4. J. BOUVOT (1558-1636), *Nouveau recueil des arrêts de Bourgogne où sont contenues diverses notables questions de droit*, tom. 1, Genève 1623, 1ère partie, livre 5, sous 'vente de vin saisi'; tom. 2, mot 'saisie', quest. 3; et P.J. BRILLON (n. 55), tom. 6, n° 45, p. 838, critiquent un arrêt d'espèce du Parlement de Dijon du 11 mars 1616, ayant refusé à un marchand impayé de vin tout droit de préférence sur des créanciers saisissants antérieurs. P. TAISAND (1644-1715), *Commentaire sur la coutume générale du pays et duché de Bourgogne*, Dijon 1658, tit. 5, art. 4, n° 22, p. 317; et P.J. BRILLON (n. 55), tom. 3, mot 'hypothèque', n° 79, p. 675, notent le revirement de jurisprudence par les arrêts des 23 fév. 1685, 7 août 1685, et 29 nov. 1691.

⁶⁶ Même interprétation large du ch. 24, art. 52.

⁶⁷ L. LEGRAND (1588-1664), *Coutumes du bailliage de Troyes*, Paris 1737; et P. PITHOU (1539-1596), *Coutumes du bailliage de Troyes en Champagne conférées aux coutumes de France*, Paris 1629, commentant l'art. 72 pourtant muet sur ce privilège.

⁶⁸ M. LOUIS, *Remarques et notes sommaires sur la coutume du Maine*, Le Mans 1657, comment. de l'art. 486.

⁶⁹ J. VIGIER (mort en 1648), *Les coutumes du pays et duché d'Angoumois*, Aunis et gouvernement de La Rochelle, Paris 1650, comment. de l'art. 107, n° 6.

⁷⁰ Synthèse de la question par G. COQUILLE (1523-1603), *Institution au droit des François*, Paris 1630, chap. « des exécutions... », p. 452; Questions et réponses sur les coutumes de France in *Oeuvres*, tom. 2, Paris 1666, quest. n° 201, « des debtes privilégiées... », p. 329; Commentaires sur les coutumes de Nivernois in *Oeuvres*, tom. 2, Paris 1666, ch. 32, « des exécutions, criées et subhastations », art. 22, p. 378.

⁷¹ J.-J. JULIEN (1704-1789), *Eléments de jurisprudence selon les lois romaines et celles du royaume*, Aix-en-Provence 1785, p. 306; J. DUBREUIL (1747-1824), *Observations sur quelques coutumes et usages de Provence recueillis par Jean de Bomy*, Aix-en-Provence 1815, p. 92, 93, et append. p. XXVI. Sur la synonymie entre préférence et précaire, à propos d'un précaire conventionnel, voir J. DE CAMBOLAS (1555-1633), *Décisions notables sur diverses questions de droit jugées par plusieurs arrêts de la Cour de Parlement de Tolose*, Toulouse 1659, liv. 1, chap. 24; ainsi que G. LOUET et J. BRODEAU (n. 11), tom. 2, lett. P, somm. 19, n° 17, p. 312, avec un arrêt du Parlement de Toulouse du 2 février 1590.

pourtant inconnu du droit romain. Ce fut d'abord Lyon avec un arrêt précurseur du Parlement de Paris appliquant le droit écrit à cette province, rendu le 27 novembre 1574 par la quatrième Chambre des Enquêtes, sur rapport de M. Fleury,⁷² conformément à un usage attesté par un acte de notoriété du Présidial de Lyon du 4 fév. 1631, puis Bordeaux par arrêt du Parlement de cette ville du 6 juillet 1589.⁷³ Le droit écrit attendit ensuite que la coutume parisienne étende ce privilège en matière immobilière pour le faire à son tour. Ainsi, le Parlement de Grenoble dans les arrêts des 14 juin 1614 et 12 juillet 1652 décidait encore qu'il n'y avait pas de privilège immobilier sans texte romain et subordonnait tout droit de suite, *Verfolgungsrecht*, et préférence, à la réservation par le vendeur d'une hypothèque spéciale au moment de la vente à crédit de son fonds. Le revirement de jurisprudence n'eut lieu en Dauphiné que par les arrêts des 7 août 1655 et 3 mars 1666.⁷⁴ Pour le Bordelais, la reconnaissance en matière immobilière remonte aussi à la seconde moitié du XVII^e siècle.⁷⁵

Par contre, Toulouse commença par reconnaître le privilège en matière immobilière⁷⁶ par un arrêt précurseur de juin 1577⁷⁷ démenti par une décision du 20 juillet 1589 n'accordant ce privilège qu'en cas de stipulation expresse,⁷⁸ le précaire immobilier n'étant définitivement

⁷² Cité par G. LOUET et J. BRODEAU (n. 11), lett. P, somm. 19, n° 5, p. 309; J. BRODEAU (n. 52), art. 177, n° 5, p. 435; J. BACQUET (n. 55), chap. 21, n° 408, p. 229; C. DE FERRIERE, Corps et compilation... (n. 2), tom. 2, art. 177, n° 11, p. 269; G. DU ROUSSEAU DE LACOMBE (n. 52); J. BERAULT et al. (n. 3), tom. 1, art. 5, p. 96.

⁷³ B. AUTOMNE (1587-1666), Commentaire sur les coutumes générales de la ville de Bourdeaux avec le recueil des arrêts notables, Bordeaux 1666; autre arrêt bordelais du 10 mars 1665 relaté par P. J. BRILLON (n. 55), tom. 6, mot 'vente', p. 829. L'arrêt autorisa des commerçants vendeurs à terme impayés à saisir entre les mains d'un tiers acquéreur de bonne foi le prix de vente de tonneaux de vin non encore réglé au revendeur, et ce par préférence sur les autres créanciers de l'acquéreur à terme, en évoquant un droit de suite sur le prix, celui-ci étant subrogé réellement à la chose.

⁷⁴ P. J. BRILLON (n. 55), tom. 3, mot 'hypothèque', n° 79, p. 675; J.-G. BASSET (1598-1683), Notables arrests de la Cour de Parlement, Aydes et Finances de Dauphiné, tom. 2, Grenoble 1676, liv. 4, tit. 16, chap. 2; G. LOUET et J. BRODEAU (n. 11), tom. 2, lett. P, somm. 19, n° 20, p. 312-313.

⁷⁵ A. LAPEYRERE (1634-1704), Décisions sommaires du Palais... de Bordeaux, Bordeaux 1675, lett. P, n° 129.

⁷⁶ F. DE BOUTARIC (1672-1733), Les Institutes de l'Empereur Justinien conférées avec le droit français, Toulouse 1740, liv. 2, tit. 1, par. 41, p. 159; liv. 3, tit. 24, par. 3, p. 478.

⁷⁷ Cité par J. PAPON (n. 32), liv. 11, tit. 3, nomb. 16; et par P. J. BRILLON (n. 55).

⁷⁸ Arrêt Rességuier contre Léger, cité par B. DE LAROCHE-FLAVIN (1552-1627), Arrests notables du Parlement de Toulouse donnez et prononcez sur diverses matières, Toulouse 1745, liv. 2, tit. 1, n° 36, p. 92.

reconnu que par un arrêt du 13 septembre 1608.⁷⁹ Le précaire mobilier lui ne fut admis qu'ensuite par un arrêt du 12 septembre 1628.⁸⁰ La chronologie fut la même en région nimoise,⁸¹ et en Provence.⁸² Le précaire immobilier de ces pays de droit écrit est donc tout à fait original,⁸³ puisqu'il a été institué avant le droit parisien, et ne s'explique pas du tout par une influence de cette législation, mais par la fréquence des ventes immobilières à crédit rendant nécessaire une législation protectrice du vendeur,⁸⁴ malgré le silence du droit romain.

Ainsi en Provence, dès la Renaissance, la clause de réserve de précaire, au sens romain de rétention de dominité, est de pratique courante dans les ventes notariales d'immeubles à crédit. *J. de Bomy*⁸⁵

⁷⁹ Cité par B. DE LAROCHE-FLAVIN (n. 78), dont la première édition de 1617, liv. 1, tit. 3, p. 3, mentionnait le seul privilège immobilier; par G. DE MAYNARD (1538–1610), *Notables et singulières questions de droit écrit... de Tholose, Toulouse 1751*, liv. 2, ch. 45, avec en outre un arrêt du Parlement de Toulouse de Juin 1677; par C. DE FERRIERE, *Corps et compilation... (n. 2), tom. 2, art. 176, n° 34, p. 265*, notant la reconnaissance du privilège immobilier par le Parlement de Toulouse antérieurement à celui de Paris; et par S. D'OLIVE DU MESNIL (n. 2), rajoutant un arrêt toulousain du 22 sept. 1628. Dans l'édition de 1638 de son œuvre, liv. 4, chap. 10, et chap. 21, l'auteur ne connaît que le privilège immobilier.

⁸⁰ A. DESPEISSES (1595–1658), *Les œuvres où toutes les plus importantes matières du droit romain sont méthodiquement expliquées et accomodées au droit françois*, tom. 1, Lyon 1660, part. 1, tit. 1, sect. 4, n. 2, p. 25, et n. 11, p. 684; J. DE CATELLAN (1617–1700), *Arrests remarquables du Parlement de Toulouse*, tom. 2, Toulouse 1730, liv. 5, ch. 33, p. 285; liv. 6, ch. 4, p. 388, avec un autre arrêt toulousain du 15 mai 1664 sur un précaire mobilier. S. D'OLIVE DU MESNIL (n. 2), liv. 4, ch. 10, p. 350 et 352; et G. DE MAYNARD (n. 79), liv. 2, ch. 45 et 46, expliquent que la jurisprudence toulousaine antérieure n'accordait de privilège mobilier qu'en cas de dol de l'acquéreur refusant de payer le vendeur, ou lui ayant réclamé un crédit qu'il savait ne pouvoir honorer.

⁸¹ G. L. M. CASAREGIS (n. 52), tom. 2, n° 179, n. 49, p. 11, décrivant l'adoption du privilège de l'art. 177 de la coutume de Paris par certaines cités de droit écrit: «... et usu receptis in toto regno et in civitati Nemausi testimonium facit egregius vir consiliarius regius et procurator generalis in regionem Tholosae cui tanquam officiali regio testimonium facienti de re ad suum officium spectante plena fides est adhibenda...».

⁸² Arrêt du 15 décembre 1584 accordant hypothèque tacite au vendeur à terme d'immeuble in F. D'ETIENNE DE MONFURON DE SAINT-JEAN DE LA SALLE (Franciscus Stephanus 1529–1594), *Decisiones vel ejusdem curiae placita...*, Aix-en-Provence 1646, décis. 68: «Rei venditor pro pretio potiorum habet causam in re vendita, etiam aliis anterioribus creditoribus»; C. DE FERRIERE, *Corps et compilation... (n. 2), tom. 2, art. 176, n° 34, p. 265*; J.-J. JULIEN (n. 71); et J. DUBREUIL (n. 71). La portée du privilège immobilier est précisée dans un arrêt du 14 juin 1687.

⁸³ Ce que souligne S. D'OLIVE DU MESNIL (n. 2), fier de l'indépendance du droit toulousain.

⁸⁴ S. D'OLIVE DU MESNIL (n. 2), et liv. 4, ch. 21, p. 380.

