

REPUBLIQUE DU SENEGAL

PRESIDENCE DE LA REPUBLIQUE
SECRETARIAT GENERAL DE LA PRESIDENCE

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION
ET DE MAGISTRATURE

ANNE ACADEMIQUE 1987-1988

DIVISION JUDICIAIRE

3e ANNEE

Réflexions sur le droit de rétention en droit sénégalais

Mémoire présenté par

SEMOU DIOUF

République du Sénégal

PRESIDENCE DE LA REPUBLIQUE
SECRÉTARIAT GÉNÉRAL DE LA PRESIDENCE

ÉCOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION ET DE MAGISTRATURE
(ENAM)

DIVISION JUDICIAIRE



MEMOIRE DE FIN D'ETUDES



REFLEXIONS SUR LE DROIT DE RETENTION
EN DROIT SENEGALAIS

présenté par : **Sémou DIOUF**

SECTION MAGISTRATURE :
3^e Année Judiciaire

ANNEE ACADEMIQUE : 1987 - 1988

D E D I C A C E S

JE DEDIE CE TRAVAIL :

IN MEMORIAM

- A mon père, Mamadou DIOUF

"Tu m'avais recommandé de travailler dur avant d'être arraché à notre affection. Puisse ce travail représenter le vœu qui soutenait cette recommandation".

- A ma mère, Naya NDIAYE,

" Pour les conseils prodigués et les sacrifices consentis pour ma scolarisation".

- A mes frères et soeurs,

"Que ce travail soit la preuve que votre sacrifice et votre patience n'ont pas été inutiles".

- A Mouhamadou MAKALOU,

"Pour sa disponibilité et sa présence constante à mes côtés dans les moments les plus difficiles".

- A tous mes amis,

"Pour votre soutien indéfectible".

S U J E T

QUELQUES REFLEXIONS SUR LE DROIT DE
RETENTION EN DROIT SENEGALAIS

P L A N

Introduction :

1. Position du problème
2. Définition du droit de rétention
3. Origine et fondement
4. Applications légales
 - rapport contractuel
 - rapport extracontractuel
5. Nature juridique
6. Droit de retention et institutions voisines
 - compensation
 - saisie arrêt
 - exception d'inexécution.

Chapitre Ier : La Spécificité du droit de rétention

Section 1. : Son autonomie par rapport à l'exception d'inexécution.

- P.I. : Critère découlant du fondement des deux institutions.
- A. : Le droit de retention est fondée sur la connexité matérielle.
- B. : L'exception d'inexécution dérive de la connexité juridique.
- P.II. : Critère découlant des caractères des deux institutions.
- A. : Caractères du droit de rétention
- 1) : C'est une voie de justice privée
 - 2) : C'est une situation de pur fait
 - 3) : C'est l'unique moyen d'amener le débiteur d'une

somme d'argent à s'exécuter volontairement,

B. : Les caractères de l'exception d'inexécution

1) : C'est une voie de droit

2) : Ce n'est pas l'unique moyen d'amener le débiteur à s'exécuter volontairement.

Section II. : Le Domaine d'existence du droit de rétention

P.I. : Domaine d'exclusion du droit de rétention.

A. : Cas où le refus de livrer découle de l'exception d'inexécution.

B. : Cas où le refus de livrer découle d'une sûreté réelle entraînant la dépossession du débiteur.

P.II. : Domaine d'élection du droit de rétention

1) : La chose a été façonnée

2) : La chose a été améliorée

3) : La chose a été conservée

Chapitre II : Les conditions d'exercice du droit de rétention.

Section I : Conditions relatives à la créance

P.I. : L'objet de la créance

P.II. : Les caractères de la créance

1) : créance certaine

2) : créance liquide ?

3) : créance exigible

P.III. La personnalité du débiteur

Section II : Conditions relatives à la détention

P.I. : L'objet de la détention

- 1) : Un lien corporel
- 2) : Un lien susceptible d'appropriation privée
- 3) : Doit-il appartenir au débiteur

P.II. : La détention elle-même

- 1) : Elle doit être effective
 - possession fictive et détention effective
 - on doit detenir pour son propre compte
- 2) : Elle doit être faite de bonne foi

Section III. : La condition de connexité

- A. La connexité juridique ou intellectuelle
- B. La connexité matérielle ou objective.

Chapitre III. : Régime Juridique et Prérrogatives du Créancier rétenteur.

Section I. : Régime Juridique

P.I. L'étendue de l'assiette du droit de rétention

- 1) : Selon la connexité matérielle
- 2) : Selon la connexité juridique

P.II. : Détermination de la créance garantie

- 1) : L'hypothèse de la connexité objective
- 2) : L'hypothèse de la connexité juridique

Section II. : Les Prérogatives du Créancier rétenteur

P.I. : Le rétenteur décide de demeurer passif

A. : Le recours au juge est inutile pour opposer le droit de rétention.

B. : Le rétenteur bénéficie d'une situation privilégiée.

P.II. : Le rétenteur décide d'agir.

A. : Quelle est sa situation en Droit Français

1) : L'absence d'un droit de préférence

2) : Le rétenteur a-t-il le droit de suite.

B. : L'originalité de la solution sénégalaise :

Une meilleure protection du rétenteur

1) : La procédure à suivre

- a) La signification faite au débiteur

- b) La nécessité de recourir au juge :

La réalisation de la chose retenue.

2) : Les garanties du créancier rétenteur.

I N T R O D U C T I O N

REFLEXIONS SUR LE DROIT DE RETENTION EN D.S.

1. La règle d'or en matière de droit, et singulièrement en matière de Droit Privé c'est la règle de l'égalité entre les créanciers. Cette règle peut toutefois être tenue en échec par l'établissement de sûretés conventionnelles. Elle se trouve quelquefois aussi écartée sans que les parties l'aient voulu. Parfois en effet, la loi accorde expressément un rang de préférence à tel créancier de son choix (Privilèges hypothèques) parfois elle l'autorise simplement à tirer d'un état de fait une garantie de paiement. C'est ce dernier avantage qu'elle consent au créancier lorsqu'elle l'investit d'un droit de rétention.

2. Le droit de rétention est la prérogative inhérente à une personne qui détient une chose à l'occasion de laquelle elle est devenue créancière et qu'elle est tenue de restituer, de refuser cette restitution jusqu'au paiement intégral de sa créance.

Fondé à prolonger son emprise sur un bien qui ne lui appartient pas, le créancier trouve dans cette faculté un moyen de contrainte pour amener le débiteur à s'exécuter. Par la pression psychologique ou économique exercée, la rétention joue le rôle d'une voie d'exécution privée dont l'élégance est peut-être contestable, mais guère l'efficacité.

Le principe est cependant bien établi, aussi bien en matière civile qu'en matière pénale que nul n'est admis à opérer sa propre justice... Le Droit qui toujours refoule et punit les tentatives de justice privée serait-il défaillant? Il semble, en fait, qu'en matière de rétention il ait préféré s'incliner plutôt que sévir. D'une part si la situation créée par le rétenteur n'est pas conforme au droit objectif, elle tend cependant à son application puisqu'elle vise à l'observation d'un devoir juridique. Or le Droit pénal lui-même se montre indulgent pour celui qui, bien que poursuivant sa propre justice concourt à rétablir l'ordre troublé. D'autre part la rétention correspond à une réaction profondément humaine : le créancier impayé est convaincu qu'en l'exerçant il use de justes représailles. Aussi il comprendrait mal que l'on sanctionnât un comportement relevant plus de la légitime défense que de l'agression.

3. Origine et Fondement du droit de rétention

De prime abord cette possibilité pour le créancier de refuser la restitution apparaît comme un moyen assez primitif de se faire justice à soi-même ou comme une survivance de la justice privée comme nous venons de l'esquisser. Pour certains auteurs. Cependant, le droit de rétention se justifie par une idée morale de justice et d'équité : il serait immoral de demander paiement à son créancier si l'on n'exécute pas soi-même sa propre dette. Mais ce fondement est bien insuffisant - d'abord il arrive fréquemment qu'un créancier, tenu de restituer un bien à son débiteur, ne puisse le retenir et doive introduire une instance pour se faire payer, sans

que la situation paraisse injuste ; ensuite à elle seule l'équité ne peut suffire à expliquer une institution particulière, car tout le droit en est imprégné ; enfin le droit de rétention peut aboutir à des résultats contraires à l'équité (*). Il faut donc trouver un fondement plus technique au droit de rétention.

C'est pourquoi d'autres auteurs ont fait appel à l'idée de crédit : destiné à garantir la sécurité du créancier le droit de rétention faciliterait le crédit. Mais conférant l'équivalent d'un droit de préférence, le droit de rétention aboutit à avantager un créancier, pour la seule raison que celui-ci détient un bien de son débiteur. Or cette circonstance peut-être des plus fortuites, et une telle atteinte à l'égalité entre créanciers dépendrait du seul hasard ; ausurplus les créanciers chercheraient à conserver par devers eux des biens de leur débiteur ; ce qui entraînerait des perturbations dans les relations d'affaires ; enfin, lorsqu'un créancier refuse de restituer le bien qu'il détient, c'est qu'il entend ne pas consentir du crédit.

Une autre opinion voit dans le droit de rétention une constitution de gage tacite, fondée sur l'interprétation de la volonté probable des parties : celles-ci affecteraient le bien détenu au remboursement de la créance. Mais cette explication conduirait à reconnaître un véritable droit de préférence au créancier, solution que l'on s'accorde à rejeter du moins en Droit Français.

En réalité le droit de rétention repose sur la détention matérielle de l'objet ; en effet, pouvant reconnaître et individualiser la valeur dont il a enrichi le patrimoine du débiteur, et de façon plus précise qu'il a incluse dans l'objet détenu, en raison de la connexité de sa créance avec cet objet, le créancier se prévaut de la main-mise qu'il opère sur le bien.

4. En Droit Français, comme du reste en Droit Sénégalais et ce, avant 1976, le législateur consacre par-ci par là le droit de rétention. Les dispositions législatives qui instituent le droit de rétention, éparses et fragmentaires se rapportent tantôt au droit des contrats, du crédit et même au droit successoral. Ces dispositions font parfois du droit de rétention l'attribut d'un privilège, mais parfois aussi l'admettent à l'état pur, en dehors de toute autre sûreté légale ou conventionnelle. Les situations dans lesquelles ce droit est prévu sont apparemment disparates puisqu'elles peuvent être aussi bien contractuelles (vente, gage, louage dépôt etc...) qu'extracontractuelles (en matière successorale art. 559 C.F. ; art. 123 code du travail ; art. 263 du code possesseur de bonne foi d'une chose mobilière perdu ou volée.

Tout ceci n'est donc n'est ni plus cohérent ni plus explicite.

Tout au plus peut-on observer que toujours c'est en vue d'obtenir le paiement d'une obligation de donner, que la rétention est permise et toujours par le refus de restituer un bien corporel - par l'inexécution d'une obligation de délivrance - qu'elle se manifeste.

