

Du droit de rétention à
Rome et en France :
thèse pour le doctorat,
l'acte public... sera
soutenu le... 30 avril
1892... [...]

Bailly, Albert (18..-19.. ; avocat à la Cour d'appel de Paris). Du droit de rétention à Rome et en France : thèse pour le doctorat, l'acte public... sera soutenu le... 30 avril 1892... / par Albert Bailly,... ; Faculté de droit de Paris. 1892.

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

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

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

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

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

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

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

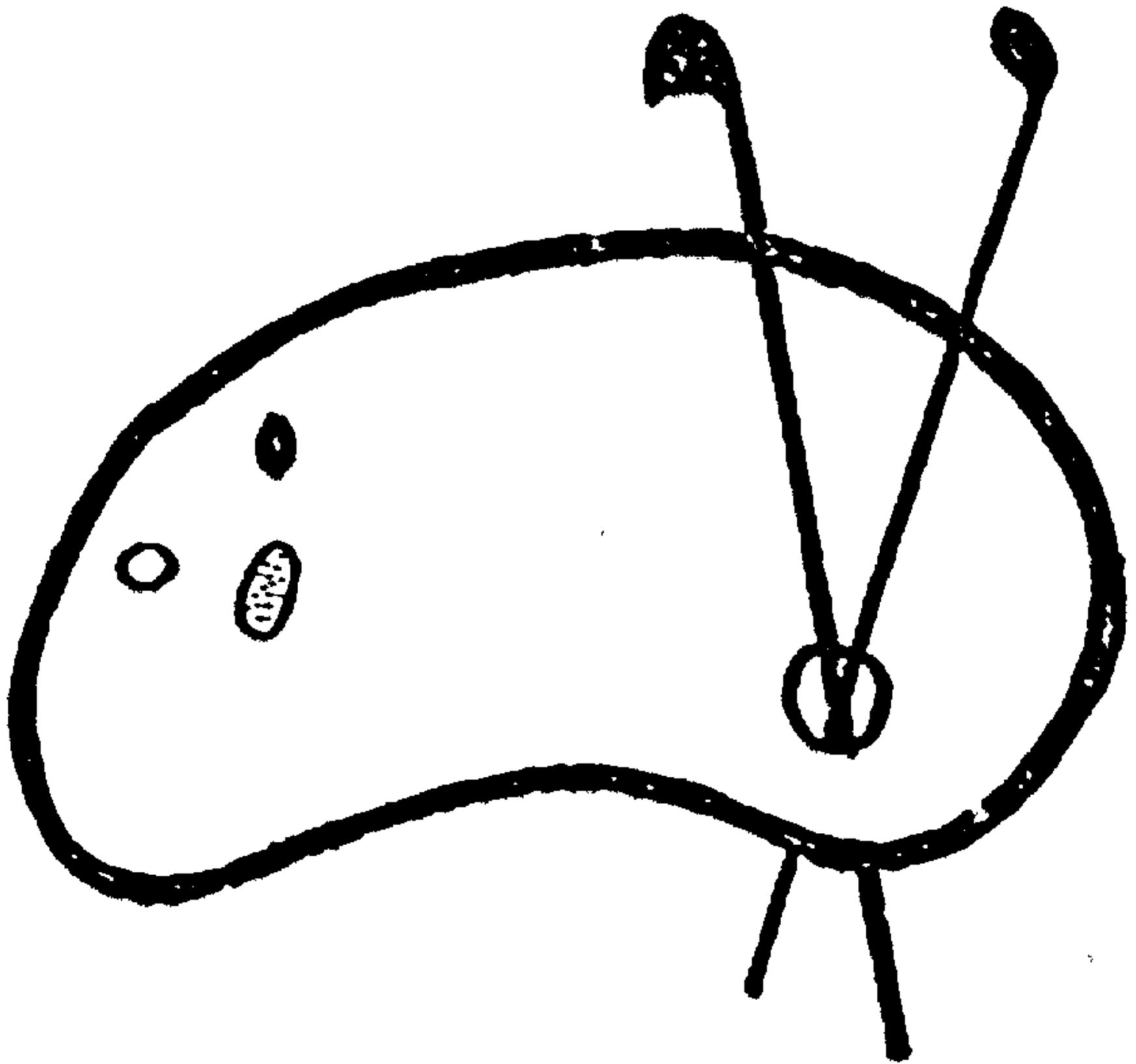
*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions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

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

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

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

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



**COUVERTURE SUPERIEURE ET INFERIEURE
EN COULEUR**

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DU

DROIT DE RÉTENTION

A ROME ET EN FRANCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Albert BAILLY

AVOUCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

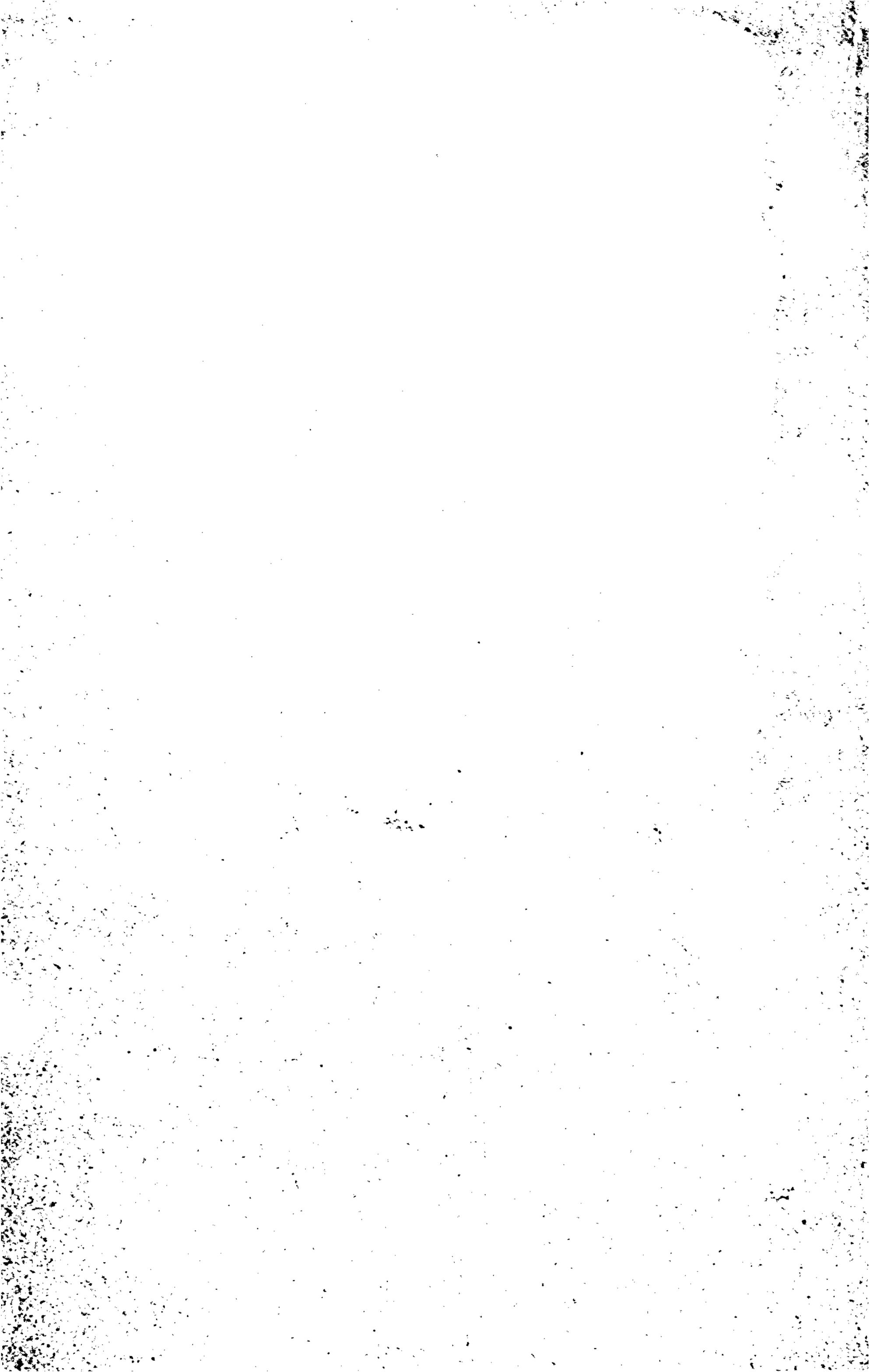
PARIS

A. GIARD ET E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

10, Rue Soufflot, 10

—
1892



THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

8° F
7778

A MA GRAND'MÈRE

A MON PÈRE

A MA MÈRE

A MES PARENTS

A MES AMIS

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DU

DROIT DE RÉTENTION

A ROME ET EN FRANCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

Sera soutenu le samedi 30 avril 1892, à 1 heure

PAR

Albert BAILLY

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

Président : M. Léon MICHEL.

Suffragants : { MM. BEAUREGARD, professeur.
 MASSIGLI, agrégé.
 SAUZET, agrégé.

PARIS

A. GIARD ET E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS
10, Rue Soufflot, 10

1892



La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DU DROIT DE RÉTENTION A ROME ET EN FRANCE

INTRODUCTION

La simplicité étant le propre des législations dans l'enfance, on comprend que le droit adopté par les sociétés primitives, se renfermant dans les limites d'un formalisme étroit, ne donne que peu de satisfactions aux lois de l'équité pour éviter les complications qu'elle entraîne dans l'étude des rapports juridiques.

Mais, l'aptitude croissante des esprits à l'intelligence des idées abstraites, amène nécessairement une réaction, la loi positive se départit peu à peu de son rigorisme originare, elle tend de plus en plus à s'identifier avec la loi naturelle, cette loi toute de bonne foi et d'équité dont Dieu a déposé le germe au fond de toute conscience humaine, que nous n'avons jamais apprise, mais qui est née avec nous.

C'est le droit de rétention, une des manifestations de cette loi naturelle qui fera le sujet de notre étude.

Il arrive fréquemment que deux personnes se trouvent à la fois créancières et débitrices l'une de l'autre. Le

juge appelé à prononcer la condamnation de l'une des parties tiendra-t-il compte de la créance qu'elle peut invoquer contre l'autre ? Dans une législation peu avancée, cette réciprocité de dettes ne modifiera en rien la situation des deux parties, le juge envisagera isolément et l'un après l'autre tous les rapports juridiques qui les unissent, le plaideur condamné à l'intégralité de ce qu'il doit, ne saurait du reste se plaindre d'une sentence qui se borne à exiger de lui l'accomplissement pur et simple de l'obligation qu'il a contractée. Mais l'expérience ne tarde pas à montrer combien l'équité peut se trouver blessée par l'application d'un pareil système, le défendeur condamné s'acquitte intégralement, et lorsqu'il veut à son tour exercer ses droits de créancier il peut se heurter au mauvais vouloir et à l'insolvabilité d'un débiteur dont il n'obtiendra rien ; ou seulement une partie de ce qui lui est dû.

Primus partant pour un voyage confie son cheval à Secundus qui s'engage, moyennant une certaine somme, à lui donner tous les soins nécessaires pendant l'absence de son ami. On conçoit très bien, que Primus de retour obtienne du juge une condamnation obligeant Secundus à restituer le cheval qui lui a été confié, sans s'inquiéter d'aucune façon si Primus a bien exécuté de son côté l'obligation qu'il avait contractée ; en droit pur cette situation est très acceptable, mais cette application stricte du droit pourrait conduire à une iniquité. Secundus, obligé de restituer le cheval, va se heurter peut-être à un refus de la part de Primus quand il lui réclamera le prix de

ses soins : c'est pour éviter cette injustice, en tempérant la rigueur du droit, que la retention a été introduite dans les législations des peuples civilisés. A la prétention du demandeur réclamant sa chose, le défendeur répondra : Je reconnais l'obligation qui m'incombe de vous restituer votre bien, mais j'ai de mon côté droit à une récompense et vous ne sauriez sans injustice exiger de moi la restitution de ce qui vous appartient, sans m'indemniser en même temps de ce qui m'est dû.

Ce droit du créancier qui fait l'objet de notre étude est une application des principes de droit naturel affirmés par la conscience universelle, principes que le législateur n'est pas obligé de formuler pour les reconnaître, et dont la manifestation se retrouve partout dans son œuvre.

Tous les auteurs qui se sont occupés du droit de rétention sont d'accord pour lui attribuer une même raison d'être, l'équité, mais cette communauté d'idées ne dure pas longtemps, elle ne tarde pas à disparaître dès qu'il s'agit de déterminer l'étendue d'application de cette sûreté.

Trois théories principales sont en présence. La première ne voit dans le droit de rétention que l'application de la règle écrite dans l'article 1184 du code civil ; c'est la consécration de *l'exceptio non ad impleti contractus*. Nous reconnaissons sans peine avec MM. Aubry et Rau que l'équité peut justifier dans ces termes l'application de la retention, mais c'est être trop restrictif que de la limiter aussi étroitement ; nous allons voir du reste que la théorie généralement admise est déjà beaucoup plus extensive.

La deuxième exige pour l'application de la rétention une connexité entre la créance et la chose retenue, elle considère, que c'est donner à l'équité satisfaction complète, que de garantir dans cette mesure les droits des créanciers, c'est surtout au cas d'impenses faites sur la chose d'autrui que l'idée de connexité se manifeste avec le plus de force, et si l'équité exige en pareil cas que l'on subordonne la restitution de l'objet retenu au paiement préalable des frais faits à son occasion, c'est par application de ce principe d'éternelle justice que nul ne doit s'enrichir injustement aux dépens d'autrui, c'est cet axiôme de droit qui sert de base à la rétention dans le système du *debitum cum re junctum*.

Une troisième doctrine moins répandue que les deux premières trouve, même en l'absence de toute connexité, la justification de la rétention : c'est celle que nous avons cru devoir adopter. Selon nous le cercle d'application de cette garantie doit être très étendue, nous pensons que des raisons d'équité que nos adversaires méconnaissent sont suffisamment impérieuses pour en autoriser l'admission, en dehors des cas de *debitum cum re junctum*.

Mais il nous faut analyser plus profondément les motifs d'équité qui nous portent à admettre cette solution, il ne faut pas se contenter de constater l'existence d'un sentiment mal défini et purement subjectif qui nous porte à favoriser un créancier, en l'autorisant à conserver la possession d'un bien appartenant à son débiteur ; il faut aller plus loin que la constatation de ce sentiment favo-

rable, et rechercher quelles sont les raisons premières qui le provoquent.

Ces raisons, qui nous portent à reconnaître la légitimité de la rétention en dehors de toute connexité, varient suivant que les rapports du créancier rétenteur avec le propriétaire de la chose retenue sont contractuels ou non. Au premier cas on peut considérer selon nous, que si le créancier auquel nous accordons la garantie de la *retentio*, a consenti à traiter avec le propriétaire de l'objet retenu, c'est en considération du gage qu'il trouvait dans la possession même de cette chose. C'est bien là le motif qui justifie le droit de rétention du créancier gagiste au cas de l'article 2082.2°, c'est aussi la pensée du législateur allemand (1) qui l'admet indépendamment de toute connexité pour garantir les obligations commerciales, dans tous les cas où le débiteur commerçant se trouve en possession d'objets mobiliers ou de papiers de commerce dont il doit la restitution. La justification du droit de rétention se trouve dans cette idée, que si le commerçant créancier a consenti à traiter avec l'autre, c'est en considération du gage qu'il trouvait dans la détention des biens de son débiteur.

Cette explication ne vaut plus, lorsque la créance du rétenteur est née en dehors de tout rapport contractuel, on ne peut plus faire intervenir ici l'idée d'une convention tacite à laquelle il faut donner satisfaction, c'est à son insu, indépendamment de sa volonté, que le créancier ré-

(1) Saleilles. *Théorie générale des oblig.* Projet de code civil Allemand p. 18.

tenteur a acquis son droit de créance, il nous faut donc chercher ailleurs la justification de notre système, et montrer que même dans cette hypothèse, l'équité peut nous porter à garantir une créance par le droit de rétention.

L'intervention de notre sûreté s'explique encore alors car il est juste que deux personnes étant réciproquement créancières et débitrices, l'une n'obtienne pas satisfaction, alors qu'elle se refuse à exécuter la prestation qu'elle doit à l'autre; comme le dit fort justement M. Dalloz, le droit naturel ne semble pas admettre de distinction entre les diverses créances pour lesquelles la rétention est exercée, parce que ce n'est là qu'un moyen de coercition qui paraît équitable du moment que la créance est légitime.

Enfin, on ne doit pas nous taxer d'exagération en nous accusant d'invoquer les principes de l'équité ou ils ne s'appliquent pas. Si nous donnons à l'application de la rétention une étendue si large, c'est en considération d'une tendance à favoriser le plus possible l'exécution des obligations que le législateur manifeste en maints endroits (1).

Cette tendance s'accuse tout particulièrement dans une matière voisine de la nôtre, dans la compensation, ce mode d'extinction des créances ne se justifie en droit romain, comme dans notre droit moderne, que par les raisons qui nous ont servi à justifier le droit de rétention.

Si nous envisageons la compensation en Droit Romain,

(1) Legrand. Thèse de doctorat, 1891.

nous voyons, qu'après des débuts relativement modestes elle fut admise à partir d'un rescrit fameux de Marc-Aurèle pour toutes espèces d'actions, même entre obligations nées *ex diversis causis*. Ce mode d'extinction des obligations était à l'époque classique d'une application d'autant plus fréquente et facile, que les condamnations étant en principe pécuniaires, elles avaient forcément un même objet.

Si nous considérons le Droit Français, nous trouvons que la compensation légale a lieu, quelles que soient les causes de l'une et de l'autre dette, la connexité n'est pas exigée, leur coexistence suffit. Notre législateur se montre de plus très favorable à cette institution, puisqu'il admet une compensation judiciaire au profit de la partie dont la créance ne réunit pas toutes les conditions requises pour la compensation légale.

Il ressort de ce que nous venons de voir, que le législateur Romain comme celui de notre droit moderne manifeste une tendance à profiter de cette circonstance, que deux personnes sont à la fois créancières et débitrices l'une de l'autre, pour faciliter l'exécution de leurs obligations réciproques, sans considérer s'il existe ou non entre elles une connexité quelconque.

Oui mais, nous objectera-t-on, il y a des raisons spéciales pour justifier l'admission de la compensation malgré toute son étendue, il est naturel que la loi éteigne jusqu'à concurrence de la plus faible, les deux dettes qui viennent à coexister, plutôt que d'exiger séparément des deux parties en cause des prestations réciproques qu'elles devront se retourner mutuellement ensuite.

Sans doute, il y a là une raison qui justifie pleinement la compensation, si l'on considère isolément les parties intéressées, abstraction faite des rapports juridiques qui peuvent les lier avec d'autres. Mais si le résultat produit est excellent lorsque nous bornons notre examen à ce point de vue restreint, il ne faut pas oublier qu'il peut en résulter de sérieux inconvénients pour les tiers ; les créanciers de chacune des parties comptaient parmi les biens affectés à leur gage général la créance qui vient de s'éteindre par compensation, et il est possible que du fait de cette extinction, ils n'obtiennent plus qu'une satisfaction incomplète alors qu'un créancier du même débiteur commun obtient, par l'effet de la compensation, le paiement intégral de ce qui lui était dû.

Pourquoi le législateur n'a-t-il pas reculé devant cette violation indirecte du principe de l'égalité entre créanciers, c'est, à n'en pas douter, parce qu'il a pris en considération les raisons de justice qui justifient, selon nous, le droit de rétention quand nous l'appliquons en dehors de toute connexité.

Il n'y a pas une injustice dans cette faveur qui résulte de la compensation, parce qu'en traitant ensemble, les contractants avaient escompté par avance les conséquences de cette relation réciproque qui les constituait mutuellement créanciers et débiteurs l'un de l'autre, et lorsque leurs droits sont nés en l'absence de tout rapport contractuel, on ne peut expliquer la faveur qui leur est accordée par la loi, qu'en reconnaissant une tendance du législateur à favoriser autant qu'il le peut, l'exécution des obligations quand les circonstances de fait la facilitent.

Ces circonstances se retrouvent lorsqu'un créancier est possesseur d'un bien appartenant à son débiteur, qu'il y ait ou non connexité entre la créance et l'objet retenu, et nous croyons nous inspirer de l'intention du législateur, en reconnaissant que le droit de rétention peut se justifier, même en l'absence du *debitum cum re junctum*.

Le droit de rétention confère au créancier une garantie destinée à lui assurer le paiement de sa créance, mais c'est une garantie d'une nature particulière : contrairement à ce qu'on remarque dans les autres sûretés, ce droit ne donne aucune préférence sur le prix de la chose retenue, et c'est tout-à-fait indirectement qu'il procure satisfaction au créancier qui l'invoque. Loin d'agir pour la réalisation de son gage, il oppose au contraire la force d'inertie à toutes les revendications du *dominus*, et cette privation de son bien qu'il lui impose, est un stimulant sur lequel la loi a compté pour le déterminer à payer ce qu'il doit.

On a parfois contesté la légitimité de la rétention. Exercer la rétention, a-t-on dit, c'est retenir une chose qui appartient à autrui contre la volonté du propriétaire, c'est donc un moyen de se faire justice à soi-même.

Il est facile de répondre, que ce n'est pas se faire justice à soi-même, que de se défendre contre une injustice que voudrait commettre le propriétaire en revendiquant son bien sans payer ce qu'il doit. Si les législations policées défendent de se rendre justice à soi-même, c'est pour éviter les voies de fait, et maintenir l'ordre pu-

blic. Eh bien, que fait le créancier rétenteur ? Se met-il violemment en possession de la chose d'autrui ? Trouble-t-il par des voies de fait l'ordre public ? Mais non, il ne demande qu'à être protégé, il demande qu'on ne lui enlève pas sa garantie avant de l'avoir désintéressé ; loin d'être un agresseur, on peut plutôt dire qu'il est en cas de légitime défense. Il ne donne pas il est vrai satisfaction au droit du demandeur, mais il faut se rappeler que si la loi garantit à chaque citoyen l'exercice de ses droits, c'est à la condition que lui-même remplira ses devoirs, il ne peut se soustraire aux uns et réclamer le bénéfice des autres.

Avant d'entrer définitivement dans l'étude du droit de rétention, il nous faut faire une remarque : le droit de rétention qui va nous occuper, c'est uniquement celui qui est accordé par la loi et dont le principe réside dans l'équité, il ne faut pas le confondre avec la rétention conventionnelle que nous trouvons dans le gage et l'antichrèse, et qui repose non plus sur l'équité, mais sur le respect dû aux conventions.

DROIT ROMAIN

CHAPITRE I

ORIGINE DU DROIT DE RÉTENTION.

Dû à une idée d'équité, le droit de rétention devait être introduit à Rome par celui qui en fut le représentant, le Prêtreur.

L'ancien droit civil, essentiellement rigoureux et formaliste, n'avait fait qu'une bien petite place aux principes de l'équité; peu soucieux de compliquer les rapports juridiques en satisfaisant à ses exigences, il s'était contenté à déterminer les formalités qui pouvaient seules donner naissance à des droits, la rétention était donc inconnue à l'origine. Cela se comprend du reste, la possession à cette époque ne se distinguait guère de la propriété; et cette garantie portant sur les biens eût été en désaccord avec le système adopté, qui n'accordait aux créanciers qu'un recours contre la personne de leur débiteur, c'était seulement par voie de conséquence qu'ils pouvaient alors parvenir jusqu'à ses biens.

La première manifestation de l'existence de notre sûreté se trouve dans le contrat réel de gage qui remplaça,

à une époque difficile à déterminer, l'aliénation fiduciaire (1). Le créancier gagiste n'avait à l'origine d'autre droit que la rétention, il ne pouvait ni saisir ni vendre la chose à l'échéance s'il n'était pas payé, tout l'avantage qu'il retirait de ce contrat consistait dans la faculté de conserver la chose remise en gage jusqu'à parfait paiement. La rétention a donc en fait une origine ancienne, mais, il faut remarquer que dans sa première apparition, elle ne repose pas sur l'équité mais sur la foi due aux contrats.

Avec le système formulaire, de profondes modifications furent introduites dans la procédure romaine et dans l'esprit même de la législation, le Préteur dépouilla peu à peu le droit du rigorisme qui le caractérisait, et consacra dans la pratique des principes plus larges et plus équitables.

C'est surtout, par la création des moyens de défense introduits sous la forme de restrictions apportées à la faculté de condamner, qu'il s'efforça de rendre la justice meilleure et plus humanitaire, c'est par ces moyens détournés qu'il donna satisfaction à cette règle que : celui qui invoque le droit civil pour faire triompher une injustice ne doit pas être accueilli ; et c'est pour atteindre ce résultat qu'il créa *l'exceptio doli* : « *Hanc exceptionem Prætor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis, contra naturalem æquitatem prosit.* (L. 1, § 1. Dg. De dol. mal. exc. 44. 4).

Cette exception était un moyen général destiné à re-

(1) Accarias, I, p. 658.

pousser la prétention du demandeur lorsqu'elle revêtait le caractère d'une injustice, cette prétention fût-elle conforme aux règles de *l'ipsum jus*. Désormais, on ne pourra plus trouver la légitimation de son dol ou de sa mauvaise foi dans une disposition du droit civil, au mépris des principes de l'équité naturelle.

Un exemple fera facilement comprendre le jeu de cette exception ; on l'employait souvent pour obtenir le respect des concessions temporaires de servitudes prédiales. Lorsqu'une servitude de cette sorte avait été consentie *ad tempus*, le droit civil se refusait à reconnaître l'existence du terme extinctif, et la servitude était considérée comme pure et simple, c'était aller manifestement contre l'intention des parties, et le droit civil consacrait dans l'espèce une iniquité flagrante.

Le Prêtreur ne pouvait sanctionner un pareil résultat, aussi, lorsque le propriétaire du fonds dominant intentait, à l'expiration du terme fixé, la confessoire pour continuer l'exercice de la servitude, le propriétaire du fonds servant opposait à cette prétention l'exception de dol. Le juge avait alors deux questions à résoudre : 1^o Le demandeur est-il en droit de réclamer la servitude ? 2^o Ne commet-il aucun dol en faisant cette réclamation ? La réponse négative qu'il faisait naturellement à la seconde question entraînait pour le demandeur la perte de son procès.

Pour que l'exception de dol fût admise, peu importait l'époque à laquelle le dol avait été commis, qu'il se reportât au jour de la formation du lien de droit en vertu

duquel le demandeur agissait, ou seulement au moment de l'introduction de la demande. Ulpien insiste tout particulièrement sur ceci, que le dol pouvait résulter du seul fait de la poursuite. « *Et generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit quicumque id quod quaque exceptione elidi potest, nam et si inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose* (L. 2, § 3. Dg. De dol. mal. et met. exc., 44, 4).

L'action du *dominus*, réclamant son bien sans payer d'autre part ce qu'il devait, présentait bien un caractère dolosif, et si nous considérons d'autre part le caractère absolument général de l'exception de dol, il était naturel qu'on la lui opposât et que l'on introduisit ainsi dans la législation romaine le droit de rétention. Le juge refusait donc ainsi la restitution demandée, et il paralysait les effets de la demande intentée par le propriétaire qui ne voulait pas satisfaire de son côté aux légitimes prétentions qu'on lui opposait.

L'introduction du droit de rétention à Rome fait donc partie de ce grand mouvement de réaction contre l'*ipsum jus* en faveur de l'*æquitas*.

Nous connaissons maintenant l'origine de ce droit et nous pouvons conclure avec M. Cabrye (1) « qu'en considérant la généralité de l'exception de dol, ce droit fut admis dans la législation romaine avec toute l'étendue que comportait le principe d'où il tirait sa source, qu'il n'eut pas d'autres limites que celles de ce principe lui-

(1) Cabrye, *Rétention*, n° 5.

même, que l'équité fut en même temps que son fondement et sa justification la règle unique de son admissibilité. »

Le moment est venu maintenant de donner une définition du droit de rétention. C'est selon nous le droit qu'a le défendeur à une action soit *in rem* soit *in personam*, créancier à son tour du demandeur, de se refuser à accomplir la restitution demandée jusqu'à ce qu'il ait été lui-même désintéressé.

Après avoir donné cette idée sommaire de la sûreté qui fera l'objet de notre étude, nous pouvons entamer la discussion des principales difficultés qui ont été soulevées à son occasion.

Nous étudierons successivement :

Ses conditions d'existence.

Ses caractères.

Les voies juridiques par lesquelles elle s'exerce.

Ses effets.

Ses modes d'extinction.

Enfin nous étudierons sommairement ses principaux cas d'application.

CHAPITRE II.

CONDITIONS D'EXISTENCE DU DROIT DE RÉTENTION.

I. LA POSSESSION.

L'étymologie seule du mot *retentio* (*rem tenere*) implique la nécessité d'une possession :

Mais quelle sera cette possession ? Il y en avait trois à Rome ; la *possessio ad usucapionem*, la *possessio ad interdicta* et enfin la *nuda sine animo corporis detentio*.

Si nous recherchons l'origine de l'institution du droit de rétention, nous déciderons que cette garantie doit être accordée au simple détenteur ; les principes d'équité l'exigent aussi bien pour lui que pour les autres, et nous allons voir que la législation romaine était sur ce point d'accord avec les principes.

La *possessio ad interdicta* était certainement suffisante, puisque le droit de rétention appartenait au créancier gagiste qui ne pouvait usucaper. Il faut aller plus loin et l'accorder à ceux-là même qui sont simplement *in possessione*, c'est-à-dire à ceux qui n'ont que cette possession incomplète que l'on qualifie souvent de *naturalis* ou *corporalis* ; nous en trouvons une preuve dans le fragment 18, § 4. *Commodati. Dg.*, qui permet au commodataire de retenir l'objet qui lui a été remis par le commodant ;

nous savons d'autre part que le commodataire n'était pas un véritable possesseur puisqu'il ne pouvait opposer les interdits restitutoires au commodant.

M. Cabrye appuie encore cette solution d'une argumentation un peu compliquée, mais qui nous paraît très juste ; les actions en revendication et *ad exhibendum*, dit-il, peuvent être intentées non seulement contre celui qui se prétend propriétaire de l'objet réclamé, mais même contre de simples détenteurs, or nous trouvons des textes (Fr. 9. Dg. *De rei vindicat.* — 3, § 3, *ad exhibendum*), décidant que le *possessor* (et ils entendant par là « *omnes qui tenent et habent restituendi facultatem* »), sera tenu de restituer l'objet à moins qu'il n'ait une exception quelconque « *aliquam exceptionem* » à opposer à la prétention du revendiquant ; l'expression très large *aliquam exceptionem* nous permet de comprendre dans ses termes l'exception de dol qui constitue justement le moyen pratique par lequel le détenteur peut opposer le droit de rétention.

Un détenteur quelconque, même celui qui est simplement *in possessione* peut repousser la prétention du revendiquant par l'exception de dol, il s'en suit, que le droit de rétention qui se présente sous cette forme, pourrait être invoqué par celui qui détient un objet appartenant à autrui, lors même que cette possession aurait un caractère tel que les interdits lui seraient refusés par le Préteur.

Nous arrivons donc à cette conclusion, que le législateur romain ne perdant pas de vue l'idée qui lui avait fait admettre le droit de rétention, n'a pas hésité à en

faire bénéficier celui qui se trouve simplement *in possessione*.

Sur ce premier point les interprètes sont d'accord, mais il est une seconde question qui a soulevé bien des difficultés et dont l'examen se place tout naturellement à ce point de notre étude.

Etant admis qu'une possession quelconque peut donner lieu à l'exercice du droit de rétention, ne devons-nous pas restreindre l'application de ce bénéfice à ceux-là seuls dont la possession est exempte de toute fraude; en d'autres termes faut-il rechercher l'origine de la possession? Une possession illégitimement acquise serait-elle privée du droit de rétention?

Deux doctrines opposées ont été émises; la première soutenue par Mulhenbruch (1) décide que le droit de rétention ne saurait être accordé à celui qui s'est mis illégitimement en possession d'un objet appartenant à autrui, et ses partisans argumentent en ce sens de deux textes du Digeste (Fr. Fr. 25 *De pig. et hyp.* Dg. — 15 § 2 *de div. reg. juris* Dg.).