⁸⁵ J. DE BOMY, *Recueil de quelques statuts et coutumes non encore imprimées jusques à présent avec un petit traité de meslanges contenant plusieurs choses notables*, Aix 1620, append. p. 3.

mentionne une lettre patente en grand conseil du roi René 1^{er} le Bon (1409–1480) cassant l'arrêt du Parlement de Provence déclarant les cours ordinaires incompetentes pour *revocar los precaris*.⁸⁶ Cette clause de style eut dans un premier temps, suivant le droit romain, au moins jusqu'à la fin du XVI^e siècle, effet de réserve de propriété, qu'elle l'exprimât formellement, ou que l'acte se contentât d'énoncer qu'elle affectait la vente. Il semblerait que les clauses de réserve de propriété qualifiées alors de précaire, aient été au moins aussi pratiquées que les hypothèques.⁸⁷ En matière mobilière, les vendeurs à crédit avaient aussi l'habitude, sous l'influence des conseils des post-glossateurs, et à l'image de certains statuts municipaux, de se faire consentir conventionnellement des privilèges spéciaux sur les choses délivrées, sûretés qui prirent elles aussi le nom de précaire. Le droit provençal soucieux de protéger les particuliers vendeurs d'immeubles sous-entendit dès cette fin du XVI^e ce précaire privilégié d'abord en matière immobilière, les commerçants et vendeurs de meubles ayant moins besoin d'une telle garantie, pour l'étendre ensuite, au début du XVII^e, aux vendeurs à terme de meubles. A cette époque, la simple mention dans une vente que celle-ci était faite sous réserve de précaire devint ambiguë. Les ambiguïtés devant s'interpréter *contra venditorem*,⁸⁸ et l'acte devant être compris comme accordant le plus de droits possibles au débiteur,⁸⁹ le vendeur trop concis, se contentant d'affirmer que la vente était faite sous précaire, ne conserva plus la propriété de la chose, mais reçut un privilège. Dès ce moment, la réservation d'une clause de précaire ne retenant pas expressément la propriété devint une formalité inutile puisque n'accordant aucun droit particulier au

⁸⁶ Recueil de Privilèges et Statuts faits par le Roi René sur les remontrances des trois Etats, l'an 1472, folio 171, « revocation dels precaris », dans: J. DE BOMY (n. 85); MAILHART, *Les constitutions royales et provençales faites et ordonnées par le Roi en la rection de la Cour souveraine et Parlement de Provence, et confirmation d'icelle*, Aix 1504; B. ROLIN, *Statuta venerande curie camere regie rationum civitatis Aquensis, comitatum Provincie et Forcalquerii a retro divis principibus ob reipublicae utilitatem concessa et inconcusse observata*, Lyon 1508.

⁸⁷ M.-L. CARLIN (n. 9), p. 114–115, 196–199.

⁸⁸ D. 50, 17, 172; D. 45, 1, 38 par. 18; D. 45, 1, 99 pr.; D. 34, 5, 26; D. 18, 1, 21; D. 2, 14, 39; D. 8, 3, 30; D. 18, 1, 33; D. 8, 2, 17 par. 3 et 4; D. 18, 1, 39 par. 1; A. DESPEISSES (n. 80), tom. 1, part. 1, n. 21, p. 55.

⁸⁹ D. 23, 3, 70; D. 34, 5, 25; D. 50, 17, 85 pr.; D. 50, 17, 125; D. 50, 17, 168 pr.; D. 50, 17, 192 par. 1; D. 12, 4, 16; D. 22, 3, 24 in limine; D. 24, 1, 32 par. 4; D. 31, 43, 3; D. 40, 4, 10 par. 1; D. 44, 7, 47; D. 45, 1, 1 par. 4; D. 45, 1, 83 par. 1 et 3; D. 45, 1, 106; D. 45, 1, 109; D. 45, 1, 115 pr.; D. 50, 17, 9; D. 50, 17, 20; D. 50, 17, 34 in fine; D. 50, 17, 56; D. 50, 17, 179.

stipulant, de même pour la stipulation d'une hypothèque conventionnelle, ou d'un gage spécial sur la chose délivrée.

Ce n'est qu'après l'admission du privilège en matière mobilière que les Parlements des pays coutumiers cessèrent de considérer le vendeur d'immeuble *sine praesenti pecunia* comme créancier personnel non privilégié.⁹⁰ Cette chronologie est logique puisque la plupart de ces coutumes, à l'imitation de celle de Paris, ne reconnaissent expressément que le privilège mobilier. Le Parlement de Paris accorda le premier hypothèque tacite privilégiée au vendeur à terme d'immeuble par un arrêt du 28 mai 1599.⁹¹ La décision fut suivie par d'autres arrêts du 1er juin 1602, du 30 avril et du 8 septembre 1620.⁹² Un revirement de jurisprudence ramenant à l'état antérieur du droit intervint par un arrêt de la Chambre de l'édit du 14 mai 1608, et un du 26 août 1621, sur rapport de M. de Villoutreys. Ces décisions dénièrent au vendeur à terme impayé tout privilège sans stipulation expresse, puisque la loi ne le lui reconnaissait pas formellement.⁹³ Finalement, après ces fluctuations, le Parlement de Paris reconnut définitivement ce privilège quelques années plus tard par arrêts des 30 avril 1626 sur rapport de M. Savare, 8 septembre 1626 sur rapport de M. Bouguier, 27 août 1633, 17 mai 1634, 7 sept. 1644, 15 juillet 1650.⁹⁴ Le Parlement de Rouen adopta cette jurisprudence par arrêts des 17 mai 1634, 13 janvier 1655, 1er et 15 juillet 1660.⁹⁵

Ainsi A. Mornac, dans l'édition de 1616 de son œuvre,⁹⁶ J. de Montholon,⁹⁷ Ch. Loyseau,⁹⁸ méconnaissent encore l'existence du privilège immobilier. Alors que l'édition de 1602 des *Responses du droit françois* de L. Charondas Le Caron⁹⁹ ne mentionne qu'un

⁹⁰ J. BOUCHEUL (1639–1706), Coutumier général ou corps et compilation de tous les commentateurs sur la coutume du comté et pays de Poitou, tom. 2, Paris 1727, art. 408, n° 84, p. 705.

⁹¹ Cité par C. DE FERRIERE, Corps et compilation... (n. 2), tom. 2, art. 177, n° 5, p. 267.

⁹² Cités par C. DE LAVILLE (n. 37), lett. H, ch. 2, mot 'hypothèque', n° 5546; J. BOUGUIER (n. 7), lett. H, 'hypothèque', nomb. 12, p. 192; PH. DERNUSSE (n. 37), chap. 14, sect. 14, p. 484; C. DE FERRIERE, Corps et compilation... (n. 2), tom. 2, art. 176, n° 33, p. 265.

⁹³ Cités par G. LOUET et J. BRODEAU (n. 11), tom. 1, lett. H, somm. 21, n° 6 et 9, p. 789–790; C. DE FERRIERE, Corps et compilation... (n. 2), tom. 2, art. 176, n° 33, p. 264; J. BERAULT et al. (n. 3), tom. 2, art. 593, p. 678; G. DU ROUSSEAU DE LACOMBE (n. 52), p. 371.

⁹⁴ J. BOUGUIER (n. 7); C. DE FERRIERE (n. 2); G. LOUET et J. BRODEAU (n. 11).

⁹⁵ H. BASNAGE (n. 13), 1ère part., ch. 14, p. 67.

⁹⁶ A. MORNAC (n. 55).

⁹⁷ J. DE MONTHOLON (n. 55).

⁹⁸ CH. LOYSEAU (n. 29), liv. 3, ch. 8, n° 46, p. 282.

⁹⁹ L. CHARONDAS LE CARON, Responses du droit... (n. 51), citant un arrêt en matière mobilière du parlement de Paris du 15 avril 1579.

privilège mobilier, la nouvelle édition de l'ouvrage 10 ans plus tard aborde l'immobilier.¹⁰⁰

Les autres pays coutumiers, comme la Bourgogne,¹⁰¹ ou Furnes en Flandre,¹⁰² attendirent la fixation irrévocable de la jurisprudence parisienne, c'est à dire la seconde moitié du XVII^e siècle.¹⁰³ Le privilège du vendeur impayé aussi bien de meubles que d'immeubles fut admis en Saxe par le Code de Procédure Civile de 1622 (*Allgemeine Kursächsische Gerichtsordnung*), et repris par ceux de 1653, 1670, 1724 et 1776, alors que ses versions antérieures (*sächsische Zivilprozessordnungen* de 1488, 1493, 1529, 1548, 1555, 1572, 1574) ne le reconnaissaient pas.¹⁰⁴ A la différence de la jurisprudence française, ce privilège légal saxon, suivant le droit romain, ne donne priorité que sur les créanciers chirographaires, étant d'un rang inférieur aux sûretés réelles conventionnelles prises après la vente par des créanciers de l'acquéreur. Un privilège opposable aux créanciers réels peut seulement découler, d'après le tit. 1 par. 42 de ce Code de 1622, d'une sûreté réelle conventionnelle, ou d'une clause expresse de réserve de propriété, laquelle d'ailleurs ne donne paradoxalement pas d'action

¹⁰⁰ Titre légèrement différent, L. CHARONDAS LE CARON, *Responses et décisions du droit françois*, Paris 1612, liv. 7, réponse 109, p. 235.

¹⁰¹ P. TAISAND (n. 65), tit. 5, art. 4, n° 21, p. 316; et P. J. BRILLON (n. 55), citent un arrêt du Parlement de Dijon du 17 janv. 1689.

¹⁰² Coutume de 1615, art. 27, 7. Selon PH. GODDING, *Le droit privé dans les Pays-Bas méridionaux du XII^e au XVIII^e siècle*, Bruxelles 1987, p. 222, l'hypothèque tacite reconnue par cette coutume ne jouerait qu'en matière immobilière et lorsque l'acquéreur à crédit revend le fonds à un tiers.

¹⁰³ Pour l'ensemble de l'ancien droit français, J. DOMAT (n. 5), liv. 3, tit. 1, sec. 5, des privilèges des créanciers, n° 4, p. 208; A. DESPEISSES (n. 80), tom. 1, part. 1, tit. 1, sect. 4, n° 2, p. 25; CH. LOYSEAU (n. 29), liv. 3, chap. 8, n° 6, p. 279, et n° 47, p. 283; *Traité du déguerpissement...* (n. 30), liv. 3, ch. 3, n° 6, p. 87; D. HOUARD (1725-1803), *Dictionnaire analytique... de la coutume de Normandie*, tom. 2, Rouen 1780, sous le mot 'hypothèque', p. 726; C.-J. DE FERRIERE (mort en 1748), *La science parfaite des notaires...*, tom. 1, p. 179; C. DE FERRIERE, *La jurisprudence...* (n. 2), tom. 1, comment. du D. 20, 4, p. 449.

¹⁰⁴ Tit. 1, par. 49 de ce Code, commenté par J. B. WERNEHR (n. 36), citant un arrêt de la Cour d'Appel de Wittemberg non daté opposant Johann Samuel Hartebach aux héritiers Gerisch, sur renvoi de la Cour de Berlin; par M. BERLICH (1586-1638), *Conclusiones practicabiles secundum ordinem constitutionum divi Augusti electoralis Saxonicae*, tom. 1, Leipzig 1619, 1^{ère} part., conclus. 70, n. 15; et par B. CARPZOV (1595-1666), *Jurisprudentia forensis romano-saxonica secundum ordinem constitutionum D. Augusti electoris Saxoniae*, Leipzig 1674, 1^{ère} part., consti. 28, déf. 154, « Praeferendus est chirographariis aliis venditor in residuo pretii, qui sibi de jure pignoris non prospexit », p. 303, citant deux arrêts de la Cour de Leipzig, d'avril 1633 et décembre 1636.

revendicatoire en droit saxon, à moins peut-être de formule très explicite à cet effet.¹⁰⁵

Titre 2

Les conditions d'exercice du privilège

Appliquant dans un premier temps à la lettre l'art. 169 de l'ancienne coutume, devenu 179 de la coutume réformée,¹⁰⁶ le Parlement de Paris décida que le privilège du vendeur à crédit impayé pour le prix des biens livrés, ne s'exerçait plus sur les meubles vendus en cas de déconfiture de l'acheteur.¹⁰⁷ Seuls les immeubles du débiteur, s'il en possédait, et si les meubles ne suffisaient pas à désintéresser la masse des créanciers, supportaient le privilège d'ordre,¹⁰⁸ ce qui signifie que seuls étaient privilégiés les vendeurs d'immeubles impayés. Puis un revirement jurisprudentiel amorcé par un arrêt du 1er janvier 1588 décida que malgré la faillite de l'acheteur les privilèges se maintenaient, y compris sur les meubles, puisque là était leur principal intérêt,¹⁰⁹ le tout à condition que les oppositions soient faites avant la vente judiciaire. Les autres coutumes ou les pays de droit écrit n'introduisirent jamais cette exclusion du privilège en cas de déconfiture de l'acquéreur. Une telle exclusion du privilège en réduisait considérablement le champ d'activité puisqu'il ne touchait alors que les saisies ponctuelles pour dettes, et les discussions entre héritiers et créanciers de la succession de l'acheteur acceptée sous bénéfice d'in-

¹⁰⁵ B. CARPZOV (n. 104), 1ère part., constit. 28, déf. 21, « Jus quoque praelationis venditor habet ratione pretii in re vendita, si dominium sibi reservavit vel ei in foro Saxonico non judicialiter resignavit », p. 258, avec deux arrêts de la Cour de Leipzig de novembre et juin 1634.

¹⁰⁶ Même règle dans les coutumes de Clermont en Beauvoisis, art. 56, et Senlis, art. 291. Voir C. DE FERRIERE, Nouveau commentaire... (n. 2), tom. 1, p. 389.