5. Si donc la loi a indiqué certaines applications pratiques elle n'a jamais précisé la nature juridique du droit qu'elle octroyait. Le champ était ainsi ouvert aux controverses doctrinales qu'alimentait et qu'alimente encore le caractère hybride du droit de rétention. On a pu contester l'appartenance du droit de rétention aux sûretés réelles et surtout son caractère de droit réel ; en effet le créancier reteneur n'a ni le droit de suite, ni le droit de préférence qui sont les attributs normalement reconnus aux droits réels, ni à vrai dire, aucune possibilité de tirer une utilité quelconque de la chose retenue ; C'est pourquoi certains auteurs refusent au droit de rétention le caractère d'un véritable droit, pour le définir comme une simple modalité de la dette de restitution, accessoire à la créance du réteneur.

Mais la thèse qui définit le droit de rétention comme un droit réel et une sûreté réelle est toujours défendue ; en effet pour Mr. le Doyen RODIERE "le droit de rétention étant un effet de la détention, ne peut être qu'un droit réel, donc opposable par nature à tous. L'absence d'un droit de préférence et d'un droit de suite ne serait pas déterminante : si le droit réel comporte en général ces attributs, ils ne lui sont pas proprement essentiels. Certains auteurs proposent cependant une conception moins absolue en parlant de "droit réel inachevé".

Nous estimons quant à nous, que le refus de considérer le droit de rétention comme un droit réel ne compromet guère son efficacité et ce n'est pas seulement le droit réel qui est opposable à tous, une telle opposabilité appartenent en principe à tous les droits, à toutes les situations juridiques.

Aussi, bien que le droit de rétention ne soit pas un droit réel, il doit cependant être compris comme une sûreté réelle, puisqu'il tend à procurer à un créancier grâce à l'affectation spéciale d'une chose, le paiement de ce qui lui est dû.

La situation nous paraît différente en Droit sénégalais depuis l'intervention de la loi n°76-60 du 12 juin 1976 instituant la 3e Partie du Code des obligations civiles et commerciales et intitulée : "les Garanties des créanciers". En effet depuis 1976 il existe un art. 920 du Cocc qui réglemente le régime du droit de rétention ; ce texte reconnaît la généralité du droit de rétention ; On ne manquera pas de noter cependant qu'il le fait de manière extrêmement bizarre et de façon incidente ; en effet ce texte ne figure pas au titre des Sûretés mobilières ou immobilières ; il n'apparaît que dans le livre IV de la 3e partie du Cocc et uniquement à propos du classement des sûretés réelles. Il existe donc une ambiguïté dans la place qu'occupe ce droit dans le code et ceci est regrettable puisqu'en 1976 on a voulu faire quelque chose en matière de rétention.

En revanche et contrairement au Droit Français, la nature juridique du droit de rétention ne soulève aucune difficulté en Droit Sénégalais ; c'est non seulement une sûreté réelle mais aussi une sûreté complète, une sûreté réelle achevée puisque comportant le droit de préférence et le droit ; en effet en droit sénégalais le reteneur peut faire saisir le bien et le faire vendre et conserver la préférence qui lui est accordée.

Il semble que le législateur sénégalais ait apporté là une bonne contribution de fond au droit de rétention.

L'esquisse du droit de rétention le rapproche de certaines institutions produisant des effets similaires :

la saisie arrêt sur soi-même, procédure conservatoire par laquelle un débiteur se fait défense à lui-même, détenteur d'objets mobiliers appartenant à son débiteur, de se libérer envers lui ; la compensation extinction de deux dettes à concurrence de la plus petite d'entre elles ; l'exceptio non adempti contractus, ajournement de l'effet obligatoire des contrats qu'une partie à un contrat synallagmatique à qui il est demandé de s'exécuter, oppose in limine litis à l'autre partie pour faire valoir que, devenue de s'exécuter la première et ayant failli à son engagement, elle ne mérite pas la satisfaction qu'elle sollicite.

S'il est unanimement admis que le droit de rétention garde son autonomie par rapport à la compensation qui suppose la fongibilité des deux dettes et par rapport à la saisie-arrêt sur soi-même dont les formes de procédure ne s'appliquent pas alors qu'elle implique avant tout l'autorisation du juge, l'incertitude persiste quant à l'autonomie de ce droit par rapport à l'exceptio non adempti contractus.

Aussi avant que de nous pencher sur les conditions d'exercice de ce droit (II) et d'envisager le régime juridique du droit de rétention (III) il apparaît indispensable d'insister sur la spécificité de ce droit (I) en lui restituant d'avantage son autonomie vis-à-vis de l'exceptio non adempti contractus (A) et en circonscrivant son domaine d'existence (B).

PREMIERE PARTIE : LA SPECIFICITE DU DROIT DE RETENTION

La doctrine actuelle admet en effet qu'il se peut que les conditions de l'exceptio non adempti contractus et celles du droit de rétention soient réunies. Pourtant celui-ci garde son autonomie par rapport à celle-là et intègre à ce titre une sphère d'action beaucoup plus réduite que celle que lui confère le droit positif actuel.

Section I : Autonomie du droit de rétention par rapport à l'Exceptio non adempti contractus.

L'exceptio non adempti contractus ne peut exister dans le champ délictuel ou quasi délectuel. Le droit de rétention lorsqu'il y est reconnu garde son autonomie par rapport à elle.

Dans les contrats synallagmatiques n'entraînant ni le transfert de la propriété, ni le transfert de la possession d'un bien, l'exceptio non adempti contractus fait son apparition, le droit de rétention ne le peut, faute de chose à retenir. Il semble donc que jusque là la distinction de ces deux institutions ne pose guère de difficulté.

En revanche le domaine où la confusion semble régner voire persister est celui des contrats synallagmatiques emportant la délivrance d'une chose à l'instar des contrats de vente de louage de bail, de dépôt etc.....

- Le vendeur peut-il "retenir" la chose vendue s'il n'est pas payé ?

- Le transporteur peut-il "retenir" les marchandises si le prix du transport n'a pas été acquitté ?

- Le bailleur peut-il "retenir" les bagages du locataire défaillant ?

- Le dépositaire peut-il "retenir" la chose déposée en garantie de sa rémunération, à l'instar du Créancier rétenteur qui peut retenir l'assiette de sa sûreté ?

Dans tous ces cas, un mot revient celui de betenir, verbe duquel est dérivé le mot rétention.

Il faut reconnaître avec Mr. J. MANDE-DJAPOU que le langage actuel quoique suffisamment riche ne contient parfois qu'un mot pour désigner plusieurs réalités, plusieurs concepts voisins, différents voire contradictoires. C'est le cas du verbe retenir. Pour le Petit Larousse retenir c'est "garder par divers soi ce qui est à un autre". Pour le Mini Robert c'est "garder... en otage, en garantie". Ces deux significations quoiqu'allant dans le même sens ne se recouvrent pas totalement car la seconde contient en sus de l'idée exprimée par la première une notion ou une pensée supplémentaire. Elle énonce l'arbitraire qui caractérise le fait de garder par devers soi la chose d'autrui. Le verbe retenir désigne alors plusieurs manières de refuser la restitution de la chose d'autrui. Il est alors ambigu. Le mot rétention ne peut que traduire cette ambiguïté que lui a imprimé son auteur et rend difficile la distinction entre l'exceptio non adimpleti contractus et le droit qu'il désigne.

Plusieurs tentatives destinées à démontrer l'autonomie du droit de rétention par rapport à l'exceptio non adempti contractus ont eu lieu et indiquent comme critère de distinction le fondement de ces deux institutions, mais il convient de lui ajouter un autre critère à savoir, les caractères qui constituent l'apanage de chacun de ces droits.

P.I. Critère tiré du fondement des deux institutions

Evoquant en introduction les fondements du droit de rétention nous avons relevé que certains auteurs faisaient reposer ce droit sur l'équité, la justice et la bonne foi et nous avons souligné que cette explication était insuffisante à fonder le droit de rétention. Et mieux elle ne permettait pas de faire la discrimination entre ce droit et l'exceptio non adempti contractus ; au contraire cette explication était davantage la parenté qui les unit, car dans un cas comme dans l'autre, il est injuste d'obliger une personne à restituer une chose qu'elle détient alors que son débiteur s'obstine à ne pas exécuter sa propre obligation et réclame malgré tout satisfaction.

Justifie encore moins cette distinction l'idée de crédit ; en effet celui qui refuse de restituer le bien appartenant à son débiteur n'est plus enclin à accorder un crédit à ce dernier.

Reste alors comme critère de différenciation entre l'exceptio non adempti et le droit de rétention, le lien de causalité entre la créance et la chose, lien connu encore sous la nom de connexité.

A. Le droit de rétention résulte d'une connexité matérielle

Pour qu'il y ait rétention, il ne suffit pas que le créancier détienne une chose quelconque de son débiteur ; il faut qu'il y ait entre la créance et le bien détenu un lien de connexité (V. IIe Partie). La rétention assure l'exécution des créances nées propter rem, des créances liées à la chose par un debitum cum re junctum. La rétention jaillit d'une connexité matérielle indépendamment de tout lien contractuel entre le créancier et le débiteur. Elle n'est donc pas le résultat de l'interprétation de la volonté des deux parties. C'est en cela qu'elle apparaît comme destinée à se mouvoir dans le champ extracontractuel. L'auteur de ces propos aurait pu se contenter d'affirmer que le droit de rétention n'est pas un attribut des contrats.

De cette constatation, il résulte que le droit de rétention n'existe qu'au cas de debitum cum re junctum

- d'abord lorsque la chose a eu une augmentation de valeur parce qu'elle a été transformée façonnée ou améliorée.

- ensuite lorsqu'elle a occasionné une démunition du patrimoine du créancier en causant un dommage à celui-ci ou lorsque ce dernier a fait des frais de conservation pour éviter le dépérissement de la chose. C'est elle, la chose, qui est débitrice de la créance réclamée, c'est elle qui doit répondre de la dette.

B. L'exceptio non adempti contractus, au contraire dérive de la connexité Juridique ou intellectuelle

En effet, au cas d'exceptio, il n'existe aucune relation entre la chose et la créance dont il est réclamé paiement. L'exceptio sort impétueusement de la connexité juridique, c'est-à-dire des rapports synallagmatiques ou réciproques liant les parties, la chose elle-même n'intervenant pas physiquement dans la naissance de la créance. Elle a sa source dans le contrat et, par le fait même, dans la volonté des parties.

En d'autres termes l'exceptio non adempti contractus est liée à la réciprocité des obligations ; elle ne joue, par conséquent que dans les contrats synallagmatiques parfaits ou imparfaits. Elle ne peut être invoquée qu'à propos d'obligations nées d'une même convention.

La conséquence c'est que la créance certaine, liquide et exigible ne découle que de la volonté des parties et non de l'accroissement quelconque de valeur subi par la chose ni d'un dommage causé par celle-ci.

P.I. Critère tiré des caractères respectifs des deux institutions

A. Les. Caractéristiques du Droit de rétention

- 1) Le droit de rétention est une voie de justice privée.

Le droit de rétention est d'abord un acte arbitraire. Il dépend en effet des caprices de celui qui est tenu de livrer.

Il implique la violation d'une obligation ayant déjà revêtu un caractère exigible, cette violation intervenant en vue de se faire justice à soi-même. C'est en cela que la rétention est une voie de justice privée qui a fini par être tolérée et acquérir un droit de cité dans le domaine juridique.