Il est inutile de s'attarder longuement à la réfutation de ces arguments, car cette solution se heurte à une objection que l'on a vainement tenté d'écarter, ce sont les fragments 36 § 5 et 38 *De hered. pet.* qui accordent le droit de rétention au voleur pour se faire payer de ses impenses.

Les partisans de cette doctrine ne peuvent réussir à repousser l'argument qui ressort de ces textes, cela suffi-

(1) *Doctrina Pandectarum* liv. II. Chap. IV. § 138.

rait pour faire rejeter leur solution, mais cette réfutation indirecte pourrait paraître insuffisante, aussi nous attaquerons-nous directement aux textes qui ont servi de point de départ à cette théorie.

Le fragment 25 au Dig. de pig. et hyp. est ainsi conçu : « *Cum vitiose vel inutiliter contractus pignoris intercedat, retentioni locus non est* ». Pour tirer argument de ce texte, il faudrait d'abord démontrer qu'il s'occupe de ce droit de rétention qui fait l'objet de notre étude, c'est-à-dire du droit de rétention principal ; malheureusement pour nos adversaires, tous les textes qui précèdent et tous ceux qui suivent traitent exclusivement des effets du gage conventionnel ; Modestin se borne à énoncer une vérité naïve, en disant que le contrat de gage conclu *vitiose vel inutiliter* ne saurait avoir d'effet, qu'il ne peut conférer à celui au profit de qui il a été passé tous les avantages résultant d'un contrat valable, et que par suite, celui qui a été constitué détenteur de l'objet remis en gage ne saurait prétendre exercer sur lui le droit de rétention, ce droit de rétention qui résulte seul d'un contrat de gage valable, le droit de rétention conventionnel. La fin du texte indique en effet à titre d'exemple la nature du vice qui pourrait mettre obstacle à la *retentio* : « *nec si bona creditoris ad fiscum pertineant* » ce droit ne saurait être invoqué non plus si les biens détenus appartiennent au fisc. Ce membre de phrase indique bien qu'il s'agit ici d'un droit de rétention conventionnel ; le contrat de gage peut être nul parce que la chose impignorée appartenait à autrui (1), parce que celui qui a

(1) L. L. 2. 6. 8. Code *Si aliena res*, 8. 15.

constitué le gage n'avait pas qualité pour le faire (1), parce que c'est un bien qui par sa nature n'est pas susceptible d'être engagé (2), Modestin voulant expliquer par un exemple la pensée renfermée dans la première partie du fragment 25 se réfère justement à l'une de ces circonstances qui rendent le contrat de gage *vitiosus et inutilis*; il indique suffisamment par là que le droit de rétention dont il s'occupe n'est autre que la *retentio* conventionnelle accessoire au contrat de gage.

Un second argument est invoqué par ceux qui se rallient à la théorie de Mulhenbruch, mais il est encore moins décisif. Il est tiré du fr. 152. *Dg. de diversis regulis juris*, ainsi conçu : « *Hoc jure utimur ut quidquid omnino per vim fiat, aut in vis publicæ aut in vis private crimem incidat* ». Comme on l'a dit souvent, cette règle se rapporte surtout au droit criminel, et de plus, il faut avouer que ses termes sont trop vagues pour en tirer argument en faveur de l'opinion qui veut une possession sans fraude pour donner ouverture au droit de rétention.

Nous rejetons donc cette théorie et malgré ce qu'il peut y avoir de contraire à l'équité dans l'opinion adverse, nous sommes forcé de nous y rallier, et d'admettre que le droit de rétention pourrait être invoqué même par celui qui a eu recours au vol pour se mettre en possession de l'objet qu'il prétend retenir, les fragments 36 § 5 et 38 de *hereditatis petitione* nous dictent cette solution.

Est-elle du reste aussi choquante qu'elle le paraît au

(1) Fr. 11, § 7. *Dg. De pig. act.* 13. 7.

2) L. 12, Code, *De Oblig.*

premier abord ? Sans doute, l'équité plaide en faveur de celui qui a été injustement dépouillé de son bien, mais si changeant de point de vue, nous considérons celui qui a fait des impenses sur la chose qu'il s'est appropriée même illégitimement, n'y a-t-il pas aussi un principe d'équité qui exige que le propriétaire ne s'enrichisse pas du produit de ces impenses sans en tenir compte à celui qui les a faites, la situation du propriétaire dépossédé est certainement plus favorable que celle de l'usurpateur j'en conviens, mais le droit Romain n'entre pas facilement dans ces distinctions qui tiennent plus du sentiment que de la froide discussion juridique, il n'a pas fait la balance entre la faveur qu'il devait accorder à l'un ou à l'autre, et poussant à l'extrême les conséquences du principe qui conférait au détenteur d'un objet le droit de rétention, il a négligé de tenir compte de l'origine de cette détention ; cela rentre assez bien dans sa manière d'agir ordinaire, et ne doit pas trop nous étonner.

Après avoir pris parti dans la question nous ne saurions cependant passer sous silence une opinion qui se trouve relatée dans le livre de M. Cabrye (1).

Il y aurait pour cet auteur à distinguer suivant que la créance que l'on veut garantir par le droit de rétention était née avant ou après l'entrée en possession de l'objet retenu. Au premier cas, il faudrait refuser l'exercice de ce privilège au détenteur dont la possession a une source illégitime, le droit de rétention serait au contraire accordé dans tous les cas, lorsque la créance qui lui servirait de

(1) Cabrye. *Du droit de rétention*, p. 15.

base n'aurait pris naissance qu'après l'entrée en possession.

Cette distinction un peu hasardée, et sur laquelle l'auteur se montre du reste très peu affirmatif, se base sur cette considération que le fragment 36 § 5 qui accorde au *praedo* détenteur le droit de rétention ne peut le lui accorder que pour des créances nées à la suite du vol; l'argumentation est assez faible, et nous ne sommes guère porté à nous y rallier; sans doute la solution heurte nos idées modernes mais nous venons justement de faire remarquer que la législation romaine poussait souvent à l'extrême les conséquences des principes qu'elle admettait, peut-être y avait-il du reste un palliatif que nous ignorons.

Nous avons vu que la possession était une des conditions d'existence du droit de rétention, devons-nous en conclure que la perte de cette possession mettra toujours définitivement obstacle à l'exercice de ce droit?

Cujas accordait à celui qui avait été dépossédé l'exercice de la *condictio indebiti*, qui lui faisant recouvrer la possession, le rétablissait dans la situation voulue pour opposer avec succès la *retentio*; M. Pellat (1) a combattu cette opinion.

Les textes dont Cujas argumente, dit-il, sont relatifs à des hypothèses dans lesquelles celui qui a omis la rétention ou déduction était débiteur et tenu par action personnelle, il a ainsi payé (*solvit*), et payé par erreur plus qu'il ne devait (*plus quam debitum*), par conséquent

(1) Pellat, *Principes généraux sur la propriété*, p. 300.

quelque chose d'indû (*indebitum*). Au contraire le possesseur qui a fait des impenses ne restitue pas pour payer une dette, il ne transfère pas la propriété à un autre comme la lui devant, il ne peut donc pas *condicere quasi indebitum*.

L'opinion de Cujas me semble réfutée d'avance par Julien (Fr. 33, Dig. *De condict. indeb.*) qui s'occupe précisément de cette hypothèse : « *Nam is qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negoti gerit : cum autem ædificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit, sed et si is qui in aliena area ædificasset, ipse possessionem tradidisset, conductionem non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat.* »

Cujas a été conduit à cette erreur par une mauvaise terminologie.

Il a distingué à plusieurs reprises deux sortes de *retentiones*, la *retentio juris*, que fit ipso jure, et la *retentio facti que fit per exceptionem doli mali*, cette *retentio juris* ou droit de réduction légale de la chose à restituer, droit de conserver une partie de cette chose non à titre provisoire, mais à titre définitif et de propriétaire, n'a rien à voir avec la *retentio* qui nous occupe; il est vrai de dire qu'il y a eu paiement de l'indû, et la *condictio indebiti* a tout lieu de s'appliquer, quand celui qui pouvait user de la *retentio juris* a confondu dans sa restitution la part qui lui était devenue propre avec celle qui avait continué à appartenir à autrui; mais, entraîné par la similitude des mots, il a soumis au même régime la *retentio facti* qui nous oc-

cupe, et qui constitue une situation juridique toute différente.

M. Cabrye s'étonne aussi de rencontrer cette opinion de Cujas, et il explique son erreur par des considérations qui peuvent trouver un certain crédit. « A l'époque où ces commentateurs ont écrit, dit-il en parlant de Pothier et de Cujas, le droit romain était encore la loi dans une partie de la France, et ils pouvaient être entraînés à modifier ce que ses décisions pouvaient présenter de rigoureux pour faire passer dans la pratique la théorie qui leur paraissait la plus équitable, fût-ce même aux dépens de l'exactitude historique. »

Nous concluons donc que le détenteur dépossédé ne pourra pas recourir à la *condictio indebiti*, mais cette voie lui étant fermée, il ne faut pas décider qu'il lui sera toujours impossible de se faire remettre en possession.

Il en sera ainsi dans tous les cas où il lui serait permis de recourir aux interdits *recuperandæ possessionis*, il pourra se servir aussi de l'action Publicienne, s'il était *in causa usucapiendi*.

L'action *furti* était aussi donnée au détenteur qui avait perdu la possession par suite de violence (F. 15, § 2, Dg. *De furtis*).

II. II. FAUT QUE LE DÉTENTEUR SOIT CRÉANCIER DU DEMANDEUR

La nécessité de cette deuxième condition n'avait jamais été mise en doute, quand un avocat d'Oldenbourg, le docteur Groskopff vint proposer une théorie nouvelle qui

trouva quelques partisans en Allemagne, et que M. Pret a développée dans sa thèse de doctorat (1).

Dans la théorie universellement admise auparavant, et qui domine encore aujourd'hui, le droit de rétention se présente comme la garantie d'un droit de créance, c'est la notion simple qui vient tout d'abord à l'esprit. M. Groskopff refuse de l'admettre, il en propose une autre ; pour lui, l'exercice du droit de rétention n'implique pas l'existence d'une créance, j'emprunte pour l'exposé de cette théorie délicate les termes employés par M. Pret. « *L'exceptio doli jure retentionis* repose uniquement sur l'existence d'un simple rapport de fait qui a paru digne de la protection de la loi, et auquel le prêteur a cru devoir reconnaître une efficacité juridique. »

Ce rapport de fait, c'est celui d'une personne, qui, ayant fait des impenses sur la chose d'autrui se trouve en possession de ce bien. Dans le système généralement admis, si le possesseur peut retenir la chose, c'est simplement parce qu'il est du fait de ces impenses constitué créancier du *dominus*, et le droit de rétention n'est qu'une garantie qui vient s'ajouter à cette créance ; pour M. Groskopff, au contraire, peu importe que le détenteur ait ou n'ait pas de droit de créance contre le *dominus*, il n'en exercera pas moins le droit de rétention.

« Bien qu'au point de vue strictement juridique, les dépenses ainsi faites soient devenues la propriété du maître du fonds, en fait cependant, le possesseur les a

(1) Pret, *Thèse de doctorat*, Rennes, 1879.

encore et n'a rien perdu de son patrimoine, et si le propriétaire revendique, le possesseur sera fondé à lui répondre : vous me demandez injustement l'abandon d'une partie de mon patrimoine, car mon bien se trouve confondu avec le vôtre, par suite de cette confusion, je n'ai pas moins de droit que vous à la possession du tout, si vous voulez que je vous restitue votre chose, tenez moi compte de mes impenses, indemnisez-moi pour la partie de mon patrimoine qui s'est incorporée au vôtre ; *in pari causa melior est conditio possidentis.* »

En agissant ainsi, le Préteur faisait comme dans bien d'autres hypothèses où il accordait sa protection à des rapports simplement fondés en fait, rapports qu'avait négligés le droit civil, et auxquels il avait refusé de reconnaître l'efficacité juridique.

M. Groskopff invoque deux arguments à l'appui de cette théorie inédite.

Le premier est tiré des termes généralement employés dans les textes qui accordent le droit de rétention ; on rencontre en effet les expressions *servare impensas, retinere impensas, servare sumptus*, qui semblent bien indiquer que le législateur suppose toujours un rapport direct entre le possesseur et les impenses faites, sans impliquer l'existence d'une créance à l'encontre du *dominus* (Fr. 4, § 8. *De rei vind.* 14 §, 1, *Comm. divid.* 50, § 1. *De hered. petit.* au Dig. L. 11 au Code *De rei vind.*). Mais ces expressions sont purement elliptiques, les jurisconsultes en les employant ont simplement voulu dire ceci : que le possesseur pouvait retenir la chose d'autrui ; ils ont pris la

partie pour le tout, les impenses se sont incorporées au bien du *dominus*, en les détenant on détiendra aussi ce bien.

En second lieu, M. Groskopf prétend que dans un des cas où le droit de rétention sera le plus fréquemment invoqué, celui des impenses faites sur la chose d'autrui par un possesseur de bonne foi (F. 33, Dg. *De cond. indeb.*) le droit de créance qui doit dans la théorie adverse servir de base à la rétention, fait justement défaut.

Cette argumentation est-elle sans réplique ? Nous ne le croyons pas. Une réfutation victorieuse à notre avis a été proposée, aussi repoussons-nous sans hésiter cette théorie.

Le fragment 33 *De condictione indebiti*, dit formellement que le *dominus* n'est pas obligé, et cependant le possesseur a un droit de rétention, c'est même le seul moyen qui lui soit offert pour lui permettre d'obtenir le paiement de ses impenses : « *Si quis quum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse.* »

On cite également dans le même sens le fragment 48 *De rei vindicatione* : « *Sumptus in prædium quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti, neque ab eo qui prædium donavit neque a domino peti possunt, verum exceptione doli posita per officium judicis, æquitatis ratione servantur.* »

Mais ressort-il de ces textes que le *dominus* n'est nullement obligé, ils ne disent qu'une chose, c'est que le possesseur n'aura d'autre moyen de se faire payer que le

droit de rétention. Nous pouvons rigoureusement en conclure qu'il n'existe à la charge du *dominus* aucun lien d'obligation civile, mais, ce serait aller trop loin à notre avis que de décider qu'il n'est tenu en aucune façon, et que l'auteur des impenses ne peut même pas invoquer contre lui une créance naturelle.

Il faut bien expliquer en effet cette intervention de l'exception de dol, si le Préteur la met au service du possesseur, c'est bien apparemment pour sanctionner un droit. De quelle nature sera ce droit ? Sera-ce un droit réel ? Personne ne le soutient, les impenses faites sur le bien du *dominus* se sont incorporées à cette chose, elles ont perdu leur individualité ; confondues avec l'objet qui en a bénéficié, elles ont augmenté le patrimoine du maître. Loin d'acquérir par ce fait un droit réel sur la chose d'autrui, le possesseur y a perdu la propriété d'une partie de son patrimoine. Personne n'accorde au détenteur un droit de suite et c'est bien là cependant le *criterium* des droits réels.

Quel droit sanctionne donc alors l'exception de dol, ce ne peut être qu'un droit de créance, un droit de créance non pas civile, puisque les textes sont formels pour refuser toute action au détenteur, mais un droit de créance naturelle.

M. Groskopff et ses partisans se refusent à admettre cette idée d'obligation naturelle et voici leur raisonnement : S'il y avait une obligation naturelle, disent-ils, elle pourrait être opposée en compensation, et alors il y aurait lieu à une *condictio indebiti* dans le cas où cette

compensation n'aurait pas été invoquée, ce qui est tout à fait contraire au texte du fragment 33 *De condictione indebiti* que nous invoquons, puisqu'il n'accorde au possesseur qu'un seul moyen d'obtenir le paiement, la *detentio*.

A ceci nous répondrons : « D'abord que toute obligation naturelle n'est pas opposable en compensation, ceci est vrai du reste aujourd'hui, de toutes les obligations naturelles. En droit romain il y en avait qui pouvaient être opposées en compensation, mais il y en avait d'autres qui n'étaient pas susceptibles de cette exécution forcée, par exemple les obligations contractées par un pupille *sine auctoritate tutoris*; on put donc admettre l'existence d'une obligation naturelle non susceptible de compensation. Mais on peut aller plus loin, et admettre même la compensation au profit du possesseur qui a fait des impenses, à l'encontre du texte de Julien, il dit simplement que le possesseur n'a pas d'action pour recouvrer ses impenses; dans l'hypothèse prévue si la compensation n'est pas possible, c'est peut-être que le possesseur n'étant pas obligé envers le *dominus*, on ne se trouve pas en présence de deux créances rivales. Mais supposons que le bien vienne à périr par la faute du possesseur, il devra alors une indemnité au propriétaire et nous croyons bien qu'on ne pourrait lui refuser dans ce cas la compensation jusqu'à concurrence de ses impenses.

Nous concluons donc, sur cette question de la nature du droit de rétention, en disant que ce droit constituait dans la législation romaine un droit accessoire servant de garantie à une créance.

III. IL N'EST PAS NÉCESSAIRE QU'IL Y AIT CONNEXITÉ ENTRE LA CRÉANCE ET LA CHOSE RETENUE

Suffit-il qu'un individu se trouve en possession d'un bien qui ne lui appartient pas, pour qu'il puisse au jour où il sera devenu pour une cause quelconque créancier du propriétaire de cette chose, s'opposer à sa restitution. Cet objet peut-il servir de garantie à une créance dont l'origine ne se rapporte en rien à sa détention, qui n'a avec lui aucune connexité.

Je suis détenteur d'un cheval appartenant à Primus, ce cheval tombe malade, je lui donne des soins qui le rétablissent, personne en pareil cas ne conteste qu'au jour où Primus revendiquera l'animal, je pourrai à juste titre m'opposer à sa restitution, jusqu'à ce qu'il m'ait indemnisé de mes dépenses. Mais la question délicate est de savoir si je pourrais me prévaloir encore de ma situation de créancier de Primus, pour m'opposer à lui restituer son bien, si cette créance provenait d'une cause n'ayant avec l'objet détenu aucune connexité, par exemple si elle était née d'un délit ou d'un quasi-délit dont j'aurais été victime de la part de Primus.

Cette nécessité du *debitum cum re junctum* presque unanimement admise, a été cependant fortement battue en brèche par M. Cabrye, dans son excellent ouvrage sur le droit de rétention. Il repousse cette formule d'après laquelle la *retentio* ne garantirait que les créances nées à raison de la chose dont la restitution est demandée.

« Dû à une idée d'équité, dit-il, le droit de rétention fut

admis dans le droit romain, avec toute l'étendue que comportait le principe d'où il tirait sa source, il n'eut pas d'autres limites que ce principe lui-même, l'équité fut en même temps que son fondement et sa justification, la règle unique de son admissibilité ».

En effet, le droit de rétention, moyen de défense indirect opposé à la demande par le défendeur, s'exerçait au profit de ce dernier dans les actions de droit strict au moyen de l'exception de dol, qui protégeait du reste beaucoup d'autres intérêts. Il participait donc de la nature de cette exception, or l'*exceptio doli mali* était donnée d'une manière générale, chaque fois que la prétention du demandeur était injuste, quoique conforme aux règles du droit civil: « *Hanc exceptionem Prætor proposuit ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem æquitatem præsit* ». (Fr. Fr. 1, § 1, Dg. De dol. mal. et met. except. — 2, § 3, 4, § 33, eod. tit.)

La seule réunion de ces deux circonstances, une action donnée par le droit civil, l'injustice qu'il y aurait à prononcer une condamnation contre le défendeur par suite de cette action, donnaient lieu à l'exception du dol. « *Qui æquitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est* ». (Fr. 12. Dg. De dol. mal. et met. except.)

De ce caractère de généralité de l'exception de dol, et de ce que cette exception était la voie juridique par laquelle s'exerçait la *retentio*, il faut bien conclure que ce droit existait à Rome d'une manière générale et n'était subordonné qu'à l'équité.

Cette argumentation nous paraît très sérieuse, elle

conduit, croyons-nous, non seulement à une conception idéale du droit de rétention, mais bien à la conception romaine de cette sûreté.

La formule du *debitum cum re junctum* a été construite de toutes pièces par les commentateurs, on ne la trouve énoncée nulle part comme un principe par les jurisconsultes romains; nos adversaires le reconnaissent, mais l'unanimité des textes, répondent-ils, supposent une certaine connexité entre la créance et la chose retenue.

Nous allons voir bientôt que cette prétendue unanimité des textes n'existe pas, de plus existerait-elle, que nous ne serions pas encore entièrement convaincus. On conçoit en effet très facilement, que les jurisconsultes aient fait le plus souvent mention de la rétention dans les cas de connexité, il est évident qu'en pareille hypothèse, cette sûreté paraîtra toujours plus légitime au juge, car elle sera pour ainsi dire toujours conforme à l'équité.

Les textes, avons-nous dit plus haut, ne proclament pas aussi unanimement qu'on veut bien le dire, la nécessité du *debitum cum re junctum*, nous allons le démontrer.

Le *Frag.*, I, pr. 19g. *De pig. et hyp.* nous fournira le premier argument; il est ainsi conçu: « *Conventio generalis in pignore dandō bonorum vel postea quæsitōrum recepta est: in speciem autem alienæ rei collata conventione, si non fuit ei qui pignus dabat debita, postea debitori, dominio quæsito, difficilius creditori qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur, sed facilius erit possidenti retentio* ». Un débiteur a hypothéqué un bien qui ne lui appartenait pas

mais dont il devient par la suite propriétaire. Papinien décide que si le créancier savait au jour de la constitution d'hypothèque qu'elle était constituée sur le bien d'autrui, on lui refusera l'action utile (action quasi-Servienne), mais on lui donnera cependant le droit de rétention. Si Papinien accorde un droit de rétention au créancier qui a reçu pour gage de son débiteur une chose qu'il savait n'être pas à lui, c'est tout simplement parce qu'il a trouvé là un intérêt qu'il a cru profitable de protéger, il y aurait dans le fait du débiteur qui voudrait réclamer la chose qu'il a donnée en garantie de sa dette, sous prétexte que lorsqu'il l'a donnée elle ne lui appartenait pas, un acte dolosif envers le créancier, et le jurisconsulte se soucie fort peu qu'il n'y ait pas connexité entre la créance et la chose retenue, il n'hésite pas à protéger le défendeur au moyen de la rétention.

Le texte que nous venons d'analyser n'est pas le seul qui admette l'exercice de la *retentio* en l'absence de toute connexité, nous allons en examiner un second. « *Si centum quasi ducenta deberem fundum ducentorum solvi : competere repetitionem Marcellus scribit et centum manere stipulationem. Licet enim placuit rem pro pecunia solutam parere liberationem ; tamen si ex falsa debiti quantitate majoris pretii res soluta est, non sit confusio partis rei cum pecunia : nemo enim invitus compellitur ad communionem. Sed et condictio integra rei manet, et obligatio incorrupta : ager autem retinebitur, donec debita pecunia solvatur* ». (Fr. 26, § 4, Dg. De cond. indeb.).

Voici le cas prévu par ce texte du Digeste. Débiteur de

cent, je m'imagine par erreur que ma dette est de deux cents, et je donne en paiement un fonds de cette valeur. Ulpien décide, d'accord avec Marcellus, que je pourrai revendiquer la totalité du fonds, et que ma dette, qui aurait dû être éteinte, survivra. D'après les principes généraux, la dette de cent aurait dû être éteinte, et je n'aurais pu réclamer alors que la moitié du fonds donné en paiement. Les jurisconsultes repoussant ici l'application des principes, décident que je pourrai revendiquer le tout, mais pour assurer au créancier le paiement de ce qui lui était dû, ils lui accordent un droit de rétention sur le fonds qui lui a été remis en paiement.

Quelle connexité y a-t-il encore dans cette espèce, entre la créance garantie et l'objet retenu? Aucune assurément, et c'est en vain que nos adversaires s'efforcent d'écarter l'argument que nous en tirons.

Nous avons suffisamment démontré, nous semble-t-il, le caractère d'absolue généralité qu'avait à Rome le droit de rétention, nous venons de voir que l'absence de connexité n'était pas considérée par les jurisconsultes, comme un obstacle à son admission, il trouvait son application partout où l'équité faisait au juge un devoir de l'admettre. Tout cela cadre bien avec la forme qu'il revêtait en justice, les Romains n'avaient tracé aucune règle relativement à la manière de comprendre le dol, et la conscience du juge était son seul guide, lorsqu'il s'agissait d'admettre ou de refuser la *retentio*.

CHAPITRE III

CARACTÈRES DU DROIT DE RÉTENTION

Si nous avons trouvé de nombreuses difficultés en étudiant les conditions d'existence du droit de rétention, nous allons voir, que la matière des caractères juridiques de ce droit, est aussi le siège de controverses non moins nombreuses et non moins délicates.

Le droit de rétention est-il réel ou personnel, accessoire, divisible ou indivisible, subsidiaire ou non subsidiaire, cessible et transmissible ou non susceptible d'être cédé ou transmis; ce sont là autant de questions qu'il nous faut résoudre et la variété des opinions émises par les commentateurs, est une preuve de la difficulté que présente la recherche de ces solutions.

I. — *Le droit de rétention est-il réel ou personnel?*

Il ne faut pas s'exagérer la portée de ces expressions; ceux qui se prononcent en faveur de la réalité de ce droit, ne vont pas jusqu'à lui reconnaître toutes les prérogatives des droits réels, et notamment ces deux qualités qui en sont les attributs essentiels : le droit de suite et le droit de préférence; mais si le droit de rétention ne constitue pas, comme le disent MM. Aubry et Rau, un véritable droit réel dans le sens complet du mot, ils se demandent

s'il est ou non opposable aux tiers. Il est possible de délimiter plus étroitement encore le champ de la controverse, car ceux-là même qui se prononcent pour la personnalité du droit de rétention admettent dans une certaine mesure qu'il est opposable aux tiers, mais s'il en est ainsi, c'est uniquement par suite du jeu naturel des principes généraux du droit, et non pas en conséquence d'un prétendu caractère de réalité qui lui aurait été attribué par la législation romaine.

Examinons d'abord, en quels cas le droit de rétention peut être opposé aux tiers, même pour les commentateurs qui n'admettent pas la théorie de la réalité.

Il ne faut pas perdre ici de vue le moyen pratique par lequel le créancier faisait valoir son droit de rétention, c'était l'exception de dol. Le juge, qui avait la faculté de refuser au propriétaire la restitution de son bien, devait donc se demander si la prétention du demandeur était juste, si elle n'était entachée d'aucun dol.

L'exception destinée à être opposée en principe à l'auteur du dol pouvait être utilement invoquée aussi à l'encontre de certains tiers.

Elle pouvait être valablement opposée à ses ayants-cause à titre universel.

Les créanciers chirographaires qui ne pouvaient exercer leur recours sur les biens de leur débiteur qu'en exerçant son propre droit, se voyaient opposer les exceptions qu'il aurait rencontrées lui-même ; il en résulte que le droit de rétention constituait une sorte de privilège au profit de celui qui se trouvait en situation de l'invoquer ;

il n'abandonnait en effet l'objet détenu qu'après avoir été intégralement indemnisé des dépenses qu'il avait faites.

Le créancier pouvait encore opposer le droit de rétention à un acquéreur même à titre particulier, pourvu que cette acquisition eût été faite à titre gratuit. Telle est l'opinion d'Ulpien : « *Si quis autem ex causa legati vindicet, aut is cui ex causa donationis res præstita est, vindicet, an de dolo exceptionem patiatur ex causa ejus in cujus locum successerit? ei magis putat Pomponius summorendum : et ego puto exceptione eos repellendos cum lucrativam causam sint nacti; aliud est enim emere, aliud ex his causis succedere* » (Fr. 4, § 9, D. De doli mali et metus exceptione).

On est généralement d'accord sur tous ces points, mais nous arrivons maintenant au siège de la difficulté : le droit de rétention peut-il être opposé à un acquéreur à titre onéreux ?

C'est en ces termes que la question de la réalité ou de la personnalité du droit de rétention doit se poser.

Si nous envisageons la question au point de vue purement législatif, il nous semble que le but auquel doit répondre le droit de rétention devrait nous le faire placer parmi les droits réels. Les législations qui l'admettent veulent fournir au créancier une garantie qui lui permette d'être intégralement payé ; si le créancier ne peut faire valoir ce droit, à l'encontre d'un acquéreur à titre particulier, cette sûreté devient illusoire, puisqu'il suffira au débiteur d'aliéner l'objet retenu pour faire évanouir aussitôt les avantages que sa détention procurait au créan-

cier. Mais nous n'avons pas à rechercher ici ce que devrait faire un bon législateur, nous devons nous renfermer dans notre rôle d'interprète, nous n'avons pas à établir ce que le droit de rétention aurait dû être, nous devons rechercher ce qu'il était.

Ceci posé, la vérité, selon nous, c'est que le droit de rétention n'a jamais constitué à Rome qu'un droit personnel non opposable aux tiers; cette conclusion s'impose si l'on considère le moyen pratique auquel le créancier devait recourir pour user de cette garantie. La voie ouverte au possesseur qui voulait retenir la chose jusqu'au paiement n'était autre que l'exception de dol, or, cette exception, essentiellement personnelle, ne pouvait être opposée qu'à l'auteur du dol ou à ses successeurs à titre universel.

Gaius nous a transmis la formule qui enjoignait au juge de rechercher si la prétention du demandeur était exempte de dol : « *Si in ea re nihil dolo malo Auli Augerii factum sit neque fiat.* » Eh bien, le possesseur qui fait insérer dans la formule une exception conçue en ces termes invoque-t-il un droit réel sur la chose qu'il prétendait retenir ? Nullement, il ne conteste en rien la légitimité de la revendication du demandeur, ce qu'il demande à prouver, c'est qu'il a fait des impenses sur cette chose, c'est qu'il est né à son profit de ce chef une créance dont il demande le paiement, il invoque, pour justifier son exception, une obligation toute personnelle à celui que ces impenses ont constitué son débiteur, la demande en restitution n'est dolosive qu'au-

tant qu'elle émane d'un propriétaire qui réclame son bien avant d'avoir payé ce qu'il doit ; si la revendication est intentée par un tiers acquéreur, quel dol commet-il donc en réclamant une chose qu'il a bien et dûment acquise. De qui doit émaner le dol pour que l'exception puisse réussir, c'est d'*Aulus Agerius*, du demandeur, le tiers acquéreur remplit ce rôle dans notre hypothèse, sa prétention n'est entachée d'aucun dol, l'*exceptio doli* lui serait vainement opposée.

Cette argumentation est corroborée, du reste, par des textes nombreux (Fr. 4, § 31 et 33 D. *De dol. mul. et met. except.* L. 3 au Code. *De Pericul. et cum rei vend.*). « *Dolum auctoris bonæ fidei emtori non nocere, certi juris est.* »

Nous nous prononçons donc sans hésitation en faveur de la personnalité du droit de rétention, ce n'est en réalité qu'une application de l'exception de dol, il a toujours dû être personnel comme l'exception au moyen de laquelle il se produisait.

Ces raisons, si bonnes soient-elles, n'ont pu convaincre tous les commentateurs, et la théorie de la réalité du droit de rétention a trouvé de chauds partisans (1) ; nous devons étudier leur système et tenter la réfutation de leurs arguments.

Si nous nous plaçons dans la théorie de M. Groscopff, il est évident que le droit de rétention peut être opposé aux tiers, le droit du rétenteur provient, en effet, de cette circonstance qu'il possède une chose dans laquelle

(1) Cabrye, *Rétention* ; Rony, *Du droit de rétention*, thèse de doctorat, Paris, 1867.

se trouve confondue une partie de son patrimoine ; cette situation de fait existe, quelque soit celui qui vient réclamer l'objet retenu, que ce soit le propriétaire primitif ou un tiers acquéreur. Nous avons déjà réfuté cette doctrine dans son principe, inutile de nous arrêter plus longuement à l'étude de ses conséquences.

Passons immédiatement à l'étude des motifs invoqués par les commentateurs qui, d'accord avec nous sur le caractère accessoire du droit de rétention, lui reconnaissent le caractère de réalité que nous lui refusons.