¹⁰⁷ Arrêts des 23 décembre 1585 et 15 février 1589, cités par C. LE PRESTRE (n. 15), 1ère cent., ch. 90, p. 285, 287; G. LOUET et J. BRODEAU (n. 11), tom. 2, lett. M, somm. 8, n° 2; A. MORNAC (n. 55); J. CHENU (1559-1627), Cent notables et singulières questions de droit décidées par arrests mémorables des Cours souveraines de France, Paris 1603, 1ère cent., quest. 98; L. SERVIN (1555-1626), Actions notables et plaidoyez, Paris 1640, vol. 2, plaid. 20; vol. 5, plaid. 12; A. ROBERT, Rerum judicatarum libri IV, Francfort 1601, lib. 4, cap. ult.

¹⁰⁸ C.-J. DE FERRIERE, Dictionnaire de droit..., tom. 1, sous le mot 'distribution', p. 704.

¹⁰⁹ Cité par C. LE PRESTRE (n. 15), 4ème cent., p. 698; C. DE FERRIERE, Nouveau commentaire... (n. 2), tom. 1, art. 180, p. 393; P. J. BRILLON (n. 55), tom. 2, sous le mot 'contribution', p. 473, citant des arrêts du Parlement de Paris des 20 mai 1606, et 1er juillet 1659.

ventaire après son décès. Il faut noter toutefois que l'expression de déconfiture prête à confusion puisqu'elle signifie autant la faillite que la contribution au sol la livre.¹¹⁰

Le vendeur impayé dispose en droit coutumier d'une option entre résoudre judiciairement la vente en vertu de la présomption de clause résolutoire, ou user de son privilège légal. Alors que la saisie, la vente, puis le paiement par préférence ne peuvent s'opérer que tant que le meuble est en la possession de l'acquéreur, la résolution autorise le vendeur à réclamer la restitution du bien, même entre les mains de tiers détenteurs de bonne foi.¹¹¹ Si le bien impayé était saisi par les créanciers de l'acquéreur, le privilège permettrait une opposition à fin de conserver, alors que le pacte commissaire tacite peut déboucher sur une opposition à fin de distraction. Le vendeur choisit la voie du privilège quand le bien est encore entre les mains de son débiteur, ou saisi par les créanciers de celui-ci, et qu'il a déjà perçu une partie du prix, la vente judiciaire de la chose lui permettant d'en percevoir le reste. Cette solution est alors pour lui plus avantageuse que de récupérer son bien en remboursant à l'acheteur une partie des versements déjà effectués. Il préfère la résolution quand n'ayant touché aucune partie du prix, ou une dérisoire, la licitation judiciaire ne lui permettrait pas d'être remboursé du reste.

Si le vendeur commet l'imprudence de signer un reçu fictif de paiement du prix, il ne peut plus apporter la preuve, même par billets contraires, qu'il n'a pas été effectivement payé, et prétendre soit revendiquer son bien en tant que vendeur au comptant, soit faire usage d'un droit de préférence face aux autres créanciers saisis-sants.¹¹² En droit coutumier, la stipulation formelle que la vente ait été effectuée au comptant n'empêche pas les acquéreurs de prouver qu'elle a été conclue réellement à terme, notamment en produisant une

¹¹⁰ Exemples d'emploi de l'expression dans ce second sens par C. THOURETTE (n. 37).

¹¹¹ E. J. DE LAURIÈRE (1659-1728), *Traitez sur la coutume de Paris*, Paris 1699, tom. 2, p. 148, croit que J. DE LALANDE (n. 59), tom. 2, art. 458, attribue par erreur un droit de revendication au vendeur à terme, alors que l'auteur lui donne une option entre la résolution ou son privilège. Un arrêt parisien d'espèce du 3 juin 1756, cité par F. BOURJON (mort en 1751), *Le droit commun de la France et de la coutume de Paris*, tom. 1, Paris 1770, liv. 2, tit. 1, ch. 6, sect. 2, n° 6, p. 145, n'a accordé la revendication mobilière après résolution de la vente à terme qu'à la condition que le meuble soit resté entre les mains de l'acquéreur.

¹¹² M. PINAULT, op. cit., tom. 1, arrêt n° 124; P. J. BRILLON (n. 55), tom. 6, sous le mot 'vente', n° 45, p. 839, avec un arrêt du Parlement de Tournay du 6 novembre 1696.

reconnaissance de dette.¹¹³ En droit écrit, l'acquéreur ne serait pas admis à apporter une preuve contraire à ses propres écrits établis sans dol.¹¹⁴

Le Parlement de Toulouse décida dans un arrêt du 11 février 1651 sur rapport de M. de Catellan, qu'il y a renonciation tacite à hypothèque privilégiée quand le vendeur consent expressément à la revente du fonds à un tiers en intervenant à l'acte.¹¹⁵ Cette règle « qui consentit alienationi hypothecae, jus suum respuit », affectant aussi les ventes de meubles gagés, a été radicalisée par le droit coutumier. Une série d'arrêts du Parlement de Paris décida ainsi que la seule présence du vendeur privilégié au moment de la revente du bien, sans qu'il ne soit porté comme témoin dans l'acte, suffit à lui faire perdre son privilège.¹¹⁶

Le terme dans la vente est présumé échu quand le bien est saisi par les créanciers de l'acheteur. Le vendeur peut alors retirer la chose de la vente générale des biens du débiteur, et la faire vendre spécialement afin d'être payé en priorité sur son prix d'adjudication.¹¹⁷

Quand un prêteur de deniers, ayant permis à l'acheteur de payer la partie du prix versée, est subrogé conventionnellement dans les droits du vendeur, cette subrogation lui permet-elle de bénéficier d'un privilège contre le vendeur ? La réponse en droit français coutumier ou écrit, contrairement au droit romain,¹¹⁸ est négative quelque soit

¹¹³ H. BASNAGE (n. 13), 1ère part., ch. 14, p. 69, avec un arrêt du Parlement de Normandie du 16 mai 1664; J. SCHNEIDEWIN (1519-1569), *Commentarii... Institutionum... Justiniani*, Cologne 1740, ad Inst. 2, 1, 41, n° 5, p. 158. Contra, G. LOUET et J. BRODEAU (n. 11), lett. P, somm. 19, n° 10, p. 310, définissant comme vente au comptant toutes celles stipulées ainsi, même avec reconnaissance de dette payable à première demande, ad nutum.

¹¹⁴ M.-L. CARLIN (n. 9), p. 79-83, 106-107, 124, avec des exemples de ventes provençales du Moyen-Age déclarées faites au comptant, « propter hoc... donasti », « vendo... pro... », ou « acceptis a te nomine precii... », ouvrant l'action revendicatoire au vendeur impayé, malgré des paiements différés.

¹¹⁵ D. 20, 6, 4 par. 1; D. 20, 6, 7 pr.; D. 20, 6, 8 par. 15; D. 20, 4, 12 par. 4; C. J. 8, 25, de remiss. pign., 11; J. DE CATELLAN (n. 80), tom. 2, liv. 5, chap. 10, p. 239-240; P. J. BRILLON (n. 55), tom. 3, sous le mot 'hypothèque', n° 79, p. 675; S. D'OLIVE DU MESNIL (n. 2), liv. 5, ch. 28, p. 465, 466; G. DE MAYNARD (n. 79), liv. 8, ch. 70; J. Papon (n. 32), liv. 11, tit. 3, n° 10, p. 650.

¹¹⁶ J. DE CATELLAN (n. 80); C. LE PRESTRE (n. 15), cent. 1, ch. 29, n° 8-9, p. 109-110.

¹¹⁷ Arrêts du Parlement de Paris du 10 mars 1587 et 12 avril 1588, cités par P. J. BRILLON (n. 55), tom. 6, sous le mot 'saisie', n° 47, p. 16; et par J. TRONCON, *Coustume de la ville, prévosté et vicomté de Paris*, Paris 1618, art. 176, sous les mots 'sans terme'.

¹¹⁸ D. 42, 5, 24 par. 3; D. 42, 3, 2; C. J. 8, 18 Qui pot., 7, accordant dans ce cas le privilège au prêteur, même sans subrogation conventionnelle dans les droits du vendeur; PH. DERNUSON (n. 37), chap. 3, sect. 48-49, p. 69-71.

l'origine de la subrogation conventionnelle, soit de la part du vendeur, soit de la part de l'acheteur.¹¹⁹ La stipulation expresse de subrogation dans les droits du vendeur ne serait efficace que si le vendeur était entièrement payé du prix de la chose par le prêteur de deniers à l'acheteur.¹²⁰ Le prêteur, même subrogé par l'une ou l'autre partie, n'a aucun privilège opposable au vendeur impayé sur la vente judiciaire et séparée de la chose.¹²¹ S'agissant des autres créanciers de l'acquéreur, cette subrogation ne donne un privilège au prêteur de deniers que sur le surplus des sommes provenant de la vente judiciaire du bien et une fois le vendeur payé de ce qui lui reste dû,¹²² ce qui montre le caractère aléatoire de ce privilège par rapport aux créances chirographaires.

En matière immobilière, ce droit de préférence prime les hypothèques consenties par l'acheteur, mais évidemment pas celles que le vendeur aurait lui-même constituées avant l'aliénation. En matière mobilière ce droit est primé par les privilèges supérieurs même postérieurs. Ainsi les privilèges généraux des fossoyeurs, médecins, domestiques, frais de scellés,¹²³ ou le privilège spécial du bailleur qui pour le paiement de ses loyers peut saisir tous les meubles du locataire

¹¹⁹ PH. DERNUSSEON (n. 37), chap. 15, sect. 9, p. 479-481, avec arrêt du Parlement de Paris du 7 sept. 1671, malgré un arrêt d'espèce en sens contraire de la même Chambre du 10 avril 1677, cité op. cit., p. 483, 486, 488. J. DE CATELLAN (n. 80), tom. 2, liv. 6, chap. 4, p. 388; et S. D'OLIVE DU MESNIL (n. 2), éd. de Toulouse 1682, liv. 4, chap. 10, p. 414, citent deux arrêts du Parlement de Toulouse des 15 mai 1664 et 24 janvier 1677 ayant refusé ce privilège au subrogé. P. J. BRILLON (n. 55), tom. 6, sous le mot 'subrogation', n° 11, p. 245-246, rajoute un arrêt du Parlement de Toulouse du 1er mars 1710; arrêt parisien du 6 juin 1712 in M. DUCHEMIN, *Journal des principales audiences du Parlement*, tom. 6, Paris 1751, p. 245.

¹²⁰ J. DE CATELLAN (n. 80), tom. 2, liv. 5, ch. 30, p. 280, avec un arrêt du 5 avril 1680; et liv. 6, ch. 4, p. 388, avec deux arrêts de février 1693 et juillet 1694, ayant accordé le privilège du vendeur à celui qui l'a entièrement désintéressé et a été subrogé dans ses droits par l'acheteur, ou le vendeur lui-même. Le droit écrit accordait au prêteur de deniers pour l'achat de l'immeuble un privilège légal, sans subrogation expresse, opposable au vendeur pour la partie des sommes fournies.

¹²¹ PH. DERNUSSEON (n. 37), p. 485; P. J. BRILLON (n. 119).

¹²² Arrêts du Parlement de Toulouse de février 1693 et juillet 1694, cités par J. DE CATELLAN (n. 80), tom. 2, liv. 6, chap. 4, p. 388; et P. J. BRILLON (n. 55), tom. 6, sous le mot 'subrogation', n° 11, p. 245.