"On ne peut se faire justice à soi-même. Toutefois pouvant reconnaître et individualiser la valeur dont il a enrichi le patrimoine du débiteur et de façon précise, la valeur qu'il a incluse dans l'objet détenu en raison de la connexité de sa créance et de cet objet, le créancier se prévaut de la main-mise qu'il opère sur le bien".

2) Le droit de rétention constitue une situation de pur fait

Le droit de rétention est une voie de pur fait. C'est d'ailleurs une voie de fait, c'est à dire une attitude outrageante dirigée contre une personne en vue de l'émouvoir. Ce comportement peut être reproché au créancier rétentionnaire qui peut le cas échéant, encourir une responsabilité pour faute, cette faute étant appréciée in concreto.

3) Le droit de rétention est l'unique moyen d'amener le débiteur d'une somme d'argent à s'exécuter volontairement

Le droit de rétention, tout en étant, une réaction naturelle de l'esprit humain est la solution de désespoir de celui qui veut garantir son droit, maintenir la conser-

vation de son patrimoine. C'est le cri d'alarme du créancier exposé à la merci de son débiteur. C'est l'ultime moyen d'amener de dernier à s'exécuter volontairement.

B. Les caractères de l'exceptio non adempti contractus

1) L'exceptio constitue une voie de droit

En effet la légitimité de l'exceptio non adempti contractus résulte de la commune volonté des parties au contrat synallagmatique. Il était convenu dès le départ que le débiteur tenu de la dette d'argent devrait s'exécuter le premier pour que celui tenu de l'obligation de délivrance transférât la possession de la chose détenue : (l'obligation de livrer n'est donc pas encore exigible) ; lorsque celui-ci refuse de livrer, son geste est donc conforme au contrat qui est la loi des parties. Par là même, l'exceptio n'est ni arbitraire ni une voie de fait mais accède bien au rang de voie de droit.

2) L'exceptio n'est pas le seul moyen d'amener le débiteur à s'exécuter volontairement ; Son titulaire peut en effet user d'une autre faculté : menacer de demander la résolution ou la résiliation du contrat. Celui qui se prévaut de l'exceptio jouit nécessairement d'une option, rester sur la défensive en ajournant l'effet obligatoire des contrats ou passer à l'offensive et détruire le contrat lui-même. Il est dans une certaine mesure libre. Sa situation est moins alarmante que celle du créancier rétentionnaire.

On le voit donc l'esquisse des caractères propres à ces deux institutions met en exergue les différences profondes qui les séparent malgré l'analogie apparente qui tend à les confondre. Elles sont soumises à des statuts différents et intègrent des sphères d'action séparées.

Section II. Le domaine d'existence du droit de rétention

Le droit de rétention fait son apparition au cas de debitum cum re junctum. Sa sphère d'existence est cependant beaucoup plus réduite que celle que lui accorde le droit positif actuel. Il n'y a pas dualité, mais unicité du droit de rétention. De sorte qu'il y a des cas où certaines prérogatives sont qualifiées à tort de droit de rétention et d'autres où cette qualification mérite d'être retenue.

P.I. Domaine d'exclusion du Dt et R.

On prête au législateur le fait d'avoir reconnu une rétention fondée sur la convention des parties, notamment aux cas de vente, de bail, de dépôt, de gage, d'antichrèse et la Jurisprudence Française a même accordée cette faculté au cas de mandat lorsqu'elle estime que l'avoué ou le Notaire peut retenir les pièces d'un dossier jusqu'à paiement intégral de ses honoraires.

Le plus souvent les textes ne contiennent ni le mot retenir ni le mot rétention. Toutefois certains mentionnent l'un ou l'autre. Mais suffit-il qu'il ait été fait usage du mot pour que le droit ainsi désigné soit effectivement un

droit de rétention ? Une réponse affirmative n'est nullement évidente, car le législateur lui-même peut se tromper. Par ailleurs il ne lui appartient pas de qualifier les institutions qu'il crée ; il peut ne pas employer le langage juridique approprié. C'est à la doctrine de faire un rappel au vocabulaire Juridique que ne possède pas nécessairement le législateur et de restituer aux institutions leur véritable qualification. Dans certains cas en effet, la prérogative accordée au créancier est tout simplement l'exceptio non adempti contractus, (A) ; dans d'autres, c'est la manifestation d'une sûreté réelle entraînant la dépossession du débiteur (B).

A. Cas où le refus de livrer découle de l'exceptio non adempti contractus

1er ex. : Vente

Aux termes de l'art. 280 du COCC intitulé "Rétention" (art. 1612 C ciw) "le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose si l'acheteur n'en paie pas le prix, à moins qu'un délai de paiement ne résulte de la convention des parties ou des usages".

En l'espèce, le vendeur qui refuse de transférer la propriété de la chose vendue s'il n'est pas payé, exerce t-il un droit de rétention ou l'exceptio non adempti contractus.

Une partie de la doctrine moderne dans la ligne d'Aubry et Rau en déduit que les deux institutions alors se confondent.

D'autres auteurs emploient des formules plus réservées ; ainsi pour Mr Hebraud, le droit de rétention, dans ce cas, ressemble beaucoup à l'exception d'inexécution. Pour M. VOIRIN, il n'est qu'une forme de l'exception d'inexécution.

Une opinion différente a cependant été présentée par Mr. DERRIDA et récemment le Doyen Rodière dénonçait à son tour avec force toute confusion entre exception et droit de rétention. Le mécanisme de l'exception affirmait-il se déploie dans un champ inclus dans le domaine du droit de rétention mais sans se confondre avec lui.

Avec Mr. J. MANDE nous pensons que le vendeur qui refuse de transférer la propriété de la chose vendue s'il n'est pas payé n'exerce nullement le droit de rétention ; en effet le prix de vente n'est pas une créance propter rem, il n'y a pas de *debitum cum re junctum*. La prérogative dont il jouit est l'*exceptio non adimpleti contractus* conséquence du caractère synallagmatique des obligations.

L'art. 280 COCC ou 1612 CIV serait-il supprimé, la situation du vendeur au comptant n'aurait pas du tout changé, la théorie générale de l'*exceptio* qu'a échafaudée la doctrine sous la censure de la jurisprudence aurait permis au vendeur au comptant de refuser la livraison de la chose dont le prix d'acquisition n'a pas été payé. En tout état de cause il ne peut s'agir d'un droit de rétention, l'obligation de délivrance n'étant pas encore exigible ; elle ne le sera qu'au moment où le prix d'achat aura été acquitté.

2e ex. : Au cas de transport

Au cas de transport, y a -t-il droit de rétention lorsque le transporteur n'ayant pas reçu le prix du transport, ne délivra pas la marchandise ? La négative s'impose. L'attitude du transporteur en pareil cas est la conséquence de l'exécution "trait pour trait". Il était convenu que le destinataire s'exécuterait avant la livraison des marchandises. Le transporteur n'est pas tenu de livrer s'il n'est pas payé, c'est donnant donnant . S'il refuse de livrer c'est encore en vertu de l'exceptio non adimpleti contractus ; il en irait autrement, si, après paiement du prix du transport, il refuserait la livraison de la marchandise en garantie des frais de conservation supportés par lui.

3e ex. :

Il n'y a pas non plus droit de rétention au cas de dépôt ou de mandat, lorsque le dépositaire ou le mandataire n'ayant ni conservé, ni amélioré la chose refuse de s'en défaire en garantie de sa rémunération. Ce refus est la manifestation par excellence de l'exceptio non adimpleti contractus.

B. Cas où le refus de livrer découle d'une sûreté réelle entraînant la dépossession du débiteur

On s'accorde à dire que le droit de rétention est un attribut du gage ; en effet aux termes de l'art. 859 COCC "le créancier gagiste garde la chose ou la fait retenir par le tiers convenu jusqu'à l'entier paiement, tant en principal qu'en intérêts et frais, de la dette pour sûreté de laquelle le gage a été constitué".

Pourtant la rétention proprement dite ne peut exister que lorsque pèse sur une personne une obligation de restituer ayant un caractère exigible. Or l'obligation de restitution du gagiste de restituer ne l'est pas encore, la restitution ne devant avoir lieu qu'après paiement. Le gagiste qui n'a pas reçu satisfaction n'est pas encore tenu de restituer l'objet ; aucune obligation de délivrance ne pèse encore sur lui ; il est en droit de garder son gage par devers lui. Il ne s'agit pas d'un droit de rétention mais la conséquence même de la dépossession qu'à entraînée le gage puisque ce dernier est une sûreté réelle dépossédant le débiteur. Ainsi s'il n'est pas payé, le gagiste détient l'objet en vertu des prérogatives que lui confère sa sûreté. S'il est dépossédé il peut exercer la saisie-revendication pour recouvrer le bien. La reconnaissance du droit de rétention est superflue et sans fondement.

Le même raisonnement peut être tenu au cas d'antichrèse sureté qui existe seulement en D.F. et non en D.S. Le créancier en vertu de cette sûreté occupe l'immeuble en garantie de sa créance. S'il n'est pas payé il reste dans les lieux. S'il est expulsé avant paiement, il réintègre les lieux en exerçant la "réintégrande". De sorte que n'ayant pas reçu satisfaction, il est en droit d'occuper les lieux, aucune obligation de restituer ne pèse encore sur lui. Il ne s'agit pas non plus d'un droit de rétention, mais la conséquence même de la dépossession du débiteur qu'entraîne l'antichrèse. La rétention est encore dans ce cas superflue et sans fondement.

Au cas de bail d'immeuble on s'accorde à reconnaître au bailleur le droit de retenir les bagages du locataire défaillant ou de les revendiquer si celui-ci déménage à "la cloche au bois".

Est-ce en réalité un droit de rétention ; il serait osé de répondre par l'affirmative. Car le bailleur n'a ni conservé ni amélioré les bagages ; ceux-ci au surplus ne lui ont causé aucun dommage ; il n'y a pas de détritum cum re junctum cette faculté du bailleur de maintenir les bagages du locataire dans les lieux s'il n'est pas payé découle d'une autre sûreté réelle, le privilège ou la saisie revendication et non du droit de rétention.

Il apparaît donc, dans tous ces cas, que le droit de rétention a été reconnu par erreur ou pour désigner l'exceptio ou pour désigner la possession d'un bien en vertu du mantissement mobilier ou immobilier ou en vertu d'un privilège.

Le véritable droit de rétention se ~~cantonne~~ dans un tout autre domaine.

P.II. Domaine d'élection du droit de rétention

Compte tenu des exclusions ci-dessus ~~misées~~ - le droit de rétention se ramène au seul cas de débitum cum re juctum et comprend les hypothèses où une chose a été façonnée améliorée ou conservée.

A. Cas où la chose a été façonnée

C'est l'hypothèse de l'art. 570 modifiée du code civil aux termes de cette disposition "si un artisan ou une personne quelconque a employé une matière qui ne lui appartenait pas

à former une chose d'une nouvelle espèce, soit que la matière puisse ou non reprendre sa première forme, celui qui en était le propriétaire a le droit de réclamer la chose qui en a été formée en remboursant le prix de la main d'oeuvre estimée à la date du remboursement".