Le droit de rétention est réel, dit M. Cabrye :

1° Le détenteur ne prétend pas que la chose lui est due, qu'il existe entre lui et le demandeur, à l'occasion de cette chose, un *vinculum juris*, il soutient seulement qu'il a le droit de ne pas s'en dessaisir (Fr. 17, D. *De pig. et hyp.*).

2° La réalité du droit de rétention accessoire du gage est incontestable, il doit en être de même du droit de rétention principal, puisque les juriconsultes le considèrent comme une sorte de droit de gage, un *quasi pignus* (F. 13, § 8, D. *De act. empt.*).

3° Le droit de rétention est réel puisque l'action *furti* est accordée au rétenteur, auquel on a dérobé la chose sur laquelle s'exerçait son droit (Fr. 14, § 1, 15, § 2, D. *De furt.*).

4° Enfin, le fragment 29, § 2, *De pignoribus et hypothecis* ne peut s'expliquer que si l'on admet la réalité du droit de rétention. On y voit que l'acheteur d'un fonds hypothéqué qui a fait reconstruire les bâtiments incen-

diés peut opposer le droit de rétention aux créanciers hypothécaires, pour obtenir le paiement de la plus-value. Ces créanciers sont bien des tiers, le droit de rétention peut leur être opposé, il est donc réel.

Examinons successivement chacun des arguments qui nous sont opposés.

Le défendeur ne prétend pas que la chose qu'il détient lui est due, il soutient qu'il a le droit de ne pas s'en dessaisir, il est dans un rapport direct et immédiat avec cette chose, *jus in re*. Est-ce exact, le défendeur prétend-il conserver la possession parce qu'il a un *jus in re* vis-à-vis de tous, nullement, s'il s'oppose à la restitution de l'objet détenu, c'est pour une raison toute personnelle au demandeur, c'est parce que ce demandeur, personnellement désigné dans la formule, commet un dol en revendiquant sa chose avant d'avoir payé ce qu'il doit; l'insertion de l'exception de dol répugne, par sa contexture même, à l'idée que le défendeur prétend un droit réel sur la chose qu'il veut retenir.

Le droit de rétention conventionnel accessoire au contrat de gage est un droit réel, il doit en être de même du droit de rétention principal; c'est, à notre avis, mal interpréter les expressions *quasi pignus*, par lesquelles les juriconsultes ont simplement voulu dire que le possesseur pouvait garder la chose détenue comme son gage, c'est forcer les textes que d'en faire sortir une assimilation complète de ces deux sortes de garanties.

L'argument tiré des textes qui accordent au rétenteur dépossédé l'action *furti* est-il plus fait pour nous convain-

dre ; nous ne le croyons pas. L'action *furti* est donnée à des personnes qui ne prétendent aucun droit réel sur la chose dont elles ont été dépouillées ; il suffit que l'on ait un intérêt quelconque à la conservation de cette chose pour que l'on puisse se prévaloir de cette action ; Gaius le dit expressément : « *Furti autem actio ei competit cujus interest rem salvam esse, licet dominus non sit* (G. 3, 203).

Enfin le Fr. 29, § 2 D. *De pig. et hyp.*, est-il aussi décisif que le prétend M. Cabrye, ne peut-il trouver son explication que si l'on admet la théorie de la réalité du droit de rétention, tel n'est pas notre avis.

Voici l'hypothèse prévue par ce texte : une maison est détruite par un incendie, un acheteur se présente qui acquiert le fonds et reconstruit les bâtiments ; le gage des créanciers hypothécaires va s'étendre à ces nouvelles constructions, mais le jurisconsulte Paul accorde à l'acquéreur le bénéfice de la rétention : « *Sed bona fide possessores non aliter cogendos creditoribus ædificium restituere, quam sumptus in extructione erogatos quatenus pretiosior res facta est, recipiant.* »

Le droit de rétention est donc opposable aux tiers, sinon l'acquéreur ne pourrait s'en prévaloir à l'encontre des créanciers hypothécaires. Mais c'est une erreur de voir des tiers dans ces créanciers, les constructions, d'après le texte, ont été faites postérieurement à la naissance des hypothèques. si le jurisconsulte accorde le droit de rétention à l'acheteur, c'est que ses dépenses ont amélioré le gage des créanciers hypothécaires, qu'il est, de ce fait, devenu leur créancier, et qu'il y aurait dol de leur

part à exercer contre lui leur droit hypothécaire dans toute sa rigueur, avant de l'avoir indemnisé de ce qu'ils lui doivent.

En résumé, les arguments fournis en faveur de la réalité du droit de rétention ne sont pas de nature à nous convaincre, nulle part on ne nous a montré l'hypothèse d'un détenteur opposant avec succès le droit de rétention à un tiers acquéreur, nous en concluons que ce droit n'a jamais été à Rome qu'un droit personnel, cela tenait du reste à la forme sous laquelle on devait l'opposer en justice.

II. — *Le droit de rétention est-il accessoire ou principal ?*

Il est la garantie d'une créance, le défendeur ne peut s'opposer à la restitution de la chose qu'il détient s'il ne justifie pas d'une obligation dont le paiement doit être assuré par le droit de rétention. La conséquence en est que le droit de rétention disparaîtra avec la créance qui lui sert de base.

Ce sont là autant de propositions niées par M. Groskopff, le droit de rétention ne se présente pas pour lui comme la garantie d'une créance, il n'est plus que la conséquence d'un rapport de fait entre la personne qui a fait des impenses sur la chose d'autrui et le produit de ces mêmes impenses, tant qu'il est resté entre ses mains.

Nous avons étudié plus haut cette théorie à propos des conditions d'existence du droit de rétention, il est inutile de nous y attacher davantage.

III. — *Le droit de rétention est-il divisible ou indivisible ?*

La grande majorité des auteurs décident sans hésiter que le droit de rétention est indivisible; en conséquence: 1° le créancier qui a reçu un paiement partiel, ne peut être contraint à abandonner pour une part correspondante l'objet qu'il détient.

2° Le créancier qui aurait restitué déjà une partie des biens dont il était possesseur, pourrait encore invoquer le droit de rétention en garantie de la totalité de sa créance.

3° Si le débiteur meurt laissant plusieurs héritiers, la dette se divisera entre eux au prorata de leurs parts héréditaires, mais si l'un des cohéritiers paie sa part de la dette, il ne pourra cependant pas exiger du possesseur la restitution de la part qui lui revient dans l'objet retenu, avant le paiement intégral des impenses qui ont donné lieu au droit de rétention.

Ces solutions s'appuient d'abord sur un argument d'analogie, le droit de rétention accessoire au contrat de gage est indivisible, il doit en être de même du droit de rétention principal; nous avons déjà rejeté cette assimilation.

Des textes nombreux affirment aussi, d'après beaucoup d'auteurs, l'indivisibilité du droit de rétention. — (Fr. 13 § 8 D. *De act. empt.* — Fr. 31 § 8, 57, pr. *De Edil. ed.* — Fr. 78 § 2 *De contrah. empt.*).

Est-il vrai que les textes fournissent un appui aussi sérieux à la théorie de l'indivisibilité ? Qu'il nous soit permis d'en douter.

Nous remarquons d'abord que tous ces fragments du Digeste ont trait à une hypothèse unique, celle d'un vendeur qui retient l'objet vendu jusqu'au paiement intégral du prix. Toutes les conséquences de l'indivisibilité, que nous avons énumérées en entamant cette question se trouvent vérifiées dans les textes, mais il nous semble que l'on s'est mépris sur la cause de l'indivisibilité ; le vendeur peut retenir l'objet jusqu'au paiement intégral, lors même que la mort de son acheteur a divisé sa créance entre ses nombreux héritiers, c'est indiscutable ; mais faut-il y voir une conséquence de l'exercice du droit de rétention, l'indivisibilité ne provient-elle pas d'une autre cause, nous sommes assez porté à le croire. Le vendeur refusant de délivrer une part de l'objet vendu, proportionnelle au paiement qu'il reçoit d'un héritier de l'acheteur, n'invoque pas l'indivisibilité du droit de rétention qui lui sert de garantie, la créance née du contrat de vente est elle même indivisible d'une indivisibilité *contractu* ; le refus opposé par l'acheteur à qui l'on demande une délivrance partielle peut s'expliquer même dans un système hostile à la théorie de l'indivisibilité du droit de rétention ; les textes pour être probants devraient se rapporter à une dette divisible en elle même et n'empruntant son caractère d'indivisibilité qu'au droit de rétention.

Ces textes nous ne les avons pas, d'autre part nous avons repoussé déjà l'assimilation entre le droit de rétention accessoire au contrat de gage et le droit de rétention principal qui fait l'objet de cette étude, il ne

nous reste donc, pour trancher la question de l'indivisibilité, qu'à étudier le droit de rétention avec les caractères qui nous sont déjà connus, et à nous demander s'ils peuvent ou non se concilier avec l'indivisibilité.

Le droit de rétention, selon nous, n'est pas indivisible, rappelons-nous qu'il se présente sous la forme de l'exception de dol ; le juge doit examiner si la revendication de l'héritier qui a payé sa part des impenses est dolosive ; la réponse pour nous n'est pas douteuse, si la dette n'était pas elle-même indivisible il n'y a aucun dol à la charge de l'héritier qui s'adresse en ces termes au détenteur des biens héréditaires : Vous avez possédé pendant un certain temps l'hérédité à laquelle je suis appelé, cette possession a entraîné pour vous des impenses dont nous devons compte, je vous paie ma part de la dette, abandonnez-moi la part qui me revient. Quoi de plus juste que cette prétention.

Reconnaître au droit de rétention le caractère d'indivisibilité, ce serait en quelque sorte en faire un droit opposable aux tiers, l'héritier qui a payé sa part des impenses se verrait opposer un droit de rétention qui n'aurait de base que dans la dette de ses cohéritiers à l'égard desquels il n'est qu'un tiers.

Notre conclusion est donc que le droit de rétention est divisible, mais nous ne repoussons pas pour cela toutes les conséquences que nos adversaires font découler de l'indivisibilité de la *retentio*. Nous admettons avec eux que le créancier qui a reçu un paiement partiel ne peut être contraint à abandonner pour une part correspon-

dante l'objet qu'il détient, que le créancier qui aurait restitué déjà une partie des biens dont il était détenteur pourrait encore invoquer la *retentio* en garantie de la totalité de sa créance ; mais ces solutions s'expliquent en dehors de l'indivisibilité du droit de rétention, nous les admettons parce que nous trouvons, avec M. Cabrye que si l'on accorde ce droit au défendeur, chaque fois qu'il y a injustice de la part du demandeur à réclamer la restitution de la chose détenue par son adversaire, sans payer d'abord ce qu'il lui doit, cette injustice est tout aussi manifeste lorsque le défendeur a reçu seulement une partie de ce qui lui était dû que lorsqu'il n'a rien reçu.

IV. — *Le droit de rétention est-il principal ou subsidiaire?*

Ce n'est pas un droit subsidiaire, ce n'est pas seulement à défaut de tout autre moyen de recours que le possesseur peut s'en prévaloir, cette question est formellement résolue par les textes. (Fr. 59. D. *De furt.*)

Le juriconsulte, supposant qu'un commodataire a été dépouillé par le propriétaire de l'objet qui lui avait été prêté à usage, s'exprime ainsi : « *Si impensas necessarias in rem fecerat, intersuit ejus potius per retentionem eas servare quam ultro commodati agere, ideoque furti actionem habebit* » le commodataire aura deux voies de recours pour se faire indemniser de ses impenses, ou bien il intentera l'action *commodati contraria*, ou bien il se prévau dra du droit de rétention après avoir recouvré l'objet au moyen de l'action *furti*.

Des termes employés par Julien, il résulte que le comodatataire ayant le choix entre deux moyens, aura plutôt recours au droit de rétention.

La loi 11 au Code donne indistinctement au dépositaire l'*actio depositi* et la *retentio*.

Le fragment 50 de *hereditatis petitione* au Digeste donne aussi le choix entre l'*actio negotiorum gestorum* et la *retentio*.

V. — Le droit de rétention est-il transmissible et cessible ?

Que le droit de rétention soit transmissible activement et passivement aux héritiers du possesseur qui aurait pu l'invoquer, cela ne saurait faire de doute, il suffit de se rappeler que l'exception de dol peut être opposée par l'héritier de celui qui aurait pu s'en prévaloir, comme elle peut aussi lui être opposée.

Il faut aller plus loin, et décider que le droit de rétention peut être cédé à titre onéreux ou à titre gratuit, mais il faut pour cela que le cessionnaire réunisse toutes les conditions dont nous avons reconnu la nécessité pour l'admission de notre sûreté.

Le jurisconsulte Paul confère ce droit à un acquéreur à titre onéreux. (Fr. 14, § 1. *Dig. Comm. divid.*)

CHAPITRE IV

VOIES JURIDIQUES PAR LESQUELLES S'EXERCE LE DROIT DE RÉTENTION.

Le droit de rétention est un moyen de défense indirect ; à la prétention du demandeur qui réclame sa chose, le défendeur ne répond pas par une dénégation directe du droit invoqué, il reconnaît au contraire la légitimité de la revendication, mais il s'oppose à la restitution immédiate, parce que la prétention du demandeur serait injuste, s'il voulait recouvrer son bien sans rembourser au possesseur les sommes qu'il lui doit.

L'équité se trouve donc ici en opposition avec le droit ; nous avons à rechercher par quels moyens pratiques la législation romaine lui donnait satisfaction.

Il nous faut tenir compte ici de la division des actions contenue au paragraphe 28 des Institutes de Justinien : « *Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti juris* ». Ce qui caractérise les premières, celles que le jurisconsulte a qualifiées d'actions de bonne foi, c'est la latitude plus grande donnée au juge pour l'appréciation des faits, c'est aussi grâce à l'introduction dans la formule des mots : *ex fide bona*, la faculté pour lui de faire prévaloir, quand il le juge bon, les règles de l'équité sur la

rigueur des principes du droit civil, ses pouvoirs sont donc plus larges que dans les actions de droit strict, et Sénèque les définit ainsi dans son *Traité des Bienfaits* :
 « *Arbitri libera et nullis adstricta vinculis religio ut distrahere aliquid posset et adicere, et sententiam suam non prout lex et justitia suaderet sed prout humanitas et misericordia impelleret, regeret* » (1).

Le juge avait donc le droit, et même le devoir, de chercher dans l'équité plutôt que dans la loi la solution des procès, il s'en suit donc que le défendeur à une action de bonne foi pouvait en tout état de cause invoquer le droit de rétention, ce droit n'ayant d'autre raison d'être que l'équité.

Mais les actions de bonne foi formaient à Rome l'exception, et les juriconsultes en donnaient des énumérations limitatives; le principe était que le juge devait se renfermer strictement dans les données de la formule, « *judicium formula includit* » écrit Sénèque, et l'insertion de l'exception de dol pouvait seule l'autoriser à tenir compte de la bonne foi, le juge ne pouvait en aucune façon s'inquiéter des moyens de défense accordés par le droit prétorien, si la formule ne l'y autorisait expressément. Le défendeur, qui voulait résister au rigorisme du droit civil par ces exceptions que l'équité avait dictées au Préteur, devait demander l'insertion d'un élément additionnel dans la formule. Il en était ainsi du droit de rétention qui, nous l'avons dit déjà, était d'institution prétorienne; pour que le juge en fit bénéficier le possesseur, il

(1) Sénèque. *De beneficiis*. III. 7.

fallait que la formule contint cet élément additionnel dont nous venons de parler, et l'exception qui devait paralyser en pareil cas la prétention du demandeur n'était autre que l'exception de dol.

Après avoir vérifié la légitimité de la prétention du demandeur, le juge devait résoudre une autre question. Était-il juste de donner satisfaction au droit civil, l'équité n'exigeait-elle pas que le défendeur pût retenir l'objet revendiqué jusqu'au paiement de ce qui lui était dû ; il devait examiner alors si les conditions d'existence du droit de rétention se rencontraient dans l'espèce. Le défendeur avait-il invoqué à faux la protection de l'institution prétorienne, le juge le condamnait à restituer, était-il au contraire en situation de l'invoquer, la rigueur du droit civil devait s'incliner devant l'équité.

Ici se place l'étude d'une question des plus controversées et qui divise encore les commentateurs, cette question n'est pas restreinte au droit de rétention, elle est générale et peut être formulée ainsi : l'exception de dol reconnue fondée par le juge doit-elle entraîner l'absolution complète du défendeur, ou seulement une réduction de la condamnation ? En d'autres termes, l'insertion de l'exception de dol dans les actions de droit strict les assimile-t-elle aux actions de bonne foi, où le juge peut établir entre les demandes la compensation qu'il trouve équitable.

MM. Demangeat (1) et Pellat (2) estiment que l'ins-

(1) Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, 3^e édit., II, p. 708.

(2) Pellat, *Principes généraux*, p. 272.

cription de l'exception de dol donne au juge la même liberté que la formule de l'action de bonne foi. M. Accarias professe aussi cette opinion. Le contraire a été soutenu par MM. Bonjean (1) et Ortolan (2) ; pour ces auteurs, le juge ne peut qu'absoudre ou condamner, il ne peut se borner à faire une déduction de ce que la prétention du demandeur a d'exagéré, c'est à cette théorie que M. Glasson s'est rallié dans son étude sur le droit de rétention.

Nous n'avons pas l'intention de nous attarder longtemps à l'étude de cette controverse si connue, nous nous contenterons de faire l'exposé sommaire des arguments invoqués par la dernière opinion.

Nous pensons avec M. Ortolan que « l'exception de dol, une fois l'instance organisée et les opérations *in jure* closes par la *litis contestatio*, si elle avait été insérée dans la formule et qu'elle soit vérifiée par le juge, emporte l'absolution du défendeur, et par conséquent déchéance du demandeur même pour l'avenir, de son droit d'action désormais épuisé. »

L'exception de dol est une exception comme une autre, rien ne nous autorise à la placer dans une catégorie à part, or les exceptions ne sont autre chose qu'une condition opposée au pouvoir de condamnation donné au juge.

Dans toute action, la condamnation est conditionnelle, le juge condamnera s'il trouve la prétention du deman-

(1) Bonjeau, *Traité des actions*, § 315, 7^o.

(2) Ortolan, *Explication des Institutes*, t. III, n^o 2180-2194.

deur justifiée; s'il la trouve mal fondée, il en résultera l'absolution du défendeur. L'adjonction de l'exception de dol à la formule a pour effet de rendre la condamnation doublement conditionnelle, les textes ne nous disent pas, que par le seul fait de son insertion, le juge se trouve en présence d'un troisième terme de l'alternative. Deux solutions s'offrent à lui : condamner ou absoudre, la rédaction de l'exception de dol nous le prouve d'une façon très explicite ; elle est conçue ainsi : « *Si in ea re nihil dolo malo A. A. factum sit neque fiat..... condemna, si non paret, absolce.* »

Cette explication est claire et nous semble bien en harmonie avec le génie du droit romain.

« Il faudrait renverser toutes nos idées sur les exceptions en droit romain au temps du système formulaire, écrit Ortolan, pour aboutir là dessus à un autre résultat, lequel est impossible. Ou bien il faut sortir de ce genre d'exception et entrer dans un autre. *Exceptio est conditio quæ modo eximit reum damnatione*, (c'est le cas de l'exception de dol) *modo minuit damnationem*, mais alors c'est un genre d'exceptions très différent par sa place, par sa rédaction et par ses résultats. Telles sont celles de la condamnation jusqu'à concurrence du pécule ou de ce que le défendeur pourra faire ; telle est encore la *deductio* ; mais ces exceptions ne sont pas opposées négativement à l'*intentio*, elles sont appliquées uniquement comme régulateur à la *condemnatio*, le préteur n'en fait pas une condition de la condamnation *si non... si nihil*, il en fait une limitation du montant de cette condamnation, une sorte de taxation.

Une foule de textes indiquent que si le juge reconnaît le bien fondé de l'exception, la demande sera repoussée, *actor repellitur, summocitur* (1).

Ce que nous pouvons affirmer à la seule inspection des termes de la formule se trouve vérifié par les textes. Comment donc expliquer l'acharnement qu'ont mis certains auteurs à les combattre? Ces solutions, a-t-on dit, violent l'équité, elles sont d'une rigueur inacceptable, le Préteur, introduisant l'exception de dol pour donner satisfaction à l'équité, n'aurait accompli que la moitié de sa tâche, s'il avait laissé le juge dans l'alternative de condamner ou d'absoudre, sans lui permettre d'établir une compensation entre les prétentions opposées.

Il nous semble que l'œuvre du Préteur, même dans l'opinion que nous adoptons, n'est pas si incomplète et si pleine d'iniquité; comme on l'a fait souvent remarquer, cette sévérité qui va jusqu'à déclarer déchu de tous ses droits le demandeur à qui l'on peut victorieusement opposer l'exception de dol, se comprendrait fort bien dans une législation qui n'a pas reculé devant les rigueurs de la *plus petitio*, mais il faut avouer que dans le cas qui nous occupe, le demandeur contre qui l'on opposerait nos principes dans toute leur sévérité n'aurait à s'en prendre qu'à lui-même de la déchéance de ses droits; s'il la subit c'est qu'il le veut bien, dans les débats qui avaient lieu *in jure* et qui devaient se terminer par la délivrance de la formule, il lui était possible de mettre obstacle aux ef-

(1) Gaius, II. §§ 76-77. Dig. F. 41, § 1. *De adquir. rer. dom.*, 7, 12.

fets de la *retentio*, il lui suffisait pour cela de satisfaire à la prétention du défendeur en lui remboursant ses impenses; il a résisté à cette demande, c'est seulement alors que l'exception de dol a été insérée dans la formule, elle doit dès lors produire tous ses effets. Quand on s'est bien rendu compte du mécanisme de la procédure formale, on est bien forcé de reconnaître que les effets de la *retentio* sont bien en harmonie avec l'idée d'équité d'où elle est sortie, et si les conséquences de l'exception de dol paraissent sévères, on doit reconnaître qu'elles sont justes. Comme l'a dit M. Ortolan (1) : « Cette conclusion de l'exception de dol devant laquelle on recule n'était en définitive qu'une sévère animadversion contre la mauvaise foi du demandeur, après que celui-ci s'était refusé, devant le magistrat, pendant tout le cours de la procédure *in jure*, jusqu'à la *litis contestatio*, aux nombreux expédients offerts par la rédaction des formules pour soumettre équitablement la question au juge. »

Le refus du demandeur de payer ce qu'il doit constitue bien un dol, il a été suffisamment averti que l'on allait lui opposer l'*exceptio doli mali*, et s'il ne jugeait pas bon de payer les impenses réclamées avant que le procès fût porté devant le juge, il lui restait toujours la ressource de faire insérer dans la formule une *deductio* qui aurait permis au juge de fixer le montant de la condamnation *deducto eo quod debetur*.

Je terminerai cette discussion en citant un texte qui montre bien que si l'exception de dol était vérifiée, le de-

(1) Ortolan, *Explication des Instituts*, t. III, n° 2184.

mandeur perdait complètement ses droits. « *Compensatio debiti*, dit le jurisconsulte Paul (1), *ex pari specie et causa dispari admittitur, velut si pecuniam tibi debeam et tu mihi pecuniam debeas aut frumentum, aut cætera hujus modi, licet ex diverso contractu compensare vel deducere debes. Si totum petas, plus petendo causa cadis.* » M. Demangeat sentant bien la puissance de l'argument fourni par ce texte à l'opinion de ses adversaires, l'écarte purement et simplement, il n'a trait selon lui qu'à la compensation de l'*argentarius*, cette assertion nous semble toute gratuite, les motifs invoqués pour sa justification sont impuissants à nous convaincre.

(1) Paul, *Sentences*, II, v. § 3.

CHAPITRE V

EFFETS DU DROIT DE RÉTENTION

En quelle mesure cette institution venait-elle au secours du créancier détenteur ? Quel était le degré de garantie qu'elle procurait ?

La *retentio* était loin de fournir au créancier les mêmes sûretés que les garanties réelles telles que le gage ou l'hypothèque ; les deux prérogatives que confèrent les sûretés réelles, le droit de suite et le droit de préférence lui faisaient défaut, en un mot, elle ne conférait au détenteur qu'un seul avantage ; elle lui permettait de retenir l'objet revendiqué jusqu'au paiement intégral de la créance. S'il perd la possession, il ne peut la recouvrer que dans certains cas étudiés précédemment, si l'objet sur lequel elle porte vient à être vendu, les droits du créancier ne seront ni plus ni moins étendus que ceux du créancier chirographaire, il viendra à la répartition du prix pour sa quote-part, la *retentio* ne lui conférant aucun droit de préférence.

Nous avons dit d'abord que la *retentio* n'engendre pas le droit de suite, il est facile de justifier cette assertion, l'exercice du droit de suite suppose nécessairement la perte de la possession, or cette perte même de la possession entraînerait l'extinction de notre sûreté (*retentio non*

nisi possidenti datur), il est naturel que l'on ne puisse plus agir pour exercer un droit qui n'est plus. Nous avons vu cependant que le Droit Romain accordait en certains cas l'action *furti* qui faisait recouvrer la possession au détenteur dépouillé, mais cette action n'était pas l'exercice du droit de rétention auquel on aurait reconnu un caractère de réalité impliquant droit de suite, ce n'était que l'application d'un principe général en vertu duquel l'*actio furti* était donnée même à celui qui n'avait aucun droit réel sur la chose, mais qui avait un intérêt quelconque à la recouvrer.

En refusant le droit de suite au créancier qui invoque la *retentio*, nous ne faisons du reste que nous conformer à la solution adoptée par nous à propos de la controverse sur la réalité ou la personnalité du droit de rétention, c'est pour nous un droit personnel, nous serions en contradiction avec nous-mêmes, si nous lui reconnaissons la prérogative du droit de suite, car nous en ferions alors un droit opposable aux tiers.

On voit donc que l'unique privilège du rétenteur consiste à retenir la chose jusqu'au paiement intégral de ce qui lui est dû, et de ne s'en dessaisir qu'après complet désintéressement.

Mais, nous dira-t-on, si la *retentio* est opposable aux créanciers chirographaires, vous en faites un droit réel opposable aux tiers. Nullement, nous reconnaissons bien que le créancier détenteur, usant du droit de rétention à l'encontre des autres créanciers de son débiteur, va jouir par le fait d'une sorte de droit de préférence, mais ce

n'est pas une conséquence de la réalité de la *retentio*; si les créanciers chirographaires sont obligés de respecter le droit du rétenteur c'est qu'ils ne peuvent agir que du fait de leur débiteur et en empruntant ses droits, ils le représentent et l'on peut opposer à leur action toutes les exceptions qui auraient mis obstacle à la revendication du débiteur lui-même.

Tels sont les droits du rétenteur, et ils se bornent là; il ne peut, en vertu de la *retentio*, ni user, ni jouir, ni disposer de la chose d'autrui.

Il ne peut en user sans commettre un *furtum usus*, c'est ce que l'on peut inférer du fragment 54, Dg. de *furtis*, ainsi conçu : « *Si pignore creditor utatur, furti tenetur* », ce que Gaius nous dit du créancier gagiste, doit *a fortiori* s'entendre de celui qui ne peut invoquer que le droit de rétention.

Il ne peut non plus s'approprier les fruits, ce serait une manière de faire usage de la chose.

Nous ne nous croyons pas autorisé à lui permettre d'imputer les fruits sur la dette, en commençant par les intérêts, comme la loi 1 au Code, *De pig. act.*, en donne le droit au créancier gagiste.

Quant au droit de disposer de la chose, toute discussion sur ce point serait puérile; l'exercice du droit de rétention n'a pas pour résultat de conférer la propriété au créancier rétenteur; le propriétaire a conservé tous ses droits.

Le droit de rétention ainsi réduit à ses strictes proportions ne laisse pas cependant de fournir de grands avan-

lages au créancier. S'il n'avait pas d'action pour obtenir le paiement de ce qui lui était dû, le défendeur y trouvait un moyen de contrainte qui devait stimuler le propriétaire désireux de rentrer en possession de sa chose, à s'acquitter de sa dette envers le défendeur. Il avait de plus l'immense avantage de jouer dans le litige le rôle de défendeur, il n'était obligé de justifier ses réclamations que si le demandeur parvenait à prouver le bien fondé de sa prétention, à défaut de cette preuve préalable, il était absous alors même que de son côté il n'aurait rien prouvé : « *Actore enim non probante qui convenitur, etsi nihil ipse præstiterit, obtinebit* » (L. 4, De Edendo, Code).

En regard de ces avantages et de ces droits il faut rechercher quelles étaient les obligations du rétenteur.

Son obligation principale consistait à rendre la chose détenue à son propriétaire ; pour rendre il faut conserver, étudions donc l'étendue de la responsabilité du rétenteur chargé de veiller à la conservation de la *res retenta*.

Presque tous les auteurs consultés par nous sur ce point font ici une assimilation complète entre le créancier gagiste et le rétenteur, l'argument d'analogie qu'ils invoquent est peu convaincant, et nous sommes étonné de voir des auteurs fonder sur elle toute leur argumentation quand, ils avaient répudié ce système dans des matières toutes voisines.

Deux arguments de texte ont été fournis cependant ; le premier (F. 30, Dg., De pig. act.) fait bien évidem-

ment allusion aux obligations résultant du contrat de gage, nous ne voyons rien qui permette de l'appliquer à la *retentio*; le second texte invoqué (F. 34, *De Dam. infect.*, Dg.) vise aussi le cas du gage, non plus d'un gage exprès, comme dans l'espèce précédente, mais d'un gage tacite appartenant au *locator* sur les *inrecta* et les *illata* de l'*inquilinus*.

Fidèle à l'opinion émise déjà dans une autre matière, et qui consiste à ne tirer aucun argument d'analogie du gage à la *retentio*, nous repoussons ici encore cette assimilation et nous adoptons plutôt la théorie de M. Groskopff dont nous trouvons l'analyse dans la thèse de M. Pret.

Pour ces auteurs, le droit de rétention ne saurait rien changer dans le degré de diligence que doit prêter le possesseur de la chose détenue, le créancier et le débiteur restent par rapport à cette chose dans les conditions où ils étaient auparavant; le débiteur était-il commodataire ou *negotiorum gestor*, il sera tenu des obligations du commodataire ou du *negotiorum gestor*; était-il dépositaire, il ne sera tenu avant comme après que des obligations du dépositaire.

« D'un autre côté, dans les actions personnelles,
« ajoute M. Pret, le défendeur s'il se trouve *in mora*, et
« d'après la règle c'est aussi le cas après la *litis contestatio*, est certainement tenu même des cas fortuits,
« mais s'il retient régulièrement la chose, s'il a un motif
« légitime de la retenir, s'il exerce, en un mot le droit
« de rétention, alors il ne peut par suite être nullement

« question de *mora*, en même temps qu'il ne peut y
« avoir de responsabilité pour un degré de faute, de di-
« ligence plus élevée, du moment où le rapport juridique
« lui-même n'obligeait le défendeur qu'à un degré de
« diligence moindre. »

Toutes ces considérations nous semblent logiques, et il nous faudrait d'autres textes que ceux invoqués par l'opinion contraire, pour nous faire admettre l'assimilation que l'on prétend établir entre la responsabilité du créancier gagiste et celle du créancier rétenteur.

CHAPITRE VI

EXTINCTION DU DROIT DE RÉTENTION

La *retentio* étant un droit accessoire attaché à une créance, il s'en suit que le mode normal d'extinction de ce droit sera le paiement de la dette ou son extinction par tout autre mode : acceptilation, confusion, etc ; la *causa retinendi* disparaissant, la garantie accessoire n'a plus de raison d'être, elle doit disparaître aussi.

Mais indépendamment de ce mode indirect d'extinction, la *retentio* peut aussi s'éteindre par voie principale, nous avons vu que son existence était subordonnée à certaines conditions, entre autres à la détention de l'objet ; la perte de la chose entraînera comme conséquence la perte du droit de rétention.

Il en serait de même de la restitution de la chose au demandeur ou de la dépossession du rétenteur, de quelque façon qu'elle se produise. Cette dépossession entraînerait irrévocablement la perte de la garantie que le créancier pouvait trouver dans la *retentio*, sauf bien entendu les cas où il lui était permis de rentrer en possession, soit au moyen de l'action *furti*, soit même par l'effet des interdits *recuperandæ possessionis*.