¹²³ Acte de notoriété du Châtelet de Paris du 4 août 1692; C. A. MERLIN (n. 3), tom. 10, sous les mots 'privilège de créance', p. 9; E.-N. PIGEAU (1750-1818), *La procédure civile du Châtelet de Paris*, tom. 1, Paris 1787, liv. 2, 4ème part., tit. 2, chap. 3, art. 2, p. 619, et art. 3, p. 683; J. DOMAT (n. 5), liv. 3, tit. 1, 'des privilèges et hypothèques', sect. 5, 'des privilèges des créanciers', n° 3, p. 208. Collocation reprise à l'art. 2101 C. civ.

garnissant les locaux, y compris ceux achetés à crédit,¹²⁴ malgré quelques décisions d'espèce ayant préféré le vendeur à terme au bailleur impayé. Ainsi un arrêt en audience solennelle de la Grande Chambre du Parlement de Paris du 15 mars 1605 donnant préférence au vendeur de vin impayé Claude Giron sur les bailleurs Buret et Augustin Camuset de l'immeuble où les bouteilles étaient entreposées par le locataire Jean Guinet, aurait concerné une vente à terme selon certains de ses commentateurs. L'arrêt infirme une sentence du Prévôt de Paris qui avait décidé d'en adjuger, après saisie, le prix en priorité au bailleur.¹²⁵ Dans le même sens un arrêt parisien du 19 avril 1611, sous la présidence de A. Séguier, infirmant la sentence du prévôt de Paris, préféra le vendeur impayé d'un cheval au bailleur du domaine qui l'avait saisi et fait adjuger en garantie de loyers non réglés ;¹²⁶ puis un arrêt de la Grande Chambre du Parlement de Paris du 20 janvier 1629, sous rapport de M. J. Hotman, infirmant encore une sentence du prévôt de Paris, distribua intégralement au vendeur impayé le prix du vin dû par un locataire dont les biens avaient été saisis et vendus judiciairement à la requête d'un bailleur.¹²⁷ Suivant la même jurisprudence, un arrêt du 12 avril 1616 du Parlement d'Orléans, appliquant l'art. 456 de cette coutume, en confirmant une sentence de la Chambre des Requêtes du Palais, donna paradoxalement à un vendeur à crédit préférence sur la vente judiciaire du meuble saisi par un bailleur impayé.¹²⁸ La décision est très critiquable car la coutume d'Orléans donne un véritable droit de suite en matière mobilière au bailleur impayé, droit supérieur au privilège du vendeur à terme, et ne le cédant qu'à la

¹²⁴ Art. 171 de la coutume de Paris dont la solution est reprise par l'art. 2102 4° al. 3 C. civ.; C.-J. DE FERRIERE, Dictionnaire de droit... (n. 108), tom. 1, sous le mot 'distribution', p. 705. Le père de cet auteur donne préférence au vendeur à terme sur le bailleur.

¹²⁵ P. J. BRILLON (n. 55), tom. 5, sous le mot 'préférence', n° 2, p. 293, et sous le mot 'privilège', n° 26, p. 493; C. LE PRESTRE (n. 15), 1ère cent., ch. 90, n° 19, p. 287; G. DU ROUSSEAUD DE LACOMBE (n. 52), 2ème part., sous le mot 'préférence', n° 1, p. 64; et C. DUPLESSIS, Traitez sur la coutume de Paris, Paris 1699, tit. 8, liv. 2, art. 177, n. 1, p. 354. Selon d'autres interprètes comme M. A. LAMY, Coutumes des bailliage et prévosté du duché d'Estampes, Paris 1720, art. 167, p. 395; G. LOUET et J. BRODEAU (n. 11), tom. 2, lett. P, somm. 19, n° 6, p. 309; ou J. BRODEAU (n. 52), art. 176, p. 430, l'arrêt concernerait un vendeur au comptant.

¹²⁶ Cité par G. LOUET et J. BRODEAU (n. 125).

¹²⁷ Cité par C. DE FERRIERE, Corps et compilation... (n. 2), tom. 2, art. 177, n° 7, p. 268; G. LOUET et J. BRODEAU (n. 125); et par G. DU ROUSSEAUD DE LACOMBE (n. 52), 2ème part., sous le mot 'vente', sect. 4, par. 8, p. 372.

¹²⁸ Cité par C. DE FERRIERE, Corps et compilation... (n. 2), tom. 2, art. 177, n° 7, p. 268; G. DU ROUSSEAUD DE LACOMBE (n. 52), p. 371; G. LOUET et J. BRODEAU (n. 125); et J. DE LALANDE (n. 111).

revendication du vendeur au comptant.¹²⁹ A l'inverse un arrêt de principe de la Cour de Parlement de Paris du 26 novembre 1620 donna préférence au bailleur sur le vendeur à crédit pour des meubles meublants entreposés par le locataire et ayant donné l'illusion de sa solvabilité,¹³⁰ ce que suivit constamment la pratique normande, par un arrêt du 7 juillet 1651, donnant priorité au bailleur du domaine sur le vendeur impayé d'une charrette saisie sur celui-ci, des 16 mai 1664, 7 août 1666, 18 janvier 1667, accordant rangs préférables à des bailleurs de locaux commerciaux loués à des cabaretiers sur des vendeurs impayés de vin, un du 1er sept. 1666 accordant préférence au bailleur d'immeuble sur un marchand de cuirs impayés. En Normandie, non seulement les loyers impayés sont garantis par le privilège, mais encore les dommages-intérêts dûs pour déprédations dans l'immeuble loué.¹³¹ *B. Auzanet*¹³² semble interpréter le plus fidèlement la jurisprudence coutumière en donnant préférence au vendeur impayé uniquement dans la vente au comptant.

Il convient ainsi de prendre ses distances avec la brillante thèse de *C. de Ferrière* soutenant que dans la vente à crédit le vendeur est colloqué à un ordre préférable à celui du bailleur quand les objets sont restés peu de temps dans les locaux.¹³³ Par contre quand les objets seraient restés un certain moment dans les lieux le bailleur pourrait les saisir pour les faire vendre sans pouvoir être inquiété par le vendeur. Cette opposition semble être fondée sur l'apparence de solvabilité conférée au locataire par la possession prolongée des meubles considérés comme lui appartenant, l'auteur parlant de « confirmation de gage ». *C. de Ferrière* rajoute qu'il faudrait aussi distinguer selon la date d'acquisition du meuble impayé par le locataire. S'il a été acheté avant l'entrée dans les lieux du locataire, le bailleur a pu considérer que ce meuble faisait partie des sûretés garantissant le paiement des loyers. S'il a été acquis ensuite, le bailleur ignorant généralement les changements affectant les meubles de son locataire n'a pas pu le compter dans ses garanties. Ce critère annexe semble peu solide,

¹²⁹ R. J. POTHIER, *Coutumes...* (n. 37), tit. 19, chap. 1, art. 2, par. 2, n° 40, p. 708; et tit. 20, art. 456, p. 784.

¹³⁰ G. DU ROUSSEAUD DE LACOMBE (n. 52), p. 371; B. AUZANET (1591-1673), *Œuvres* contenant les notes sur la coutume de Paris, Paris 1708, art. 177.

¹³¹ H. BASNAGE (n. 113).

¹³² B. AUZANET (n. 130), lib. 1, ch. 29, art. 171.

¹³³ C. DE FERRIERE, *Nouveau commentaire...* (n. 2), tom. 1, art. 177, p. 370; *Corps et compilation...* (n. 2), tom. 2, art. 177, n° 8, p. 268.

l'époque d'achat du meuble, ou celle de son introduction dans les lieux, n'influant pas sur l'éventuelle connaissance par le bailleur de sa présence dans ses locaux. Ces deux distinctions sont étrangères aux textes et à la jurisprudence. L'auteur est plus proche de la vérité quand, se contredisant, il reconnaît que le gage du bailleur affecte exclusivement les biens dont le locataire a la pleine propriété, ce qui est le cas de ceux vendus à terme.¹³⁴

La proposition de *J. Bacquet* prévoyant une distribution du prix du meuble impayé entre le vendeur et le bailleur au prorata du temps où le meuble est resté dans les lieux et de l'espace qu'il y a occupé est trop spécieuse¹³⁵ pour avoir été suivie par la jurisprudence.¹³⁶

Le vendeur à terme impayé perd son privilège quand il n'a pas fait opposition à la vente forcée du bien. Il doit agir avant que les enchères ne soient engagées.¹³⁷ Son opposition sur les deniers entre les mains de l'officier de Justice ne lui accorde pas de droit de préférence.¹³⁸ Il viendra alors à contribution au sol la livre sur le reliquat après désintéressement des premiers saisissants,¹³⁹ au motif que la vente judiciaire purge le tout, et non pas au motif que la chose n'est plus entre les mains de l'acheteur, puisque la perte du privilège intervient aussi en matière immobilière où pourtant le vendeur a un droit de suite.

Le privilège n'est pas opposable au fisc qui saisirait les marchandises vendues à crédit pour retard de paiement d'impôt, ou pour fraude fiscale de l'acheteur, selon un arrêt de la Cour des Aydes du 5 juin 1598. Par exemple, le vendeur à crédit ne pourrait pas exercer son privilège sur le prix de la vente judiciaire d'un véhicule ou de tonneaux qui auraient servi à faire la contrebande de sel. S'agissant par contre d'un vendeur au comptant, la revendication des biens serait possible, contrairement au droit romain qui l'interdisait.¹⁴⁰

¹³⁴ C. DE FERRIERE, Corps et compilation... (n. 2), tom. 2, art. 177, n° 8, p. 268.

¹³⁵ Remarque faite aussi par C. DE FERRIERE, Corps et compilation... (n. 2), tom. 2, art. 177, n° 8, p. 268.

¹³⁶ J. BACQUET (n. 55), ch. 21, n° 279, p. 190-191.

¹³⁷ C. THOURETTE (n. 37); J. DE MONTHOLON (n. 55); J. BRODEAU (n. 52), art. 177, p. 433, citant le fameux arrêt du 12 avril 1588.

¹³⁸ J. BACQUET (n. 55), ch. 21, n° 409, p. 229; ch. 21, n° 279, p. 190. Jurisprudence contraire du Parlement de Rouen avec un arrêt du 13 janvier 1655, autorisant l'opposition lors de la discussion des deniers, et la collocation prioritaire du vendeur, cité par H. BASNAGE (n. 13), 1ère part., ch. 14, p. 67.

¹³⁹ C. THOURETTE (n. 37).

¹⁴⁰ D. 42, 5, 34; C. DE FERRIERE, Corps et compilation... (n. 2), tom. 2, art. 176, n° 25, p. 263; A. MORNAC (n. 55), comment. du D. 19, 2, 61 par. 1.

Au vendeur de meubles est assimilé l'artisan l'ayant façonné quand le coût de son intervention est supérieur à celui de la marchandise qui lui a été confiée par le maître d'ouvrage qui en était propriétaire. Par exemple les teinturiers sur soie C. Hugalès et J. Belichon de Lyon, ainsi que H. Levacher et N. Janot de Paris, eurent privilège pour une facture à terme de 5127 livres, au détriment des autres créanciers, sur la vente judiciaire des soies teintées pour le compte de P. Lambert et A. Baussan, propriétaires légitimes des tissus.¹⁴¹ Dans le même exemple si les tissus avaient été vendus au comptant ou à crédit pas des tiers au maître d'ouvrage qui ensuite les aurait confiés au teinturier, le changement de couleur n'étant pas assimilé à un changement de forme ou de nature,¹⁴² la revendication ou le privilège profiterait aux vendeurs impayés de la matière première, le teinturier n'étant qu'un créancier chirographaire. En cas de transformation de la substance de la chose par l'artisan, aucune revendication ou privilège ne pourrait être accordé, ni au vendeur au comptant ou impayé de la matière première, ni au locateur d'ouvrage. Tous viendraient à contribution au marc le franc.¹⁴³ La vente à livrer dans laquelle le locateur d'ouvrage fournit la matière première est aussi assimilée à une vente. Le privilège pourrait s'exercer même en cas de changement de forme ou de substance de la chose puisque ces mutations sont opérées par leurs soins.

Titre 3

Les effets du privilège du vendeur impayé

Chapitre 1 : Effets communs aux meubles et immeubles

Par un certain paradoxe sémantique, le gage ou hypothèque tacite prit le nom de clause de réserve du domaine,¹⁴⁴ *reservatio domi-*

¹⁴¹ Arrêt parisien du 4 juillet 1645 confirmant une sentence du prévôt de Paris, cité par C. DE FERRIERE, Corps et compilation... (n. 2), tom. 2, art. 176, n° 26, p. 263-264.

¹⁴² D. 41, 1, 26 par. 3.

¹⁴³ C. DE FERRIERE, Corps et compilation... (n. 2), tom. 2, art. 176, n° 29, p. 264.