Il en résulte que l'ouvrier spécificateur qui a introduit une valeur dans l'objet à la suite d'un contrat d'entreprise ou non peut retenir la chose jusqu'au paiement du prix de sa main d'oeuvre, sa créance étant née propter rem.

B. Cas où la chose a été améliorée

C'est l'hypothèse de l'art. 555 code civil qui dispose "...si le propriétaire du fonds préfère conserver la propriété des constructions, plantations et ouvrages, il doit à son choix rembourser au tiers soit une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur, soit le coût des matériaux et de la main d'oeuvre estimé à la date de remboursement, compte tenu de l'état dans lequel se trouvent lesdits constructions, plantations et ouvrages".

Le possesseur de bonne foi qui a fait des améliorations au fonds d'autrui a alors le droit de retenir la chose jusqu'au paiement de la plus value qui est résultée de ces améliorations.

L'accroissement de valeur de la chose justifie l'exercice du droit de rétention même en matière mobilière notamment au cas de réparation de véhicules automobiles.

C. Cas où la chose a été conservée

Celui qui a fait les frais de conservation de la chose d'autrui a le droit de retenir cette chose jusqu'au remboursement de ces frais, peu importe que la conservation ait eu lieu à la suite d'un contrat de transport, de dépôt de mandat ou résulte des dépenses qu'à effectuées sur un immeuble, l'héritier qui a la jouissance de celui-ci sans en avoir eu la propriété.

Il convient de noter que la connexité matérielle asseoit mieux la notion de droit de rétention ; elle lui restitue son autonomie par rapport à l'exceptio non adimpleti.

Il faut reconnaître cependant que cette connexité matérielle ne suffit pas à elle seule à fonder le droit de rétention sauf à critiquer toute la Jurisprudence fondée sur la connexité juridique et à propos de laquelle l'exceptio ne peut jouer. (V. IIe Partie. Sur la connexité juridique).

Ainsi le mandataire qui refuse de rendre les pièces d'un dossier ne refuse pas d'exécuter le contrat de mandat, on lui accorde cependant la faculté de refuser la restitution : il ne peut s'agir que d'un droit de rétention fondé sur la connexité Juridique.

DEUXIEME PARTIE : LES CONDITIONS D'EXERCICE DU DROIT DE
RETENTION

Le droit de rétention tire sa force des inconvénients qu'il engendre : instrument privé de contrainte, tentative brutale pour obtenir justice soit-même, ce droit semble en effet trop dangeureux pour être systématiquement octroyé. Opposable au tiers, ce droit demeure acquis au créancier quel-
que soit le dommage ^{/causé} au débiteur. Sa légitimité est déliée de toute proportionnalité entre l'inconvénient que représente pour le créancier le défaut de paiement, et le désagrément que cause la détention de son bien au débiteur.

C'est pourquoi le législateur sénégalais codifiant en cela l'état de la Jurisprudence Française a entendu fixer des limites au droit de rétention en soumettant son exercice à certaines conditions.

En effet aux termes de l'art. 920 al. 1er COCC :
"indépendamment de toute sûreté et avant toute saisie, le créancier qui détient un bien de son débiteur peut le retenir jusqu'à complet paiement, s'il existe un lien de connexité entre la naissance de la créance et la chose retenue et si la créance est certaine, liquide et exigible. Cette connexité est réputée établie dès que la détention de la chose et la créance sont la conséquence de relations d'affaires".

Quelques remarques sur la rédaction : Le texte en effet n'est pas clair.

1) indépendamment de toute saisie : Il existe une contradiction dans le texte lui-même ; est-ce que le droit de rétention n'est pas une sûreté.

Le texte signifié que le droit de rétention existe et se suffit à lui-même en dehors de toute autre sureté ; on a voulu faire du droit de rétention une sureté autonome, une sureté à part entière. C'est l'affirmation de l'autonomie de cette sureté.

2) avant toute saisie ; Ce second membre de phase paraît plus obscur.

Le créancier peut retenir avant saisie, cela semble vouloir dire que le droit de rétention existe et peut être tenu en échec par la saisie ; cette interprétation nous paraît fausse ; le droit de rétention ne va pas céder devant la saisie et il y a une explication possible qui est liée aux effets du Droit de Rétention en D.S.

- Si c'est lui même créancier rétenteur qui poursuit la réalisation de la chose retenue pour son propre compte c'est-à-dire si c'est lui qui décide de faire vendre le bien il reste créancier privilégié.

Donc à partir de la saisie et à condition qu'elle ait été demandée par le créancier rétenteur celui-ci reste privilégié bien qu'il ait perdu la rétention ; ce qui signifie à contrario que la rétention n'est nécessaire qu'avant la saisie, d'où le texte avant toute saisie.

Puisque s'il demande la saisie le créancier rétenteur conserve son privilège bien qu'il ne retienne plus le bien il faut distinguer 2 phases :

- avant saisie demandée par lui-même où la détention du bien est indispensable pour faire jouer sa sureté (comme en D.F.).

- après saisie demandée par lui-même où la rétention du bien n'est plus nécessaire pour faire jouer la sûreté (en France il perd tout droit).

Mais s'il laisse saisir le bien par 1 tiers, à ce moment il y aura assimilation de ^{cette} saisie avec un désaisissement volontaire et dans ces conditions on se retrouve dans la situation du D.F. où le reteneur perd tous droits.

Heureusement la suite de l'article 920 qui énonce les conditions de la sûreté paraît plus claire.

Quelles sont les conditions auxquelles le législateur a subordonné l'existence du droit de rétention ?

Certaines conditions sont généralement dressées, encore que leur application pratique soulève des difficultés ; elles sont relatives à la créance, à la détention ; Mais les plus vives controverses existent quand aux lien de connexité qui doit exister entre la créance du reteneur et l'objet détenu.

Section 1ère : Conditions relatives à la créance du reteneur.

Il convient de dire un mot sur l'objet de la créance avant d'envisager ses caractères.

P.I. L'objet de la créance

Parce que le droit de rétention constitue un procédé direct de paiement, il ne peut être exercé que si la créance présente les caractères autorisant la compensation ou la saisie. Ce sera presque toujours pour obtenir l'exécution d'une obligation de donner et plus précisément le paiement d'une somme d'argent que sera utilisé ce moyen de contrainte. Si elle avait un

autre objet, ainsi si le débiteur était tenu d'une obligation de faire, elle pourrait le cas échéant, donner prise à l'exceptio non adimpleti contractus mais non au droit de rétention.

P.II. Les caractères de la créance du rétenteur

L'analogie que l'on a pu déceler entre des institutions comme la compensation et comme la saisie arrêt sur soi-même, ainsi que le caractère de "voie d'exécution privée" qu'on peut reconnaître au droit de rétention explique la nécessité d'une créance du rétenteur certaine liquide et exigible comme l'exige l'article 920 du COCC.

1) La créance certaine

L'exercice du droit de rétention suppose l'existence au profit du détenteur d'une créance certaine ; condition indiscutée, seule une créance certaine pouvant de manière générale permettre de pratiquer une saisie. C'est sur le fondement de cette condition que se justifient les décisions pénales sanctionnant au titre de l'abus de confiance le détenteur qui refuse de restituer la chose à lui remise alors que sa créance n'est pas certaine, tel l'agent d'affaires qui refuse de restituer les pièces d'un dossier remises par son client alors que ses honoraires n'étaient pas fixés (crim 30 Déc. 1943 sem. jur. 1949 II 2621 note Garraud).

2) La créance doit elle être liquide

En D.S. l'article 920 du COCC est formel et exige la condition de liquidité.

En droit Français, les avis sont partagés.

Mr. DERRIDA (Encycl. Dalloz Rep. civ. V^o Rétention n. 15) affirme que "la créance doit être certaine.....liquide". H.L. Mazeaud et le Doyen Lalou (note signée H.L. D. 1952. 26) écartent la condition de liquidité opposant sur ce point rétention et compensation.

La Jurisprudence paraît exiger certitude et liquidité
Agen, 18 Janv. 1842 Juris. gen D. V^o Succession n^o 572
Bourges 12 Fév. 1913 G.P. 1913 1. 272 et sur pourvoi. Req.
17 Juin 1914 . S 1920 1. 201 et note Naquet, Orléans, 28 juin
1898 D.P. 99 2. 63. Trib. com. de Lyon 21 sept 1951. D. 1952
26 et note H.L. cf. cependant Angers 10 juillet 1934 G.P. 1934
2. 560.

Il faut approuver l'une ou l'autre de ces deux opinions en apparence contradictoires mais à la vérité complémentaire.

Au moment où le rétenteur refuse de se dessaisir de la chose - c'est la phase purement privée - il suffit qu'il ait une créance certaine ; il ne saurait être exigé dès cet instant une créance liquide ; dès qu'elle est certaine la rétention est justifiée et ne saurait engager la responsabilité du rétenteur.

Au contraire lorsque le débiteur voudra reprendre sa chose - phase judiciaire - le retenteur assigné en restitution devra justifier d'une créance certaine, liquide ou demander au juge de la liquider. Il serait en effet inadmissible qu'il

puisse conserver la chose en se fondant sur une créance dont il a lui même et sans contradiction fixé le montant ou qu'il se refuserait à chiffrer. Comment exiger du débiteur paiement d'une créance non déterminée. Sans doute lorsque les parties se présentent devant le juge il arrivera que la créance ne soit pas encore liquidée, mais comme en matière de compensation (les deux institutions présentent de nombreux points communs) le reteneur pourra demander la liquidation judiciaire de sa créance. S'il ne le faisait pas, il devrait restituer la chose car ce n'est pas au débiteur à faire la preuve du montant de la créance de son adversaire.

Si la situation du réteneur se rapproche ainsi de celle du créancier qui réclame la compensation, elle est plus voisine encore de celle du créancier dans les saisies conservatoires : la liquidité n'est pas exigée au moment même de la saisie ; elle le sera lors du jugement de validité (Giverdon Rep. pr. civ. V^o saisies et mesures conservatoires n^o8). Pour protéger le créancier on doit lui permettre de saisir ou de retenir dès que sa créance est certaine, est ~~ou~~ paraît fondée en son principe (art. 48 C.P.C. Fr.) même si son montant n'a pas encore été chiffrée par le Tribunal. Mais lorsque se pose la question de la validité de la saisie comme de la légitimité de la rétention le créancier doit abattre son jeu, justifier très exactement du montant de sa créance ou demander au Tribunal de l'apprécier. (MAZEAUD).

Contrairement donc au D. Français qui n'exige pas nécessairement la condition de liquidité, le Droit sénégalais quant à lui ne prête à aucune équivoque. Volonté délibérée ou inadvertance du législateur, cette différence était absolument indispensable. En effet en Droit Français le droit de rétention est une sûreté inachevée ; il ne peut-être qu'une mesure conservatoire, une solution d'attente, donc il est possible pour le créancier d'exercer le droit de rétention en attendant la liquidation de sa créance.

En Droit sénégalais en revanche, à partir du moment où le Droit de rétention est une Sûreté achevée, et peut aboutir au paiement (art. 920 al. 3) il est indispensable que la créance soit liquide.

3) - La créance doit être exigible

La créance doit être exigible c'est-à-dire non affectée d'un terme suspensif ; cette exigence est logique, le droit de rétention étant un moyen de contraindre le débiteur au paiement.