Enfin le rétenteur non dépossédé pouvait encore perdre les avantages de la *retentio* par voie principale, s'il re-

nonçait à se prévaloir des prérogatives attachées à sa possession; c'est l'application pure et simple du principe que chacun peut renoncer à l'exercice de ses droits.

C'est ici le lieu d'étudier une question qui a suscité d'assez vives controverses; le demandeur peut-il par l'offre d'une caution mettre obstacle à l'exercice du droit de rétention ?

Nous sommes d'accord avec la plupart des auteurs, pour décider que l'offre d'une caution ne saurait priver le défendeur du bénéfice de la *retentio*.

Le juge doit rechercher si le créancier se trouve dans les conditions voulues pour se prévaloir de cette garantie, s'il estime en conscience qu'il doit la lui accorder pour se conformer à l'esprit de la législation, il doit le faire complètement, et il ne doit pas avoir la liberté de suppléer à cette garantie par une autre.

Le défendeur a du reste un intérêt légitime à opposer la *retentio* plutôt que de recourir à la voie d'une action pour recouvrer ses impenses.

Nous avons vu plus haut combien sa situation de défendeur est avantageuse, les textes sont d'accord sur ce point. « *Interfuit ejus potius per retentionem eos sercare, quam ultro agere. Minus est actionem habere quam rem. (Fr. 20¹. De reg. jure Dig.)*

Nous concluons donc, qu'à défaut de remboursement préalable, le créancier ne saurait être contraint à abandonner la possession de l'objet qu'il détient contre l'offre d'une caution faite par le demandeur.

APPENDICE

APPLICATIONS DE LA RÉTENTION DANS LA THÉORIE DES IMPENSES.

Après avoir étudié en lui-même le droit de rétention, nous avons conclu qu'il suffit pour son admission que le possesseur du bien revendiqué soit créancier de celui qui le revendique, mais nous avons reconnu que si le juge peut, en considération du caractère général de l'exception de dol, se contenter de la réunion de ces circonstances pour accorder au défendeur le bénéfice de cette sûreté, il y a un motif d'équité tout spécial, et qui le déterminera à l'accorder plus facilement lorsque la créance à garantir proviendra d'impenses faites à l'occasion de la chose. Nous allons donc examiner dans ce dernier chapitre les principaux cas de *retentiones propter impensas*.

Nous commencerons d'abord par rappeler une distinction souvent faite par les jurisconsultes, et qui consiste à diviser les impenses en trois catégories, impenses nécessaires, utiles et voluptuaires.

Les impenses nécessaires sont celles qui sont tellement urgentes que la chose eût péri totalement ou partiellement si elles n'avaient pas été faites « *quibus non factis res aut peritura aut deterior futura est* » (Ulpien, Reg. VI, 13). On peut citer comme exemple le cas de recons-

truction d'un mur qui menace ruine et dont la chute entraînerait la perte de tout l'édifice.

Les impenses utiles sont celles qui n'ont pas pour but d'empêcher la ruine totale ou partielle de la chose, mais qui en augmentant sa valeur tendent à la rendre plus productive. « *Quibus factis res fructuosior effecta est quibus non factis deterior res non fieret* ». (Ulpien, Reg. VI, 16),

Enfin, les impenses voluptuaires sont celles qui, sans préserver la chose de la ruine, ni la rendre plus productive, en augmentent l'agrément « *quibus neque omissis deterior res fieret, neque factis fructiosior effecta est* » (Ulpien, Reg. VI, 17).

Telle est la distinction tripartite faite par les jurisconsultes Romains, nous verrons bientôt qu'il était utile de la rappeler ici, car toutes les impenses n'étaient pas également protégées par la *retentio*, les impenses voluptuaires par exemple qui sont l'œuvre d'une pure fantaisie, et qui donnent satisfaction aux goûts artistiques plutôt qu'aux intérêts bien entendus du propriétaire ne donnaient droit en principe à aucune indemnité.

Une distinction s'impose dès le début de nos explications, le détenteur actuel, qui se prévaut de la rétention pour obtenir le paiement de ses impenses, a pu acquérir cette possession de bonne foi, l'objet lui a été remis dans des circonstances telles qu'il a pu croire, par exemple, que cette remise lui était due; il peut se faire au contraire qu'il ait usé de manœuvres frauduleuses ou tout au moins, il a pu savoir qu'il n'avait aucun droit à cette détention; dans ce dernier cas, il est possesseur de mauvaise foi et nous ne serons pas étonné si nous voyons la législation romaine plus favorable au premier qu'au second.

I. RÉTENTION DU POSSESSEUR DE BONNE FOI.

Les impenses donnant lieu à l'exercice de la *retentio* ont pu être relatives aux fruits de la chose détenue ou à cette chose elle-même, nous devons envisager séparément ces deux cas.

(I). *Impenses relatives aux fruits.*

Un texte de Paul vise cette hypothèse, c'est la loi 36, 5, de *hered.*, petit, ainsi conçue : *Fructus intelliguntur deductis impensis quæ quærendorum, cogendorum, conservandorumque eorum gratia fiunt, quod non solum in bonæ fidei possessoribus naturalis ratio expostulat, verum etiam in prædonibus sicut Sabino quoque placuit. »*

Si le propriétaire réclame les fruits de sa chose sans vouloir indemniser le possesseur des dépenses faites pour leur récolte, il lui sera permis de les déduire du montant des fruits à restituer. Avons-nous ici un cas d'application de la rétention ? Nous ne le pensons pas, rien n'indique qu'il soit nécessaire d'opposer l'exception de dol pour se faire indemniser de ces sortes d'impenses ; il résulte au contraire du texte précité, que les produits d'une chose ne constituent des fruits que dans la mesure où ils dépassent les frais faits pour leur production et leur récolte, c'est cet excédant seulement que le possesseur doit remettre au réclamant, et s'il conserve une part des produits, ce n'est pas en qualité de rétenteur, c'est parce que les produits jusqu'à concurrence de cette valeur

ne représentent pas des fruits aux yeux de la loi. Cette idée trouve encore un appui dans le Fr. 46 Dg. *De Usur et Fruct.* « *Quod in fructus redigendos impensum est, non ambigitur ipsos fructus, deminuere debere.* »

Doneau est aussi d'accord avec nous dans son commentaire *de jure civili* (Lib. XX. Cap. VII. § 6) « Les fruits sont de telle nature qu'on ne peut les considérer autrement que comme un profit qu'on retire de la chose, or, qu'est-ce en définitive qu'un profit ? Ce qui reste, déduction faite de toutes les pertes, telle est la définition qu'en donne le Fr. 30 Dg. *Pro socio.* Par conséquent, il ne faut considérer comme fruits que le gain qui subsiste, déduction faite des pertes résultant des dépenses. »

La question relative aux droits du possesseur qui a fait des impenses à raison des fruits est assez simple, au cas où les produits de la chose égalent ou dépassent le montant des déboursés ; elle se complique lorsque les frais faits n'ont produit aucun fruit. Devons-nous alors accorder le droit de rétention sur la chose elle-même pour garantir au possesseur le paiement des frais faits à l'occasion des fruits ?

Ulpien tranche la question à propos du possesseur de bonne foi d'une hérédité « *Quod si sumptus quidem fecit, nihil autem fructuum perceperit, exquisissimum erit rationem horum quoque in bonæ fidei possessoribus haberi* », il faudra lui tenir compte de ses impenses. Comment y parviendra-t-on ? ce ne peut être dans l'espèce en réduisant le montant de la récompense des fruits produits par la chose, puisque par hypothèse il n'y en a pas, il n'y a qu'un

moyen qui permette au possesseur d'obtenir le remboursement des frais qu'il a faits, c'est la rétention.

Faut-il généraliser cette solution? M. Cabrye est de cet avis et nous sommes tout disposé à le partager, nous trouvons en effet dans ce cas les deux éléments seuls indispensables pour assurer au défendeur le droit de rétention : une chose en sa possession, et une créance dont l'équité exige le paiement.

(II) *Impenses a l'occasion de la chose retenue*

Ces impenses peuvent être nécessaires, utiles ou voluptuaires.

1° *Impenses nécessaires.*

Le possesseur a droit au remboursement intégral des dépenses de cette nature, et la rétention lui est accordée jusqu'à l'entière libération du réclamant.

Cette solution se justifie d'elle-même; on comprend que le propriétaire doive rembourser l'intégralité de la dépense, puisque sans elle il serait aujourd'hui privé de son bien. La *retentio* vient fort à propos garantir un droit aussi légitime, mais nous avons vu déjà qu'elle suppose la possession, or, il peut se faire que la chose ait péri. Quelle sera dans cette hypothèse la situation du créancier? Il ne pourra naturellement plus recourir à la *retentio*. Voyons quels moyens seront mis alors à sa disposition.

Il faut distinguer deux cas,

Premier cas. — La perte de la chose ne l'a pas libéré de l'obligation de la restituer du moins en valeur. Il pourra déduire de cette valeur le montant de ce qui lui est dû.

Deuxième cas. — La perte de la chose a libéré le possesseur de toute restitution. Paul accorde en pareille hypothèse une situation privilégiée au possesseur de bonne foi d'une hérédité (L. 38. *De hered. petit. Dig.*) «.... *potest in eo differentia esse ut bonæ fidei quidem possessor omnimodo impensas deducat licet res non exstat in quam fecit.* »

Cette situation privilégiée peut être étendue en dehors du cas prévu par le texte, cette solution se comprend très bien pour le possesseur d'une hérédité, c'est en effet un ensemble de biens qui ne forment qu'un seul tout, et l'on conçoit qu'un possesseur exerce la rétention sur les biens qui ont subsisté, en garantie des impenses qu'il a faites sur ceux qui ont péri. Nous donnerions une solution identique au cas où une partie seulement de la chose possédée aurait disparu, même quand cette chose n'est pas une hérédité, nous trouvons en effet en pareil cas la réunion des deux seules circonstances auxquelles est soumis selon nous l'exercice du droit de rétention.

II° *Impenses utiles.*

Ce sont celles qui améliorent la chose possédée, qui lui donnent une plus-value.

En quelle mesure le possesseur de bonne foi pourra-t-il se faire indemniser de ses impenses ? La réponse n'est

pas simple, nous nous trouvons ici en présence de textes nombreux qui nous portent à croire qu'il n'y avait pas en cette matière de principes fixes, et que le juge devait avant tout s'inspirer des principes de l'équité. « *Bonus iudex varie ex personis causisque constituet* (Fr. 38, Dig. De rei vindic.).

Une première série de textes nous disposerait à conclure que le possesseur pouvait se faire indemniser de toutes ses impenses utiles, l'amélioration du bien fût-elle inférieure aux frais faits. Le Fr. 7-12. Dig. De adquir. dom. suppose qu'un possesseur de bonne foi a construit sur le terrain d'autrui, il aura un recours pour se faire indemniser de ses impenses et ce recours comprendra à la fois « *pretium materiæ et mercedes fabrorum.* »

D'autre part des textes nombreux décident, que le possesseur ne peut demander la totalité de la plus value apportée au bien d'autrui par ses impenses, lorsque cette plus value est supérieure aux frais faits (Fr. 38. Dig. De rei vind.). « *In fundo alieno quem imprudens emerat ædificasti aut conseruisti, deinde evincitur : bonus iudex varie ex personis causisque constituet, finge et dominum eadem facturum fuisse : reddat impensam et fundum recipiat usque eo duntaxat quo prætiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit solum quod impensum est.* »

En dehors de ces décisions de jurisconsultes qui pourraient permettre de formuler une théorie ainsi conçue : le possesseur de bonne foi a droit à ses impenses dans la proportion de la plus value mais sans jamais en dépasser le montant, nous en trouvons une foule d'autres qui

montrent bien jusqu'à quel point la loi romaine avait en pareille matière le souci de l'équité. Les Fr. Fr. 28 et 29 Dig. *De rei vind.* mentionnent une hypothèse, où le demandeur n'est pas forcé en principe de tenir compte au possesseur des impenses faites par lui, pour l'éducation de ses esclaves; il n'en devra compte que s'il vient un jour à les mettre en vente, et si le prix qu'il en retire se trouve plus élevé par suite de cette éducation qui leur a été donnée. Cette solution n'a d'autre base que les idées d'équité plus ou moins bien comprises, et nous pourrions citer d'autres passages du Digeste conçus dans le même esprit. Ainsi le possesseur n'aura pas d'action pour recouvrer ses impenses, si le propriétaire est dans une situation telle qu'il n'aurait pas fait les mêmes frais; pour l'indemniser de ses impenses, autrement il pourrait être forcé de vendre ce bien auquel il attache peut-être un prix particulier d'affection à cause de son origine (Fr. 38. Dig. *De rei vind.*).

Le plus souvent, le possesseur dépourvu d'action aura la faculté de retirer, dans la mesure du possible, le montant de ses impenses, en enlevant ce qu'il a ajouté à la chose du demandeur, mais, il ne le pourra qu'à condition de ne pas nuire au fonds, et dans les cas seulement où cet enlèvement pourrait avoir pour lui un certain intérêt; cette dernière condition montre bien que la loi romaine ne voulait pas venir en aide à la méchanceté, et se mettre au service des basses vengeances du possesseur « *neque malitiis indulgendum est* » (Fr. 38. *De rei vind.*).

Nous venons de voir qu'on ne peut déterminer d'une

façon précise, en quels cas le possesseur pourra se faire indemniser de ses impenses, mais il est certain que toutes les fois que ce droit lui sera reconnu, la *retentio* viendra à son secours et lui facilitera le recouvrement de ses frais (L. 27, § 5, 65. *De rei vind.*).

III^o *Impenses voluptuaires.*

Ce sont celles qui embellissent la chose, la rendent plus agréable sans en augmenter la valeur.

Il ne saurait être ici question de la rétention ; le possesseur n'ayant aucun droit au remboursement de ses impenses, une des conditions nécessaires à l'existence de cette sûreté fait défaut. Le droit du possesseur se borne à enlever les améliorations par lui faites, sans détériorer la chose qui en a été l'objet (L. 3, § 4. *Dig. De in rem verso*).

La loi 39, § 1, *Dg. De hered. petit.* semble contraire à cette solution. M. Cabrye l'explique en disant que par suite des circonstances, des dépenses voluptuaires, peuvent prendre le caractère de dépenses utiles. « Nous voyons, en effet, dit-il, que les dépenses, qui sont ordinairement considérées comme voluptuaires, empruntent quelquefois à certaines circonstances la qualité et les effets de dépenses utiles ; tel est le cas où le propriétaire veut mettre en vente dès qu'il l'aura recouvrée, la chose sur laquelle les dépenses voluptaires ont été faites, s'il doit à raison de ces dépenses en obtenir un meilleur prix (LL. 29 et 38, *Dg. De rei vind.*).

Telle est le cas encore où les dépenses voluptuaires sont

telles qu'on peut raisonnablement supposer, par suite de la position de fortune du propriétaire, qu'il les eût faites lui-même, car alors le possesseur, « *propriae pecuniae domini pepercit* » ; il y a enrichissement pour le maître du moment qu'il n'a pas fait une dépense qu'il devait faire, « *habet enim in suo quod alioqui non haberet* ». Ce sont des hypothèses semblables qu'a en vue la loi 39, § 1, *De hered. petit.* Elle s'explique au cas où les impenses, voluptuaires par elles-mêmes, ont revêtu accidentellement et par suite de circonstances étrangères le caractère de dépenses utiles.

Cette explication n'est pas sans valeur et peut servir à justifier la loi 39, mais ne fait-on pas dire à ce texte plus qu'il ne contient ; il est conçu, remarquons le bien, sous forme d'interrogation, et Gaius ne répond pas à la question qu'il pose, cette réponse qui fait défaut peut fort bien être négative, et nous sommes assez porté à le croire, car s'il en était autrement, il y aurait une contradiction entre ce texte et celui qui précède, dans lequel Paul donnant les principes en matière d'impenses décide que « *non debet petitor ex aliena jactura lucum facere* », or par hypothèse les dépenses voluptuaires ne sont jamais une source d'enrichissement.

RÉTENTION DU POSSESSEUR DE MAUVAISE FOI.

I. Impenses à l'occasion des fruits.

Le possesseur de mauvaise foi jouit en pareil cas des mêmes droits que le possesseur de bonne foi, il doit res-

tituer les fruits perçus sur le bien d'autrui, mais pour lui comme pour le possesseur de bonne foi, nous ne devons entendre par fruits que les produits des biens qui dépassent les frais de production « *fructus intelliguntur, deductis impensis quæ quærendorum, cogendorum, conservandorumque eorum gratia sunt* » (L. 38, § 5, Dg. *De hered. petit*). Nous pouvons renouveler ici une observation déjà faite, cette *deductio* en vertu de laquelle le possesseur conserve une partie des produits de la chose possédée n'a aucun rapport avec la rétention, elle n'est point une garantie du paiement de ce qui lui est dû, elle constitue ce paiement lui-même.

Notons maintenant une différence entre le possesseur de bonne foi d'une hérédité et celui qui la possède de mauvaise foi, les impenses faites par ce dernier ne lui donnent pas le droit de retenir les biens qui composent l'hérédité, on peut déduire cette solution a *contrario* du texte suivant, « *quod si sumptus quidem fecit, nihil autem fructuum pepercerit, æquissimum erit rationem horum quoque in bonæ fidei possessoribus haberi* » (L. 37, Dg. *De hered. petit*).

II. Impenses à l'occasion de la chose.

Nous procéderons ici, comme nous l'avons fait déjà pour le possesseur de bonne foi, en étudiant successivement les droits du possesseur pour les impenses nécessaires, utiles et voluptuaires, la *retentio* aura moins souvent l'occasion de s'appliquer, il est tout naturel que la loi se montre sévère envers celui qui, connaissant le mal-fondé de sa

possession, n'hésite pas cependant à faire des dépenses sur le bien d'autrui.

I. Impenses nécessaires.

Les droits du possesseur de mauvaise foi sont les mêmes que ceux du possesseur de bonne foi, « *quum malæ fidei possessores...., nullam habeant repetitionem nisi necessarios sumptus fecerint* (L. 5 Code *De rei vind*). Cette solution se justifie, car si la chose existe encore dans le patrimoine du réclamant, c'est grâce aux soins du possesseur ; qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi, le service rendu est le même. Qu'importe la qualité du possesseur, la mauvaise foi ne modifie pas l'obligation que l'équité met à la charge du demandeur, bien qu'on ne puisse lui reprocher aucune faute, il faut au contraire lui savoir gré d'avoir empêché la perte ou la détérioration de la chose, il serait bien plutôt en faute s'il eût négligé de le faire (L. 36, § 1, Dg. *De rei vind*.).

L'assimilation n'est cependant pas complète entre le possesseur de bonne foi et de mauvaise foi. La loi 38, Dg. *De hered. petit.* ne lui accorde pas le droit de rétention sur les autres biens de l'hérédité, quand celui qui a été l'objet de ses impenses a péri, « *plane potest in eo differentia esse ut bonæ fidei quidem possessor omnimodo impensas deducet licet res non exstet in quam fecit, sicut tutor vel curator consequuntur, prædo autem non aliter quam si res melior sit.*

II. Impenses utiles.

Si l'on s'attachait aux principes généraux qui veulent

que nul ne s'enrichisse aux dépens d'autrui, et qui semblent avoir dicté à la législation romaine la solution qu'elle a adoptée pour les impenses nécessaires, il faudrait décider que le demandeur ne saurait profiter des dépenses utiles, faites sur son fonds, au moins dans la mesure de leur utilité, sans indemniser celui qui en est l'auteur; la mauvaise foi du possesseur n'empêche pas le *dominus* de s'enrichir à ses dépens. Toutefois, la presque unanimité des textes est opposée à cette solution. (L. 7, 12, *Dig. De adquir. rer. dom.*) « *Si scit alienum solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materiam intelligitur* ». (30 *Inst. De div. rer.* L. 4, 5, 11, 16. *De rei vind.*) Le possesseur de mauvaise foi est présumé avoir voulu faire une libéralité au propriétaire.

Ces décisions sont peu conformes à l'équité, nous en convenons, mais elles ne sont pas en contradiction avec le système général admis par les jurisconsultes romains en matière d'impenses; en effet, remarque M. Cabrye (1), la législation romaine n'accorde pas la *retentio* au possesseur chaque fois que le possesseur s'enrichit à ses dépens, mais seulement chaque fois que cet enrichissement constitue à ses yeux une injustice.

Cette théorie nous semble suffisamment affirmée par les textes du Digeste et du Code cités plus haut, elle n'a pas cependant été admise par tous. Cujas et après lui M. Pellat ont pensé que le possesseur de mauvaise foi pouvait en principe se faire indemniser de ses impenses utiles, leur opinion se base d'abord sur un argument

(1) Cabrye, *Rétention*, p. 64.

d'équité, et ensuite sur un texte du Digeste relatif à la pétition d'hérédité, dont ils croient pouvoir étendre la solution à l'hypothèse d'impenses faites sur des *res singulares*.

Que leur théorie soit plus conforme à l'équité, nous l'admettons, mais cette considération ne saurait prévaloir contre des textes formels. Il est aisé du reste de comprendre comment Cujas a été amené à édifier son système, il écrivait ses commentaires à une époque, et dans un pays où le droit romain était en vigueur, il devait naturellement être entraîné à soutenir la théorie la plus équitable pour la faire passer dans l'application.

Envisageons maintenant l'argument de texte, il repose sur la loi 38 *Dig. De hered. petit.*, nous y voyons que Paul consent à accorder « *sed benignius est* » au possesseur de mauvaise foi d'une hérédité le moyen de se faire indemniser de ses impenses, mais de quel droit étend-on cette solution ? La partie du texte qui commence par les mots : *sed benignius* vient à la suite de l'exposé du principe général qui n'admet pas de droit à l'indemnité au profit du possesseur de mauvaise foi, la disposition relative à celui qui possède une hérédité se présente comme une exception, et encore cette opinion favorable est-elle isolée, nous ne la trouvons reproduite par aucun autre jurisconsulte.

Nous concluons donc que la seule ressource du possesseur de mauvaise foi consiste dans le droit d'enlever ce qu'il a fait, pourvu que cela ne détériore en rien le bien qui a été l'objet de ses impenses (L. 37. *De rei vind. Dig.*)

III. *Impenses voluptuaires.*

La situation est la même que pour le possesseur de bonne foi, le droit de rétention ne sera accordé ni à l'un ni à l'autre. (L. 27 pr. *Neg. gest.* L. 3, 4. *De in rem verso*).

La dépense faite ne produit par hypothèse aucun enrichissement au *dominus*, l'équité est donc ici d'accord avec la loi pour refuser au possesseur tout moyen de recouvrer le montant des frais qu'il a fait, sauf bien entendu la faculté d'enlèvement, s'il peut l'exercer sans détériorations.

DROIT FRANÇAIS

PREMIÈRE PARTIE

ANCIEN DROIT

CHAPITRE PREMIER

Époque barbare et féodale.

Si nous nous reportons à la période barbare, les documents législatifs sont rares et la plupart de ceux qui nous sont parvenus ne traitent que des questions de droit criminel ; la préoccupation du législateur est surtout de maintenir l'ordre dans ces peuplades aux mœurs brutales en punissant toutes les atteintes contre les personnes et la propriété ; la loi Salique, le monument le plus important de l'époque, ne renferme pour ainsi dire que des dispositions pénales, les relations juridiques sont d'une grande simplicité chez les peuples dans l'enfance, les usages suffisent à régler ces matières et l'on n'éprouve

guère le besoin de les codifier, l'étude des droits privés est par suite très obscure et le droit de rétention participe à cette obscurité.

De la rétention proprement dite, nous ne trouvons aucune trace, mais il est certain que le gage ou nantissement n'était pas inconnu ; M. Pardessus (1) dans son savant ouvrage sur la loi Salique constate qu'il y avait des dations en gage d'immeubles, et il en conclut *a fortiori* qu'on devait donner aussi des choses mobilières.

Quant au droit de rétention, existait-il indépendamment de toute convention, on ne saurait rien affirmer à cet égard ; toutefois, une disposition de la loi des Burgondes rapportée par M. Laferrière (2), nous porte à croire que cette sûreté réelle existait déjà. Cette loi déclare que celui qui enlève un gage avant jugement perdra sa créance et paiera une amende. Une disposition analogue se trouve dans une des rédactions de la loi Salique et dans les chapitres ajoutés par Clovis après sa conversion au christianisme.

Ces textes démontrent que l'usage était de se procurer des gages par force. On en peut conclure avec M. Cabrye (3) que si le créancier se trouvait légitimement en possession d'un objet appartenant à son débiteur, il pouvait le retenir jusqu'à ce qu'il eût obtenu paiement.

Si nous ne pouvons être bien affirmatifs pour la période barbare où tout est obscurité, nous pouvons démontrer

(1) Pardessus. — *Loi Salique*, p. 643.

(2) Laferrière. — *Histoire du droit français*, t. III, p. 211.

(3) Cabrye, p. 70.

l'existence certaine du droit de rétention à l'époque féodale.

Cela va de soi pour les pays du midi de la France où le droit romain était en vigueur, et différents textes nous montrent des applications de cette sûreté réelle dans les pays du Nord.

La loi « *si vassalus in fundo* » (T. 23, L. 2. *Feudorum*) autorise le vassal à retenir le fonds pour les améliorations faites par lui, quand le fief finit par la loi de la concession.

Une disposition reproduite par plusieurs coutumes (Anjou, art. 29. Maine, art. 34. Tours, art. 37) autorise le seigneur à exproprier ses sujets pour creuser un étang ou construire une garenne, mais les vassaux peuvent retenir le fonds jusqu'au paiement de l'indemnité qui leur est due.

On trouve encore une preuve indirecte de l'existence du droit de rétention dans les efforts que firent les seigneurs pour empêcher l'extension de cette sûreté.

Elle avait pour effet en réduisant les litiges de diminuer le nombre des procès. Or chaque procès augmentait les revenus du fisc seigneurial, de sorte que les seigneurs durent s'opposer à toutes les institutions qui, en simplifiant les litiges, en permettant de prononcer par une seule et même sentence sur ce qui aurait pu faire l'objet de plusieurs contestations, tendaient à en diminuer le nombre.

En effet, dans le cas d'impenses faites à l'occasion de la chose d'autrui, si l'on avait reconnu au possesseur ou

détenteur qui les avait faites le droit de rétention, une seule instance eût tout terminé.

Le refus de ce droit entraînait au contraire deux procès : l'un sur la question de propriété et de restitution de la chose, l'autre sur la question du remboursement des impenses, et ces deux procès pouvaient par suite de l'application des règles sur la compétence, être portés devant des juges différents. De cette façon, le litige faisait en tous les cas l'objet de deux procès distincts et donnait par conséquent naissance à de plus grands bénéfices pécuniaires (1).

(1) Pret. *Thèse de doctorat*. 1879.

CHAPITRE II.

DROIT COUTUMIER

Cette résistance des seigneurs devrait être vaine, et l'équité, mère du droit de rétention, devait triompher de leurs calculs intéressés.

Les principes immuables du droit qui servent de base à notre sûreté, qui l'avaient fait naître et se développer à Rome malgré le formalisme sévère du droit civil, devaient lui donner droit de cité dans notre législation coutumière moins imbue de ces rigueurs d'un autre âge.

Bon nombre de coutumes admettaient expressément le droit de rétention du moins dans certains cas déterminés. Citons quelques unes de ces dispositions.

Art. 174. De la coutume de Paris :

« Dépens d'hostelage livrez par hostes à pèlerins ou à leurs chevaux sont privilégiés et viennent à préférer devant tout autre sur les biens et les chevaux hostelez, et les peut l'hôtelier retenir jusqu'au paiement, et si aucun autre créancier les voulait enlever, l'hôtelier a juste cause de s'y opposer ».

Art. 372. De la coutume d'Orléans :

« Celui qui retraits aucun héritage est tenu de payer les réparations et impenses nécessaires faites sans fraude par celui sur lequel il a été retraits, icelles préalablement liquidées ».

Art. 305 de la coutume de Paris, et 306 de la coutume d'Orléans.

« Si le donataire lors du partage a les héritages à lui donnez en sa possession, il est tenu les rapporter en essence et espèces, ou moins prendre en autres héritages de la succession de pareille valeur et bonté ; et faisant le dit rapport en espèces, doit estre remboursé par ses cohéritiers des impenses utiles et nécessaires qu'il aura faites pour l'augmentation des dits héritages. Et si les dits cohéritiers ne veulent rembourser les dites impenses : en ce cas le donataire est tenu rapporter seulement l'estimation des dits héritages, eu esgard au temps, que division et partage est fait entre eux, déduction laites des dites impenses. »

Art. 13 Chap. XXXII. Coutume du Nivernais.

« Ceux qui ont fait les moissons et cueillette de grains, bleds, vendanges et vins ; aussi voituriers par eau et par terre, peuvent pour leur salaire faire arrester et empêcher les bleds, vendanges, vins, charettes et chevaux, marchandises et biens de leurs débiteurs à la requête desquels ils ont besogné, et tiennent tels arrest et empêchement jusques à plein paiement, et s'il y a opposition en cas de dény, informera de sa debte dedans un seul et bref délai qui lui sera préfixé par le juge ».

L'existence du droit de rétention était déjà suffisamment prouvée par les citations précédentes, nous avons tenu cependant à mentionner cette disposition de la coutume du Nivernais, car elle a été écartée à tort, selon nous, par M. Dalloz (1). On voit, dit cet auteur, que

(1) Dalloz. *Répertoire*. Rétention, p. 459.

dans l'hypothèse prévue par cette disposition, le créancier n'est pas en possession de l'objet qui doit former son gage, circonstance qui nous semble exclusive du droit de rétention.

Sans doute le créancier dans notre espèce ne se trouve pas en possession de l'objet de son gage, et l'on ne saurait parler du droit de rétention avant la saisie-arrêt mentionnée par le texte, mais de ce qu'il peut faire « arrêter et empêcher » nous devons déduire *a fortiori*, qu'il pourrait exercer le droit de rétention sur ces objets, s'ils étaient en sa possession.

Notre raisonnement est du reste corroboré par le commentaire de Guy-Coquille sur cette disposition. On y lit ce qui suit : « La saisie et arrêt, ici mentionnée, est à l'effet de la rétention que la loi octroie en tous cas, à celui qui a employé son bien et son labeur à faire quelque besogne ou à conserver la chose d'autrui en laquelle il veut user de rétention. Nos lois de France ont bien souvent reproché toutes voies de fait, et qu'aucun de son autorité se fasse droit et prenne sa raison par ses mains, ont trouvé meilleur de faire saisir sous autorité de justice ». Toutefois, ajoute-t-il : « si la chose était en possession du mercenaire sans vice ni fraude, je crois que sans faire saisir, il pourrait user de rétention ; et est la rétention octroyée par le Droit Romain, non pas pour appréhender, mais pour retenir de son autorité, sans le juge, si la chose est en sa puissance ».

On trouve encore des traces de la rétention dans deux

auteurs du XIV^e siècle, Pierre de Fontaines (1) et Jean Bouteiller (2).

M. Pret relève dans sa thèse un passage de ce dernier auteur où traitant de la revendication, et raisonnant dans l'hypothèse d'une personne qui a planté ou semé sur le fonds d'autrui, ce qui était un des principaux cas prévus par les jurisconsultes romains, il lui accorde le droit de rétention sans faire les distinctions contenues dans les paragraphes 31 et 32 des Instituts au titre *De divisione rerum*. Charondas, l'annotateur de Bouteiller ajoute ce qui suit : « Appert que non par action de revendication, ains par exception, il peut demander et retenir ses impenses d'avoir semé ou planté ».

Il est inutile de multiplier les citations, la rétention était admise, et dans une très large mesure à l'époque coutumière, des textes nombreux nous le prouvent (4) et le silence de certaines Coutumes au sujet de cette sûreté réelle n'implique pas qu'elles l'écartaient. Ainsi, la Coutume de Bretagne est muette sur ce point, et cependant, d'Argentré décide que le droit de rétention doit être accordé aux héritiers de l'usufruitier à l'encontre du propriétaire, l'usufruitier lui-même pouvait exercer ce droit si l'usufruit s'éteignait avant sa mort.