¹⁴⁴ Même dérive linguistique dans l'*usus modernus pandectarum* allemand des XVII^e-XVIII^e siècles où l'expression *pactum reservati dominii* ne désigne qu'un privilège opposable à la masse des créanciers de l'acheteur. Voir A. LEYSER (1683-1752), *Meditationes ad Pandectas*, tom. 7, Leipzig 1737, quest. 479, « De his qui jure dominio in concursu creditorum veniunt, chap. 5, p. 475; chap. 7, p. 477, avec un arrêt de la Cour d'appel de Wittemberg en Saxe de juin 1716, confirmant que le vendeur sous réserve de propriété conserve son privilège sur les autres créanciers, même quand les

nii,¹⁴⁵ ou de clause de précaire, avec l'effet non pas de suspendre le transfert de propriété et de permettre au vendeur à terme impayé de revendiquer sa chose, mais de lui donner privilège.¹⁴⁶

Les post-glossateurs avaient pourtant perçu l'utilité d'une véritable clause de réserve de propriété dans les ventes à terme comme le montre *Giovanni d'Andrea* (mort en 1348) l'élève de Guillaume Durantis,¹⁴⁷ alors que Durantis lui-même, comme nous l'avons vu, n'avait plaidé que pour l'admission du privilège du vendeur impayé. Le jurisconsulte saxon *A. Gaill*¹⁴⁸ note en cas de faillite de l'acheteur l'avantage à revendiquer le bien, plutôt qu'à en suivre le prix, même avec privilège. *Ch. Dumoulin* préconise lui, à condition qu'elle ne masque pas un pacte usuraire, une vente assortie d'un pacte de réserve de propriété et

termes du remboursement ne sont pas encore échus; J. N. HERTIUS, *Commentationum atque opusculorum... ex jurisprudentia*, tom. 2, Francfort 1737, 3ème part. *Disquisitio de reservatione domini vel hypotheca in re vendita*, sect. 1, par. 15, p. 94; J. FR. LUDOVICI (1671-1723), *Einleitung zum Concurs-Process*, Halle 1723, chap. 9, par. 3, n. 7; J. BRUNNEMANN (n. 36); E. VON SCHWIND, *Wesen und Inhalt des Pfandrechts*, Jena 1899, p. 32. G. SCHIEMANN (n. 3), p. 165, 199, cite un règlement du 2 novembre 1611 du margraviat d'Oberlausitz en Bohême confondant privilège et pacte de réserve de propriété. Le même auteur dans *Pendenz und Rückwirkung der Bedingung*, Cologne 1973, p. 75, n. 60, et p. 121, montre qu'un siècle plus tard, le Code civil de Saxe de 1863, par. 292, continue à donner ce sens de gage privilégié à l'expression de réserve de propriété. A. LEYSER, loc. cit. rajoute que le Code de procédure civile de Saxe de 1724, tit. 42, par. 7, consacrant une coutume antérieure, assimile aussi réserve de propriété et hypothèque privilégiée.

¹⁴⁵ G. L. M. CASAREGIS (n. 52), tom. 2, n° 179, n. 29, p. 2, distingue les pays de droit écrit qui n'admettent pas encore la clause tacite de réserve de domaine, c'est à dire le privilège, en faveur du vendeur à crédit, des coutumes qui la sous-entendent. Voir H. LEVY-BRUHL, « Etude historique sur la revendication du vendeur de meubles en matière de faillite », dans: *Annales de droit commercial et industriel, français, étranger et international* 47 (1938), p. 296, n. 1.

¹⁴⁶ P. J. BRILLON (n. 55), tom. 6, sous le mot 'vente', n° 45, p. 838; et J. TRONCON (n. 117), art. 171, sous le titre 'premiers payez', se référant à l'art. 177, avec un arrêt parisien de 1604 ayant autorisé un vendeur impayé de vin à crédit à retirer celui-ci de la saisie générale des biens de son acheteur, et à se faire payer en priorité sur sa vente judiciaire.

¹⁴⁷ GIOVANNI D'ANDREA, *Additiones ad Speculum judiciale Guillelmi Duranti*, Basel 1574, lib. 4, pars 3, de emptione et venditione, par. Sciendum, n. 1: « Ob hanc causam bonum est consilium venditori rem non tradere nisi pretio toto soluto, cum nec ad id teneatur... » (il s'agit d'éviter un refus de restituer la chose ou d'en payer le prix par un acheteur menacé d'éviction par un tiers, selon les D. 18, 6, 18 par. 1 et C. J. 8, 44, 24). A la n. 7 l'auteur préconise une clause de réserve de propriété jointe à une tradition précaire: « Sed an posset sibi providere hoc pacto de dominio retinendo, donec totum pretium sit solutum, prima vice videtur emptionem non valere, D. 18, 1, 80 par. 3... ». Cité par E. SANDMANN (n. 9), p. 15; et par G. SCHIEMANN (n. 3), p. 174.

¹⁴⁸ A. GAILL (n. 58), lib. 2, observ. 15, n. 10: « ... in concursu creditorum venditor... rem ut suam vindicare poterit... », cité par G. SCHIEMANN (n. 3), p. 200.

d'une location de la chose jusqu'à ce que le prix en ait été entièrement payé.¹⁴⁹

Le meuble impayé est considéré comme un gage sans dépossession détenu par l'acheteur à titre précaire pour le compte de son créancier, l'immeuble est assimilé à un fonds hypothéqué.¹⁵⁰ Le créancier non payé à échéance peut donc faire vendre judiciairement le bien avec droit de préférence. Ce privilège emporte aussi droit de retrait, *Absonderungsrecht*, à ne pas confondre avec un droit réel de suite ou de distraction, *Aussonderungsrecht*.¹⁵¹ Il autorise le vendeur impayé à faire opposition à la saisie et à la vente judiciaire du bien opérées par des créanciers même antérieurs, mais non privilégiés par rapport à lui. L'opposant fait vendre la chose impayée à son seul profit, à concurrence des sommes qui lui sont dues.¹⁵² Le vendeur impayé qui ne formerait pas son opposition jusqu'à la clôture de l'état du décret des biens de son débiteur perdrait son privilège, le décret sans opposition purgeant celui-ci.¹⁵³

Le privilège englobe non seulement le capital, mais encore les intérêts dûs. Sans qu'il soit besoin de stipulation expresse, le droit écrit considère que la créance du bien vendu à terme emporte intérêt au

¹⁴⁹ CH. DUMOULIN (n. 2), tom. 2, *Tractatus contractuum...*, quest. 78: « venditor potest rei venditae simplicem possessionem et fructum emptori locare ad diem solutae pecuniae », p. 502.

¹⁵⁰ C. A. MERLIN (n. 3), tom. 10, sous les mots 'privilège de créance', p. 8, 9.

¹⁵¹ G. DU ROUSSEAU DE LACOMBE (n. 52), p. 371-372; N. PESNELLE, *Coutume de Normandie expliquée*, Rouen 1759, ch. 22, art. 578, p. 587, n. 1; et P. J. BRILLON (n. 55), tom. 6, sous le mot 'vente', n° 33, p. 836, désignent abusivement comme distraction l'action du vendeur à terme pour faire vendre séparément le bien saisi par les créanciers de son acheteur. Il faut entendre par 'distraction', opposition à saisie et action réelle pétitoire en revendication, voir C.-J. DE FERRIERE, *Dictionnaire de droit...* (n. 108), tom. 1, sous le mot 'distraction', p. 702.

¹⁵² ST. GRATIANUS, *Disceptionum forensium judiciorum*, tom. 3, Francfort 1619, disc. cap. 523, n°s 19 et 20; P. STOCKMANS (1608-1671), *Decisionum curiae Brabantiae sesqui-centuria*, Bruxelles 1670, décis. 93, « Venditor quando praeferatur caeteris creditoribus in re vendita et tradita »; C. A. MERLIN (n. 3), tom. 9, sous le mot 'prescription', sect. 1, par. 6, art. 4, 'du précaire', in fine, p. 526; E. BILLON, *Coutume du comté et bailliage d'Auxerre*, Paris 1693, « des rentes et créées », art. 130, p. 263; A. DESPEISSES (n. 80), tom. 1, part. 1, tit. 'Achats et ventes', n° 19, p. 77-78; J. BOUCHEUL (n. 90), tom. 2, tit. 15, art. 405, n° 21, p. 673; J. BACQUET (n. 138); S. D'OLIVE DU MESNIL (n. 2), éd. de Toulouse 1655, liv. 2, ch. 17, p. 228; liv. 4, ch. 10, p. 350; liv. 4, ch. 21, p. 380; C. HENRYS (1615-1662), *Oeuvres contenant son recueil d'arrêts remarquables donnés en la Cour de Parlement de Paris*, tom. 1, Paris 1708, liv. 4, chap. 6, quest. 107, p. 436; L. CHARONDAS LE CARON, *Responses...* (n. 51), liv. 7, quest. 109, p. 639-640; J. BOUGUIER (n. 7); N. PESNELLE (n. 151), ch. 22, art. 592, p. 604.

¹⁵³ N. PESNELLE (n. 151), ch. 22, art. 578, p. 587, n. 1.

taux légal.¹⁵⁴ La même présomption peut être étendue au droit coutumier.

Les intérêts échus, depuis l'acte de vente s'ils sont stipulés, ou depuis l'introduction de l'instance s'ils sont légaux,¹⁵⁵ sont colloqués au même rang que le capital impayé, sauf à Toulouse où, contrairement à la raison écrite,¹⁵⁶ et selon certains interprètes, ils ne seraient colloqués qu'après tous les capitaux dûs par le débiteur, même envers des créanciers non privilégiés,¹⁵⁷ ce que contestent d'autres commentateurs.¹⁵⁸

Si les sommes produites par la vente judiciaire de la chose ne le désintéressent pas totalement, le vendeur reste pour le reliquat créancier non privilégié sur les autres biens du débiteur.¹⁵⁹ Si au contraire elles le remboursent intégralement, le surplus du produit de la vente judiciaire se partage entre les autres créanciers. La licitation est distincte de celle des autres biens en distribution de l'acheteur. C'est à dire que le vendeur peut soit se faire colloquer au premier rang de la distribution du prix de la chose vendue spécialement à son profit par les syndics, soit confier le bien à un commissaire-priseur de son choix afin qu'il procède à une vente spéciale de la chose.

Le vendeur privilégié doit supporter les frais de la procédure de décret intentée par les autres créanciers non privilégiés, au prorata du montant de sa créance, ces frais bénéficiant d'un superprivilège antérieur au sien.¹⁶⁰

Le vendeur impayé peut demander judiciairement à « rentrer », à « recouvrer », c'est à dire à être remis en possession de son bien, après mainlevée de la saisie des autres créanciers, en « offrant », consignait à

¹⁵⁴ J. DE CATELLAN (n. 80), liv. 5, ch. 31, p. 281, avec un arrêt du Parlement de Toulouse du 5 avril 1680.

¹⁵⁵ C. J. 4, 54, 5; F. BOURJON (n. 111), tom. 1, liv. 3, tit. 2, ch. 3, sect. 2, n° 9, p. 461; tit. 4, ch. 7, sect. 3 à 8, p. 476-477.

¹⁵⁶ C. J. 4, 32, 2; C. J. 8, 18, Qui pot., 2; 7 et 9.

¹⁵⁷ B. DE LAROCHE-FLAVIN (n. 78), liv. 6, tit. 54, arrêts 1 et 2, p. 463 et 464, avec un arrêt toulousain du 8 oct. 1597; J. DE CATELLAN (n. 80), tom. 2, liv. 6, chap. 4, p. 391, avec les arrêts toulousains du 13 mars 1693 et 18 mars 1699; A.-A. LEDRU-ROLLIN (1807-1874), Journal du Palais. Répertoire général... de 1791 à 1845, tom. 10, Paris 1845, 2ème part., mot 'privilège', ch. 4, sect. 1, art. 3, n° 449, p. 671.

¹⁵⁸ C. SERRES, Les institutions du droit français suivant l'ordre de celles de Justinien, Paris 1753, liv. 2, tit. 1, par. 41, p. 130; G. DU ROUSSEAUD DE LACOMBE (n. 52), p. 372; S. D'OLIVE DU MESNIL (n. 2), liv. 4, ch. 21, p. 380; A. DESPEISSES (n. 80), tom. 1, tit. 1, 'achats et ventes', n. 3, p. 25-26.

¹⁵⁹ C. POCQUET DE LIVONNIERE (1652-1726), Règles du droit françois, Paris 1744, liv. 4, ch. 4, sect. 2, art. 6, p. 442.