Pour cette raison une obligation naturelle - c'est-à-dire "celle qui dans le for de l'honneur et de la conscience oblige celui qui l'a contractée à l'accomplissement de ce qui y est contenu" - ne peut autoriser l'exercice du droit de rétention ; en effet elle ne sera jamais exigible. De même la Jurisprudence refuse le droit de rétention au créancier à terme (Rouen 23 mai 1873, D.P. 1875 - 2. 108) ; les événements provoquant la déchéance du terme permettent alors au créancier de retenir la chose.

P.III. La personnalité du débiteur de la créance

Elle importe peu ; Certes en principe la créance existe contre le propriétaire du bien retenu. Il peut cependant en être autrement, ainsi lorsque le débiteur a cédé à un tiers le bien retenu. Le droit de rétention est alors opposable aux tiers.

Toute voie d'exécution étant en principe interdite contre l'Etat, serait-elle indirecte, on décide qu'à défaut d'un texte contraire - tel celui relatif à l'expropriation pour cause d'utilité publique - une créance contre l'Etat ne saurait permettre l'exercice du droit de rétention.

C.E. 19 juil. 1854 D.P. 55.3.17

T. confli. 11 janv. 1879 D. 79.3.65.

Section II. Conditions relatives à la détention

Il ne peut y avoir rétention sans détention ; cette condition doit être précisée quant à la chose détenue et quand à la détention elle-même.

P.I. L'objet de la détention

La détention ne peut engendrer le droit de rétention que si la chose sur laquelle elle s'exerce présente certains caractères.

1) La détention doit être celle d'un bien corporel

Peu importe la nature mobilière ou immobilière de ce bien au sujet du droit de rétention portant sur un immeuble

V. civ. 25 janv. 1904 DP 1904 I. 601 note Guénée

S 1910 I. 142 (Forêt)

civ. 2e sect. civ. 27 mai 1961 Bull. civ. II. n°386.

Les choses les plus diverses peuvent donner prise au droit de rétention - ainsi et pour ne donner que quelques exemples :

• des livres civ. lère 3 Fév. 1969. Bull. civ. I n°58 (rétention par un imprimeur d'ouvrages pour le paiement des frais d'impression.

• des documents remis pour l'exécution d'un mandat

(colmar 30 janv. 1973. D. 1973 som 99)

• La carte grise permettant l'immatriculation d'un véhicule automobile.

En revanche le droit de rétention ne peut s'exercer sur des biens incorporels, tels qu'un droit, sauf s'il est incorporé dans un titre, les titres au porteur étant assimilés aux objets corporels.

2) Le bien que l'on prétend retenir doit être susceptible d'appropriation privée ; le bien d'une manière générale doit être dans le commerce Juridique, donc aliénable et saisissable.

Ainsi la rétention ne peut pas être exercée sur une personne par exemple sur un enfant en garantie de ses frais d'entretien (Dijon 17 janv. 1933 D.H. 1933, 188) ni un corps dans un cercueil en garantie des sommes dues à un entrepreneur de pompes funèbres.

(T. civ. seine 20 Dec. 1932 S. 1933 Z.44). Une telle rétention porterait d'ailleurs atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

3) La chose retenue doit-elle appartenir au débiteur

En Droit Sénégalais le texte de l'art. 920 du COCC semble impliquer cette condition ; effectivement le plus souvent le débiteur et le propriétaire de la chose retenue sont une seule et même personne et certains auteurs exigent même que le bien retenu appartienne au débiteur. Il ne paraît pas douteux cependant que le créancier peut retenir une chose appartenant à un tiers. Il n'en est pas seulement ainsi en cas de rétention conventionnelle quand un tiers a, en tant que caution réelle, affecté son bien à la garantie d'autrui, ou en cas de rétention fondée sur une idée de gage tacite, le créancier ayant pu croire que la chose appartenait à son débiteur. (ex. : droit du bailleur sur les meubles appartenant à autrui mais qui ont été introduits dans les lieux loués par le locataire.

P.II. Les conditions de la détention elle-même.

La détention doit être effective⁽¹⁾ et elle doit être faite de bonne foi⁽²⁾.

1) La détention doit être effective c'est à dire qu'il doit y avoir une emprise matérielle sur la chose.

Il existe cependant des cas où une possession fictive l'emporte sur la détention effective ; il arrive en effet aujourd'hui qu'un créancier jouisse d'un droit de rétention sans détenir ce qui en est l'objet ; Depuis 1934 le vendeur d'automobiles à crédit bénéficie d'un droit de gage sur le véhicule vendu ; bien que le véhicule soit passé entre les mains

de l'acheteur la loi répute le vendeur en possession. La Jurisprudence, la cour de cassation Française elle-même Cass. com. 15 Janv. 1957. D. 1957 267 note Hermard) a cru devoir en déduire au profit du vendeur, l'existence d'un droit de rétention ce dernier pourtant s'accommode mal d'une fiction légale de possession. Il suppose par nature, que la chose due est demeurée entre les mains du créancier, qu'elle n'a pas été encore livrée.

L'admission de cette possession fictive n'est d'ailleurs pas seulement inharmonieuse du point de vue conceptuel, elle est encore fâcheuse d'un point de vue pratique : en effet cette possession fictive reconnue au créancier gagiste s'oppose à ce que puisse, par la suite, naître un droit de rétention pur et simple au profit d'un éventuel détenteur de la chose. La cour d'appel de Paris a tranché une question en ce sens le 9 mars 1964 ; en effet dans cette affaire une société de crédit, ayant financé l'achat d'un camion et régulièrement procédé à une inscription de gage, prétendait obtenir la rétention de ce camion par le garage qui l'avait réparé et qui, pour obtenir le règlement de ses factures impayées, lui opposait le droit de rétention prévu par l'article 1948 C civ. La cour de Paris se prononçant en faveur de la société de crédit refuse au garagiste le droit de rétention. Ayant observé que le droit de gage était né antérieurement à l'entrée du camion litigieux dans le garage du détenteur, elle estime que le débiteur ne pouvait en conséquence "à l'insu du créancier gagiste qui est réputé avoir le camion gagé en sa possession conférer un droit quelconque sur celui-ci au réparateur ; solution logique peut-être, mais

attentatoire au mécanisme normal du droit de rétention.

- Le droit de rétention suppose également que l'on ne détienne pas le bien pour le compte d'autrui ; ceci nous conduit à dire que l'art. 123 du code du Travail sénégalais doit être supprimée ou réécrit.

En effet le droit de rétention est consacré par l'article 123 dans des termes peu clairs : "le travailleur détenteur de l'objet par lui oeuvré peut exercer le droit de rétention dans les conditions prévues par la législation en vigueur".

Ce texte invite donc à se reporter à l'article 920 du COCC qui est le siège de la matière.

Or une condition essentielle préside à l'exercice du droit de rétention : le créancier doit exercer la détention pour son compte personnel et non pour le compte d'autrui. Or le travailleur étant dans une relation de subordonné vis-à-vis de son employeur ne détient jamais pour son compte mais pour celui de son employeur qu'il détienne une chose appartenant à son employeur ou une chose confiée par un tiers à ce dernier. Sauf à considérer que l'article 123 al. 1er C trav. consacre un droit de rétention spécial au profit du travailleur - ce que contredit le renvoi à la législation en vigueur - ce texte n'a aucun intérêt pratique.

Il semble qu'il ait été écrit pour les artisans liés par un contrat d'entreprise avec leur clientèle et non pour les travailleurs au sens de l'article 1er du C. Trav.

2) La détention doit être faite de bonne foi.

Il est certes possible de dépouiller le droit de rétention de toute considération morale - ce droit est attaché à une créance, dès qu'il existe la mentalité du créancier importe peu. Sans doute la faute du créancier est elle de nature à diminuer ou à effacer sa créance. Mais du moment que celle-ci existe et que les conditions objectives s'en trouvent réunies elle doit être protégée par la possibilité de conserver la chose. Ce raisonnement n'a pas convaincu et depuis longtemps la Jurisprudence Française refuse le droit de rétention au constructeur de mauvaise foi bien qu'il remplisse les mêmes conditions objectives que le conducteur de bonne foi.

(Req. 22. Dec. 1873 D.P. 74 1 241

Douai 12 janv. 1891 D.P. 91. 2. 221

Civ. 2e 10 mai 1957 Bull. Civ. 1957. II. n°342 p.226)

En dehors de l'article 555 C. civ. et dans les circonstances voisines de l'espèce rapportée la chambre criminelle s'est refusée à reconnaître le droit du reteneur ayant engagé "des frais et débours élevés" à l'insu de son client et exerçant une contrainte morale afin d'obtenir le règlement d'une somme dont il n'avait pas fait reconnaître la légitimité par la juridiction compétente (crim. 30 Déc. 1943 J CP. 1944 II. n°2621).

Le droit de rétention n'est pas un droit discrétionnaire ; il est susceptible d'abus, que cet abus résulte de la volonté de nuire ou d'une faute quelconque du créancier.

Pour illustration : Civ. 3 mai 1966 D. 1966. 649.

"Un fabricant de tracteurs effectue de très impor-

tantes reparations sur le véhicule d'un de ses clients, sans qu'il lui établisse un devis ou même indiqué l'ordre de grandeur des travaux. Le propriétaire du tracteur faisant observer que le prix réclamé égalait presque la valeur de la machine, refuse de payer ; le réparateur prétend exercer le droit de rétention.

Après le Tribunal de commerce, la cour d'Appel refuse cette garantie au créancier que ce droit suppose que le rétenteur n'a commis aucune faute. L'approbation donnée au juge du fond **par** la lère chambre civile témoigne du souci de la cour de cassation de réserver au créancier irréprochable l'arme dangereuse qu'est le droit de rétention.

Section III. La Condition de Connexité

La nécessité de ce lien de connexité

Cette condition est exigée pour éviter les abus d'une conception particulièrement extensive du droit de rétention ; celle-ci consisterait à admettre la rétention toutes les fois qu'un créancier détenait une chose de son débiteur quelque soit la cause de sa détention et même si sa détention n'avait aucun rapport ni avec la chose, ni avec sa propre dette ; en effet elle donnerait un champ trop vaste à ce procédé de justice privée qu'est le droit de rétention en incitant le débiteur à s'emparer d'une chose de son créancier pour exercer ensuite le droit de rétention ou à **confier** un de ses biens à un créancier fictif pour le soustraire aux poursuites du créancier véritable.

Il fallait donc trouver une justification au droit de rétention celle-ci réside dans la connexité unissant la créance garantie au bien retenu. Mais cette connexité peut être conçue de deux manières et on a pu distinguer la connexité juridique ou subjective de la connexité matérielle ou objective, certains auteurs ne voulant en retenir une seule, d'autres faisant part aux deux.

A. LA CONNEXITE JURIDIQUE OU INTELLECTUELLE

Aubry et RAU proposaient de fonder le droit de rétention sur la communauté d'origine entre la créance du rétenteur et sa dette de restitution, communauté d'origine qui fonde également nous l'avons déjà vu, l'exceptio non adempti. En d'autres termes on pourrait admettre le droit de rétention toutes les fois qu'existent entre le créancier et le débiteur des rapports nés d'un contrat synallagmatique toutes les fois que la dette et la détention se rattachent à la même convention.