(1) Le conseil de Pierre de Fontaines. Ed. Marnier, surtout art. 33 et 34 p. 458.

(2) Bouteiller. Somme rurale, p. 310.

(3) Pret. Thèse. 1879.

(4) Coutumes de Berry, art. 17 et 20. Troyes art. 302. Bourbonnais, art. 100 et 135. Anjou, art. 29. Maine, art. 34. Tours, art. 37. Calais, art. 243. Etampes, 154. Nantes, 188.

D'Argentré l'accorde encore au fermier (*colonus*).

« *Sed tamen non protinus verum est talium heredes de facto posse ab proprietariis expelli de possessione ; sed toties falsum est quoties heres usufructuarii et talium causam contradicendi habet.... veluti si usufructuarius vel colonus tecta sarcuisse se contendat, necessarias reparaciones que ad eum non spectent factas, pro quibus quolibet alienæ rei possessor retentionem habet* ».

Les derniers termes de cette citation démontrent même que le savant commentateur de la Coutume de Bretagne admettait la rétention en principe général.

On recourait aux décisions du Droit Romain, à la raison écrite dans le cas de silence ou d'insuffisance des Coutumes.

Duparc-Poullain (1) indique d'une façon très explicite quelle était la portée de ces incursions du Droit Romain dans le domaine des Coutumes. « A l'égard du droit commun, en matière civile, dit cet auteur, son principal fondement est dans le Droit Romain que nous suivons, non pas comme loi, mais comme raison écrite en tout ce qui n'est pas contraire aux ordonnances, à la Coutume, aux usages et aux maximes de la province et du royaume ».

La majorité des Coutumes admettaient donc le droit de rétention et le silence des textes n'était pas suffisant pour exclure cette sûreté, le Droit Romain venait alors combler la lacune, les principes de cette législation sont mêlés à chaque pas au droit coutumier, ainsi nous voyons Pierre de Fontaines à propos de la Coutume du

(1) Duparc-Poullain, *Principes du Droit Français*, liv. I, ch. 1 n° 5.

Vermandois admettre d'abord le droit de rétention au profit du possesseur de bonne foi, cela en application d'une disposition coutumière, et accorder ensuite le même droit au possesseur de mauvaise foi en se fondant sur le fragment 38 D. *De hered, petitione*.

De cette combinaison devaient résulter des incertitudes fâcheuses sur l'étendue du droit de rétention.

« Il est certain, dit M. Glasson (1) que les plaideurs, les gens de mauvaise foi, profitant de l'absence des règles fixes sur le droit de rétention, en avaient souvent abusé d'une manière scandaleuse. Souvent aussi les possesseurs de mauvaise foi attendaient qu'il eussent été condamnés pour réclamer leurs impenses, lorsqu'on voulait exécuter la sentence ; de cette manière, en vertu de leur droit de rétention, ils se faisaient maintenir en possession, et pour prolonger cet état de choses très préjudiciable à l'adversaire, ils mettaient beaucoup de lenteur dans la vérification et la liquidation de leurs créances ; souvent encore, les possesseurs de bonne foi, eux-mêmes, outrés de dépit en se voyant obligés d'abandonner un immeuble, usaient de ce même stratagème, dans le seul but de causer préjudice à leur adversaire. »

Tous ces abus devaient éveiller l'attention du pouvoir royal, diverses ordonnances se préoccupèrent d'y remédier en restreignant le champ d'application du droit de rétention.

Les procureurs avaient coutume de retenir en garantie du paiement de leurs honoraires, les pièces qui leur

(1) Glasson, *Du Droit de rétention*, p. 18.

avaient été confiées par les parties, l'ordonnance de Montils-les-Tours promulguée par Charles VII en 1453 prohiba cet usage. On lit en effet, ce qui suit, au chapitre intitulé : De la taxe des procureurs, « Et défendons auxdits procureurs, qu'ils ne retiennent les lettres et titres des parties soubz couleurs de leurs diets salaires ».

A propos de cette ordonnance nous remarquons que Guy-Coquille (1) dans ses commentaires, interprétant limitativement la disposition de l'article 44, la restreignit aux salaires des procureurs et permettait la rétention à l'effet de garantir le paiement des avances faites par eux à leurs clients pour les pièces de la procédure ; on peut voir, dans cette interprétation restrictive du texte de l'ordonnance, la tendance des jurisconsultes de l'époque à admettre dans la plus large mesure possible l'application de la rétention.

L'ordonnance de Villers-Coterets rendue sous François I^{er} en 1539 contient un article 97 destiné à empêcher les détenteurs de mettre arbitrairement obstacle à l'exécution des jugements et arrêts. Le créancier détenteur doit opérer dans un certain bref délai la liquidation de la créance qui sert de base à son refus de restituer le bien d'autrui. « Et si sur l'exécution du jugement ou arrêt, était requis connaissance de cause pour améliorations, réparations ou autres droits qu'il conviendrait liquider, le condamné sera tenu de vérifier et liquider lesdites réparations, améliorations ou autres droits pour

(1) Guy-Coquille. Question 107, II, p. 257.

lesquels il prétend rétention des lieux et choses adjudgées, dans un certain bref délai, seul et péremptoire, qui sera arbitré par les exécuteurs selon la qualité des matières et les distances des lieux ».

L'ordonnance abandonnait donc à l'arbitraire des exécuteurs le soin de déterminer le délai durant lequel le détenteur devait liquider sa créance, il en résulta des longueurs que l'ordonnance de Moulins de 1566 voulut faire disparaître.

L'art. 52 dispose comme suit : « Pour faciliter les exécutions des arrêts et jugements, et en oster plusieurs évolutions et longueurs qui y sont par trop fréquentes et ordinaires, avons ordonné que dorénavant pour les réparations et améliorations adjudgées aux condamnés, ne seront empêchées les exécutions des jugements pour le fait de possession et introduction en icelles des personnes qui auront obtenu jugement à leur profit, en baillant par eux caution bourgeoise et suffisante de payer les dites réparations et améliorations sitôt qu'elles seront liquidées, et demeurant la terre en héritage pour ce regard, affectée ou hypothéquée audit paiement, sinon que le condamné les offrir liquider dans un mois pour tout délai ».

Toutes ces dispositions des ordonnances ne prohibent nullement l'exercice du droit de rétention, elles sont loin de le proscrire, mais elles veulent par une réglementation dont la nécessité pratique se faisait journellement sentir, allier le respect qui est dû à cette sûreté avec

celui que méritent aussi les jugements et arrêts qui ne doivent pas non plus rester lettre morte.

L'ordonnance de 1667 sous Louis XIV admet aussi en principe la légitimité du droit de rétention, elle remédie simplement aux retards qu'avaient coutume d'apporter à la liquidation de leurs droits les détenteurs condamnés à délaisser. « Celui qui aura été condamné à laisser la possession d'un héritage, dit l'article 9 titre 27 de cette ordonnance, en lui remboursant quelques sommes, espèces, impenses ou améliorations, ne pourra être contraint de quitter l'héritage qu'après avoir été remboursé ; et à cet effet, il sera tenu de faire liquider les espèces, impenses et améliorations dans un seul délai qui lui sera donné par l'arrêt ou jugement ; sinon l'autre partie sera mise en possession des lieux, en donnant caution de les payer après qu'elles auront été liquidées. »

Nous avons passé en revue les principaux textes des coutumes et des ordonnances se rapportant au droit de rétention, son existence est un fait acquis, elle est indiscutable, mais ici pas plus qu'en Droit Romain nous n'avons trouvé une théorie générale de cette sûreté. Quelle est son étendue ? Quels sont ses caractères et ses conditions d'application ? Nous ne pouvons répondre à ces questions qu'en interrogeant les dispositions éparses qui ont trait à notre sujet.

ETENDUE ET CONDITIONS D'EXISTENCE DU DROIT DE RÉTENTION

Quand nous recherchions quelle était en droit Romain l'étendue du droit de rétention, nous avons trouvé trois



doctrines différentes ; la première admettait le droit de rétention dans les cas où la créance qui lui sert de base était née à l'occasion de l'objet réclamé, c'est la doctrine du *debitum cum re junctum* ; la deuxième (1) décidait que la connexité entre la créance et la chose retenue n'était pas nécessaire pour que le juge admit le droit de rétention ; la troisième (2) restreignait l'application de la rétention aux seuls cas où le possesseur se trouvait dans un rapport de fait avec les impenses exécutées par lui, ou plus généralement, dans les cas où le possesseur pouvait dire qu'il avait entre les mains une chose dans laquelle se trouvait confondue une partie de son patrimoine.

Nous ne reviendrons pas sur cette dernière opinion, mais, nous allons retrouver les partisans des deux autres systèmes fidèles à leurs principes pendant la période coutumière.

Nous avons cru nécessaire de consacrer quelques pages à l'étude de cette question, nous y trouverons un trait d'union entre la *retentio* romaine et la rétention du droit civil moderne, et le parti que nous prendrons sur l'étendue du droit de rétention coutumier nous servira de guide et fortifiera le système que nous développerons plus tard en étudiant cette sûreté dans la législation actuelle.

Monsieur Cabrye écartant la théorie de la connexité s'exprime ainsi : « Il m'a été impossible de découvrir cette fameuse formule du *debitum cum re junctum* dans les

(1) Cabrye.

(2) Groskopff.

écrits des plus estimés juriconsultes coutumiers
 Un semblable silence serait déjà étrange, si cette
 maxime était comme on la représente une règle vulgari-
 sée et universellement admise Mais ne
 suis-je pas autorisé à la déclarer inexacte, lorsque ne
 la rencontrant dans aucun ouvrage de jurisprudence, j'y
 trouve au contraire des décisions qui seraient incompati-
 bles avec elle, qui supposent nécessairement qu'elle n'é-
 tait pas reconnue. »

Son argumentation est fortement appuyée par une ci-
 tation de Dumoulin (1), où ce juriconsulte, recherchant
 de quelle manière le tuteur ou le mineur dépourvu de
 curateur peut donner à un tiers prêteur une garantie
 réelle sur les biens du pupille ou du mineur, leur offre
 cet expédient de « *constituere quasi pignus seu quasi hy-
 pothecam in prædiis suis per viam retentionis sive excep-
 tionis, videlicet tradendo prædia creditori*. Il n'y aura bien
 évidemment ici aucune connexité entre la créance et la
 chose retenue, Dumoulin ne reconnaissait donc pas la
 règle du *debitum cum re junctum*.

Duparc-Poullain (2) fournit aussi un appui à cette
 thèse; on lit en effet dans cet auteur : « Le gage ayant
 été livré au créancier, il le possède toujours pour sûreté
 de son crédit, et il ne peut être obligé de le remettre au
 débiteur qu'en recevant le paiement. Il est vrai qu'après
 trente ans le créancier ne pourrait pas forcer le débiteur
 à le payer et à reprendre son gage; mais si le débiteur

(1) *Tractatus contractuum et usurarum, quæstio 36, n° 278.*

(2) *Principes, liv. 3, ch. XVII, sect. 1, n° 10 (t. VI, p. 237).*

réclamait le gage sous prétexte que l'obligation serait éteinte par la prescription, le créancier aurait le droit d'excepter et de refuser cette restitution jusqu'à ce que le débiteur l'eût payé. » Le droit de gage a disparu dans notre espèce pour faire place au droit de rétention principal, et on ne peut dire que la créance est née à l'occasion de la chose retenue; Duparc-Poullain n'admettait donc pas plus que Dumoulin la nécessité du *debitum cum re unctum*.

Enfin, dans les pays de droit écrit, on accordait à la femme et même à ses enfants le droit de rétention, la possession des biens du mari jusqu'au remboursement de la dot. « *Moribus hodiernis*, dit Voët (3), *nec tantum per actionem sed et mediante retentione vidua rerum suarum restitutionem persequi nunc potest... eamque in finem non modo in domo mariti mortuaria remanere, sed et prædiorum mariti tum allodialium tum feudaliæ possessioni incombere, donec hæc omnia ipsi restituta sint.* » On peut citer un grand nombre d'auteurs qui donnent la même décision. Les créances de la femme n'avaient aucune connexité avec les choses sur lesquelles s'exerçait sa garantie, c'est encore un argument sérieux contre la nécessité du *debitum cum re junctum*.

Cette longue discussion ne présente aucune utilité dans le système adopté par M. Cabrye au sujet de l'étendue du droit de rétention, puisqu'au lieu de se servir de la solution qu'il adopte sur la question du *debitum cum re junctum*, pour donner au droit de rétention une étendue

(3) *Ad Pandectas*, lib. 24, tit. 3, § 9.

plus considérable que celle qui lui est accordée par les partisans de la connexité, il finit par adopter un système très restrictif qui limite aux cas où la rétention est expressément accordée l'application de cette sûreté.

Pour lui, les commentateurs méconnaissant le caractère de généralité que devait avoir la rétention, proclamèrent une règle opposée.

« *Retentio tribuitur reo certis tantum in causis* », dit Doneau (1). Ces cas déterminés qui constituent la mesure et la limite extrême de l'admission de la rétention sont ceux qui ont été examinés par les juriconsultes romains, ce sont aussi les espèces que les Coutumes ou l'usage y ont ajoutées.

Voët est aussi affirmatif que Doneau : « *Pluribus autem in causis retentio usum invenit... Jus retentionis a lege vel consuetudine datum est (2)... Leges retentionem tribuunt (3).* »

Pothier (4) indique aussi cette spécialité du droit de rétention dans le passage suivant : « Lorsque sur l'action de revendication, le demandeur a justifié de son droit, le possesseur est condamné à lui délaisser la chose revendiquée, mais dans certains cas, lorsque le possesseur a déboursé quelque somme ou contracté quelques obligations pour la libération, la conservation ou l'amélioration de la chose qu'il est condamné à délaisser, le possesseur qui excipe de ces impenses n'est condamné à la délaisser qu'à la charge par le demandeur de le rembourser au

(1) Doneau, t. VI, p. 854, § 8.

(2) *Ad Pandectas. De Compens.* § 20.

(3) *De pignoribus et hyp.*, § 4, in fine.

(4) *Domaine de propriété*, 2^e partie, ch. I, art. 6, n^o 343.

préalable de ce qu'il a déboursé et de l'indemniser ». Ce passage de Pothier semble indiquer que le droit de rétention n'avait lieu qu'en des cas spéciaux et déterminés.

C'est à tort selon nous que M. Cabrye refuse au droit de rétention dans la période coutumière le caractère de généralité qu'il lui reconnaît à Rome.

Les citations de Voët et de Pothier invoquées par lui à l'encontre de la généralité du droit de rétention ne sauraient longtemps nous embarrasser.

Il suffit de lire en entier les passages d'où ces citations sont extraites, pour se convaincre qu'elles n'ont pas la portée qu'on veut bien leur prêter. « *Nec dubium quin illi quibus jus retentionis a lege vel consuetudine datum est, id ipsum tum ad heredes suos tum ad successores particulares... transmittant.* On voit bien vite que le jurisconsulte n'a pas eu en vue d'indiquer limitativement les sources de la rétention, mais d'établir que le droit de rétention accordé par application de la loi ou de la coutume est transmissible et cessible.

L'autre citation, *leges... retentionem tribuunt* serait déjà suspecte à cause de la coupure qu'on y remarque ; si l'on reconstitue la phrase en entier, elle est ainsi conçue : « *leges possessori bonæ fidei tantum retentionem tribuunt rei possessæ.* » Cela signifie simplement que la loi n'accorde au possesseur de bonne foi que le droit de retenir jusqu'au remboursement la chose objet de ses impenses. On ne peut s'autoriser de ce texte pour prétendre que le droit de rétention ne saurait s'exercer en dehors des cas où il est prévu par un texte législatif formel. »

M. Cabryo argumente encore des mots « dans certains cas » qu'il trouve dans un passage de Pothier cité plus haut. Il faut se rappeler ici le principe d'interprétation d'après lequel il ne faut tirer d'un texte que ce qu'il veut expliquer ; Pothier n'a pas en vue l'étendue d'application du droit de rétention, les termes qu'il emploie n'ont en eux-mêmes rien de limitatif, on peut sans grands efforts les considérer comme synonymes de ceux-ci : Il y a des cas où...

Enfin Doneau tient ce langage : « *Retentio tribuitur reo certis tantum in causis* », le juriconsulte n'a pas voulu dire par là que la rétention n'était admise que dans un nombre de cas limitativement déterminés.

Comme le fait très justement remarquer M. Pret dans sa thèse de doctorat, Voët et Doneau dont les décisions s'inspirent presque toujours du droit romain n'ignoraient évidemment pas la généralité de l'exception de dol sous l'empire de la législation romaine.

Le droit de rétention avait donc dans l'ancienne France la même généralité qu'à Rome, cela ne saurait faire de doute pour les pays du Midi qui obéissaient au droit romain lui-même ; dans les pays de coutumes nous voyons les juriconsultes recourir aux lois romaines pour combler les lacunes de la législation coutumière, d'Argentré ne trouvant pas trace de la rétention dans la coutume de Bretagne n'hésite pas à l'emprunter à la raison écrite comme on disait alors, les institutions dont on faisait ainsi l'emprunt devaient se retrouver avec tous leurs caractères.

Les ordonnances ne contiennent pas davantage trace de cette limitation stricte dont M. Cabrye a fait la découverte.

Une question plus sérieusement controversée nous reste à étudier. Que faut-il penser du principe de la connexité que l'on formule ainsi : Le droit de rétention ne peut être exercé qu'autant que la dette pour laquelle le détenteur l'invoque se trouve jointe à la chose : *debitum cum re junctum*.

Malgré l'autorité considérable des auteurs qui exigent la connexité entre la créance et l'objet retenu, nous sommes porté à nous ranger à l'opinion contraire, si bien défendue par M. Cabrye.

Nous ne saurions trop le répéter, en étudiant la législation romaine nous avons vu peu à peu l'équité s'immiscer dans le droit, la rétention marque une des étapes de cette marche en avant vers une justice plus parfaite; née de l'exception de dol dont elle n'était en réalité qu'une des manifestations, rien ne s'opposait dans son principe à ce qu'on l'admit même en dehors de toute connexité, toute la question se ramenait à savoir en quelles circonstances la revendication du propriétaire constituerait aux yeux du juge romain les manœuvres dolosives, à la réussite desquelles il ne devrait pas se prêter; il pouvait se faire que l'action du *dominus* fût considérée comme entachée de dol, même dans des cas où la créance du défendeur n'avait aucun lien avec l'objet retenu.

Le droit de rétention était susceptible d'une application très étendue. L'équité a pu de jour en jour se

montrer plus exigeante, la rétention d'abord absente de la législation romaine puis introduite par le Préteur, devint d'une application fréquente dans l'ancienne France, car nous sommes d'accord avec M. Cabrye pour décider qu'elle n'était nullement soumise à la prétendue règle du *debitum cum re junctum*.

Nous ajouterons un argument qui nous est fourni par Voët (1) et qui nous semble décisif : « *Plane hodiernis moribus commodatorium prætextu non modo impensarum in rem commodatam factorum, sed et debiti cujuscunque alterius velamento rem commodatam retinere posse, dubium non est, dum abhibita judiciali auctoritate cuique liberum est rem debitoris, quam possidet sub se sistere ac penes se includere, quod aliud sibi debitum ab eo consequatur.* »

Il n'est pas douteux pour Voët que le commodataire puisse retenir la chose prêtée pour n'importe quelle créance ; et ceci est d'autant plus remarquable, que le droit de rétention du commodataire, qui reçoit en somme un service de la part du commodant, a toujours été vu avec défaveur.

Dioclétien supprima ce droit, ou tout au moins le restreignit. Les auteurs coutumiers étaient aussi fort défavorables à l'emprunteur à usage. Bourjon (2) lui refuse le bénéfice de la compensation. « Celui qui a emprunté, dit-il, doit rendre la chose au temps marqué et ne peut opposer la compensation pour éviter ou retarder la restitution qu'il doit faire, ce serait infidélité que la justice proscrit. »

(1) Voët, *Ad Pandectas*, lib. XIII, t. VII, n° 10.

(2) Bourjon. *Prêt à usage*. Sect. II, n° 7. t. 1, p. 493.

Despeiss (*Commodat*, V., t. I, p. 241 et Ferrière (*Dictionnaire de droit et de pratique*) donnent aussi des preuves de cette défaveur.

Malgré cela, Voët n'hésite pas à admettre la rétention au profit du commodataire, et cela sur toute créance quelle qu'elle soit-t-il, « cette solution, ajoute-t-il, n'est pas douteuse ; « *Dubium non est.* »

Il résulte de tout ce qui précède qu'à l'époque coutumière deux conditions suffisent pour qu'il y ait lieu à rétention. 1° Qu'une personne soit en possession de la chose d'autrui. 2° Qu'elle soit créancière de celui dont elle détient la chose. Il n'est pas nécessaire que la créance existe civilement, le droit de rétention garantit une simple obligation naturelle (1).

Nous croyons avoir réussi à démontrer que la rétention n'était pas limitée par la prétendue règle du débiteur *cum re junctum* qui constitue pour la plupart des commentateurs une troisième condition à l'exercice de ce droit.

CARACTÈRES DU DROIT DE RÉTENTION.

Ses caractères sont en principe les mêmes qu'à Rome, une modification importante s'est produite cependant, cette garantie se présentait alors comme un des cas d'application de l'exception de dol, elle était personnelle et la sûreté qui en résultait pour le créancier était éminemment précaire, il n'en est plus ainsi dans l'ancien droit, nous n'irons pas jusqu'à dire que la rétention à

(1) Duparc-Poullain. *Principes*. Liv. 3, ch. 17, n° 10.

cette époque confèrait au créancier un droit réel armé des droits de suite et de préférence, mais nous pouvons nous autoriser des textes pour décider qu'elle était opposable aux tiers.

Dumoulin (1) l'affirme expressément : « *Jus retentionis est reale* », dit-il, et parlant du créancier qui s'en trouve investi, il ajoute : « *Quia præfertur omnibus proprietaris et directis et utilibus et omnibus creditoribus etiam hypothecariis etiam hypotheca expressa, nedum tacita.* »

Il ne se montre pas moins affirmatif à un autre endroit : « *Retentionis beneficio et jure exceptionis potior erit (creditor) omnibus, jus posterius prætendentibus, quia quemadmodum jure exceptionis poterat excludere debitorem, ita et omnes causam habentes ab eo post jus retentionis acquisitum, quod singulariter notandum (2).* »

Remarquons ici que Dumoulin ne permet d'opposer la rétention qu'aux créanciers qui ont des droits de préférence postérieurs à la rétention, c'est justice, on ne saurait permettre à un débiteur d'hypothéquer son bien et de réduire ensuite à néant la garantie qu'il vient d'accorder à son créancier en transportant à un autre, à quelque titre que ce soit, la possession de sa chose.

Basnage nous fournit encore un argument en faveur de ce que nous appellerons, pour plus de simplicité, la réalité du droit de rétention ; il nous dit que le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué peut user de la rétention vis-à-vis des créanciers hypothécaires qui ont

(1) Dumoulin. *Sur Paris*. Tit. 11 art. 138, n^{os} 16 et 17.

(2) Dumoulin. *Tractatus contractuum et usurarum*. *Quæstio* 36, n^o 278.

formé action contre lui, jusqu'à ce qu'il ait été remboursé de ses améliorations, c'est donc que le droit rétention ne constitue pas une simple exception de créancier à débiteur.

EFFETS DU DROIT DE RÉTENTION.

Le rétenteur en droit romain n'avait aucun droit de préférence, il pouvait simplement se refuser à la restitution de la chose jusqu'à ce qu'on l'eût désintéressé, mais jamais il n'eut l'avantage d'être payé par préférence sur le prix de l'objet vendu.

MM. Glasson et Cabrye ont prétendu que le droit de rétention, devenant dans l'ancien droit opposable à tout réclamanant, procura en plus un droit de préférence sur le prix de l'objet retenu.

Nous ne saurions admettre cette opinion; comme le dit M. Nicolas dans sa thèse, « en droit la cause de préférence est celle qui donne à un créancier le droit d'être payé avant les autres sur le prix de la chose affectée à sa garantie, de quelque manière que cette chose ait été transformée en argent, ce droit peut-il être celui du simple rétenteur ? C'est impossible, car ce créancier n'a qu'un moyen d'obtenir son paiement intégral, la rétention, s'il abandonne volontairement la possession de la chose, s'il en poursuit lui-même la vente, si même il la laisse saisir sans stipuler d'eux la condition de remboursement de sa créance, il n'a plus aucun droit particulier, il est simple créancier chirographaire et ne peut que concourir au marc le franc avec les autres ».

Dumoulin exprime cette idée : après avoir dit que le créancier rétenteur exclut les autres, il ajoute : « *Verum est tamen quod istud non procedit nisi per viam retentionis et quamdiu retinet* ».

C'est encore à ce droit d'opposer une résistance passive que se borne l'avantage concédé à l'hôtelier en garantie du paiement de son hospitalité et de ses soins.

On lit dans les Coutumes notoires «...et si aucun autre créancier veut lever iceux biens et chevaux par la main du roi hors l'hostel dudit hoste, il a juste cause de soi opposer afin qu'il soit payé avant tout autre créancier. » C'est cette sécurité qui vient indirectement par le moyen de la rétention, que les auteurs ont parfois qualifiée du titre de préférence, c'est aller trop loin que de prendre ces termes à la lettre, la rétention qui repose sur la possession ne peut plus avoir d'effet quand cette possession, son élément essentiel, a été perdue.

EXTINCTION DU DROIT DE RÉTENTION.

En sa qualité de droit accessoire, il s'éteint avec la créance qu'il est chargé de garantir.

Il s'éteint aussi par voie principale, par exemple par la renonciation ou la perte de la possession.

Nous avons vu aussi que les ordonnances impartirent un délai pour faire liquider la créance garantie par la rétention. Ce délai, abandonné d'abord à l'appréciation du juge (Ord. de 1539, art. 97), fut ensuite fixé par la loi (Ord. de 1566, art. 52). Enfin, l'ordonnance de 1667 au-

torisait le débiteur à remplacer par une caution la sûreté résultant pour le créancier de la détention de sa chose.

CAS D'APPLICATION DE LA RÉTENTION

Le cas d'application le plus fréquent est celui où des dépenses ont été faites par le possesseur sur la chose d'autrui.

Impenses nécessaires. — Le possesseur, même de mauvaise foi, peut invoquer la rétention sauf en matière de retrait, où les coutumes exigent que les impenses aient été faites par autorité de justice.

Impenses utiles. — Le possesseur de bonne foi est seul admis à retenir pour la plus-value que les impenses avaient causée, et encore ce droit disparaît ordinairement en matière de retraits. « *Utiles in revocatoria non attenduntur, ne tantorum sumptuum occasione rei emptæ in gratiam dolosi emptoris cedere cogatur.* »

Les Coutumes d'Angoulême (art. 79) et de Mantes (art. 84) étaient en ce sens.

Il faut noter cependant quelques exceptions ; ainsi on lit dans les Coutumes de Montargis (Ch. XVI, § 14) et d'Orléans (art. 293) que le « retrayant est tenu de payer les réparations faites sans fraude ».

Impenses voluptuaires. — Le droit du possesseur se borne à les enlever quand il peut le faire sans détériorations.

DEUXIÈME PARTIE

DROIT MODERNE.

INTRODUCTION

Après avoir vu le droit de rétention triompher du rigorisme originaire de la législation Romaine, après l'avoir vu se développer sous l'influence bienfaisante du Préteur et s'imposer à la jurisprudence coutumière malgré les oppositions intéressées des seigneurs justiciers, il y aurait lieu de s'étonner si notre droit actuel avait répudié cette institution vieille de vingt siècles ; en l'effaçant de nos codes on aurait fait un pas en arrière dans cette marche incessante vers une équité toujours plus large qui constitue l'idéal des législations modernes.

Le droit de rétention n'a pas été rayé de nos lois, mais il est regrettable qu'elles ne nous en présentent pas une théorie générale, son antique origine, son importance dans la pratique, sa singularité même auraient dû, ce semble, fixer sur lui l'attention des légistes. Comme en droit romain et dans notre droit coutumier, nous nous trouvons en présence de textes épars qui, s'ils impliquent

l'admission du droit de rétention, ne nous indiquent pas d'une façon certaine les idées du législateur sur l'étendue et les caractères de cette sûreté.

Il en résulte des obscurités que nous tâcherons de dissiper à la lueur des origines de cette institution, en nous inspirant aussi des textes isolés qui prouvent manifestement son existence dans notre législation actuelle.

Une lacune existe dans notre droit, notre tâche consiste à la combler, mais comme nous le verrons bientôt c'est une matière sur laquelle la lumière est loin d'être faite, la jurisprudence fourmille d'incohérences, et la doctrine a produit sur ce sujet bien des opinions divergentes.

Nous suivrons dans nos recherches la méthode suivante : tablant à la fois sur les origines historiques qui ont fait l'objet de la première partie de notre étude, et sur les dispositions éparses de nos lois, nous étudierons les diverses opinions émises par la doctrine et nous exposerons ensuite, au sujet de la nature, de l'étendue, des conditions d'existence et des caractères du droit de rétention, quel est le système qui nous semble le plus conforme à l'idée d'équité qui sert de base à cette sûreté réelle.

CHAPITRE I.

NATURE DU DROIT DE RÉTENTION

Il est indispensable de donner en débutant une définition du droit de rétention, nous nous bornerons cependant à y faire entrer ce qui constitue le caractère essentiel et tout à fait original de cette sûreté, nous réservant de la compléter peu à peu dans le cours de cette étude en lui attribuant tous les caractères qu'il nous aura semblé juste de lui reconnaître.

Réduite à ses éléments essentiels, la rétention consiste dans la faculté de conserver entre ses mains une chose qui ne vous appartient pas, et de refuser de s'en dessaisir tant que l'on n'a pas été entièrement payé de ce qui vous est dû par son propriétaire ; c'est une sorte de saisie-arrêt sur soi-même, qui ne serait pas suivie de la procédure à fin de vente et de distribution du prix :

Ces explications suffiraient pour donner une idée exacte de ce qui, en dernière analyse, constitue le droit de rétention, mais son caractère particulier et tout à fait original ressortira plus clairement encore, si nous le rapprochons de situations juridiques analogues avec lesquelles on serait parfois tenté de le confondre.

1° *Détention.* — Il y a entre le droit de rétention et la détention toute la différence qui sépare le droit du fait.

« La détention consiste à tenir une chose sous sa puissance indépendamment de toute intention de la soumettre à l'exercice d'un droit, elle ne produit par elle-même aucun effet juridique » (Aubry et Rau, I, § 184). Tout rétenteur est en même temps détenteur, mais la réciproque serait fautive, tout détenteur ne jouit pas nécessairement du droit de rétention.

2° *Possession*. — Si nous comparons le droit de rétention à la possession, nous trouvons une différence plus considérable encore. La possession proprement dite suppose la détention d'un objet et de plus la volonté de se conduire en maître à son égard, l'*animus domini* ou *animus rem sibi habendi*. Cette intention de traiter la chose comme sienne fait justement défaut au rétenteur, il reconnaît par son attitude même que cette chose ne lui appartient pas, s'il la détient c'est à titre précaire et il ne pourrait jamais l'usucaper.

3° *Gage*. — *Antichrèse*. — Nous trouvons encore bien des points communs entre la rétention et le gage ou l'antichrèse. Dans les deux cas nous sommes en présence d'un créancier qui prétend conserver la possession de la chose d'autrui jusqu'au paiement de sa créance, mais ces prétentions identiques ont une source bien différente : le créancier gagiste tire son droit de la convention, c'est au contraire la loi qui autorise le créancier rétenteur à différer jusqu'au paiement de ce qui lui est dû la restitution du bien qu'on lui réclame.

De plus les droits du créancier gagiste ne se bornent pas à la simple rétention, il peut quitter cette attitude

défensive et faire ordonner que la chose lui demeurera jusqu'à due concurrence.