¹⁶⁰ H. BASNAGE (n. 13), avec des arrêts normands des 17 mai 1634 et 13 janvier 1655.

leur profit, les sommes qui leur sont dues. Le vendeur peut exercer alors un véritable droit de rétention en garantie de toutes ses créances sur l'acquéreur, prix impayé et dépôt de caution, en profitant des fruits de la chose vendue. Il peut faire annuler la vente, ou en poursuivre l'exécution si l'acquéreur est revenu à meilleure fortune. Ce désintéressement des autres créanciers est plus avantageux que l'exercice du privilège, quand le remboursement aux tiers porte sur des sommes peu importantes, et quand la vente judiciaire séparée du bien semble incapable d'atteindre le reliquat du prix.¹⁶¹ Le vendeur qui a offert aux autres créanciers les sommes qui leur étaient dues n'est pas privilégié pour leur remboursement par l'acquéreur. Le délaissement par l'acquéreur n'étant ni une résolution rétroactive, ni une revente, des droits simples de lods et ventes, généralement déjà versés, sont dûs au seigneur censivier, et non des doubles.¹⁶²

Quoique *B. Auzanet*¹⁶³ prétende que l'art. 177 de la coutume de Paris dans sa formule «... le vendeur peut empêcher la vente, et est préféré sur la chose aux autres créanciers», contienne une contradiction puisqu'on ne peut pas exercer un privilège sans vente du bien, il est évident qu'il s'agit d'une opposition à une vente organisée par d'autres créanciers de l'acheteur, afin soit d'organiser une vente distincte, soit d'être payé par priorité sur le prix provenant de la licitation de la chose dans cette même vente.¹⁶⁴

Si les créanciers saisissants offrent de désintéresser le vendeur en cautionnant à son profit la somme due, celui-ci peut préférer les laisser organiser la vente des biens de son acheteur, étant garanti à la fois par cette caution, la présence d'un tiers gardien, et son privilège légal sur le bien vendu.¹⁶⁵ Ces créanciers non privilégiés peuvent aussi préférer

¹⁶¹ G. DU ROUSSEAUD DE LACOMBE (n. 52), et 1^{ère} part., sous le mot 'créancier', n° 12, p. 154.

¹⁶² Arrêt parisien du 8 janvier 1627 in M. DUCHEMIN (n. 119), tom. 7, Paris 1754, sup., p. 18; et P. BARDET (1591-1685), Recueil d'arrests du Parlement de Paris, Paris 1690, liv. 2, ch. 96, p. 284; arrêts toulousains des 5 juin 1632 et 18 mars 1633 in S. D'OLIVE DU MESNIL (n. 2), liv. 2, chap. 17, p. 228.

¹⁶³ B. AUZANET (n. 130), art. 177: «... le vendeur de meubles peut empêcher la vente et néanmoins l'article porte au même endroit qu'il est préféré aux autres, ce qui implique une espèce de contradiction, car la préférence donnée par la coutume présuppose un ordre et distribution et la distribution ne peut être faite du prix d'une chose si elle n'a pas été vendue auparavant».

¹⁶⁴ C. DE FERRIERE, Corps et compilation... (n. 2), tom. 2, art. 177, n° 9-10, p. 268-269; H. LEVY-BRUHL (n. 145), p. 314.

¹⁶⁵ E.-N. PIGEAU (n. 123), tom. 1, liv. 2, 4^{ème} part., tit. 2, chap. 3, art. 2, p. 619-620, et art. 3, p. 633.

lever l'opposition du vendeur impayé en lui réglant le prix qui lui restait dû par son acheteur, mais c'est plutôt en matière de clause résolutoire que cette faculté présente pour eux un intérêt en leur permettant de retenir le bien.¹⁶⁶

Chapitre 2 : Effets particuliers en matière mobilière

Le droit écrit, et toutes les coutumes, même celles qui ne l'énoncent pas expressément,¹⁶⁷ s'accordent pour reconnaître que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque.¹⁶⁸

Suivant cette règle passée à l'art. 2119 C. civ., le vendeur ayant transféré la propriété du meuble ne dispose d'une créance privilégiée en paiement du prix que si la chose est encore entre les mains de l'acheteur,¹⁶⁹ ce que confirment trois arrêts de la Cour du Parlement de

¹⁶⁶ C. A. MERLIN (n. 3), tom. 10, sous les mots 'privilège de créance', p. 26. Selon G. DU ROUSSEAUD DE LACOMBE (n. 52), 2ème part., sous le mot 'vente', sect. 4, par. 8, p. 372, l'arrêt précurseur de 1581 aurait autorisé les créanciers saisissants à « assurer de son dû » le vendeur à terme opposant. Voir J. BRODEAU (n. 52), art. 177, n° 7, p. 435; G. LOUET et J. BRODEAU (n. 11), lett. P, somm. 19, n° 19, p. 312.

¹⁶⁷ Parmi les coutumes y consacrant un article, citons celle de Paris, art. 170, dans C. DE FERRIERE, Nouveau commentaire... (n. 2), tom. 1, art. 177, p. 369, et J. BACQUET (n. 55), ch. 21, n° 278, p. 190; celle d'Orléans, art. 447, dans R. J. POTHIER, Coutumes... (n. 37), p. 780; celle du duché de Bourgogne, tit. 5, art. 4, dans P. TAISAND (n. 65), p. 301; celle d'Etampes, ch. 5, art. 69, commentée par M.-A. LAMY (n. 125), p. 147; celle du Bourbonnais, ch. 13, art. 116, dans M. AUROUX DES POMMIERS (n. 2), tom. 1, p. 171 et 174 n° 17; celle d'Auxerre, tit. 5, art. 129, commentée par E. BILLON (n. 152), p. 261; celle de Troyes, art. 72, dans L. LEGRAND (n. 67); celle d'Angers, art. 421, commentée par R. CHOPPIN, De jurisdictione andegava... (n. 14); celle de Montfort-l'Amaury, art. 71, commentée par C. THOURETTE (n. 37), p. 115 et 393.

¹⁶⁸ G. COQUILLE, Questions et réponses... (n. 70), quest. 63, p. 209; Commentaires... (n. 70), ch. 32, art. 1, p. 370; P. GUENOYS (1520-1600), La conférence des coutumes tant générales que locales et particulières du royaume de France, Paris 1596, tit. 8, « des arrêts, exécutions et gageries », sous art. 170 de la coutume de Paris, p. 511; C. DUPLESSIS, Traitez... (n. 125), tit. 8, liv. 2, art. 170, p. 350.

¹⁶⁹ F. HOTOMAN (1524-1590), Consilia tum in civilibus, tum in criminalibus causis exposita, Genève 1596, chap. 28, p. 152; B. DE LAROCHE-FLAVIN (n. 78), liv. 2, tit. 4 « hypothèques », arrêt n° 5, p. 158-159; P. DE BROSSES (n. 52), tom. 2, liv. 8, tit. 3, déc. 12, p. 226; liv. 7, tit. 10, déc. 37, p. 173, sur la prescription de ce droit au bout de dix ans; G. ARGOU (n. 2); C. SERRES (n. 158), liv. 2, tit. 1, par. 41, p. 131; L. D'HERICOURT (1687-1753), Traité de la vente des immeubles par décret, Paris 1727, chap. 11, sect. 2, n° 39; G. DU ROUSSEAUD DE LACOMBE (n. 166); P. PITHOU (n. 67); R. J. POTHIER, Traité du droit de propriété, p. 434, n° 242; J. DOMAT (n. 5), tit. 1, liv. 3, sect. 5, n° 4, p. 208; J. TRONCON (n. 117), comment. de l'art. 177 sous les mots 'sur le débiteur'; J. BOUCHEUL (n. 90), tom. 2, tit. 15, art. 405, n° 6-13, p. 672; CH. LOYSEAU (n. 29), liv. 3, ch. 8 n° 16, p. 279; A. MORNAC, In libros Codicis secundum, tertium et quartum observationes, Paris 1619, comment. du C. J. 4, 54, 6, p. 886.

Paris, des 10 mars 1587, 10 mars 1605,¹⁷⁰ et 10 mars 1615.¹⁷¹ Le vendeur à terme impayé ne peut ni saisir entre les mains du tiers possesseur de bonne foi le meuble pour le revendiquer, ou le faire vendre judiciairement sur sa tête, ni réclamer une préférence sur le prix de cette vente forcée.¹⁷²

En cas d'aliénation du meuble par son premier acquéreur le vendeur doit se contenter de saisir-arrêter entre les mains du sous-acquéreur de bonne foi le prix dû au revendeur, s'il ne lui a pas encore été versé.¹⁷³ Le privilège n'est reporté par subrogation réelle ni sur le prix de revente versé au premier acheteur, ni sur la chose acquise par lui avec les sommes provenant de la revente de la chose impayée.¹⁷⁴ *R. Choppin*¹⁷⁵ prétend que la coutume de Lorraine autorise en cas de vente entre commerçants le vendeur à suivre la chose auprès de tiers-détenteurs eux aussi commerçants, mais il est possible que le statut ne concernât que la vente au comptant.¹⁷⁶

*F. de Boutaric*¹⁷⁷ note une erreur de *J. de Catellan*,¹⁷⁸ accordant au vendeur à terme de meuble impayé un droit de suite entre les mains de

¹⁷⁰ Cités par J. BERAULT et al. (n. 3), tom. 1, art. art. 5, p. 96; tom. 2, art. 504, p. 431, et art. 593, p. 678; P. J. BRILLON (n. 55), tom. 5, sous le mot 'préférence', n° 2, p. 293; C. LE PRESTRE (n. 15), 1ère cent., chap. 90, n° 18, p. 287, et 4ème cent., chap. 5, p. 698; G. LOUET et J. BRODEAU (n. 11), tom. 2, lett. P, somm. 19, n° 3, p. 308; R. CHOPPIN, *De civilibus Parisiorum* (n. 4); *De jurisdictione andegava...* (n. 14); CH. LOYSEAU (n. 169); P. PITHOU (n. 67); G. DU ROUSSEAU DE LACOMBE (n. 52), 2ème part., sous le mot 'préférence', n° 1, p. 64, sous le mot 'vente', sect. 4, par. 8, p. 373; et C. DE FERRIERE, *Corps et compilation...* (n. 2), tom. 2, art. 177, n° 4, p. 267.

¹⁷¹ Cité par P. J. BRILLON (n. 55), tom. 3, sous le mot 'hypothèque', n° 49, p. 666; et B. AUZANET (n. 130), art. 176.

¹⁷² J. BACQUET (n. 55), ch. 21, n° 279, p. 190; M. AUROUX DES POMMIERS (n. 2), tom. 1, art. 116, n° 12, p. 173; H. BASNAGE (n. 13), 1ère part., chap. 14, p. 67-68, avec un arrêt du Parlement de Rouen du 2 juin 1655.

¹⁷³ A. LAPEYRERE (n. 75): « Que si le meuble est vendu au crédit, et qu'il se trouve ès mains du second acheteur, le privilège aura lieu en faveur du premier vendeur sur le prix qui est ès mains du second acheteur. Voire même j'ai vu juger qu'encore bien que le second acheteur eût disposé du meuble, le premier vendeur a privilège sur le prix qui est encore ès mains du second acheteur ».

¹⁷⁴ C. LE PRESTRE (n. 15), 4ème cent., chap. 5, p. 698; R. CHOPPIN, *De civilibus Parisiorum...* (n. 4), liv. 3, tit. 2, n° 8, p. 447.

¹⁷⁵ R. CHOPPIN, *De civilibus Parisiorum...* (n. 4).

¹⁷⁶ Tit. 16, des cens, art. 17.

¹⁷⁷ F. DE BOUTARIC (n. 76), liv. 2, tit. 1, par. 41, p. 159.

¹⁷⁸ J. DE CATELLAN (n. 80), tom. 2, liv. 5, ch. 33, « si les meubles peuvent être suivis par hypothèque », p. 285: « Je crois que bien que le vendeur ait donné terme ou exigé des cautions, il peut toujours suivre les meubles entre les mains d'un tiers lorsque dans la vente il y a réservation du précaire. Cette réservation marque suffisamment qu'il n'a pas voulu se confier à la bonne foi de l'acheteur, et il a par là une hypothèque spéciale et privilégiée telle que l'a le vendeur qui n'a point donné de terme ».

tiers acquéreurs de bonne foi sur la chose cédée sous réserve de précaire. Quoique le précaire désignât en droit écrit le privilège exprès ou légal du vendeur impayé, il n'est pas impossible que Catellan l'ait entendu comme clause de réserve de propriété, ce qui était son sens originel en droit romain.¹⁷⁹

L. Charondas Le Caron¹⁸⁰ constate une semblable confusion chez G. de Maynard¹⁸¹ attribuant le même droit réel de distraction à un vendeur à terme d'immeuble. Cette apparente méprise est peut être à mettre sur le compte d'une opinion *de lege ferenda* de l'auteur pour faire reconnaître par le droit écrit la clause commissoire tacite, l'explication pouvant aussi être étendue à Catellan. L'admission du pacte commissoire permettrait au vendeur à terme, après avoir fait constater judiciairement la résolution de la vente, d'agir ensuite en revendication. Suivant fidèlement le droit romain, le droit toulousain n'admet en effet la *lex commissoria* que si elle est expresse.¹⁸²

Le privilège est soumis à d'autres conditions. La chose doit pouvoir être identifiée, le vendeur impayé disposant d'une action *ad exhibendum* pour empêcher le détournement du bien impayé et pour en faire constater l'identité.¹⁸³ Deux arrêts du Parlement de Toulouse des 26 février 1633,¹⁸⁴ et de juin 1705,¹⁸⁵ refusèrent le privilège sur des marchandises encore entre les mains de l'acheteur, mais confondues et méconnaissables. Un arrêt du Parlement de Paris du 10 mars 1605 dénia le privilège à un premier vendeur sur le prix de solives de bois dû par un sous-détenteur à l'acheteur initial, au double motif qu'elles étaient mêlées depuis à d'autres poutres et en la possession de ce tiers acquéreur.¹⁸⁶

¹⁷⁹ Il est vrai que J. DE CATELLAN (n. 80), tom. 2, liv. 5, ch. 30, p. 280, et liv. 6, ch. 4, p. 388, emploie le terme de précaire dans le sens de privilège du vendeur à terme impayé.