Ainsi s'expliquerait le droit de rétention du vendeur au comptant ; devenu simple - détenteur par l'effet de la vente il peut exercer le droit de rétention en garantie de la créance du prix né du même contrat. On pourrait encore expliquer ainsi le droit de rétention reconnu aux mandataires architectes, entrepreneurs, commissionnaires de transport, ouvriers ou façonniers sur les choses à eux confiées pour l'exécution du contrat.

Cette explication vaut aussi pour les contrats synallagmatiques imparfaits (dépôt, mandat, prêt etc....)

Cette connexité juridique ne peut être la seule à fonder le droit de rétention, en effet l'explication par la connexité juridique a encourru deux reproches :

1) Cette conception repose sur une confusion entre le Droit de rétention et l'exception d'inexécution. Dans les relations nées d'un contrat ou plus généralement dans les rapports synallagmatiques il est inutile d'admettre le droit de rétention puisque l'exception d'inexécution suffit à justifier le résultat auquel ce droit pourrait conduire. Or le Droit de rétention est un moyen de justice privée qui ne doit être admis qu'exceptionnellement. Donc on devrait exclure le droit de rétention chaque fois que l'exception est possible.

Néanmoins la Jurisprudence retient pourtant le droit de rétention (V. Req. 26 avr. 1919 D, 1919. 1. 455, D, 1920.1. 193).

2) Elle n'explique pas le droit de rétention consacré par la loi elle-même dans les rapports extracontractuels, notamment au profit de l'héritier tenu au rapport ; au possesseur de bonne foi d'une chose perdue ou volée qui doit le rendre au véritable propriétaire.

B. LA CONNEXITE MATERIELLE OU OBJECTIVE

La connexité objective est celle qui peut être constatée entre la créance garantie et la chose détenue par le créancier ; dans cette conception le droit de rétention est admis chaque fois que la créance est née à l'occasion de la chose est liée à la chose, constitue un debitum cum re junctum

c'est le cas lorsque la chose détenue a causé un dommage au détenteur ou lorsque le détenteur a fait des frais pour sa conservation.

Dans une conception large on se contente d'un rapport moins direct entre la chose et la créance et on parle de connexité objective dès l'instant que la chose a contribué à susciter la créance.

Cette connexité justifierait le droit de rétention dans toutes les situations.

Ainsi le droit de rétention est reconnu au possesseur de bonne foi qui a fait des impenses sur la chose dont il est évincé (Req. 22 Dec. 1873. D. 1874. 1. 241) ou au sequestre qui a fait des frais pour la conservation de la chose à lui confiée. (Civ. 1ère 22 mai 1962 D. 1965 - 59 note Rodière) et la cour de cassation a posé le principe que "le droit de rétention peut-être exercé dans tous les cas où.....la créance ayant pris naissance à l'occasion de la chose détenue, il existe entre cette créance et cette chose un lien de connexité matérielle".

Critique : Dans la mesure où l'on soutient que cette connexité matérielle est l'unique fondement du droit de rétention on ne rend pas compte de la Jurisprudence qui admet aussi ce droit au cas de seule connexité juridique sauf à critiquer cette Jurisprudence et à lui reprocher de confondre le droit de rétention et l'exceptio.

Par ailleurs la Jurisprudence ne fait pas une application sans limite du principe que la connexité matérielle justifie le droit de rétention ; c'est ainsi qu'elle refuse ce

droit au possesseur de mauvaise foi de la chose d'autrui évincé par la revendication, ou au tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué évincé par l'action hypothécaire.

Ces solutions s'expliquent semble-t-il par des raisons particulières : la première par l'exigence d'une possession de bonne foi ou du moins régulière comme condition générale du droit de rétention, la seconde par le désir de ne pas gêner l'action hypothécaire. Elles ne débouchent pas nécessairement sur le refus du principe d'un droit de rétention fondé sur la connexité matérielle.

On notera actuellement que la thèse qui exigerait en principe la connexité juridique pour justifier le droit de rétention est à peu près abandonnée et les auteurs se partagent entre deux opinions :

- celle qui admet la justification du droit de rétention par l'une ou l'autre des deux connexités.

- et celle qui ne reconnaît d'autre fondement à ce droit que la connexité objective ; cette dernière allant parfois jusqu'à l'exclure dans les rapports contractuels.

En effet les partisans de la dualité des fondements du droit de rétention : conscients de l'insuffisance de l'explication d'Aubry et RAU, admettent que la connexité objective, qui n'est pas nécessaire lorsqu'existe un rapport synallagmatique, peut suffire à justifier le droit de rétention.

La Jurisprudence admet en effet le droit de rétention à la fois "lorsque la détention se rattache à une convention ou à un quasi contrat qui a donné naissance à la créance" et toutes les fois que "la créance ayant pris naissance à l'occasion de la chose détenue, il existe entre cette créance et cette chose un lien de connexité matérielle.

La thèse qui admet la dualité des fondements accorde alors le choix au créancier qui se prévaudra naturellement du fondement qui lui sera plus favorable.

Quant à la thèse qui exclut le droit de rétention dans les rapports contractuels, elle entend marquer plus nettement encore la distinction du droit de rétention et de l'exceptio d'inexécution et souligner plus profondément encore le caractère exceptionnel du droit de rétention qui est un moyen rudimentaire de justice privée auquel doit être assigné un rôle subsidiaire. Cette thèse écarte le droit de rétention des rapports contractuels car il est alors inutile dès l'instant que le créancier peut opposer l'exception ; il n'y aurait de droit de rétention qu'au cas de seule connexité objective. Et même en cas de concours entre connexité subjective et connexité objective, le droit de rétention devrait s'effacer au profit de l'exception d'inexécution.

A cette thèse ont été opposées deux séries de critiques :
- D'une part malgré l'existence de rapports synallagmatiques, il est des cas où l'on peut hésiter à accorder l'exception d'inexécution au créancier : ainsi le mandataire qui refuse de

rendre les pièces d'un dossier ne refuse pas d'exécuter le contrat de mandat, on lui accorde cependant cette faculté de refuser la restitution : il ne peut s'agir que d'un droit de rétention fondé sur la connexité juridique.

D'autre part on peut admettre un droit de rétention fondée sur la connexité matérielle, bien qu'il existe des rapports contractuels entre les intéressés dès l'instant que la créance du rétenteur bien que née à l'occasion de la convention, n'est pas née directement de celle-ci ; ainsi au cas de contrat synallagmatique imparfait comme le dépôt, la créance née au cours de l'exécution du contrat comme la créance du dépositaire ayant fait des frais pour la conservation de la chose, est garantie par le droit de rétention et non par l'exception d'inexécution. C'est semble-t-il la solution de la Jurisprudence dont on ne peut pas dire ni qu'elle écarte le droit de rétention dans les rapports contractuels ni qu'elle ne fonde jamais celui-ci sur la connexité subjective. Or le fondement choisi peut avoir des conséquences sur le régime juridique du droit de rétention.

TROISIEME PARTIE : LE REGIME JURIDIQUE DU DROIT DE RETENTION
ET LES PREROGATIVES DU CREANCIER RETENTEUR.

Section I : Le Régime Juridique

Il soulève la question déjà rencontrée de la nature juridique du droit de rétention sur laquelle nous ne reviendrons pas compte tenu des observations que nous avons déjà faites au cours de notre introduction.

La difficulté est accrue par les divergences doctrinales sur le fondement et le domaine du droit de rétention, en effet suivent qu'on le fonde sur la ~~connexité~~ juridique ou sur la connexité matérielle son régime sera différent et suivant que la place qu'on lui assigne à côté de l'exception d'inexécution est plus ou moins complète. Sa physionomie juridique est plus ou moins précise.

Malgré les divergences théoriques, les auteurs et la Jurisprudence s'accordent à reconnaître que le droit de rétention est le droit de refuser la restitution jusqu'au paiement. Le droit de rétention suspend l'exigibilité de la dette de restitution incombant au rétenteur⁽¹⁾ théoriquement il ne confère aucune prérogative du moins en D.F. ; c'est pourquoi certains auteurs ont hésités à le ranger parmi les sûretés réelles. Cependant il emprunte à ses sûretés réelles son caractère d'indivisibilité.

Le droit de rétention est un droit indivisible ; cela signifie que la chose grevée du droit de rétention garantit la totalité de la dette et que chaque partie de la chose garantit

contractuels et sur le fondement de la connexité juridique.

Cass. ch. soc. 9 Janvier 1958.

P.II. La détermination de la créance garantie

Ici encore il faut faire appel à la connexité, condition du droit de rétention pour définir la créance garantie. Elle sera différente selon le type de connexité envisagé.

A. L'hypothèse de la connexité objective

La créance garantie est celle qui est née à propos de de la chose détenue.

Exemple : la créance née des frais engagés par le détenteur pour conserver ou améliorer cette chose ; ainsi c'est la créance résultant de ses impenses sur la chose qu'il doit restituer que le possesseur évincé peut protéger en exerçant le droit de rétention et pas une autre.

Par ailleurs, il ne s'agit que de la créance née de la détention ou née au cours de la détention actuelle, car si le créancier se dessaisit de la chose il ~~perd~~ le droit de rétention ; La conséquence c'est que si par la suite il exerce une nouvelle détention sur la même chose il ne saurait retenir celle-ci en garantie de la créance née à l'occasion de la première (note Rodière D. 1965 - 79).

P.II. L'hypothèse de la connexité juridique

Dans ce cas il faut se demander si la créance à garantir est née du même rapport de droit que la dette de restitution de l'objet que le rétenteur se refuse à restituer.

Il n'y a aucune difficulté si les parties (créancier et débiteur) n'ont été liées qu'une seule fois ; il n'y a qu'un seul rapport juridique.

Plus délicate cependant est la question au cas d'opérations juridiques successives qui donnent lieu à plusieurs détentions ayant engendré chacune des créances au profit du détenteur.

Ex : le garagiste qui a réparé plusieurs fois la voiture du client et l'a livrée sans être payé : peut-il exercer le droit de rétention pour des créances antérieures ?

Dans ce cas la réponse ne fait aucun doute ; la restitution de la chose lui a fait perdre le droit de rétention ; celui-ci ne renaît pas lorsque la chose revient entre ses mains à titre nouveau, il ne peut donc plus réclamer que la seule créance ayant un lien de connexité juridique avec sa dernière détention ; il ne peut plus en pratique exercer le droit de rétention que pour la seule créance née du dernier rapport juridique.

Là où on hésite c'est lorsque les opérations juridiques successives sont de même nature.

ex : le garagiste tous les mois, entretient le véhicule de ce client.

La Jurisprudence Française, le législateur sénégalais dans l'art 920 ont estimé qu'en cas d'opérations juridiques successives, la connexité est réputée établie dès que la détention de la chose et la créance sont la conséquence de relations d'affaires.

Conséquence importante et pratique : le garagiste pourrait retenir n'importe quel véhicule de son client pour une créance antérieure. Mais pour que cette règle s'applique il faut qu'il y ait relations d'affaires entre deux commerçants ; c'est là

une simple présomption.