Enfin ce qui différencie le plus ces deux sûretés, c'est le privilège accordé par la loi au créancier gagiste sur le prix de la chose vendue; le vente du gage constitue pour lui le moyen certain d'obtenir son paiement, elle aurait un effet opposé pour le rétenteur, il perdrait par elle les avantages que lui procurait la rétention et serait immédiatement replacé dans la situation des autres créanciers chirographaires; nous reviendrons d'ailleurs sur ce point.

Nous ferons remarquer encore que le gage est toujours mobilier, tandis que la rétention peut porter indifféremment sur des meubles ou sur des immeubles.

L'antichrèse ne procure pas, il est vrai, tous les avantages que le créancier trouve dans le gage, elle se rapproche davantage du droit de rétention, mais elle s'en distingue cependant en ce qu'elle autorise la perception des fruits à charge d'en faire l'imputation, de plus contrairement au gage, elle ne porte jamais que sur des immeubles.

4° Privilèges et hypothèques. — Ils procurent une garantie que ne donne pas le droit de rétention. Ils permettent la vente du bien grevé et assurent le paiement par préférence sur le prix. Le créancier nanti de ces sûretés peut prendre l'offensive, le rétenteur est à l'inverse contraint de se maintenir sur la défensive; aux réclamations du propriétaire, il oppose la force d'inertie par laquelle il espère lasser un jour sa mauvaise volonté.

5° Mise en fourrière. — Elle présente des points d'ana-

logie avec la rétention. L'article 12 de la loi sur la police rurale (1) autorise le propriétaire qui aurait subi des dégâts causés par des bestiaux laissés à l'abandon à s'emparer de ces animaux, à les faire mettre en fourrière, et à les faire vendre, si le dommage n'a pas été payé dans les huit jours du délit.

Le propriétaire trouve comme le créancier rétenteur une garantie du paiement de l'indemnité qui lui est due dans la prise de possession des animaux qui ont causé le dommage ; mais son droit va plus loin, il peut faire vendre ces animaux et se payer sur le prix tandis que le droit du détenteur se borne comme nous l'avons déjà dit plus haut, à la conservation de l'objet qui forme son gage et la garantie qu'il trouve dans cette détention s'évanouirait même si la vente était poursuivie à sa réquisition.

6° *Compensation.* — La rétention présente aussi quelques points de contact avec la compensation, ces deux institutions ont un fondement commun : l'équité.

Dans les deux cas, nous voyons un débiteur prétendre conserver une chose que son adversaire lui réclame, pour cette raison que cet adversaire est son débiteur, mais il faut bien se garder d'identifier ces deux situations. S'ils conservent tous les deux, c'est à un titre différent : le créancier rétenteur, en s'opposant à la restitution du bien qu'il possède reconnaît la propriété du revendiquant, le créancier qui invoque la compensation prétend au contraire un droit de propriété sur les choses conservées, il

(1) Loi des 28 sept. 6 oct. 1791. Titre II, art. 12.

les garde c'est parce que la loi a affectées *ipso jure* au paiement de ce qui lui était dû.

La compensation effectue le paiement, elle le rend certain, définitif; la rétention augmente seulement pour celui qui l'oppose les chances de paiement de sa créance.

CHAPITRE II

ÉTENDUE DU DROIT DE RÉTENTION

Si nous recherchions quelle devrait être en législation l'étendue du droit de rétention, rien ne s'opposerait à ce que nous lui accordions l'extension la plus grande ; cette conception n'est du reste pas purement spéculative, elle se trouve sanctionnée législativement dans les statuts de l'ancienne ville libre de Hambourg.

M. Pret (1) nous fournit à ce sujet des renseignements précieux. « Ce droit n'y est pas soumis à la condition de la connexité, c'est-à-dire à la nécessité d'un lien de fait ou de droit entre les prestations réciproques des parties, il existe même en dehors des catégories spéciales dans lesquelles les jurisconsultes allemands ont pris l'habitude de le renfermer : impenses faites sur la chose ou à son occasion, identité du rapport juridique (*Rechtsverhältniss*) qui existe entre la créance et la dette, dommage causé ou éprouvé par la chose ; même en dehors de ces cas compris dans les catégories de la connexité, l'exercice du droit de rétention n'est soumis qu'à la condition de la liquidité constatée en justice du droit et de l'exception ou contre-prestation qui est opposée ».

(1) Pret, *Du droit de rétention dans les législations étrangères et modernes*, p. 376.

Cette admission si étendue de la rétention se conçoit fort bien, nous avons essayé sa justification dans notre introduction générale et M. Dalloz expose d'une manière très frappante la vérité de ce système (1). « Le droit naturel que nous prenons pour base du droit de rétention ne nous semble pas admettre de distinctions entre les diverses créances pour lesquelles la rétention est exercée, parce que ce n'est là qu'un moyen de coercition qui paraît équitable du moment que la créance est légitime. Ainsi, Paul se trouve par une juste cause possesseur d'un tableau appartenant à Pierre son débiteur qui le réclame, d'après les simples notions du juste, telles que la raison naturelle les inspire aux hommes, il ne semble pas qu'il y ait lieu de s'enquérir si Paul est créancier de Pierre à raison même du tableau, par exemple parce qu'il aurait fait restaurer cette œuvre d'art ou pour tout autre motif, ce qui frappe au premier aperçu dans cette situation, c'est que Paul le créancier a dans le tableau de Pierre un gage de sa créance, et qu'il paraît contraire à l'équité de l'obliger à s'en dessaisir sans qu'il obtienne de son débiteur soit le paiement de ce qui lui est dû, soit une autre garantie équitable ».

Si nous abandonnons maintenant cette conception théorique, qui, je le répète, a trouvé une sanction législative dans les statuts de la ville de Hambourg, pour envisager quelle a été en fait la voie suivie par le législateur français, nous voyons que son silence sur ce point a donné naissance à des controverses sans nombre, et que

(1) Dalloz, Rétention, n° 20.

la jurisprudence elle-même est loin d'être bien fixée sur cette importante matière.

Avant d'entreprendre l'étude des différentes opinions qui se sont fait jour, nous croyons nécessaire de passer en revue tous les textes de nos lois qui accordent expressément le droit de rétention. Dans le domaine de ces textes exprès, la controverse ne peut trouver place, de plus la doctrine a souvent recherché dans ces applications du droit de rétention l'ensemble des conditions auxquelles serait soumise l'admission de cette sûreté, ils méritent à ce double titre de nous arrêter au commencement de la question qui nous occupe.

Cas dans lesquels la loi accorde expressément le droit de rétention.

I. — DROIT DE RÉTENTION DU PROPRIÉTAIRE EXPROPRIÉ.

« Nul ne peut être contraint de céder sa propriété », le principe de l'inviolabilité de la propriété est conçu en ces termes dans la première partie de l'article 543 C. C. ; toutefois, ce droit, si absolu qu'il puisse être, doit fléchir devant l'intérêt général, les servitudes légales viennent restreindre cette omnipotence du *dominus*, mais l'atteinte la plus considérable portée à son droit provient sans contredit de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Ces mots « l'utilité publique » auraient pu, par leur élasticité, rendre bien précaire le droit de propriété,

aussi le législateur a-t-il voulu donner au *dominus* des garanties contre une interprétation trop large et trop arbitraire, l'intérêt général qui prime, en pareil cas, l'intérêt particulier, doit être constaté par un décret rendu en la forme des règlements d'administration publique, et l'expropriation doit être prononcée par les tribunaux. Toutes ces garanties n'ont pas été jugées suffisantes, et, bien que le jugement d'expropriation ait tout son effet translatif au profit de l'expropriant, le propriétaire peut se maintenir en possession tant qu'il n'aura pas reçu le montant de l'indemnité qui lui est due.

Ce droit de rétention est consacré par l'article 545 C. C. « Nul ne peut être contraint de céder sa propriété si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité. » L'article 53 de la loi du 3 mai 1841 est plus explicite encore : « Les indemnités réglées par le jury seront, *préalablement à la prise de possession*, acquittées entre les mains des ayants droit. »

Ce droit de rétention, il faut le remarquer, doit cependant fléchir parfois devant l'intérêt public, cela se présente dans des circonstances où la prise de possession du bien exproprié revêt un caractère d'urgence et de nécessité particulières ; ainsi le droit de rétention est écarté dans les cas de travaux de siège, de fortifications, d'incendie, d'inondation (Décret du 24 décembre 1814, art. 52-92-95 ; Arrêt du Conseil d'Etat du 7 août 1875 ; Loi du 30 mars 1831 ; Loi du 3 mai 1841, art. 65-76).

II. — DROIT DE RÉTENTION DU SPÉCIFICATEUR.

L'article 570 est ainsi conçu : « 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'œuvre.* »

Le spécificateur n'est pas propriétaire et cependant il pourra retenir l'objet façonné de ses mains jusqu'au paiement de son travail, l'idée du législateur n'est pas douteuse.

III. — DROIT DE RÉTENTION DU COHÉRITIÉR OBLIGÉ AU RAPPORT.

Le cohéritier donataire doit, à moins qu'il n'y ait eu à son profit une clause de préciput, rapporter à la succession du donateur les libéralités entre-vifs qu'il en a reçues (Art. 843, C. C.).

En principe, ce rapport doit s'effectuer en nature (Art. 859, C. C.). Or, il peut se faire que ces biens aient été améliorés par le donataire; la loi exige en pareil cas que ses cohéritiers lui tiennent compte de ses impenses, et pour en assurer le paiement, elle décide dans l'article 867 que « le cohéritier qui fait le rapport en nature d'un immeuble peut en retenir la possession jusqu'au rem-

boursement effectif des sommes qui lui sont dues pour impenses ou améliorations », en d'autres termes, la créance du donataire obligé au rapport est garantie par le droit de rétention.

La situation si intéressante de ce cohéritier avait fait introduire aussi dans nos coutumes des dispositions destinées à assurer le paiement des indemnités qui lui étaient dues.

Les articles 305 de la Coutume de Paris et 306 de la Coutume d'Orléans l'autorisaient aussi à conserver l'immeuble soumis au rapport ; mais il suffit de lire ces dispositions pour voir aussitôt qu'il ne s'agit pas de notre droit de rétention : « Si le donataire lors du partage a les héritages en sa possession, il est tenu les rapporter en essence ou espèce, ou moins prendre en autres héritages de la succession de pareille valeur et bonté. Et faisant ledit rapport en espèce doit être remboursé par ses cohéritiers des impenses utiles et nécessaires, et si lesdits héritiers ne veulent rembourser lesdites impenses, en ce cas, le donateur est tenu rapporter seulement l'estimation d'iceux héritages eu égard au temps que division et partage est fait entre eux, déduction faite desdites impenses. » Ce texte ne vise pas le droit de rétention, il accorde simplement au donataire la faculté de substituer à l'immeuble sa valeur pécuniaire, déduction faite des impenses, et dans ce cas, s'il conserve l'immeuble, c'est à titre définitif et de propriétaire, le rétenteur au contraire ne le conserverait qu'à titre provisoire. Cette faculté n'existe plus aujourd'hui au profit du donataire, il fau-

drait pour arriver au même résultat, obtenir le consentement de tous les cohéritiers.

Mais d'un autre côté, il possède un avantage qu'il n'avait pas autrefois ; il n'avait aucune action pour se faire payer de ses impenses, il n'avait d'autre voie que la rétention (Pothier, *Successions*, ch. IV, art. 2, § 7 ; Lebrun, *Successions*, L. 3 et 6, sect. 3. n° 28) ; il n'en est plus de même dans le droit moderne, si le donataire vient à perdre la possession et par suite la rétention, il peut toujours exercer contre ses cohéritiers une action directe pour se faire indemniser de ce qui lui est dû. (Demolombe, *Successions*, Vol. IV, n° 504 ; Glasson, *Rétention*, p. 14).

A quelles dépenses la rétention s'appliquera-t-elle ? Nous pouvons trancher la question d'un mot. La rétention étant une garantie accessoire, il faut nécessairement qu'elle ait pour base une créance ; elle assurera le paiement de toutes les dépenses qui engendrent au profit du donataire un droit de créance contre ses cohéritiers.

Les dépenses d'entretien restant à sa charge comme une dépendance naturelle de la jouissance n'engendrent à son profit aucun droit, il n'y aura donc pas lieu à la rétention.

Il n'en sera pas davantage question pour les dépenses voluptuaires, le seul droit que notre législateur reconnaisse à l'auteur de ces améliorations consistant dans la faculté de les enlever, à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état (Art. 599, al. 3 C. C.).

Au contraire, les impenses nécessaires font naître au profit du donataire un droit à leur remboursement inté-

gral, cette créance servira de base à la rétention; il en sera de même des impenses utiles, le cohéritier donataire peut s'en faire tenir compte et en exiger le remboursement jusqu'à concurrence de la plus-value. Le droit de rétention assurera d'une façon générale le paiement de tout ce qui est dû au donataire obligé au rapport.

Nous restons volontairement ici dans le vague, une controverse importante s'est élevée en effet sur le point de savoir à quel moment il faut se placer pour apprécier le montant de la plus-value, nous ne pouvons entrer dans l'examen de cette difficulté qui nous ferait sortir du cadre de notre étude.

IV. — DROIT DE RÉTENTION DU VENDEUR ET DU COÉCHANGISTE.

Notre code a donné au vendeur des garanties multiples, il s'est montré véritablement prodigue de sûretés quand il s'est agi d'assurer le paiement du prix. Le vendeur non payé peut demander la résolution de la vente (art. 1184-1654 C. C.); il peut retenir l'objet vendu (art. 1612 C. C.), ce n'est pas à vrai dire ici un cas de rétention, nous ne voyons dans ce texte qu'une application de l'article 1184; il jouit d'un privilège (art. 2102 C. C.); enfin, il peut exercer une action en revendication dont l'objet est de faire rentrer entre ses mains la possession indispensable à l'exercice de la rétention, cette dernière garantie n'est pas accordée s'il y a terme pour le paiement; qui a terme ne doit rien, et le vendeur qui l'accorde est réputé suivre la foi de l'acheteur.

Nous trouvons une exception à ce principe dans l'article 1613 C. C. qui conserve le bénéfice de la rétention au vendeur ayant accordé un délai, lorsque l'acheteur est tombé en faillite ou en état de déconfiture; il n'y a plus place dans cette hypothèse pour l'application de l'article 1184, le vendeur a renoncé à s'en prévaloir par le fait même de la concession d'un terme, le législateur intervient alors, il le dispense de délivrer l'objet vendu, en d'autres termes il lui accorde le bénéfice de la rétention.

Faisons remarquer en passant, que la loi ne fait pas de ce droit de rétention une exception purement personnelle à l'acheteur, il pourra l'opposer utilement à la masse des créanciers.

L'article 1613 C. C. appelle encore une autre remarque, il permet à l'acheteur de remplacer par une caution la sûreté que le vendeur tire du droit de rétention, mais cette faculté est toute spéciale à notre hypothèse et rien ne nous autorise à l'étendre en dehors de ses limites.

Nous appliquerons au coéchangiste tout ce que nous avons dit du vendeur, l'article 1707 C. C. qui assimile complètement la vente et l'échange, nous permet de tirer cette conclusion.

V. — DROIT DE RÉTENTION DE L'ACHETEUR A RÉMÉRÉ

Aux termes de l'article 1673 C. C. « Le vendeur qui use du pacte de rachat doit rembourser non seulement le prix principal mais encore les frais et loyaux coûts de la vente, les réparations nécessaires, et celles qui ont augmenté la

valeur du fonds jusqu'à concurrence de cette augmentation. *Il ne peut entrer en possession qu'après avoir satisfait à toutes ces obligations.* »

La loi veut que l'acheteur qui perd par l'effet du rachat le bénéfice de son acquisition soit complètement indemne, et pour arriver à ce résultat, elle lui offre la garantie de la rétention.

Trouvons-nous bien dans cette hypothèse une application de notre sûreté ? La question est très délicate, la solution dépend du parti que nous prendrons sur le point de savoir à quel moment l'acheteur à réméré cesse d'être propriétaire, à quel moment s'accomplit la condition résolutoire qui affecte la vente.

Si l'interpellation du vendeur suffit pour entraîner la résolution du contrat de vente, nous sommes bien en présence du droit de rétention, les créanciers du vendeur pourront saisir et faire vendre sauf pour l'acheteur à réméré la faculté de ne se dessaisir qu'après le paiement de toutes les restitutions qui lui sont dues.

Dans l'opinion qui subordonne au paiement de ces sommes la résolution de la vente, nous ne voyons pas comment on peut faire intervenir l'idée de la rétention, l'acheteur à réméré est encore propriétaire, inutile donc de recourir à cette explication pour justifier le maintien de l'objet vendu entre ses mains; s'il reste en possession c'est à titre de propriétaire et nous allons voir les conséquences de cette situation (1). « On doit décider alors que non seulement l'acheteur peut opposer un droit de

(1) Glasson, Rétention p. 118.

rétention aux créanciers hypothécaires du vendeur, postérieurs à la vente, et à tous ses créanciers chirographaires, mais encore que ces créanciers ne peuvent saisir l'immeuble parce qu'ils n'ont droit de saisie que sur les biens de leur débiteur, et que dans l'hypothèse, celui-ci a cessé d'être propriétaire, ils ne peuvent même pas saisir l'action en réméré de leur débiteur, car les actions ne sont pas susceptibles d'être vendues aux enchères publiques pour être transformées en argent. Ils n'ont qu'un moyen à leur disposition, c'est de faire rentrer l'immeuble dans le patrimoine de leur débiteur, en exerçant en son nom, et comme l'article 1166 leur en donne le droit, l'action en réméré ».

Dans cette opinion, c'est le droit de propriété de l'acheteur qui tient en échec les revendications du vendeur, il n'a que faire de la rétention, c'est pour lui une garantie inutile.

Malgré l'autorité des défenseurs de cette doctrine et une jurisprudence hostile à notre opinion; nous adoptons le premier système; le rachat est exercé selon nous du moment que l'acheteur entend se prévaloir du pacte de réméré, la sommation résout la vente, la condition résolutoire s'accomplit par le seul fait de la déclaration du vendeur qui tient lieu ici de l'arrivée de l'évènement dans la condition résolutoire casuelle.

Cette opinion est défendue par Laurent avec une grande vigueur : « Nous déciderons, dit-il, la controverse par le principe qui domine cette matière, la faculté de rachat est une condition résolutoire potestative mais expresse.

Elle est expresse, donc elle opère par la volonté des parties contractantes, seulement comme elle est potestative, il faut que le vendeur déclare dans le délai fixé par le contrat, qu'il entend user de la faculté qu'il s'est réservée; voilà tout ce qui résulte des principes. Il ne peut pas être question d'offres réelles et de consignation, car le vendeur ne paie pas une dette, il fait une déclaration de volonté, donc il n'a rien à offrir ni à consigner; c'est seulement après que le contrat est résolu par sa déclaration qu'il s'agira de procéder aux restitutions réciproques ».

Les termes de l'article 1673 C. C. nous sont aussi d'un très ferme appui, la loi parle de possession et non pas de propriété.

Enfin, dans l'opinion contraire, il y a une contradiction qu'il nous paraît difficile d'écarter, si l'acheteur au lieu de conserver la chose l'a rendue au vendeur sans se faire préalablement indemniser, son droit de propriété disparaît, il n'est plus qu'un créancier chirographaire, comment l'abandon de l'objet vendu peut-il avoir cette conséquence?

Il résulte de la solution que nous croyons devoir accepter que nous nous trouvons bien ici en présence d'un cas d'application du droit de rétention.

VI. — DROIT DE RÉTENTION DU FERMIER

Il est de principe que l'acquéreur d'un fonds ne peut expulser le fermier avant l'expiration du bail consenti par le vendeur.

En considération des difficultés qui proviennent de cet état de choses lorsque le bailleur veut vendre, et de la dépréciation qui en résulte pour son héritage, on insère d'ordinaire dans le bail une clause autorisant, moyennant indemnité, l'expulsion du locataire par le nouvel acquéreur.

Outre cette indemnité conventionnelle, la loi alloue de plein droit des dommages et intérêts dont elle a pris soin de fixer l'étendue, et pour en assurer le paiement, l'article 1749 C. C. accorde au locataire le droit de rester en possession des biens loués, jusqu'au paiement de ces sommes.

Ce cas d'application de la rétention présente un grand intérêt, car il est accordé non seulement à l'encontre du bailleur débiteur de ces indemnités, mais encore à l'encontre du tiers acquéreur.

VII. — DROIT DE RÉTENTION DU DÉPOSITAIRE.

Le dépositaire peut souffrir des dommages provenant des vices cachés de la chose déposée, il peut aussi faire des dépenses pour la conservation et l'entretien de cette chose, il en résulte à son profit un droit de créance, et l'article 1948 lui accorde la rétention de l'objet déposé jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû.

VIII. — DROIT DE RÉTENTION DU CRÉANCIER GAGISTE.

L'article 2082 dans son premier alinéa reconnaît au créancier le droit de retenir le gage qui lui a été offert

par le débiteur, et ce dernier ne peut, à moins que le détenteur du gage n'en abuse, en réclamer la restitution qu'après avoir entièrement payé, tant en principal qu'intérêts et frais, la dette pour sûreté de laquelle le gage a été donné.

Nous ne nous occupons pas ici de ce droit de rétention conventionnel, le deuxième alinéa du même article nous offre un cas d'application du droit de rétention légal qui fait seul l'objet de notre étude.

Cette disposition tout à fait exceptionnelle de la loi est ainsi conçue : « S'il existait, de la part de ce même débiteur envers le créancier, une autre dette contractée postérieurement à la mise en gage, et devenue exigible avant le paiement de la première dette, le créancier ne pourra être tenu de se dessaisir du gage avant d'être entièrement payé de l'une et de l'autre, lors même qu'il n'y aurait eu aucune stipulation pour affecter le gage au paiement de la seconde ».

Pour que le créancier gagiste puisse se prévaloir de la rétention il faudra que trois conditions se rencontrent : 1° que la dette non garantie par le gage ait été contractée postérieurement à la remise de l'objet donné en garantie d'une dette antérieure ; 2° que cette seconde dette soit devenue exigible avant le paiement de la première ; 3° que cette seconde dette ait été contractée au profit du même créancier.

C'est à peu de chose près la reproduction du rescrit de Gordien qui forme la constitution unique au code « *Etiam ob. chirog.* ».

En plaçant le texte qui nous occupe au nombre de ceux qui reconnaissent expressément le droit de rétention, nous avons tranché une controverse qui mérite de nous arrêter un instant.

Quelques auteurs interprètent différemment l'alinéa 2 de l'article 2082, ce texte d'après eux accorderait au créancier un véritable droit de gage et non pas un simple droit de rétention. Cette opinion relativement récente a été soutenue par MM. Mourlon et Pont, (1) la réfutation en a été présentée bien souvent ; M. Laurent (2) repousse cette innovation en ces termes : « C'est une de ces opinions que nous repoussons de toutes nos forces parce qu'elles tendent à faire un nouveau code civil. Il y a une objection invincible contre l'interprétation que nous combattons, c'est le texte de la loi et l'esprit aussi clair que la lettre. De quoi s'agit-il dans le deuxième alinéa de l'article 2082 ? D'une exception à la règle établie par le premier alinéa. Or l'exception porte naturellement sur le principe auquel elle déroge. Et que dit ce principe ? Que le créancier gagiste a le droit de rétention ; donc l'exception doit aussi concerner le droit de rétention. Il n'est pas dit un mot du privilège du créancier gagiste dans le premier alinéa et on veut que le deuxième, qui étend par exception la disposition du premier à un cas que la règle ne comprenait pas, donne au créancier un privilège ; pour que l'exception comprit autre chose que la règle, il fau-

(1) Mourlon, *Examen critique*, n° 227. — Pont, *Petits contrats*, n° 1109.

(2) Laurent, XXVIII, n° 508, p. 504.

drait que le texte le portât formellement. — Est-ce que le deuxième alinéa parle du privilège ? Pas un mot ; la loi dit que dans l'hypothèse qu'elle prévoit le créancier ne pourra être tenu de se dessaisir du gage avant d'être entièrement payé de l'une et de l'autre dette. Voilà bien le droit de rétention et non le privilège ».

A cette réfutation, basée sur les principes les plus élémentaires de l'interprétation des lois, on peut ajouter des considérations d'un autre ordre. La loi qui régit si minutieusement le gage conventionnel, qui lui impose des conditions si rigoureuses et si multiples, oublierait toute sa sollicitude et toute sa prévoyance quand il s'agit d'un gage tacite.

On invoque pour nous combattre les travaux préparatoires, où les expressions employées par Berlier et Gary semblent bien indiquer qu'il s'agit dans notre article d'un gage tacite, d'une affectation sous-entendue de la chose engagée à la garantie de la seconde créance. Nous sommes bien porté à croire que les termes employés par les orateurs du Tribunal ont encore ici dépassé leur intention ; Gary lui-même dans son rapport assimile le droit de rétention de l'article 2082-2° à une saisie-arrêt que le créancier fait entre ses propres mains, ce qui exclut toute idée d'un droit de préférence.

Enfin, la Cour de cassation de Belgique appelée à se prononcer sur cette question, invoque encore en faveur de l'ancienne opinion un argument tiré des origines mêmes du droit exceptionnel que notre législateur a consacré ; il n'a fait que reproduire le rescrit de Gordien qui

forme la constitution unique au code *Etiam ob chirog.* Cette loi permettait simplement au créancier d'écarter le demandeur en restitution du gage par une exception de dol, et cette exception étant purement personnelle ne conférait pas au créancier qui l'invoquait la garantie résultant du contrat de gage. Le droit romain n'accordait en pareille hypothèse qu'un simple droit de rétention, le législateur du code civil n'a pas fait davantage, il nous faudrait des textes plus précis pour admettre qu'il se soit écarté de la voie tracée par son modèle.

IX. — DROIT DE RÉTENTION DE L'ACHETEUR D'UN OBJET MOBILIER VOLÉ OU PERDU

La loi pose dans l'article 2279 le principe : qu'en fait de meubles possession vaut titre ; elle autorise toutefois le propriétaire de l'objet volé ou perdu à le revendiquer. Il jouit pour intenter cette action d'un délai de trois ans, et il peut la diriger aussi bien contre l'auteur du vol que contre un tiers acquéreur même de bonne foi.

Cette décision est extrêmement dure pour le tiers acquéreur de bonne foi, qui va se voir forcé de restituer sans indemnité aucune, l'objet qu'il a payé ; il est vrai qu'il pourra recourir contre son vendeur, mais il n'en subira pas moins toutes les conséquences de son insolvabilité possible.

Cette disposition n'est donc juste qu'autant que le possesseur s'est rendu coupable de négligence, mais s'il a

acheté cet objet dans une foire, dans un marché, dans une vente publique ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire ne pourra se faire rendre l'objet vendu, qu'en remboursant préalablement au possesseur la somme qu'il lui a coûtée.

Le possesseur jouira donc jusqu'à ce moment du droit de rétention.

X. — DROIT DE RÉTENTION DU CAPITAINE DE NAVIRE

Aux termes de l'article 306 du code de commerce, le capitaine ne peut retenir les marchandises de son navire faute de paiement du fret ; il doit dans le temps de la décharge demander le dépôt en mains tierces, jusqu'au paiement de ce fret.

Plusieurs auteurs et entre autres MM. Glasson et Boistel trouvent que cette disposition de la loi refuse au capitaine le bénéfice de la rétention.

Ce refus serait pour le moins étonnant ; la créance du capitaine est bien digne de faveur, mais il suffit de lire l'article du code de commerce pour se convaincre qu'il ne lui enlève nullement le droit de rétention ; en réalité comme le font remarquer très justement M. M. Aubry et Rau, (1) ce texte ne fait que régler l'exercice du droit de rétention qu'il admet implicitement ; la loi veut éviter les dangers qui pourraient résulter de la conservation des marchandises à bord, mais elle ne s'oppose pas à ce que le capitaine les conserve par l'intermé-

(1) Aubry et Rau. III. § 256 bis, note 2, p. 115.

diaire d'un tiers dépositaire jusqu'au paiement de ce qui lui est dû.

XI. — DROIT DE RÉTENTION DE NOTAIRE

Les notaires ou tous autres dépositaires d'actes authentiques peuvent refuser l'expédition de ces actes tant qu'ils ne sont pas payés, non seulement des frais de la minute, mais encore de ceux de l'expédition. (Art. 351. C. Pr).

XII. — DROIT DE RÉTENTION DU DOMANIER CONGÉDIÉ

Le bail à domaine congéable ou à convenant est un contrat pratiqué uniquement dans la partie de la Bretagne qui forme aujourd'hui les départements du Finistère, des Côtes-du-Nord et du Morbihan. Voici en quoi il consiste : le propriétaire d'un fonds en concède la jouissance moyennant une rente annuelle, il aliène en même temps les édifices et superficies qui existent sur le fonds, tout en se réservant la faculté de congédier le bailleur ou ses ayants-cause, en remboursant le prix des édifices et superficies, d'où le nom de bail à domaine congéable.

Il y a donc un louage pour le fonds et une sorte de vente pour les édifices.

Le congéement peut être considéré comme une sorte d'expropriation au profit d'un particulier ; aussi, l'article 21 de la loi des 7 juin-5 août 1791 dispose-t-il que : « le domanier ne pourra être expulsé à moins que préalablement il n'ait été remboursé ». Le remboursement doit

être préalable, donc le domanier jouit jusqu'à ce moment du droit de rétention.

Nous avons terminé l'énumération des textes de nos lois qui reconnaissent expressément à certains créanciers le bénéfice de la rétention ; d'autre part, l'étude que nous avons déjà faite de cette sûreté en droit Romain et pendant la période coutumière nous a montré cette institution à son origine et dans l'ancienne France ; le moment est donc venu de rechercher à la lumière de ces données la solution de la question suivante qui est capitale en notre matière : Devons-nous en Droit Français restreindre l'application du droit de rétention aux cas où cette garantie est formellement accordée par loi ? Devons-nous, au contraire, ne voir dans les textes étudiés plus haut que des applications d'un principe que le législateur a omis de poser mais qui n'en existe pas moins ? en d'autres termes pouvons-nous établir dans notre droit une théorie générale du droit de rétention qui nous trace les limites dans lesquelles nous sommes autorisés à l'appliquer.

Le silence du législateur a fait naître sur ce point bien des opinions dans la doctrine, et la jurisprudence n'est pas encore parvenue à établir un système bien net et bien assis.

Premier système. — Le droit de rétention n'existe que dans les cas où la loi l'accorde formellement. Dans ce système, la rétention ne repose pas sur un principe de droit commun applicable par analogie aux cas que la loi n'a pas formellement prévus, mais qui par leur nature se rapprochent de ceux qu'elle a pris soin de régler.

Telle est l'opinion de MM. Merlin, Cabrye, Laurent; elle s'appuie d'abord sur le silence des textes; le Code civil ne mentionne nulle part en termes généraux le droit de rétention, et si le législateur avait entendu en faire un droit général, il l'aurait dit.

Les principes généraux du droit s'opposent à l'introduction de la rétention dans notre législation actuelle: « Si l'on admet, écrit Laurent (1), que le droit de rétention est réel, il en résulte pour le rétenteur un droit de préférence qui n'a pas tous les caractères du privilège, mais qui donne toutefois au créancier le droit d'exiger le paiement de sa créance par préférence aux tiers acquéreurs et créanciers. » Pour cet auteur, il est d'évidence que le droit de rétention n'existe qu'en vertu d'une disposition formelle de la loi; cela résulte du principe consacré par les articles 2093 et 2094; l'égalité des créanciers est la règle, la préférence dont quelques-uns jouissent à l'égard des autres est une exception, et la loi limite cette exception aux privilèges et aux hypothèques.

Il est d'axiôme en droit, écrit de son côté M. Cabrye, que l'interprétation restrictive est seule admissible en matière de préférence entre créanciers.

On invoque encore, en faveur de cette thèse, des considérations tirées de l'utilité pratique et des nécessités du crédit. Il serait dangereux, dit-on, d'élargir le cercle des applications de ce droit occulte.

Le silence du Code ne nous parait pas suffisant pour

(1) Laurent. XXIX, n^o 284 et suiv.

(2) Cabrye, Rétention, n^o 69.