¹⁸⁰ L. CHARONDAS LE CARON (n. 152).

¹⁸¹ G. DE MAYNARD (n. 79), liv. 2, ch. 45.

¹⁸² F. DE BOUTARIC (n. 76), liv. 3, tit. 24, p. 479; C. SERRES (n. 158), liv. 3, tit. 24, p. 496; J. DE CATELLAN (n. 80), tom. 2, liv. 5, 'des contrats', chap. 20, 'si le pacte commissoire a lieu dans les ventes', p. 254-255.

¹⁸³ L'art. 444 de la coutume d'Orléans n'admet pas l'action à fin d'exhiber. Son art. 454 oblige le créancier à se renseigner par lui-même sur le lieu de dépôt des meubles.

¹⁸⁴ Cité par G. DU ROUSSEAUD DE LACOMBE (n. 52), 2ème part., sous le mot 'vente', sect. 4, par. 8, p. 371; et S. D'OLIVE DU MESNIL (n. 2), liv. 4, ch. 10, p. 352.

¹⁸⁵ Cité par F. DE BOUTARIC (n. 76), liv. 2, tit. 1, par. 41, p. 159.

¹⁸⁶ Cité par L. BOUCHEL (1559-1629), La bibliothèque, ou Thrésor du droict françois, tom. 1, Paris 1615, sous le mot 'hypothèque'; C. LE PRESTRE (n. 15), 1ère cent., ch. 90, n° 18, p. 287; G. DU ROUSSEAUD DE LACOMBE (n. 52), 2ème part., sous le mot 'préférence',

La chose vendue à terme ne doit pas avoir changé de nature, le blé devenu farine, le tronc d'arbre planche de bois, les planches table, la laine drap, le porc charcuterie, le lingot d'or bijou, ou être mêlée et confondue avec une autre sans pouvoir en être détachée.¹⁸⁷ Du moment que *singula corpora in sua substantia durant*, ou *in sua specie permanserit*, sa forme peut avoir subi quelque modification,¹⁸⁸ ce qui n'est pas le cas dans la revendication du meuble vendu au comptant, où tout changement de forme empêche la rentree.¹⁸⁹ Le privilège ne suit la chose que dans son état originel, les améliorations et plus-values apportées à celle-ci sont réparties entre les créanciers colloqués selon leurs rangs.¹⁹⁰ Pour

n° 1, p. 64, et sous le mot 'vente', sect. 4, par. 8, p. 373; et P. J. BRILLON (n. 55), tom. 3, sous le mot 'hypothèque', n° 48, p. 667.

¹⁸⁷ Selon J. CUJAS, *Operum priorum quae de jure fecit*, tom. 3, *Observationum et emendationum*, liv. 23, ch. 22, p. 732-733, « An mutatione rei pignaratae, pignus finiatur », conciliant entre elles diverses lois du Digeste relatives au changement d'objet dans le legs, l'usufruit, le gage, l'hypothèque, seule la mutation de nature nuit au jus ad rem, comme aux D. 7, 4, 10; D. 13, 7, 18 par. 3; D. 32, 88; D. 32, 57; D. 41, 1, 7 par. 7; par. 10; D. 41, 1, 26 pr.; D. 46, 3, 98 par. 8. Par contre, selon les D. 13, 7, 21; D. 20, 1, 16 par. 2; D. 20, 1, 29 par. 2; D. 30, 44 par. 2; D. 31, 39; D. 32, 78 par. 4; D. 41, 1, 26 par. 1-3, l'adjonction ou le retrait d'éléments accessoires augmentant ou diminuant la valeur du bien, son exploitation économique conformément à sa nature, restent sans influence, même si la substance ou la forme en sont légèrement affectées: « Verum distinguenda sunt mutationes genera. Mutatio quae parit novam speciem et priorem perimit... et haec mutatio sit ex materia... Mutatio quae rem auget..., vel mutatio quae rem minuit... ».

¹⁸⁸ R. J. VALIN (1695-1765), *Nouveau commentaire sur la coutume de La Rochelle et du pays d'Aunis*, tom. 3, Paris 1756, ch. 20, art. 60, p. 150; H. BASNAGE (n. 13), 1^{ère} part., ch. 14, p. 68, avec un arrêt du Parlement de Rouen du 31 janvier 1663, et un du 19 novembre 1669 ayant conservé le privilège au vendeur de tissus ayant servi à tapisser des fauteuils; G. LOUET et J. BRODEAU (n. 11), tom. 2, lett. P, somm. 19, n° 8, p. 309; G. DU ROUSSEAUD DE LACOMBE (n. 52), 2^{ème} part., sous le mot 'vente', sect. 4, par. 8, p. 372; J. BERAULT et al. (n. 3), tom. 2, art. 593, p. 678.

¹⁸⁹ Inst. 2, 1, 25; D. 6, 1, 5 pr.; D. 6, 1, 23 par. 5; D. 10, 4, 6; D. 10, 4, 9 par. 3; D. 34, 2, 6 par. 1; D. 50, 16, 13 par. 1; D. 45, 1, 83 par. 5; D. 50, 16, 13 par. 1; GAIUS, Inst. 2, 79;; adages « mutata forma res perimitur »; « extinctae res vindicari non possunt » et « mutata forma prope interemit substantiam rei »; BARTOLO DE SASSOFERRATO, *Commentaria in primam Infortiati partem*, Venise 1585, ad D. 32, 78 par. 4, en tirant la conclusion: « Appellatione materiae non continetur materiatum quod ad sui reveri non potest »; S. D'OLIVE DU MESNIL (n. 2), liv. 4, ch. 10, p. 352; A. MORNAC, *Observationes...* (n. 55), tom. 1, ad D. 1, 8, 1, et ad D. 14, 4, 5 par. 17, col. 898; G. DU ROUSSEAUD DE LACOMBE (n. 52), p. 372; C. DE FERRIERE, *Nouveau commentaire...* (n. 2), art. 176, p. 385; *Nouvelle institution coutumière qui contient les règles de tout le droit coutumier*, tom. 3, Paris 1702, liv. 4, tit. 1, art. 95; *Corps et compilation...* (n. 2), art. 176, n° 19, 21, 22, p. 262-263; M. AUROUX DES POMMIERS (n. 2), art. 116, n° 14-15, p. 173.

¹⁹⁰ C. POCQUET DE LIVONNIERE (n. 159), liv. 4, ch. 4, sect. 2, art. 5 et 6, p. 441 et 442; H. BASNAGE (n. 13), 1^{ère} part., chap. 14, p. 69, avec l'arrêt du 19 nov. 1669 ayant accordé au vendeur impayé de tissus sur la licitation de fauteuils tapissés avec ceux-ci un

A. Lapeyrere,¹⁹¹ seule la création d'un objet nouveau par spécification, adjonction, incorporation ou accession empêche le privilège de s'exercer entre les mains de l'acquéreur, mais la modification naturelle et prévisible de sa substance ne nuit pas, ainsi du blé moulu en farine par un acheteur meunier. Le privilège ne peut pas non plus s'exercer si le meuble n'est que l'accessoire d'une autre chose dont il ne peut être sans inconvénient dissocié. Un arrêt du Parlement de Bourgogne du 12 juillet 1605 décide que le vendeur à terme de tonneaux ne pouvait pas exercer dessus son privilège séparément de celui du vendeur du vin qu'ils contenaient, mais ne pouvait exercer sa créance qu'une fois celui-ci désintéressé par la licitation commune du vin et de ses récipients.¹⁹²

Malgré une jurisprudence au début flottante,¹⁹³ le droit de rétention du créancier gagiste mis en possession légalement du bien par l'acheteur¹⁹⁴ interdit tout droit de suite au vendeur impayé diligent dans ses poursuites,¹⁹⁵ selon un arrêt de principe du Parlement de Paris du 10 mars 1587, confirmatif d'une sentence du prévôt de la ville. La décision interdit au tapissier Florent Dargouges, vendeur d'une tapisserie à crédit à J. Du Luc, de la saisir entre les mains de Lussay, créancier gagiste, à moins de lui rembourser les 300 écus prêtés au débiteur sur cette sûreté.¹⁹⁶

La dernière proposition est intéressante. Selon l'interprétation de l'arrêt par C. de Ferrière,¹⁹⁷ il suffirait au vendeur à crédit de rembourser au créancier gagiste les sommes prêtées à l'acheteur pour

privilège partiel, déduction, faite de la plus-value apportée par l'adjonction du bois façonné.

¹⁹¹ A. LAPEYRERE (n. 75).

¹⁹² J. BOUVOT (n. 65), tom. 2, sous le mot ,saisie', quest. 11; P. J. BRILLON (n. 55), tom. 6, sous le mot ,saisie', n° 47, p. 17.

¹⁹³ J. BACQUET (n. 55), chap. 21, p. 192 et n° 285, p. 193, évoquant un arrêt parisien du 8 février 1588; C. DE FERRIERE, Corps et compilation... (n. 2), tom. 2, art. 177, n° 6, p. 267. En droit romain, le droit de gage n'est pas opposable au titulaire d'un privilège antérieur, C. J. 8, 18 Qui pot, 5 et 8. Il ne l'est qu'à un créancier chirographaire, C. J. 8, 18, 9.

¹⁹⁴ Le contrat de gage ne doit avoir été conclu de mauvaise foi afin de nuire au vendeur, et doit avoir été passé par devant notaire. Voir C. DE FERRIERE, Corps et compilation... (n. 2), tom. 2, art. 177, n° 6 et 8, p. 268; Nouveau commentaire... (n. 2), tom. 1, art. 181, p. 394.

¹⁹⁵ C. THOURETTE (n. 37), p. 393; H. LEVY-BRUHL (n. 145), p. 312; M. AUROUX DES POMMIERS (n. 2), tom. 1, art. 116, p. 174 n° 17.

¹⁹⁶ J. BRODEAU (n. 52), art. 177, n° 7, p. 435; C. DE FERRIERE, Corps et compilation... (n. 2), tom. 2, art. 177, n° 6 et 8, p. 268; R. CHOPPIN, De civilibus Parisiorum... (n. 4), liv. 3, tit. 2, n° 8, p. 447.

¹⁹⁷ C. DE FERRIERE, Corps et compilation... (n. 2), art. 177, n° 6 et 8, p. 268.

pouvoir soit revendiquer le bien aliéné, soit jouir du privilège légal. Le remboursement par le vendeur du prêt accordé à l'acheteur par le créancier gagiste n'a pas pour effet de transformer une vente à crédit en une vente au comptant et ne saurait attribuer au vendeur un droit de revendication qui nuirait en outre aux autres créanciers de l'acheteur. Cet acheteur reste propriétaire de la chose malgré ce remboursement. Toutefois le vendeur subrogé au droit du créancier gagiste aurait le droit de vendre le bien impayé puis gagé à un tiers pour une somme représentant sa créance initiale sur le prix de vente, à laquelle se rajoute le remboursement qu'il a effectué au créancier gagiste.¹⁹⁸ L'acheteur initial propriétaire virtuel de la chose ne pourrait pas s'opposer à cette vente à moins de rembourser le vendeur de la totalité des sommes dues.¹⁹⁹

Il est évident que le vendeur impayé n'a intérêt à rembourser que le créancier gagiste en possession effective du meuble vendu et impayé. Le vendeur à crédit, *solvens*, succédant au créancier gagiste retrouverait la possession de la chose vendue doublée d'un droit de rétention lui permettant de ne la délivrer à nouveau à l'acheteur que contre le remboursement du paiement fait au créancier gagiste et des sommes restant dues sur la vente.²⁰⁰ S'agissant par contre d'un immeuble hypothéqué, ou d'un gage sans dépossession, le vendeur impayé n'aurait aucun avantage à les désintéresser puisqu'il a préférence légalement sur eux.