- s'il y a relation d'affaires : c'est le débiteur qui devra prouver
- pas de relation d'affaires : c'est le créancier qui doit prouver.

Section II : LES PREROGATIVES DU CREANCIER RETENTEUR

Nous avons vu qu'en droit français, le droit de rétention se ramène au pouvoir de retenir la chose jusqu'au paiement ; Le droit de rétention y est donc une solution d'attente, c'est un moyen de pression. C'est pourquoi l'on a soutenu que le droit de rétention était une sûreté inachevée et que le créancier tirait sa force de son inertie, de sa passivité. S'il agissait c'est à dire s'il faisait procéder à des saisies ou à la vente il perdait tous droits.

En droit Sénégalais cette situation a été dépassée ; en effet si le droit de rétention peut y être envisagé comme une sûreté passive tant que le créancier reteneur préfère rester passif, il est possible aussi de l'envisager comme une sûreté active ; en effet le créancier réteneur peut parfaitement agir et conserver sa garantie.

Toute l'institution est donc centrée sur l'attitude du créancier reteneur et dès lors deux attitudes sont concevables :

P.I. Le reteneur décide de demeurer passif

Dans ce cas les solutions sénégalaise et Française ne diffèrent guère ; il est inutile de recourir au juge (A) et le créancier réteneur bénéficie d'une situation privilégiée (B)

A. Le recours au juge est inutile pour opposer le droit de rétention.

En effet opérant comme une sorte de justice privée, hors de toute instance, le droit de rétention n'a pas besoin pour être opposé, ni d'une mise en demeure, ni de l'autorisation du juge ; à cet égard le régime du droit de rétention est identique à celui de l'exceptio non adimpleti contractus.

Le fait que l'exercice du droit de rétention n'ait pas à être autorisé par justice ne signifie cependant pas que le rétenteur échappe à tout contrôle. D'une part, le contrôle a posteriori, par le magistrat des conditions d'exercice du droit est évidemment toujours possible ; en particulier le juge pourrait vérifier s'il y a une proportion entre l'acte de justice privée et le droit qu'il tend à sauvegarder, encore que l'exigence d'une telle proportion soit assez atténuée par l'indivisibilité de ce droit. D'autre part il faut tenir compte de ce que, simple refus provisoire d'exécution le droit de rétention n'empêche pas que le rétenteur soit débiteur de la livraison de la chose ; il pourra donc être condamné à exécuter mais sous réserve d'une exécution concomitante de son adversaire. Si celui-ci fait des offres sérieuses et valables le rétenteur pourra être condamné, la condamnation pouvant être assortie d'une astreinte.

B. Le rétenteur bénéficie d'une situation privilégiée

Si le créancier rétenteur décide de ne pas agir, le droit de rétention se ramène par définition au pouvoir de garder par devers lui une chose dont il refuse la livraison ; c'est à

cette prérogative que se limite son droit

Le rétenteur n'a ni l'usage, ni la jouissance de la chose. Si celle-ci donne des fruits, il a certes le droit de les retenir comme la chose elle-même mais il doit en rendre compte. Détenteur de la chose d'autrui, le rétenteur répond de la perte ou de la détérioration survenue par sa négligence.

Les prérogatives, comme toute limitées, du rétenteur n'empêchent pas cependant le droit de rétention d'être parfois singulièrement efficace ; en ce cas en effet il semble qu'il ait une situation privilégiée hors du commun, opposable à tous les créanciers même privilégiés et personne ne peut l'obliger à restituer. Le débiteur qui tient à reprendre sa chose, soit parce que celle-ci a une valeur supérieure au montant de la dette, soit en raison d'un intérêt moral sera incité à payer pour reprendre sa chose. Quant aux autres créanciers ils ont un intérêt manifeste à désintéresser eux-mêmes le créancier rétenteur dès lors que la chose retenue a une valeur supérieure au montant de la créance du rétenteur.

Dans certains cas cependant, le rétenteur est obligé de restituer; c'est l'hypothèse où il reçoit en garantie une sûreté réelle équivalente, il devra alors renoncer au droit de rétention (art. 920 al. 2 COCC). Il convient de noter que la sûreté réelle équivalente n'existe pas en droit français.

P.II. Le rétenteur décide d'agir

Agir signifie faire procéder à des saisies ou à la vente du bien ; En ce cas, contrairement au Droit français qui ne reconnaît plus aucun droit au créancier rétenteur, (A). Le

droit sénégalais quand à lui, lui réserve un meilleur sort(B).

A. En Droit Français

1) L'absence d'un droit de préférence

Bien que le droit de rétention puisse aboutir en fait, comme on l'a vu, à une véritable situation privilégiée pour le créancier rétenteur, il ne constitue pas un droit de préférence. Celui-ci consiste dans l'avantage d'être payé en premier lors de la distribution aux créanciers des sommes provenant d'une saisie. Le créancier rétenteur a si peu une telle prérogative que son droit consiste précisément à mettre obstacle à la saisie; s'il la laisse pratiquer ou s'il la pratique lui-même - ce qu'il peut faire comme il le pourrait pour les autres biens de son débiteur - il a perdu sa garantie ; il n'a en tant que créancier rétenteur aucun droit de préférence sur le prix ; il sera colloqué à titre de créancier chirographaire sauf lorsqu'il a une autre cause de préférence comme le privilège accordé à celui qui a fait des frais pour la conservation d'une chose ou le privilège du gagiste auxquels cas il sera colloqué en fonction de son rang de classement des privilèges (Aix 24 Janv. 1957. sem. Jur. 1957 II. 9858 note E. Becqué).

2) Le rétenteur a-t-il le droit de suite ?

Il est généralement admis que le droit de rétention ne comporte aucun attribut positif et par suite le rétenteur n'a pas le droit de suite. Cette proposition appelle cependant quelques observations :

a) Si le rétenteur a abandonné volontairement la détention de la chose, il n'a aucun moyen de la reprendre. Mais ce n'est pas en raison d'une absence de droit de suite, c'est parce que le dessaisissement volontaire éteint le droit de rétention.

b) si le rétenteur a été déposédé involontairement ou s'accorde à lui reconnaître la possibilité d'exercer la réintégrande ou une action personnelle en restitution à défaut desquelles le rétenteur serait sans défense contre des agissements frauduleux du débiteur. En matière mobilière, le rétenteur risque cependant de se heurter à l'application de l'art. 2279 du Code civil au profit du nouveau possesseur.

c) Dans tous cas la loi a elle-même accordé au créancier un droit de revendication de la possession : le vendeur au comptant non payé peut reprendre la chose vendue dans un délai de huitaine.

Le bailleur d'immeuble a un droit de revendication lorsque les meubles garnissant les lieux loués ont été déplacés par le preneur sans son consentement. Mais dans ces cas il n'y a pas seulement droit de rétention, mais privilège et c'est celui-ci qui est protégé par la revendication.

d) Lorsque la chose retenue a été aliénée, le droit de rétention est opposable au tiers acquéreur. Mais ce n'est pas une conséquence du droit de suite, c'est parce que le droit de rétention est opposable au tiers. Le rétenteur n'a pas plus le droit de suite qu'un locataire qui peut opposer son droit à un acquéreur de l'immeuble.

En conclusion on constate que le rétenteur n'a jamais un véritable droit de suite, analogue à celui que le créancier hypothécaire entré ou non en possession.

Pour épargner ce sort inéquitable au rétenteur, le Droit Sénégalais inspiré par l'équité, consacre une solution originale.

B. L'originalité de la solution sénégalaise : Une meilleure protection du Créancier rétenteur

Aux termes de l'art. 920 al. 3 du COCC.

"S'il (le créancier rétenteur) ne reçoit ni paiement, ni garantie suffisante, il peut après signification faite au débiteur poursuivre la réalisation de la chose retenue comme en matière de gage selon les dispositions de l'art. 860".

Il résulte de cette disposition qu'il faut suivre une certaine procédure pour réaliser la chose retenue, pour pouvoir bénéficier des garanties accordées au rétenteur.

1) La procédure

a) La signification faite au débiteur

Elle est exigée par l'art. 920 al.3

- La nécessité d'une mise en demeure

Une dette n'est exigible que si le débiteur a été mis en demeure de la payer ; et c'est de cette mise en demeure que court les intérêts moratoires. La mise en demeure est un préalable nécessaire (sauf stipulation contraire) à l'exercice des voies de droit.

La mise en demeure constate le retard du débiteur ; elle joue plusieurs rôles : elle met les risques de la perte de la chose à la charge d'un débiteur d'un corps certain, elle fait courir les dommages intérêts moratoires par jour de retard (sauf dans les cas où la loi les fait courir de plein droit) et les dommages et intérêts compensatoires.

Dans le cadre de l'exercice du droit de rétention la mise en demeure prévue par l'art 860 du COCC sert de prélude au recours à la procédure de réalisation du gage ; elle constitue en quelque sorte "une dernière chance" accordée au créancier à son débiteur, pour lui permettre d'exécuter son obligation.

- Les procédés de mise en demeure

La mise en demeure peut être faite par une sommation, acte signifié par huissier de justice, invitant le débiteur à payer.

Le débiteur peut également être mis en demeure par un commandement qui est plus énergique, car il implique que le créancier possède déjà un titre exécutoire. Ce commandement constitue ~~généralement~~ le préliminaire d'une saisie ou une assignation, premier acte d'un procès. Une lettre même recommandée est en principe insuffisante sauf exception en matière d'assurances ou en matière commerciale par exemple.

b) La nécessité de recourir au juge : la procédure de réalisation de la chose retenue.

En cas de non paiement à l'échéance le créancier retenu va mettre en oeuvre la sureté ; c'est-à-dire qu'il va recourir à son droit de réaliser sa sûreté ; c'est le droit

de faire vendre le bien pour se faire payer sur le prix.
Pour cela il doit suivre des voies judiciaires qu'il ne peut écarter ; il a le choix entre faire vendre le bien en justice ou se faire attribuer la propriété du bien.

Quelquefois il est tenté de conclure des contrats par lesquels il essaie de ~~passer~~ outre ce recours à la justice (conventions relatives à la réalisation du gage.)

1) La vente judiciaire ou forcée

Le créancier gagiste ou rétenteur peut demander à la justice d'ordonner la vente judiciaire pour se faire payer sur le prix de la chose engagée ou retenue ; en effet à l'échéance et huit jours après signification faite au débiteur ou au tiers convenu, il fait ordonner par justice la vente de la chose engagée. Le juge décide si la vente doit se faire aux enchères ou à l'amiable.

La différence avec les créanciers chirographaires c'est que le créancier gagiste ou le créancier rétenteur n'est pas astreint à suivre les formes de la saisie exécution ; la saisie elle même n'est pas nécessaire dans la mesure où le créancier détient déjà lui-même le bien ou par l'intermédiaire d'un tiers.

Une fois la vente effectuée le créancier gagiste a un droit de préférence sur le prix de la chose vendue avec cette particularité que lorsque plusieurs créanciers se sont ~~au~~ donné le même bien en gage, ils sont colloqués dans l'ordre des cons-

Attributions des différents gages.

2) L'attribution judiciaire de la propriété du bien engagé.