écarter le droit de rétention ; nous savons trop de quel esprit d'équité est pénétrée notre législation moderne, pour repousser si légèrement une institution qui avait reçu une si large place dans les lois romaines ; nous n'admettrions le système proposé par les interprètes dont nous venons de citer les noms, qu'en présence d'un texte formel, où notre législateur aurait affirmé la volonté de s'écarter du modèle qu'il a suivi pas à pas dans toute la théorie générale des obligations.

La seconde objection ne nous arrêtera pas davantage. L'art. 2094 limite aux privilèges et hypothèques les causes de préférence entre créancier. Nous verrons plus tard, en étudiant les caractères de la rétention, que ce droit peut très bien se concilier avec le texte que l'on nous objecte. Le fonctionnement de la garantie réelle que nous étudions consiste uniquement, dans le refus qu'oppose le rétenteur, de se dessaisir de la chose retenue avant le paiement de ce qu'on lui doit, la rétention ne lui accorde aucune préférence sur le prix ; s'il obtient satisfaction plus sûrement que les autres créanciers chirographaires, ce n'est pas que son droit soit plus fort que le leur, c'est uniquement par le jeu délourné de la rétention, son droit restant identique à lui-même, ni plus fort ni plus faible que celui des autres créanciers du co-débiteur commun.

Restent les considérations tirées de l'utilité publique et du crédit. Nous ne saurions nier qu'elles ont un certain fondement, mais c'est le lieu de constater une fois de plus, que tout ce qui dans notre droit touche à la

constitution du crédit réel, forme la partie faible de l'œuvre du législateur de 1804. Malgré plusieurs interventions législatives, la publicité des droits est encore bien incomplète ; sans doute le droit de rétention est occulte, c'est un reproche de plus à formuler contre notre législation, mais ce n'est pas une raison suffisante pour le rayer complètement de notre droit.

Deuxième système. — MM. Aubry et Rau (1), les promoteurs de cette opinion qui donne au droit de rétention un champ d'application un peu plus large trouvent le premier système trop absolu.

Suivant eux, il suffit pour justifier l'extension par analogie du droit de rétention, comme aussi, d'un autre côté, il est nécessaire pour l'autoriser, que la détention se rattache à une convention, ou tout au moins à un quasi-contrat, et que la dette connexe à la chose détenue ait pris naissance à l'occasion de cette convention ou de ce quasi-contrat.

Quand ces conditions se trouvent réunies, la position respective des parties présente, disent-ils, une analogie parfaite avec la situation qui se rencontre dans les hypothèses où le droit de rétention est formellement admis par la loi, et l'extension de ce droit se justifie alors par le principe que les contrats doivent être exécutés de bonne foi (art. 1134, al. 3). Il suit en effet de ce principe, que celui qui réclame l'exécution d'une convention ne peut le faire qu'à la condition de remplir de son côté les obligations qu'il a contractées ou qui sont

(1) Aubry et Rau, III, p. 116.

nées à l'occasion de cette convention. Mais en dehors des conditions indiquées au texte et en l'absence de tout rapport conventionnel ou quasi-contractuel entre les parties, l'analogie disparaît et l'induction qu'on voudrait tirer des dispositions légales qui reconnaissent le droit de rétention n'aurait plus de base légitime.

Ce système conduit à accorder le droit de rétention : 1° au commodataire jusqu'au paiement de ce qui lui est dû en vertu des articles 1890 et 1891 ; 2° au mandataire et même au *negotiorum gestor* pour le recouvrement des avances ou déboursés qu'ils ont faits à l'occasion des choses qu'ils détiennent.

Au contraire, ce droit ne peut être invoqué ni par le tiers possesseur de bonne foi pour la répétition de ses impenses même nécessaires, ni par le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué pour la bonification de la mieux-value résultant de ses impenses, ni par l'usufruitier dans les hypothèses prévues par les articles 609 et 612, etc., etc.

Si nous avons bien compris l'idée des savants commentateurs dont nous étudions en ce moment le système, le droit de rétention ne serait que la conséquence d'un autre principe de notre droit (art. 1184), principe qui domine la matière des contrats et des quasi-contrats, et en vertu duquel, lorsque deux obligations résultent d'une même cause, l'inexécution de l'une autorise l'inexécution de l'autre.

Tel n'est pas selon nous le principe générateur du droit de rétention, c'est à tort que l'on cherche entre la

rétention et la condition résolutoire tacite des rapports de cause à effet ; ce sont des institutions indépendantes et parallèles tirant toutes deux leur origine des idées de justice et d'équité qui inspirent toutes nos dispositions législatives.

Si nous passons en revue les hypothèses où notre droit accorde expressément au créancier le droit de rétention, nous verrons que le système que nous combattons ne saurait expliquer toutes les applications de notre sûreté.

L'obligation de délaisser qui incombe au propriétaire exproprié, et celle de payer le prix qui pèse sur l'expropriant résultent-elles d'un contrat ou d'un quasi-contrat ? Evidemment non, et cependant nous avons vu plus haut que le propriétaire exproprié jouissait du droit de rétention.

Est-ce un contrat ou un quasi-contrat qui oblige le co-héritier donataire à rapporter les immeubles donnés ? Non, et pourtant, ici encore la loi l'autorise à conserver jusqu'au paiement de ses impenses l'immeuble qui en a été l'objet.

Enfin, l'article 2279 autorise le propriétaire de l'objet volé ou perdu à le réclamer à l'acheteur sauf à en payer préalablement le prix. Dans cette hypothèse encore peut-on dire que « la dette connexe à la chose détenue a pris naissance à l'occasion d'une convention ou d'un quasi-contrat ? »

Nous arrivons donc à cette conclusion que la théorie admise par MM. Aubry et Rau est insuffisante pour ex-

pliquer tous les cas où le droit de rétention se trouve formellement consacré par notre législation. On ne saurait donc prétendre qu'elle nous donne l'expression exacte de la volonté tacite du législateur, et nous nous croyons autorisé à la repousser.

Troisième système. — Le droit de rétention doit être admis en dehors des cas où la loi l'accorde expressément, pourvu qu'il y ait connexité, *debitum cum re junctum*, entre la créance et la chose retenue.

C'est la théorie généralement admise, elle triomphe encore actuellement à l'école et peut invoquer en sa faveur l'autorité incontestable des maîtres les plus estimés. (Toullier III, 130 ; Duranton IV, 382 ; Rauter, *Revue étrangère*, VIII, p. 769 et s. ; Glasson, p. 58 ; Colmet de Santerre, *Cours analytique*, t. II, n° 392 bis ; Dalloz, v° *Rétention* ; Demolombe, t. IX, 682, etc., etc).

Le droit de rétention étant de droit naturel, il en résulte qu'il doit être accordé d'une manière générale ; ce sont bien là du reste les idées des rédacteurs du Code civil quand ils ont l'occasion de parler de cette garantie. Il faut donc l'étendre au-delà des textes où le législateur l'accorde formellement, la tradition historique corroborée par les dispositions de nos lois relatives à ce droit nous porte à l'admettre chaque fois qu'il y a suivant une expression consacré par cette doctrine, *debitum cum re junctum*, connexité entre la créance et la chose retenue.

La tradition historique est en ce sens. La connexité était pour les juriconsultes romains et pour les anciens auteurs français le motif principal de décision en cette ma-

tière, toutes les applications qu'ils en ont faites sont relatives à des hypothèses où la créance est née à l'occasion de la chose retenue.

Les rédacteurs de nos codes ont-ils voulu innover, c'est insoutenable, on ne trouve dans les travaux préparatoires aucune trace de l'intention qu'ils auraient eue de déroger à des traditions si anciennes et si justifiées.

La volonté de s'en tenir aux principes traditionnels se manifeste par de nombreuses applications; une idée dominante inspire le législateur de 1804 et cette idée est celle que dégageaient déjà les jurisconsultes romains, et que suivit au moyen-âge la jurisprudence contumière, l'idée du *debitum cum re junctum*; son influence s'affirme dans les hypothèses où le législateur admet notre sûreté, il en ressort évidemment qu'une certaine relation entre la créance et l'objet retenu est nécessaire pour autoriser l'application de la rétention.

L'équité est d'accord avec les textes de la loi pour justifier en pareil cas cette faveur accordée au créancier; l'injustice que la rétention est appelée à prévenir n'apparaît justement qu'au cas où la chose détenue est la cause occasionnelle de la créance, la connexité est nécessaire mais elle est aussi suffisante.

En présence d'un système si habilement présenté, et si puissamment recommandé par l'autorité de ses partisans, nous avons longtemps hésité; le large champ qu'il ouvre à l'application du droit de rétention nous avait séduit d'abord, mais nous avons cru pouvoir encore aller plus loin: la nécessité du *debitum cum re junctum* ne nous

paraît pas suffisamment certaine pour nous permettre d'écarter toujours le droit de rétention en dehors des cas de connexité.

Examinons d'abord la valeur de l'argumentation qui jouit encore aujourd'hui d'une si grande autorité, nous verrons ensuite, si la tradition historique et l'esprit qui ressort des textes du Code, ne nous autorisent pas à ouvrir plus largement encore les portes à la rétention.

L'argument tiré de la tradition historique ne doit plus conserver beaucoup de force après ce que nous avons dit de la prétendue règle de la connexité en Droit Romain et pendant la période coutumière.

En Droit Romain, il est certain, nous en avons convenu, que les hypothèses prévues par les jurisconsultes nous présentent presque toutes une créance ayant une certaine connexité avec l'objet retenu, mais nous avons fait remarquer que cette situation de fait ne répondait pas à un principe de droit formulé expressément, que notre sûreté se présentait sous la forme de l'*exceptio doli*, qu'elle était destinée à grandir et à s'étendre comme l'appréciation même du dol.

L'idée de connexité s'affirme-t-elle davantage dans l'ancien droit ? Nullement, bien des textes relatifs à la rétention nous présentent, il est vrai, des hypothèses où la connexité entre la créance et l'objet retenu est manifeste, l'équité, nous ne le nions pas, nous fait en pareil cas un devoir plus impérieux de garantir les droits du créancier par la rétention, mais nous avons vu aussi, et il est inutile de reprendre la discussion élevée sur ce point, bien

des textes où l'absence de toute connexité n'avait pas constitué un obstacle à l'admission de notre sûreté.

Voilà donc ce que vaut l'argument tiré de la tradition historique ; passons à celui que les partisans de la théorie du *debitum cum re junctum* veulent faire sortir des textes de nos lois.

Les rédacteurs du Code ajoutent-ils, ont adopté la théorie de la connexité d'une façon certaine bien que leur intention ne soit pas expressément relatée dans nos lois ; il suffit pour s'en convaincre de faire le recensement des textes relatifs à notre matière ; en présence de cette manifestation tacite mais indéniable de la volonté de notre législateur, le doute n'est pas permis.

On nous permettra de critiquer ce deuxième moyen qui ne nous semble guère plus concluant que le premier. Si nous examinons les textes qui sont relativement peu nombreux nous ne trouvons pas cette prétendue unanimité dans le sens de la connexité.

L'article 1749, C. C., suppose que le bailleur s'est réservé la faculté, en cas de vente du bien loué, d'expulser le preneur moyennant une indemnité ; cet article est ainsi conçu : « les fermiers ou locataires ne peuvent être expulsés qu'ils ne soient payés par le bailleur ou à son défaut par le nouvel acquéreur des dommages et intérêts convenus ». Quelle connexité y a-t-il entre ces dommages et intérêts et l'immeuble loué ; par dette née à l'occasion de la chose ou entend une dette provenant d'un dommage causé par cette chose ou d'impenses faites pour sa conservation ou son amélioration. Dans notre espèce, rien

de pareil, et cependant, le droit de rétention garantit la créance.

L'article 2082-2° nous offre encore l'exemple d'un droit de rétention sans connexité entre la créance qu'il garantit et la chose retenue. Le créancier gagiste peut retenir le gage qui lui a été remis, en garantie d'une dette autre que celle dont il devait d'abord assurer le paiement, pourvu que cette seconde dette se présente avec certains caractères que nous avons étudiés plus haut. Quelle connexité peut-on trouver ici entre cette dette postérieure à la mise en gage et l'objet du gage lui-même ? Aucune, assurément.

On a voulu détruire l'objection qui ressort de ce texte en disant qu'il ne s'agit plus ici d'un véritable droit de rétention légale, que cette sûreté est plutôt accordée ici par interprétation de la volonté des parties, mais en admettant même ce système il n'en reste pas moins vrai que le législateur, en sanctionnant expressément cette volonté tacite des parties, montre bien que la connexité n'est pas toujours nécessaire pour justifier le droit de rétention.

Dans l'opinion que nous combattons, on a bien vite fait de répondre à l'objection tirée des textes que nous venons d'analyser, ce sont tout simplement, d'après nos adversaires, des exceptions à la règle générale qui se manifeste dans les textes favorables à la théorie qu'ils adoptent.

Cette façon de discuter simplifie la difficulté et si nous insistons davantage, on nous opposera le nombre impo-

sant des textes favorables à la connexité, on comptera les articles qui l'impliquent tacitement, et devant l'autorité des chiffres nous n'aurons plus qu'à nous incliner.

Ce mode d'argumentation ne saurait nous convaincre ; sans doute, la rétention aura lieu le plus souvent dans les cas de connexité, c'est dans ces hypothèses qu'elle s'imposera le plus impérieusement, et c'est uniquement cette circonstance de fait qui entraîne la majorité du nombre en faveur des dispositions qui impliquent la nécessité du *debitum cum re junctum*. Mais, il n'en reste pas moins vrai que si les textes favorables à la théorie de la connexité sont les plus nombreux, on trouve dans nos lois des dispositions qui admettent la rétention en l'absence de cette circonstance, et nous ne voyons pas ce qui autorise nos adversaires à les considérer comme exceptionnelles.

Un troisième argument nous est opposé : le droit de rétention se fonde sur la connexité, elle en est la seule raison d'être et peut seule en expliquer la légitimité. « L'enrichissement injuste qu'elle est destinée à prévenir, écrit un auteur (1), ne paraît possible que quand la chose détenue est la cause occasionnelle de la créance, lorsque la valeur de cette créance se confondant en quelque sorte avec la chose due, on peut dire que la livraison de cette chose constituerait à la fois, et par suite du même motif, une augmentation de patrimoine au profit du propriétaire et un préjudice pour le détenteur. » En d'autres termes, le droit de rétention ne se comprend qu'autant

(1) Nicolas, *Thèse de doctorat*, p. 227

qu'on lui donne comme règle et comme limite le *debitum cum re junctum*.

Nous ne saurions admettre ce système, l'équité peut, selon nous, justifier et même commander l'application du droit de rétention en dehors de toute connexité, le législateur de 1804 partageait bien cet avis puisqu'il accorde cette sûreté au moins dans deux cas où la connexité fait complètement défaut. « Le droit naturel, lisons nous dans Dalloz (1), ne semble pas admettre de distinctions entre les diverses créances pour lesquelles la rétention est exercée, parce que ce n'est là qu'un moyen de coercition qui paraît équitable du moment que la créance est légitime.

Nous nous croyons donc autorisé à repousser aussi ce troisième système, le droit de rétention n'est pas selon nous subordonné à la condition de la connexité, les origines de cette sûreté, son développement dans l'ancien droit nous autorisent à lui faire une plus large place dans notre législation.

L'obscurité des textes et l'absence d'une théorie générale nous font un devoir d'interroger surtout la tradition, c'est elle qui doit nous révéler la véritable intention de notre législateur, son silence implique la consécration tacite des règles admises par les législations qui ont précédé et qui lui ont servi de modèle.

Si nous interrogeons le Droit Romain nous y voyons qu'en fait les textes qui reconnaissent le droit de rétention supposent le plus souvent la connexité entre la créance et la chose retenue, nous avons vu du reste qu'ils

(1) Dalloz, *Rétention*, n° 20.

n'étaient pas unanimes en ce sens ; mais faut-il induire de là l'existence d'un principe que l'on ne trouve formulé nulle part ? Ressort-il de là que la connexité limite en droit l'étendue d'application du droit de rétention ? Nous croyons le contraire ; tout ce qu'on peut tirer des hypothèses prévues par les juriconsultes romains c'est la constatation de ce fait que la rétention trouve une justification plus complète au cas de *debitum cum re junctum* ; mais s'ensuit-il que l'absence de connexité constitue un obstacle de droit à l'admission de la *retentio* ? Nullement. La forme sous laquelle le Prêtreur avait introduit cette sûreté dans la législation romaine laissait au contraire la plus grande liberté au juge, l'exception de dol le mettait bien à l'aise pour l'admission de notre sûreté, il n'avait qu'à rechercher si la prétention du demandeur avait quelque chose de dolosif, en un mot c'était son appréciation arbitraire qui traçait les limites de l'étendue du droit de rétention ; cette garantie puisait dans l'équité sa justification, il est certain pour nous qu'elle pouvait trouver place partout où l'équité recommandait son intervention.

L'ancienne jurisprudence vient corroborer notre opinion. Nous ne reprendrons pas ici la discussion qui s'est élevée déjà dans la partie de notre étude consacrée à la période coutumière, nous avons conclu qu'à cette époque deux conditions suffisaient pour qu'il y eût lieu à rétention, 1° que le créancier fût en possession de la chose d'autrui, 2° qu'il fût créancier de celui qui était propriétaire de cette chose au jour de la naissance de sa créance.

La condition de connexité n'était pas exigée, il est certain d'autre part que les juges admettaient la rétention en dehors des textes qui reconnaissaient expressément cette garantie, c'était donc l'appréciation des magistrats qui en limitait l'étendue d'application, et si nous considérons les mesures prises par nos rois pour régler l'usage de cette sûreté, nous sommes porté à croire qu'ils lui avaient fait une large place.

Le législateur de 1804 a-t-il innové sur ce point ? Il admet encore le droit de rétention, on n'a guère discuté sur ce point, mais il n'a pris nulle part le soin de le régler, ce silence est la meilleure preuve qu'il a voulu maintenir ce qui existait avant lui, ce qu'il désire avant tout, c'est assurer le triomphe de l'équité, il eût marché contre son but en restreignant l'application de la rétention.

Il a manifesté dans certains cas la volonté expresse d'assurer au moyen de cette garantie le paiement de créances qui lui ont paru dignes d'un intérêt tout particulier, nous déciderons qu'en pareil cas le juge sera tenu de déférer à cette volonté en accordant toujours le bénéfice de la rétention au créancier.

En dehors de là, nous ne considérons pas la rétention comme subordonnée à la condition de la connexité, c'est une sûreté réelle dont le juge sera le dispensateur comme il l'était en droit romain et dans l'ancien droit ; il pourra l'accorder en dehors de toute connexité, et d'un autre côté la circonstance qu'il y a entre la créance et l'objet retenu, *debitum cum re junctum*, ne s'opposera pas à ce

qu'il puisse refuser au créancier l'exercice de la rétention ; il ne permettra pas au créancier de retarder le cours de la justice en invoquant à l'encontre de la réclamation du *dominus* des créances plus ou moins sérieuses, il ne faut pas que sous le couvert de l'équité on sacrifie les intérêts du revendiquant à ceux du défendeur.

On nous reprochera peut-être de donner au juge des pouvoirs trop étendus, cette objection ne nous arrêtera pas, le législateur de 1804 nous a déjà tracé la voie en abandonnant à l'appréciation des tribunaux, le soin de déterminer les circonstances qui peuvent militer en faveur de l'admission de la compensation, en dehors des conditions exigées par la loi pour qu'elles s'exercent *ipso jure*. Nous ne sommes pas de ceux qui croient que la législation idéale est celle qui resserre dans des textes étroits les pouvoirs du juge, une pareille législation est fatalement condamnée à bien des injustices : « *summum jus, summa injuria* ». Nous croyons préférable de laisser aux tribunaux les coudées plus franches ; c'est à cette seule condition qu'on respectera les droits de l'équité ; la garantie des droits des citoyens réside moins dans une législation méticuleuse et trop prévoyante que dans la sagesse et l'impartialité de la magistrature.

Cette opinion présentée déjà par un auteur (1) offre de grands avantages pratiques, elle donne à la jurisprudence une base sérieuse, elle n'a plus besoin avec cette théorie de cacher l'arbitraire de ses décisions sous le couvert d'une prétendue connexité indéfinie et mal défi-

(1) Romniceano, Thèse de doctorat, p. 155.

nie, qui lui sert aujourd'hui de justification, pour donner satisfaction à l'équité. Elle n'a plus besoin de torturer les hypothèses qu'on lui présente pour en faire sortir une connexité plus ou moins fantaisiste, les tribunaux admettront le droit de rétention pour cette seule raison qu'ils jugent bon de l'admettre, parce que l'équité en fait un devoir à leur conscience.

Indiquons encore en terminant un dernier avantage, nous ouvrons par ce système la porte au progrès qui se dessine franchement en faveur d'une admission plus large du droit de rétention.

Le Code de commerce allemand, dans son article 313 (1) « l'admet dans tous les cas où un débiteur commerçant se trouvant en possession d'objets mobiliers ou de papiers de commerce dont il doit restitution, peut invoquer à l'encontre du propriétaire une créance commerciale quelconque. »

Comme le fait très bien remarquer M. Saleilles, on n'exige pas ici la connexité, c'est la commercialité des dettes qui justifie le droit de rétention.

Le projet de Code civil Allemand indique aussi cette tendance à l'extension de la rétention, sans doute, il n'a pas adopté le principe hardi du Code de commerce, mais l'idée qu'il se fait de la connexité est extrêmement large et vague et on lui reproche justement de ne pouvoir fournir un *criterium* suffisamment sûr, il suffit en effet, d'après le texte, que le débiteur puisse s'autoriser d'une créance

(1) Saleilles, *Théorie des obligations dans le projet de code civil allemand*, p. 18.

se rapportant au même fait que celui dont est née sa dette.

Si nous tenons compte de la haute valeur juridique du projet allemand, nous pouvons affirmer que l'impulsion est donnée en faveur d'une application très étendue de la rétention, et notre système présente cet avantage qu'il permet de suivre le courant sans brusquerie par une évolution lente de la jurisprudence.

CHAPITRE III

CONDITIONS D'EXISTENCE DU DROIT DE RÉTENTION.

La théorie la plus généralement admise subordonne l'existence de la rétention à trois conditions: 1^o la détention du bien réclamé; 2^o Une créance garantie par cette détention et 3^o la connexité entre cette créance et l'objet retenu.

Nous avons exposé déjà les raisons qui nous portent à croire que cette troisième condition n'est pas nécessaire, il nous reste à examiner les deux premières.

I. — DÉTENTION DU BIEN RÉCLAMÉ.

Pour retenir, il faut d'abord tenir, un créancier n'a pas le droit de s'emparer des biens de son débiteur; s'il ne les détient pas, son droit se borne à les faire saisir et vendre et à se payer sur le prix, c'est seulement lorsqu'il est détenteur d'une chose appartenant à son débiteur que la loi l'autorise à la conserver en garantie de ce qui lui est dû.

La possession est donc de l'essence même du droit de rétention, il ne peut exister sans elle, et nous verrons bientôt qu'il disparaît du moment que le créancier a eu l'imprudence de se dessaisir du bien qu'il retenait.

La possession est si essentiellement nécessaire à l'existence du droit de rétention, qu'un arrêt de la Cour de cassation a décidé, dans l'hypothèse d'une rétention conventionnelle, que les parties ne pouvaient déroger à ce principe et convenir que le créancier jouirait de ce droit sans avoir la possession : (Cass., 4 août 1852, D., 52, 1, 192).

Quels caractères doit présenter cette possession ? Il est certain que la possession civile n'est pas exigée ; les textes du Code civil (art. 1749 et 1948) qui l'accordent à des détenteurs précaires : fermier dépositaire, démontrent, suffisamment que la simple détention matérielle suffit.

Quelles choses peuvent être retenues ? Les choses qui sont dans le commerce sont seules susceptibles de rétention. La liberté des personnes est *extra commercium* aussi, juge-t-on avec raison, qu'un enfant ne peut être retenu par son chef d'institution pour garantir le paiement de sa pension. (*Gazette des tribunaux*, janvier 1840).

On s'étonnera sans doute que pareille question ait été portée devant les tribunaux, mais la chose paraîtra moins extraordinaire si l'on tient compte d'une ancienne jurisprudence qui autorisait le geôlier à retenir le prisonnier pour le contraindre à payer les frais de sa pension.

Que dirons-nous des choses insaisissables ? Elles sont, à notre avis, soustraites au droit de rétention ; non pas que notre sûreté puisse être assimilée à la saisie, elle ne tend pas en effet comme cette mesure d'exécution à exproprier le débiteur, mais il y a une autre raison de décider ainsi, c'est que ces choses ont en général le carac-

rière d'aliments, elles sont considérées comme nécessaires à la subsistance de celui qui les réclame, et comme le fait très justement remarquer M. Dalloz (1) « la conservation de la vie est un droit naturel fort supérieur à celui de la rétention, et l'on ne saurait hésiter entre eux. »

On s'est posé, à ce propos, la question de savoir si les droits d'usage et d'habitation sont de nature à être retenus, et certains auteurs (2) ont cru bon d'écarter ici l'application du droit de rétention, pour cette raison que, le plus souvent, les droits d'usage et d'habitation, objets de donations ou de legs, revêtent un caractère alimentaire. Nous nous rangeons en principe à cet avis, les dispositions du Code relatives à ces droits décident que l'usager ne peut faire usage des fruits « qu'autant qu'il lui en faut pour ses besoins et ceux de sa famille » (art. 630) et que : « le droit d'habitation se restreint à ce qui est nécessaire pour l'habitation de celui à qui ce droit est concédé, et de sa famille » (art. 633). Ces textes démontrent à l'évidence le caractère alimentaire des droits dont nous nous occupons.

Mais il ne faut cependant pas exagérer, rien ne s'oppose à ce que des circonstances de fait ne viennent conférer à ces droits un tout autre caractère, il en sera souvent ainsi lorsqu'ils auront été concédés à titre onéreux, et nous croyons bien qu'en pareille hypothèse rien ne s'opposerait à ce qu'ils fussent grevés du droit de rétention.

(1) Dalloz, v° *Rétention*, n° 57.

(2) Dalloz, v° *Rétention*, n° 58; Nicolas, *Thèse*, p. 203.

Les biens inaliénables, ceux du domaine public par exemple, ou bien encore les immeubles dotaux, sont-ils susceptibles de rétention?

La grande majorité des auteurs (1), et la jurisprudence (2), concluent en faveur de la négative; nous nous rangeons à leur avis.

On a vainement prétendu que l'inaliénabilité de la dot et la rétention pouvaient se concilier, retenir n'est pas vendre, mais en parlant ainsi on n'envisage qu'une des conséquences de l'inaliénabilité; le législateur interdit non seulement la vente de ces biens, mais il veut en outre que, sauf dans les exceptions qu'il a formellement établies, la dot se conserve libre de tout engagement, ce serait aller contre l'esprit de la loi, que de la soumettre à la rétention.

On peut appliquer le même raisonnement aux biens du domaine public, leur inaliénabilité les soustrait, eux aussi, à la rétention.

Est-il nécessaire que le possesseur soit de bonne foi?

Cette condition n'est pas nécessaire, dans les cas où la loi accorde expressément la rétention, le législateur ne fait aucune distinction entre le possesseur de bonne ou de mauvaise foi, le juge, obligé de déférer dans ces hypothèses à la volonté formelle de la loi, ne devra pas s'attacher à la qualité de la possession, mais dans tous les autres cas où selon nous la rétention est judiciaire, il est

(1) Dalloz, v^o Rétention, n^{os} 59 et 60; Aubry et Rau, III, § 256 bis, IV, § 537; Glasson, Rétention, p. 71-73.

(2) Cass., 31 janvier 1837; 3 avril 1845; 4 juillet 1849.

certain que le juge, s'inspirant des circonstances pour accorder ou refuser cette garantie, sera porté à l'admettre plus difficilement en faveur du possesseur de mauvaise foi.

Toutefois, les principes généraux du droit suffisent, pour nous faire refuser le droit de rétention à celui qui a trouvé dans un délit la source de sa possession ; un délit, le vol par exemple, ne saurait engendrer de droits au profit de son auteur.

II. — UNE CRÉANCE GARANTIE PAR LA RÉTENTION.

Le droit de rétention étant un droit accessoire suppose une créance qui lui sert de base et qu'il est destiné à garantir ; s'il en était autrement, le refus que le défendeur oppose à la prétention du réclamant n'aurait pas de raison d'être.

La créance garantie existera en général contre le propriétaire de la chose, mais le contraire peut se présenter et nous pouvons citer bien des hypothèses où la rétention garantit une créance contre un autre que le propriétaire de la chose retenue.

Ainsi, le créancier peut avoir un droit de rétention sur sa propre chose ; supposons un propriétaire qui devient, par suite de circonstances quelconques, dépositaire d'une chose qu'il avait préalablement donnée à bail, s'il fait en qualité de dépositaire des dépenses qui auraient incombé au locataire, il est évident qu'il pourra, lorsque ce dernier viendra lui réclamer la chose déposée, la retenir jusqu'au paiement de ses impenses.

De plus, dans le système qui considère le droit de rétention comme opposable aux tiers, il arrivera souvent que la créance invoquée par le reteneur n'existera pas contre le propriétaire réclamant, cela se produira toutes les fois que la revendication sera intentée par un tiers acquéreur du bien retenu.

Une créance civile est-elle nécessaire ?

M. Glasson pense qu'une obligation naturelle suffit. La question n'était pas douteuse en droit romain, une créance naturelle pouvait, dit-il, se trouver garantie par le droit de rétention ; il en était de même dans notre ancienne France ; (Duparc Poullain, *Principes*, liv. 3, chap. 1^{er} n° 105) il doit encore en être ainsi dans notre droit actuel (1).

« Aucun texte ne s'oppose à ce que les obligations naturelles fassent l'objet d'un gage ou d'une hypothèque, *a fortiori* donc peuvent-elles être garanties par un simple droit de rétention ».

Une autre considération détermine M. Glasson à se prononcer en faveur de ce système. « Le droit de rétention n'est-il pas à la différence des autres sûretés une émanation directe du droit naturel, ne repose-t-il pas sur les principes les plus solides de l'équité, or, s'il est équitable de donner le droit de rétention à des créanciers qui indépendamment de cette garantie jouissent d'une action pour faire valoir leurs droits en justice, ne l'est-il pas encore bien plus de l'accorder à des créanciers qui se trouvent privés de ce dernier moyen ».

(1) Glasson. *Rétention*, p. 57.

Cette dernière considération est bien séduisante en apparence, mais elle est spécieuse, et nous préférons nous rallier à l'opinion contraire moins équitable sans doute, mais plus juridique, qui refuse aux obligations naturelles la garantie de la rétention.

Notre système est basé sur le raisonnement qui fait décider en général, que les créances naturelles ne peuvent être opposées en compensation à des créances civiles. La loi ne veut pas sanctionner, même indirectement, ces obligations, elle ne veut pas en assurer le paiement en dehors de la libre volonté du débiteur, elle se contente de prendre acte des faits qui peuvent impliquer de sa part la reconnaissance de sa dette ; on conçoit donc très bien que le gage et l'hypothèque puissent s'appliquer à des créances de cette nature, parce que ces sûretés constituent des actes volontaires, mais ce serait méconnaître l'esprit de la loi que d'obtenir, par l'effet indirect d'une rétention absolument indépendante de la volonté de celui à qui on l'oppose, l'exécution d'une obligation que la loi veut ignorer et qu'elle refuse de sanctionner.

La qualité du débiteur doit-elle être prise en considération pour l'admission du droit de rétention ?

Il semble bien que cette sûreté doit s'opposer à tout débiteur, fût-ce même à l'Etat.

On cite cependant une décision contraire du conseil d'Etat en date du 19 juillet 1834 (D. 55, III, 17); mais cette jurisprudence est presque manivement repoussée.

Voici l'analyse succincte de cet arrêt : « Le propriétaire, sur le terrain duquel a été établi avec autorisation

du préfet le chantier d'une entreprise de travaux publics, n'est pas fondé, en cas de faillite de l'entrepreneur, à retenir jusqu'au paiement de l'indemnité à lui due, les matériaux de l'entreprise, alors que l'enlèvement en est réclamé par l'administration elle-même après acquisition ».