Si la renaissance du privilège en faveur du vendeur ayant payé le créancier gagiste s'opère *a lege* par l'extinction du gage, l'acquisition des droits du créancier gagiste par le vendeur s'opère aussi par la loi. A la différence du créancier chirographaire *solvens* qui a besoin d'une subrogation expresse *a conventionem* de la part du créancier gagiste pour succéder dans ses droits contre le débiteur commun,²⁰¹ le vendeur à terme, *prior in tempore*, est censé avoir un gage ou une hypothèque tacite sur le bien impayé et n'a besoin ni de l'accord du créancier gagiste

¹⁹⁸ D. 20, 5, 5 pr.; C. J. 8, 19, si antiquior..., 3.

¹⁹⁹ D. 20, 5, 5 par. 1.

²⁰⁰ D. 20, 4, 12 par. 6; D. 20, 5, 5 pr.; D. 20, 5, 6; D. 20, 6, 2.

²⁰¹ D. 20, 3, 3; D. 20, 5, 5 pr.; C. J. 8, 19 De his..., 1, 3 et 4; C. J. 8, 42 De solut., 5; J. CUJAS, Paratitla, comment. du C. J. 8, 19 De his...: « Posteriores creditores hypothecarios in locum priorum ipso jure succedere, offerendo eis, et solvendo pecuniam debitam et usuram »; comment. du C. J. 7, 73, 7; PH. DERNUSSE (n. 37), chap. 3, n° 29, p. 56, n° 46, p. 68; chap. 4, n° 13-15, p. 92-94, n° 20-21, p. 97-99; R. CHOPPIN, De civilibus Parisiorum... (n. 4), liv. 3, tit. 2, n° 4 in fine, p. 417; J. DE CATELLAN (n. 80), tom. 2, liv. 5, ch. 31, p. 281; S. D'OLIVE DU MESNIL (n. 2), liv. 4, ch. 14, p. 365.

pour lui être subrogé, ni de celui du débiteur.²⁰² Il a le « droit d'offrir », *jus offerendi*, c'est à dire d'obliger le créancier gagiste à recevoir le remboursement de sa créance envers le débiteur commun et à lui remettre le bien gagé, éventuellement sous astreinte judiciaire après consignation de la somme.²⁰³

Notons finalement que le créancier gagiste ne peut ni refuser le paiement proposé par le vendeur, ni l'accepter sans lui délivrer le gage, préférant remettre celui-ci entre les mains de l'acheteur à terme, son propriétaire légitime. Le vendeur ayant retrouvé la possession de son bien, conserve son privilège pour les sommes qui lui restent dues en vertu de la vente initiale, mais son arme la plus efficace reste son droit de rétention. Le bien en effet ne peut plus être saisi à la demande d'autres créanciers de l'acquéreur resté propriétaire, même par des créanciers privilégiés. Les autres créanciers doivent suivre la même démarche utilisée par le vendeur impayé à l'égard du créancier gagiste et doivent désintéresser entièrement le vendeur pour les sommes lui restant dues par l'acquéreur, afin ensuite de se partager le produit de la vente du bien. Ils ont intérêt à agir ainsi s'ils pensent que la vente judiciaire, malgré le remboursement du vendeur pour qu'il lève sa saisie, rapportera plus que la dette totale de l'acheteur à l'encontre du vendeur, ce qui est le cas lorsque des paiements ont déjà été effectués par l'acheteur insolvable.

En théorie le vendeur qui a remboursé au créancier gagiste les sommes que lui devait l'acheteur, succède au droit de préférence du créancier gagiste, dans les droits et le temps de celui-ci.²⁰⁴ Pour ces sommes, le vendeur pourrait donc être supplanté par des créanciers préférables, comme des créanciers superprivilégiés, prêteurs de deniers pour l'achat, fisc, bailleurs impayés auxquels certaines coutumes donnent droit de suite par hypothèque sur meuble. Toutefois la sûreté à laquelle succède le vendeur étant constituée par le même bien que celui privilégié, et le droit de rétention n'étant pas scindable, le vendeur peut

²⁰² D. 20, 4, 11 par. 4; D. 20, 4, 12 pr., par. 4 et 6.

²⁰³ C. J. 8, 19 De his..., 3; D. 20, 4, 16, avec l'adage en découlant « Qui priores creditores sua pecunia dimittunt, in eorum locum substituuntur, pro ea quantitate, quam eis exsolverint »; D. 20, 4, 17; D. 20, 5, 5 pr. et 6; C. J. 8, 18 Qui pot., 1; Ph. DERNUSSE (n. 37), chap. 4, n° 19-24, p. 97-101; Ch. DUMOULIN (n. 2), tom. 2, Tractatus contractuum..., quest. 49, p. 279-287; quest. 37, Quomodo unus creditor in locu prioris subrogatur, n° 276, p. 221; C. LE PRESTRE (n. 15), 1ère cent., chap. 69, p. 212-216.

²⁰⁴ C. J. 8, 19 De his..., 3.

subordonner l'abandon du gage entre les mains des créanciers super-privilégiés à son complet remboursement.

Sans avoir à désintéresser le créancier gagiste pour récupérer le bien et bénéficier d'une subrogation dans ses droits, le vendeur impayé peut préférer attendre que le créancier gagiste procède à la réalisation du gage par la mise aux enchères du bien, y compris par clause de voie parée. Le vendeur impayé retrouve alors son privilège, il peut s'opposer à cette licitation et faire vendre séparément à son profit la chose gagée,²⁰⁵ mais là il doit prendre garde aux autres créanciers qui lui sont préférables.

Le Code civil reprend cette jurisprudence en accordant au vendeur impayé de meuble un privilège qu'il ait vendu à terme ou sans terme, selon l'expression même de l'art. 2102 4° al. 1, quoique la distinction soit désormais indifférente quant au transfert de propriété.²⁰⁶

Chapitre 3 : Effets particuliers en matière immobilière

En matière immobilière le privilège, autorise le vendeur impayé et non concurrencé par d'autres créanciers surprivilégiés à retirer l'immeuble de l'inventaire et de la discussion des biens saisis sur l'acheteur pour le faire vendre séparément à son profit exclusif à concurrence des sommes restant dues. Il faut parler à ce propos de retrait et non pas de distraction comme le fait *J. Dubreuil*,²⁰⁷ ce terme étant réservé aux actions revendicatoires.

Le privilège immobilier prime les hypothèques prises ensuite sur l'immeuble par l'acquéreur, même celle destinée à financer la portion de prix remise au vendeur,²⁰⁸ Les hypothèques expressément réservées par le vendeur à terme pour la sûreté du reste du prix bénéficient du

²⁰⁵ C. DE FERRIERE, Corps et compilation... (n. 2), tom. 2, art. 177, n° 10, p. 269; P. LE MAISTRE (1638-1728), La coutume de la prévosté et vicomté de Paris rédigée dans l'ordre naturel de la disposition des articles, Paris 1741, art. 177, p. 205, citant un arrêt du Parlement de Paris du 18 juillet 1629.

²⁰⁶ On notera que sous l'influence de la coutume de Paris, art. 176, et du droit romain, l'art. 2102 4°, al. 2, n'ouvre la « revendication » qu'au vendeur sans terme. Il ne s'agit pas d'une action réelle pétitoire, mais d'une demande de restitution de détention.

²⁰⁷ J. DUBREUIL (n. 71), p. 92, append. p. XXIX, XXXI.

²⁰⁸ Pour des hypothèques légales, C. HENRYS (n. 152), liv. 4, chap. 6, quest. 107 et 109, p. 436; J. BOUGUIER (n. 92); C. DE LAVILLE (n. 37), lett. H, ch. 7, mot 'hypothèque', n° 5593; et P. J. BRILLON (n. 55), tom. 3, sous le mot 'hypothèque', n° 79, p. 674-675, citent les arrêts des 30 avril et 8 septembre 1626 de la Cour de Parlement de Paris.

même privilège sans qu'il soit besoin de l'exprimer.²⁰⁹ Le privilège des prêteurs de deniers pour les réparations, ou constructions portant sur l'immeuble, ou celui des maçons ayant effectué celles-ci ne prend le pas sur celui du vendeur impayé qu'à concurrence de la plus-value apportée au fonds, et non pas pour l'intégralité des sommes dues.²¹⁰

L'hypothèque tacite, légale, donne un droit de suite au vendeur impayé pouvant saisir l'immeuble entre les mains de tiers acquéreurs de bonne foi, sans avoir à discuter au préalable les biens de l'acheteur initial.²¹¹

Cette hypothèque légale privilégiée est soumise à la prescription extinctive de droit commun de 30 ans, qui équivaut à présomption irréfragable du paiement de la dette par l'acquéreur.²¹² Le tiers détenteur qui aurait déjà payé le prix de l'immeuble au revendeur pourrait s'opposer à la saisie du bien par le vendeur initial en lui réglant la somme due par l'acheteur à crédit. Cette option n'est intéressante pour le tiers acquéreur que s'il a payé le bien moins cher que son prix fixé avec le premier acheteur, ou si cet acheteur à crédit a déjà effectué des versements au premier vendeur.²¹³

L'art. 2103 1° C. civ. accorde ce privilège au vendeur d'immeuble impayé, sans spécifier l'évidence qu'il s'applique au vendeur au

²⁰⁹ J. BOUVOT (n. 65), tom. 2, sous les mots 'hypothèque et discussion', quest. 2, avec un arrêt du Parlement de Bourgogne de 1565, puis quest. 10 et 15; idem chez P. J. BRILLON (n. 55), tom. 3, n° 65, p. 671.

²¹⁰ Arrêt parisien du 29 juillet 1683 in C. BLONDEAU et G. GUERET (1641-1688), Journal du Palais ou recueil des principales décisions de tous les Parlements, tom. 2, Paris 1713, p. 443-445, critiquant la ventilation et estimant que le vendeur a une préférence de principe sur le prix total de licitation de l'immeuble malgré les améliorations postérieures apportées par d'autres créanciers.

²¹¹ J. DOMAT (n. 5), liv. 3, tit. 1, sect. 5, 'des privilèges des créanciers', n° 4, p. 208; C.-J. DE FERRIERE, Dictionnaire de droit... (n. 108), tom. 1, sous les mots 'créanciers privilégiés hypothécaires', p. 610; sous 'hypothèque privilégiée', n° 8, p. 1070; C. DE FERRIERE, La jurisprudence... (n. 2), tom. 1, comment. du D. 20, 4, p. 449. C. DE LAVILLE (n. 37), lett. V, ch. 5, mot Vente, n° 10687, p. 1026; P. J. BRILLON (n. 55), tom. 6, sous le mot 'vente', n° 33, p. 836; C. BLONDEAU et G. GUERET (n. 210), tom. 1, 2ème partie Paris 1701, p. 215 et 361, avec deux arrêts parisiens des 9 mai 1672 et 1er juin 1673.

²¹² P. J. BRILLON (n. 55), tom. 5, sous le mot 'précaire', p. 287, citant un arrêt du Parlement de Toulouse du 6 mai 1664; même référence chez J. DE CATTELAN (n. 80), tom. 2, liv. 7, ch. 5, p. 475. Par contre l'arrétiste toulousain au liv. 7, ch. 14, p. 498: « Toute hypothèque quelque privilégiée qu'elle soit se prescrit par 10 ans, comme la dot et le précaire », et au liv. 7, ch. 2, p. 466-467, énonce que 10 ans suffisent.

²¹³ Arrêt de la seconde Chambre des Enquêtes du Parlement de Paris du 9 mai 1672, sur rapport de M. Goureau, cité par C. BLONDEAU et G. GUERET (n. 210), tom. 1, 2ème part. n° 26, quest. 1, p. 399; C. DE FERRIERE, Corps et compilation... (n. 2), tom. 2, art. 176, n° 36, p. 265.

comptant et à terme. L'art. 2108 exige l'inscription de ce privilège, formalité inconnue de l'ancien droit, même dans les coutumes de nantissement.²¹⁴

²¹⁴ Arrêt parisien du 5 septembre 1713 in M. DUCHEMIN (n. 119), tom. 6, p. 415.