Le créancier gagiste ou rétenteur peut opter aussi pour l'attribution du bien ; Le juge qui est saisi par le créancier peut autoriser l'attribution du bien engagé au créancier gagiste ou rétenteur jusqu'à dire concurrence et d'après estimation suivant les cours ou à dire d'expert.

Quand le créancier opte pour l'attribution du bien il se trouve dans la situation d'un acheteur et le débiteur dans celle d'un vendeur. Le prix de la chose c'est le montant de la créance ajouté ou diminué de quelque chose ; en effet la créance peut ne pas coïncider avec la valeur du bien.

- 1) La créance est égale à la valeur du bien
- 2) La créance est inférieure à la valeur du bien
- 3) Le montant de la créance est supérieure à la valeur du bien (il reste créancier chirographaire pour le reste).

3) Les conventions relatives à la réalisation du gage

La partie au contrat de gage pourraient songer à d'autres modalités de réalisation du gage surtout pour éviter le recours à la justice, il en ainsi de clauses de la voie barrée ou du pacte commissaire imaginés par les créanciers, clauses frappées en principe de nullité par le Droit Français et le Droit Sénégalais (art. 860 al.4).

- La clause de la voie barrée : C'est une convention par laquelle le créancier et le débiteur décident que le créancier gagiste peut vendre la chose à l'amiable pour se faire payer du prix.

Cette convention souple, rapide pour la réalisation du gage est cependant dangereuse pour le débiteur ; on peut craindre que le créancier vende le bien à un prix vil, dérisoire et reste encore créancier.

Seul en principe le juge peut décider de la vente amiable du bien, L'art 860 al. 4 interdit formellement une telle clause et elle est nulle est non écrite.

- Le Pacte comissoire

Ce pacte est aussi interdit parce qu'il est tout aussi dangereux, il consiste pour le créancier à se faire attribuer conventionnellement la propriété du bien **engagé**.

La jurisprudence Française, le D.F. et à leur suite le D.S. frappent ce pacte de nullité, mais le contrat de gage reste valable. Si c'est là le principe, le Droit Français lui a apporté 2 dérogations dont il faut savoir ce qu'il en est en Droit sénégalais :

lère exception : Le pacte comissoire est valable lorsqu'il est conclu postérieurement à l'acte constitutif du gage.

(contraintes du crédit). Ce n'est là qu'une dation en paiement selon la Jurisprudence qui n'est autre qu'un mode de paiement.

En Droit Sénégalais l'art. 860 al. du COCC est formel, cette exception n'est pas valable.

2ème exception : C'est lorsque la chose engagée est une créance; le pacte comissoire est valable, on analyse l'opération comme une cession conditionnelle de créance.

L'art. 865 du COCC autorise le pacte comissoire pour une créance de somme d'argent.

2) Les garanties du créancier rétenteur

Contrairement au droit français où le droit de rétention est considéré comme une sûreté purement passive et donc une sûreté inachevée (c'est toute sa faiblesse), le droit sénégalais consacre aujourd'hui (1976) le droit de rétention comme une véritable sûreté réelle, comme une sûreté achevée complète et autonome.

Ceci résulte d'abord de l'emplacement de l'art. 920 dans le code des obligations civiles et commerciales ; c'est en effet le premier article du livre IV qui s'intitule "classement des sûretés".

La place du droit de rétention dans le code ne fait aucun doute le créancier rétenteur vient au premier rang.

Mais ceci résulte surtout des effets que cet article 920 attache à la sûreté ; en effet ce texte permet au rétenteur non payé ou qui ne reçoit pas une garantie suffisante, de poursuivre la réalisation de la chose retenue comme en matière de gage suivant les dispositions de l'art. 860 du même code ; or le gage est une véritable sûreté réelle.

Le problème c'est que le renvoi de l'art. 920 à l'art. 860 du COCC n'est pas pleinement satisfaisante en effet l'art. 860 comme nous venons d'en faire état ne parle que de la procédure de réalisation du gage. C'est dire que l'emprunt qui est fait au niveau du gage est un emprunt de technique.

La question qui se pose dès lors est celle de savoir est-ce que le créancier rétenteur à partir de la vente judiciaire du bien est assimilé à un créancier gagiste, il va suivre la procédure décrite à l'art. 860 et il occupe le 5e rang.

Ou bien on va jusqu'au bout de la volonté du législateur et considérer que le droit de rétention est une sûreté autonome et il doit dès lors venir au 1er rang du classement des sûretés réelles. Est-ce qu'on a fait du droit de rétention une sûreté complète, ce faisant on améliore la situation du rétenteur par rapport à ce qu'elle est en Droit français. Cette interprétation pourrait expliquer l'art. 920 à son début "avant toute saisie".

En résumé deux thèses s'affrontent quant à la détermination de la garantie à accorder au rétenteur.

La première opinion, c'est à dire celle assimilant le rétenteur au créancier gagiste après vente du bien, a pour elle les art. 860 et 926 ; pour cette thèse l'art. 860 renvoi au gage et l'art. 926 ne prévoit pas de place spéciale en faveur du créancier rétenteur.

La thèse en faveur de la sûreté achevée, autonome, se fonde sur la volonté du législateur d'avoir voulu faire quelque chose en matière de rétention puisqu'en 1976 il le place au 1er rang du classement des sûretés réelles (art. 920). Il y a également l'art. 860 qui confère un droit de préférence et un droit de suite au créancier rétenteur lorsque ce dernier entend réaliser la chose retenue.

En pratique la différence ne porte pas en conséquence puisque dans les deux situations le rétenteur est privilégié en droit sénégalais, mais au point de vue classement cela peut-être important ; il se pose un problème de rang et selon la thèse adoptée le retenteur occupera le 5e rang ou le 1er rang.

Dans le silence des textes il appartient à la jurisprudence de déterminer la portée de cette protection.

B I B L I O G R A P H I E

I. OUVRAGES GENERAUX

- Aubry et Rau Cours de Droit civil-Français, 6e éd.
par Bertin Tome III p. 156.
- Baudry Lacantinerie et De Loynes : du nantissement, des
privilèges et des hypothèques 3e éd. 1906 T.1.
n. 220.
- Colin et Capitant "cours élémentaire de droit civil"
10e éd. par Julliot De la Morandière, 1953.
T. II n° 1473 S.
- Josserand : cours de Droit civil Français 3e éd. 1939
Tome II. n°. 1465 s.
- Marty et Raynaud : "Droit civil" T. III. n°16.
- H.L. et J. Mazeaud et M. De Juglart : Le cours de Droit
civil français T= III. 4e éd. 1105.
- Planiol et Ripert : Traité pratique de droit civil Français.
T.6 par Eismein 2e éd. n°. 4445
- Weill et Terre : Les obligations 2e éd. 1975
n°. 472 s.

- J.P. Tosi : Le droit des obligations au SENEGAL.

- J.I. Sayegh : Le droit du Travail sénégalais.

II. OUVRAGES SPECIAUX

- J.F. Pillebout "Recherches sur l'exception d'inexécution
thèse Paris 1971.

- Cabrye : Du droit de rétention, Paris 1860.

- R. Cassin : L'exception tirée de l'inexécution dans les
rapports synallagmatiques. Thèse Paris 1914.

- DERRIDA : Recherche sur le fondement du droit de rétention,
thèse Alger 1940.

- RAYNAUD, l'exception tirée de l'inexécution, Thèse Paris
1906.

III. NOTES CHRONIQUES, ARTICLES

- Becque, note sous Grenoble 14 avril 1959. J CP 1959 II.11151

- Nicole-CATALA-Franjou, note sous Cass. civ. 17 juin 1969,
J CP 1970. 16161.

- MAZEAUD, note sous cass. civ. 3 mai 1966. D.S 1966.649

- Rodière, note sous cass. civ. 1ère 22 mai 1962 D. 1965.58

- DERRIDA note D.S.1962

"La matérialisation du droit de rétention "Mélanges VOIRIN" 1967, 177 s.

- Giverdon Rep. Pr. civ. V^o saisies et mesures conservatoires
n^o 8.

- Catala Franjou : DE LA NATURE Juridique du droit de rétention R.T. D. civ. 1967. p. 9

- EL HAKIM. Le conflit du titulaire d'un gage sur une auto avec le réparateur de la voiture DS 1971 ch. 177.

- Mande Diapou, La notion étroite de droit de rétention

- CODES

- Code des obligations civiles et commerciales

3e Partie : Les Garanties des créanciers.

art. 920, art. 860, art. 926.

- code du Travail art. 123.

aussi la totalité de la dette ; il en résulte que si la créance garantie est divisible et donne lieu à un paiement partiel, le droit de rétention demeure jusqu'au paiement total, alors que l'exception d'inexécution suppose un manquement assez grave et qu'elle peut n'être opposable que partiellement en cas d'inexécution partielle.

L'individualité signifie aussi qu'au cas de division de la chose grevée du droit de rétention, chaque fraction peut être retenue jusqu'au complet paiement.

Finalement, le droit de rétention, c'est le droit indivisible de refuser la restitution.

Des difficultés apparaissent toutefois, lorsqu'il s'agit de préciser l'assiette de ce droit, ainsi que la créance qui est garantie.

P.I. L'étendue de l'assiette du droit de rétention

L'assiette de ce droit pose le problème de savoir sur quels biens peut-on faire porter le droit de rétention :

Ici la question n'est pas résolue de la même manière selon la démarche adoptée c'est-à-dire selon que l'on se réfère à l'une ou l'autre des connexités.

1) Selon la connexité matérielle ou objective

Dans cette conception, la rétention ne peut s'exercer que sur la seule chose qui est connexe à la créance garantie ex : l bijoutier qui travaille sur un objet est créancier à cause de cette chose ; cela signifie que le créancier ne peut retenir une autre chose appartenant à son débiteur.

De même l'ouvrier spécifique qui n'est lié par aucun contrat avec le propriétaire de la chose ne peut retenir que la chose dont il a augmenté la valeur par son travail, il ne saurait en retenir d'autres appartenant à son débiteur ;

De même le possesseur évincé qui a fait des impenses dont il demande le remboursement peut, s'il est de bonne foi, exercer le droit de rétention sur la chose qu'il a conservée ou améliorée mais sur elle seule.
C'est là une assiette étroite.

2) L'assiette selon la connexité juridique ou subjective

Si l'on admet un droit de rétention fondé sur la connexité juridique, l'assiette du droit de rétention va dépendre du rapport de droit, des relations contractuelles unissant le créancier et le débiteur - ici l'assiette sera plus ou moins grande. La cour de cassation a admis ainsi, qu'un entrepreneur à domicile (façonner ouvrier) qui a reçu un lot de marchandises ou de matières premières à transformer avait le droit de retenir non seulement les matières déjà ouvrées mais toutes celles qui lui ont été remises en vertu d'un contrat unique (Rep. 13 mai 1861 D. 1861. 1. 328 - S. 1861 1. 865) Douai, 26 Nov. 1921 D. 1922 2. 25. note Cassin.

C'est là une application par la Jurisprudence du principe de l'indivisibilité du droit de rétention, mais cette indivisibilité résulte alors de la convention, elle a un caractère juridique et non matériel et en la consacrant la Jurisprudence fait application du droit de rétention dans le cadre des rapports