On a vainement essayé de justifier cette solution, en disant que l'Etat n'est réputé ni insolvable ni de mauvaise foi, mais ces circonstances n'ont aucune influence sur l'application de la rétention, elle se conçoit très bien même à l'encontre d'un débiteur solvable et de bonne foi.

La créance doit être exigible, sinon l'on enlèverait au débiteur le bénéfice du terme auquel il a droit.

Les commentateurs sont en général unanimes à reconnaître que la liquidité de la créance n'est pas nécessaire, il suffit que le droit soit certain et actuel, la liquidation n'est plus qu'une formalité de compte à régler. Le tribunal d'Agen s'est cependant prononcé en sens contraire, dans l'hypothèse suivante : un héritier apparent vend l'hérédité qu'il a recueillie, l'acquéreur paie les dettes héréditaires, l'héritier légitime obtient la nullité de la vente et demande à entrer en possession immédiate, sans que l'acquéreur puisse retenir les biens de l'hérédité jusqu'au remboursement des sommes qu'il a payées à la décharge de cette hérédité; cette prétention fut accueillie par ce motif que la liquidation des droits de l'acquéreur ne pouvait retarder la mise en possession de l'héritier légitime (Agen 19 janvier 1842. D. v° *Successions*, n° 572 et v° *Rétention*, n° 51 et 52).

Cette jurisprudence a été critiquée avec raison par M.

Dalloz. Sans doute, il ne faut pas que les droits du réclamant restent en souffrance par suite de mauvais vouloir du rétenteur, mais les tribunaux pourraient fort bien lui impartir un délai pour la liquidation de ses droits, ce système, nous l'avons vu plus haut, était suivi par les ordonnances de notre ancien droit.

Le droit de rétention est-il soumis à certaines conditions de publicité ?

On comprend tout l'intérêt de la question, si l'on admet comme nous le ferons tout à l'heure que le droit de rétention peut être valablement opposé aux tiers. Tarrible (1) traitant la question nous dit « qu'il suffit d'invoquer ce droit pour lui faire produire son effet, sans qu'il ait besoin de publicité, ni d'inscription, ni de procès-verbaux, ni d'aucune des formes prescrites par les lois à l'égard des privilèges et hypothèques en général ».

La loi de 1855 qui soumet à la transcription les actes constitutifs d'antichrèse, aurait pu du même coup y assujettir le droit de rétention, elle n'en parle pas, son énumération est limitative, et ce serait faire la loi que d'appliquer par analogie à la rétention le régime de l'antichrèse ; il faut donc conclure que le droit de rétention n'est soumis à aucune mesure de publicité.

En matière mobilière la question du reste ne se pose pas, le législateur n'a pas compris les meubles dans son système de publicité, mais en fait, il faut reconnaître que la possession de l'objet sur lequel la rétention peut exister constitue par elle-même une sorte de publicité, tous

(1) Tarrible, v^o *Privilège de créance*. Sect. IV, § V, n^o 7.

ceux qui seront appelés à traiter avec le propriétaire de cet objet, le voyant dans les mains d'un tiers, seront avertis qu'il pourrait bien, par suite de la rétention ne pas faire utilement partie du gage général qui leur est accordé par la loi (art. 2092 et 2093).

CHAPITRE IV.

CARACTÈRES DU DROIT DE RÉTENTION.

Le droit de rétention est dans notre législation moderne un droit : 1° Opposable aux tiers ; 2° Accessoire ; 3° Indivisible ; 4° Principal et non subsidiaire.

I. LE DROIT DE RÉTENTION EST OPPOSABLE AUX TIERS.

La question principale que nous avons à traiter dans ce chapitre est celle de la réalité ou de la personnalité du droit de rétention.

Avant d'entrer dans le cœur même de la discussion, il est bon, comme nous l'avons déjà fait en droit romain, de dégager nettement le point controversé, il nous faut d'abord régler une question de terminologie, car les termes sous lesquels la discussion se pose généralement sont inexacts, c'est à tort que l'on recherche si le droit de rétention est réel ou personnel ; tout le monde est d'accord en effet pour lui refuser les deux attributs essentiels d'un droit réel : le droit de suite et le droit de préférence ; il est plus juste de rechercher si oui ou non cette sûreté est opposable aux tiers ayants-cause du propriétaire de la chose retenue,

Selon nous le créancier rétenteur peut opposer son droit envers et contre tous, il peut se refuser à la restitution de l'objet qu'il détient, jusqu'au paiement intégral de ce qui lui est dû, quelque soit le réclamaunt ; en d'autres termes, la rétention n'est pas une simple exception de créancier à débiteur, c'est un droit opposable aux tiers ; cette opinion est aujourd'hui généralement admise et la jurisprudence qui s'est prononcée tantôt dans un sens et tantôt dans l'autre paraît adopter aujourd'hui la solution que nous proposons (Lyon, 27 août 1849, D. 1850, II, 14. — Cassat. 8 sept. 1868, D. 69, I, 76. — Cassat. 6 avril 1875, D. 75, I, 354).

Le système de la personnalité du droit de rétention a trouvé toutefois de puissants appuis dans la doctrine (1) et dans la jurisprudence. (2)

On invoque en sa faveur la tradition romaine, où la rétention qui s'exerçait au moyen de l'exception de dol avait incontestablement un caractère personnel.

M. Troplong formule un second argument : « Dans les cas où la loi établit la rétention, dit-il, en dehors d'un privilège, elle suppose toujours un rapport personnel entre le rétenteur et le propriétaire de la chose retenue, il suffit pour s'en convaincre de jeter les yeux sur les articles 1948 et 2082, 2° et enfin sur l'article 2087, c'est toujours de créancier à débiteur que la rétention apparait, il n'y est nullement question des tiers ».

(1) Troplong. *Du Nantissement*, n° 442. — Delvincourt, t. III p. 212, note de L. Rauter, *Rev. Étrang.* 1841 et 1844. — Dalloz, v° *Rétention*, n° 77.

(2) Cass., 11 juillet 1855, Rouen, 21 août 1827, Bastia, 9 mai 1838. Paris, 24 juillet 1852.

L'art. 609, C. Pr. fournit un troisième argument. Il y est dit que : « Les créanciers du saisi pour quelque cause que ce soit, même pour loyers, ne pourront former opposition que sur le prix de la vente », le propriétaire, qui se trouve bien ici dans la situation d'un créancier rétenteur, ne peut donc entraver le droit de saisie des créanciers, c'est que le droit de rétention ne lui procure qu'une sûreté personnelle opposable uniquement à son débiteur.

Les partisans de ce système s'appuient encore sur la combinaison des articles 2093 et 2094, C. C. d'après lesquels les privilèges et hypothèques sont les seules causes légitimes de préférence; ce serait, disent-ils, créer de toutes pièces une nouvelle cause de préférence que de déclarer la rétention opposable aux tiers.

Des considérations d'utilité publique servent de couronnement à cette argumentation, une telle opinion serait, dit-on, nuisible au crédit et dangereuse pour la sécurité des tiers.

Malgré cette accumulation de motifs et l'autorité des jurisconsultes qui se sont ralliés à cette opinion, nous n'hésitons pas à nous prononcer en faveur de la solution contraire.

Sans doute, en admettant que le droit de rétention est opposable aux tiers, nous sommes en contradiction avec la tradition romaine, mais nous avons vu que si la rétention avait en droit romain un caractère personnel, c'est uniquement en raison de la forme qu'elle revêtait en justice. Dans l'ancien droit, la rétention était déjà opposable aux tiers et le législateur de 1804 n'ayant manifesté nulle

part l'intention d'innover sur ce point, nous sommes autorisé à conclure qu'il a entendu laisser subsister ce caractère.

Le deuxième argument invoqué par Troplong et qui consiste à dire, que dans les cas où la loi établit le droit de rétention en dehors d'un privilège, elle suppose toujours un rapport personnel entre le rétenteur et le propriétaire de la chose retenue, a été victorieusement réfuté par M. Cabrye. Les textes invoqués (art. 1943, 2082, 2^o et 2087) ne prouvent rien, si on les examine attentivement, on verra que la loi a exprimé, de la manière la plus générale, le droit pour le créancier de rester en possession jusqu'au paiement de ce qui lui est dû, sans restreindre en aucune façon ce droit aux rapports du créancier avec le débiteur.

On peut du reste répondre d'une façon plus directe à l'argument présenté par M. Troplong, nous pouvons invoquer un texte, l'article 1749 qui reconnaît expressément que le droit de rétention est opposable aux tiers. Cet article est ainsi conçu : « Les fermiers ou locataires ne pourront être expulsés, qu'ils ne soient payés par le bailleur, ou à son défaut par le nouvel acquéreur, des dommages et intérêts ci-dessus expliqués », cet acquéreur est bien un tiers et cependant le locataire pourra valablement lui opposer son droit de rétention.

L'article 609 C. pr. qui fournit le troisième argument peut être aussi facilement écarté. Il porte qu'aucun créancier du saisi, même le locateur, ne peut s'opposer à la saisie, les droits du créancier se bornant à faire opposition sur le prix; c'est donc que la rétention n'est pas opposable aux créanciers du débiteur commun.

On a répondu d'une façon décisive à cette objection en faisant remarquer que le droit de rétention se comprend très bien, même en admettant que celui qui l'invoque soit tenu de respecter le droit de saisie qu'ont les autres créanciers du débiteur commun, ce sont deux droits qui ne s'excluent pas et dont on peut facilement concilier l'exercice simultané; sans doute, les créanciers peuvent saisir et faire vendre comme il est permis au débiteur, lui-même d'aliéner son bien alors qu'il est soumis au droit de rétention, mais, après cette aliénation, qu'elle soit volontaire ou forcée, nous nous trouvons dans une situation identique, le créancier rétenteur refusera à l'acquéreur la délivrance de l'objet vendu jusqu'au moment où il aura été complètement désintéressé.

L'art. 609 veut que la saisie ne soit pas empêchée et nous nous inclinons devant l'autorité du texte, mais il ne faut pas exagérer sa portée en disant que l'objet une fois vendu pourra être enlevé au possesseur actuel au mépris de son droit de rétention.

M. Rauter tire un quatrième argument de la combinaison des articles 2093 et 2094 C. C. Tous les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers à moins qu'il n'y ait entre eux des causes légitimes de préférence; or, il n'y a entre les créanciers de causes légitimes de préférence que les privilèges et hypothèques.

Il suffit pour écarter l'objection de faire remarquer que les textes invoqués ne portent pas, la rétention ne constituant pas à proprement parler une cause de préférence.

Le droit de préférence dont parlent les articles 2093 et

2094, c'est le droit pour le créancier d'être payé avant tout autre sur le prix de la chose affectée à la garantie de sa créance, la rétention ne confère pas cet avantage, la créance garantie par cette sûreté ne change pas de nature, elle reste toujours chirographaire et la supériorité de celui qui peut s'en prévaloir résulte de la nature propre de la rétention, qui lui permet de retenir le bien de son débiteur jusqu'à complet désintéressement.

Sans doute, il arrive ainsi d'une manière indirecte, à obtenir le paiement intégral de ce qui lui est dû, alors que les autres créanciers du débiteur commun ne toucheront peut-être qu'une partie de leur créance, nous sommes en présence d'une situation analogue à celle du créancier qui se trouve en état d'invoquer le bénéfice de la compensation légale, dans les deux cas nous avons un créancier chirographaire qui obtient le paiement intégral de ce qui lui est dû, alors que d'autres ne toucheront peut-être qu'une partie de leur créance, mais dans une hypothèse comme dans l'autre, il ne saurait à proprement parler être question d'un droit de préférence.

Nous arrivons enfin à l'objection tirée des dangers que fait courir au crédit la théorie de la réalité du droit de rétention, elle est d'un certain poids, mais il ne faut pas cependant en exagérer la portée.

Pour les meubles, le créancier n'apprécie d'ordinaire la solvabilité de celui avec qui il traite, qu'en considération de ceux qu'il voit en sa possession, or les meubles soumis au droit de rétention ne font plus partie de ce patrimoine apparent que le créancier serait exposé à escomp-

ter par avance, la rétention dans cette mesure ne le menace donc guère.

Le danger est plus grand pour les immeubles, mais comme nous l'avons déjà fait remarquer plus haut, nous devons nous en prendre au défaut de prévoyance du législateur; le système de publicité des droits organisé par le Code de 1804 était bien imparfait, des lois postérieures sont venues dans une certaine mesure combler cette lacune, mais elle sont encore bien insuffisantes et nous souhaiterions pour la rétention, une décision législative analogue à celle qui fut prise par la loi du 23 mars 1855 au sujet de la constitution d'antichrèse.

Nous avons terminé la réfutation du système de la personnalité, il nous reste à justifier d'une façon plus directe la théorie opposée.

Les travaux préparatoires du Code civil démontrent à l'évidence que le législateur de 1804 a voulu conserver au droit de rétention le caractère de réalité qu'il avait déjà dans l'ancien droit (1).

Favard, employant il est vrai, une expression inexacte et exagérée, dit en parlant du droit de rétention du dépositaire qu'il « a de ce fait un privilège pour le remboursement de ses frais »; il ressort de cette expression impropre que l'intention de l'orateur était bien de présenter le droit de rétention comme une garantie analogue au privilège, c'est-à-dire comme un avantage opposable aux autres créanciers.

MM. Berlier et Gary expliquant le deuxième alinéa de

(1) Dumoulin, *Sur la coutume de Paris*, t. IX, art. 133, nos 16 et 17.

l'article 2082, au Conseil d'Etat et au Tribunat, s'exprimaient en des termes qui ne laissent aucun doute sur la réalité du droit de rétention conféré par ce texte.

Cette solution se trouve confirmée dans notre Code civil, les articles 867, 1948, 2082, 2° ne faisant aucune distinction au sujet des personnes auxquelles la rétention peut être opposée, nous sommes autorisés à conclure que cette sûreté n'est pas seulement opposable au débiteur lui-même. (*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*).

L'article 1749 dont nous avons déjà parlé plus haut, décide expressément que le fermier peut invoquer son droit de rétention à l'encontre d'un tiers acquéreur.

Enfin, il nous semble que rationnellement, cette solution s'impose, la loi veut par le moyen de la rétention accorder une sûreté au créancier, et nier que ce droit soit opposable aux tiers, c'est du même coup lui refuser toute efficacité; « autant vaudrait mieux le rayer du Code » écrit M. Glasson (1).

En effet, si ce droit ne confère au créancier qu'une exception purement personnelle au débiteur, il suffira pour l'éteindre, d'aliéner l'objet retenu; le tiers acquéreur revendiquant ne trouvera plus aucune entrave à son action en délivrance. Notre doctrine est donc bien conforme à l'esprit de la loi, elle compte du reste de nombreux partisans parmi les jurisconsultes les plus autorisés (Aubry et Rau, t. III, p. 119; Colmet de Santerre, t. IX, n° 5 bis II; Demolombe, t. X, n° 682; Duverger à son cours). Nous nous bornerons à citer le passage où

(1) Glasson, *Rétention*, p. 40.

M. Colmet de Santerre se prononce en faveur de l'opinion que nous avons adoptée. « Le droit de rétention », dit-il, « est le droit de garder une chose appartenant au débiteur jusqu'au remboursement de ce qui est dû. Ceux qui ont ce droit sont préférés aux autres créanciers ; car ceux-ci ne peuvent pas avoir plus de droits que le débiteur, et le débiteur ne pouvait reprendre la possession qu'après avoir payé. Là se borne du reste le droit de préférence ; il ne s'exercerait pas sur le prix si la chose était vendue, et par là, il diffère du droit d'hypothèque ou de privilège ; mais la chose ne peut être vendue que sous la réserve du droit de possession du créancier qui a la rétention. »

La jurisprudence après bien des hésitations, tend aujourd'hui à se prononcer dans notre sens, cette tendance s'affirme d'une façon très nette dans deux arrêts rapportés par Dalloz (D. 69, I, 76 ; D. 75, I, 354). En voici l'analyse succincte. Le premier arrêt reconnaissant, d'abord que le dépositaire a un droit de rétention sur la chose déposée, pour le paiement de l'indemnité d'occupation des lieux dans lesquels la chose remise en dépôt a été conservée, ajoute dans la seconde partie de son dispositif que ce droit de rétention est opposable au tiers qui a acquis la chose déposée.

Nous trouvons une solution inspirée par la même idée dans l'art. 1875. Un commissionnaire avait acheté des marchandises qu'il avait payées de ses propres deniers, la cour décida que le commettant ne pourrait en exiger la délivrance qu'après lui avoir remboursé le prix, et re-

connaissant dans la seconde partie de l'arrêt, ce que l'on est convenu d'appeler la réalité du droit de rétention, elle déclara que si les créanciers du commettant pouvaient saisir-arrêter ces marchandises entre les mains du commissionnaire, ils ne pouvaient s'opposer à la main levée de cette saisie-arrêt demandée par lui qu'à la condition de le désintéresser intégralement de ses avances.

Avant d'abandonner l'étude de la controverse qui nous occupe, nous tenons à relever une opinion de M. Saleilles (1) qui nous paraît critiquable. « Si le droit de rétention, dit-il, est opposable aux créanciers du débiteur, cela tient à ce qu'il constitue un moyen de défense paralysant l'action qui appartient au débiteur et susceptible d'en arrêter l'effet, quel que soit celui qui l'intente ». Cela suffit certainement pour expliquer que le droit de rétention est opposable aux créanciers mais il faut bien recourir à l'idée d'une certaine réalité quand on admet qu'il est également opposable au tiers acquéreur, ce dernier, en revendiquant l'objet retenu, ne se présente pas au nom du débiteur il exerce un droit qui lui est propre, et il faut bien pour décider que la rétention lui est opposable reconnaître à cette sûreté un certain caractère de réalité.

II. — LE DROIT DE RÉTENTION EST ACCESSOIRE.

Comme toutes les sûretés, il suppose nécessairement une créance à laquelle il se rattache.

(1) Saleilles, *Théorie des obligations. Projet du Code civil allemand*, p. 19, note 5.

III. — LE DROIT DE RÉTENTION EST INDIVISIBLE.

Les auteurs sont unanimes à reconnaître ce caractère à la rétention, nous avons repoussé cette manière de voir quand la question s'est présentée en droit romain, mais nous ne croyons pas manquer de logique en adoptant une autre solution pour le droit de rétention actuel.

La divisibilité de la rétention est en droit romain une conséquence de la personnalité de cette sûreté, si la dette est par elle-même indivisible, ce n'est pas la rétention qui fera changer son caractère, et lorsqu'un des héritiers du débiteur primitif viendra réclamer au créancier rétenteur la délivrance de l'objet qu'il détient, il ne pourra se voir opposer l'exception tirée du droit de rétention, s'il a payé préalablement la part qui lui incombe dans la dette, car sa revendication en pareille hypothèse n'est entachée d'aucun caractère dolosif.

Il doit en être autrement en droit moderne; l'indivisibilité du droit de rétention était déjà formellement reconnue dans notre ancienne jurisprudence (Pothier, Du Nantissement, n^{os} 42 et 43), et les textes du Code civil nous prouvent qu'il n'a pas été innové sur ce point.

L'article 867 nous dit que le cohéritier qui fait le rapport d'un immeuble, peut le retenir jusqu'au remboursement des sommes qui lui sont dues pour impenses ou améliorations, il peut donc le conserver jusqu'au remboursement de toutes les sommes, la loi ne fait pas de distinction.

L'article 1675, comme le fait très justement remarquer M. Glasson, est encore plus formel, il mentionne d'abord toutes les obligations du vendeur qui use du pacte de rachat, et il termine en disant que ce dernier ne pourra entrer en possession, qu'après avoir satisfait à toutes ces obligations.

L'indivisibilité est du reste une conséquence toute naturelle du but d'équité qui a motivé l'introduction de la rétention dans notre droit; s'il est juste que le propriétaire ne s'enrichisse pas aux dépens du détenteur, il en sera toujours ainsi, quelle que soit la mesure de cet enrichissement, il est donc nécessaire que ce droit porte sur l'objet retenu en entier et qu'il affecte aussi séparément chacune de ses parties. Le créancier qui aura reçu un paiement partiel ne sera pas tenu de restituer une proportion égale de l'objet qu'il détient et, à l'inverse, s'il s'est dessaisi d'une partie des biens qui assurent la garantie de sa créance, il pourra exercer son droit tout entier sur celles qu'il a conservées en sa possession.

Ces solutions étaient déjà consacrées en droit romain et cependant nous avons déclaré que dans cette législation le droit de rétention n'était pas indivisible, si nous admettons en droit français l'indivisibilité de cette garantie, c'est que nous pouvons aller plus loin qu'à Rome, et décider que la rétention serait aujourd'hui valablement opposée à tout héritier du débiteur, eût-il payé la part de la dette qui lui incombe, si le créancier n'a pas été complètement désintéressé par tous les autres cohéritiers; cela tient au caractère de réalité que nous avons

reconnu à cette garantie réelle, c'est une sûreté qui grève le bien tout entier du jour de sa naissance et nous avons vu qu'elle peut être opposée à tous les tiers.

IV. — LE DROIT DE RÉTENTION EST PRINCIPAL

Il n'est pas seulement accordé à titre subsidiaire, le créancier qui jouit en même temps d'autres sûretés n'est pas forcé de les épuiser avant d'opposer l'exception tirée du droit de rétention; le créancier du prix de vente d'un immeuble est dans ce cas, il jouit à la fois d'un droit de rétention (art. 1612), d'un privilège (art. 2103, 2^o), et de l'action résolutoire (art. 1654) et rien dans la loi n'indique que la rétention soit subsidiaire à l'exercice des autres sûretés.

CHAPITRE V

VOIES JURIDIQUES PAR LESQUELLES S'EXERCE LE DROIT DE RÉTENTION

Pour étudier les voies juridiques par lesquelles s'exerce le droit de rétention, il nous faut envisager successivement les différentes hypothèses où il peut se présenter. Nous verrons quels moyens le rétenteur possède pour faire valoir son droit et le sauvegarder : 1° quand on lui réclame la restitution de la chose retenue, 2° quand son adversaire essaie de le troubler dans sa possession, en tentant de s'emparer par force de la chose qu'il prétend recouvrer, 3° quand ces manœuvres ont abouti à la dépossession du rétenteur; 4° quand le rétenteur a abandonné volontairement la possession.

I. Le rétenteur est attaqué en justice, par une action tendant à la restitution de la chose retenue.

Le créancier actionné ne nie pas le bien fondé de la prétention du demandeur, la rétention ne constitue pas un moyen de défense au fond, c'est une simple exception par laquelle le créancier, tout en reconnaissant les droits indéniables du demandeur sur la chose réclamée, prétendra cependant en différer la restitution. Cette chose que je détiens, dira-t-il, est bien votre propriété, mais vous avez contracté une dette envers moi, et comme la loi

m'accorde en garantie de ma créance le bénéfice de la rétention, je prétends rester détenteur de votre bien, jusqu'au jour où vous m'aurez complètement désintéressé de ce qui m'est dû.

Ce moyen de défense présente des caractères tout à fait particuliers, c'est une exception *sui generis*, qui sans se confondre avec les exceptions dilatoires, présente cependant avec elles quelques points d'analogie, elle tend comme ces dernières à différer les poursuites, mais elle ne doit pas nécessairement être opposée pendant un temps limité.

II. Le rétenteur est troublé dans sa possession par son adversaire, qui tente de s'emparer par force de la chose qu'il prétend conserver.

Si le rétenteur est attaqué violemment dans sa possession, nul doute qu'il ne puisse opposer la violence à la violence, pour repousser l'attaque et se maintenir en possession de la chose retenue.

« Ici apparaît bien une voie de fait, dit M. Cabrye, mais nous nous trouvons dans un de ces cas exceptionnels où ces voies sont permises, l'aide propre et privée, au moyen de laquelle le détenteur a protégé son droit, n'est que l'application d'un principe de droit naturel incontesté, celui de la légitime défense qui nous autorise à repousser par tous les moyens, non seulement l'attaque dirigée contre nos personnes, mais encore celle qui est dirigée contre nos biens ». MM. Aubry et Rau partagent cette manière de voir. « Les voies de fait, disent-ils, ne sont exceptionnellement permises que dans le cas de légi-

time défense et dans ceux où le droit de rétention est admis ».

III. La dépossession du rétenteur est consommée, y a-t-il quelque moyen pour lui faire recouvrer l'objet soumis au droit de rétention ?

Nous nous plaçons, bien entendu, dans l'hypothèse d'une perte involontaire de la possession, car si le rétenteur a volontairement abandonné la chose, il a abdicqué par le fait le droit de rétention, et il est juste qu'on lui refuse tout moyen de revenir sur cette renonciation.

Nous devons pour l'étude de cette question distinguer deux hypothèses : suivant que la rétention porte sur un immeuble ou sur un meuble.

1^o La chose retenue est immobilière.

On est généralement d'accord pour donner au rétenteur l'action en réintégrande; cette solution est en parfaite harmonie avec une opinion fort accréditée dans la doctrine, et consacrée par la jurisprudence, suivant laquelle la loi civile ne doit laisser aucune voie de fait, aucune violence, sans repression immédiate. Si le possesseur, même celui qui n'a pas la possession annale, si le détenteur à titre précaire a été dépossédé par violence ou par voie de fait, la loi lui accorde le droit de se faire réintégrer dans sa possession, « *spoliatus ante omnia restitendus* ».

La majorité des auteurs et la jurisprudence sont donc aujourd'hui d'accord pour écarter l'objection que l'on a parfois tirée de l'article 23 du Code de procédure, d'après lequel il faudrait pour jouir de cette action, une possession annale, à titre non précaire et paisible.

Telle est l'opinion professée par MM. Aubry et Rau (1), la réintégrande n'exige pas pour son admission une possession proprement dite et qui réunisse tous les caractères indiqués par l'article 2229; elle n'exige pas une possession annale, elle requiert seulement dans la personne de celui qui l'intente une détention actuelle, c'est-à-dire la détention au moment de la perpétration de la voie de fait à raison de laquelle l'action est formée. Elle est bien moins accordée pour la garantie et la conservation de la possession, que pour la réparation du fait illégitime et contraire à la paix publique, dont s'est rendu coupable l'auteur d'une déposssession consommée par voie de fait.

La Cour de cassation a toujours considéré la réintégrande comme ayant été conservée par notre législation, avec les caractères qu'elle avait autrefois.

S'il fallait satisfaire aux exigences de l'article 23 C. Pr. et prouver la possession d'an et jour et à titre de propriétaire, ce serait donner un encouragement à la violence et à la mauvaise foi, en excitant le débiteur propriétaire à prendre par force, ce qu'il ne pourrait obtenir par la voie juridique.

Le rétenteur dépossédé jouira donc de la réintégrande et il pourra l'intenter, non seulement contre l'auteur de la violence, mais encore contre un tiers possesseur, fût-il même de bonne foi.

2° La chose retenue est mobilière.

Le rétenteur sera protégé dans ce cas par l'article 2279,

(1) Aubry et Rau, II, p. 165.

nous savons en effet que les dispositions de ce texte ne s'appliquent pas uniquement au propriétaire, mais bien à tous ceux qui détiennent un meuble en vertu d'un titre valable.

Il s'en suit donc que le rétenteur dépourvu pourra réclamer la chose entre les mains de tout possesseur de mauvaise foi, il obtiendra encore ce résultat même si l'objet se trouve entre les mains d'un possesseur de bonne foi, si l'objet lui a été enlevé par vol ou s'il l'a perdu ; pourvu qu'il intente son action dans les trois ans, et qu'il rembourse à l'acquéreur le prix que ce dernier en a payé.

Il résulte d'autre part, écrit M. Glasson (1), de l'article 2102, 1^o, que dans le cas de gage, et par conséquent, dans celui de rétention, la loi considère comme vol le seul fait que la chose a été retirée des mains du rétenteur par fraude et sans son consentement. Le texte que nous venons de citer autorise en effet le bailleur à reprendre son gage partout où il se trouve, même aux mains d'un acquéreur de bonne foi.

Ces idées de vol de la possession étaient très familières aux Romains, nous avons vu qu'ils donnaient l'action *furti* non seulement au propriétaire mais encore au possesseur et au simple détenteur à l'encontre même du *dominus*.

Pothier nous dit d'autre part : « si le débiteur emportait, à l'insu et contre le gré de son créancier, la chose qu'il lui a donnée en nantissement, il commettrait un vol, non pas à la vérité un vol de la chose même, car on ne

(1) Glasson. *Rétention*, p. 98.

peut pas être voleur de sa propre chose « *rei nostræ furtum facere non possumus* » (Paul, Sent. 11. 32. 20) mais, il commettrait un vol de la possession de cette chose.

M. Vigié (1) interprète l'article 2102 comme M. Glasson, la restriction de délai à 40 ou à 15 jours au lieu de trois ans s'explique, dit-il, par ce fait que le bailleur ne possède pas réellement, que son droit portant sur une universalité d'objets, les tiers ont pu croire légitimement qu'il n'atteignait pas l'objet déplacé : le législateur a voulu rapidement consolider la situation des tiers acquéreurs.

Que si le délai est dans un cas de 40 jours, dans l'autre de 15 jours seulement, cela tient à la plus grande difficulté de surveiller les déplacements du mobilier de la ferme que les déplacements du mobilier de la maison.

Mais, ajoute-il, en dehors de cette restriction, nous admettons que le bailleur revendiquant, c'est-à-dire réclamant la possession des meubles déplacés, est dans les mêmes conditions que tout possesseur de meubles déposés et revendiquant les dits meubles.

Il peut donc revendiquer tant contre les détenteurs de mauvaise foi qu'à l'encontre des détenteurs de bonne foi, et contre ces derniers, il peut être condamné à restituer le prix, si ceux-ci les ont achetés de bonne foi, dans les conditions de l'art. 2280 (2).

(1) Vigié. — *Cours élémentaire de droit civil*. III. p. 656.

(2) La jurisprudence de la Cour de cassation a accepté une solution contraire, suivant laquelle le bailleur n'est tenu à rien contre les acquéreurs de bonne foi et sa revendication triomphe, sous la seule condition d'avoir été exercée dans les délais de l'article 2102. Cet article ne serait donc pas une application du principe général

Nous ne trouvons donc pas dans l'article 2102 une disposition exceptionnelle mais au contraire une application du principe général écrit dans l'article 2279, et c'est se conformer à l'esprit de la loi que d'étendre cette disposition au rétenteur, abstraction faite bien entendu des restrictions qu'elle apporte au délai accordé pour intenter l'action en revendication.

IV. Le rétenteur a volontairement abandonné la possession.

Il a perdu le droit de se prévaloir du bénéfice de la rétention, son droit est désormais définitivement éteint, il y a librement renoncé, il ne peut revenir sur cette renonciation.

Notre code nous présente cependant l'hypothèse d'un rétenteur qui peut sous certaines conditions revendiquer la possession dont il s'est dessaisi.

On lit en effet dans l'article 2102, 4^o, que : « Si la vente a été faite sans terme, le vendeur peut même revendiquer ces effets tant qu'ils sont en la possession de l'acheteur, et en empêcher la revente pourvu que la revendication soit faite dans la huitaine de la livraison, et que les effets se trouvent dans le même état dans lequel cette livraison a été faite ».

Cet article trouve son origine dans les coutumes de Paris et d'Orléans qui accordaient cette revendication au vendeur d'effets mobiliers, « qui vend aucune chose mo-

contenu dans les articles 2279 et 2280 C. C. Nous ne pouvons accepter cette solution elle a été du reste combattue par M. Meynial dans un article inséré au *recueil d'arrêts de Sirey*. (S. 1889. I, 321).

bilière sans jour et sans terme, espérant être payé promptement, il peut poursuivre sa chose en quelque lieu qu'elle soit transportée pour être payé du prix qu'il l'a vendue », et Dumoulin explique cette disposition en disant que : « c'est pour en demeurer saisi jusqu'à ce qu'il soit payé ».

M. Vuatrin a tiré de ce texte une réfutation éclatante de la théorie généralement admise avant 1839, et qui consistait à considérer cette revendication comme une action en résolution de la vente. C'était une erreur ; le vendeur en exerçant son action en revendication n'entend pas perdre le bénéfice du contrat qu'il a passé, la vente subsiste, mais il veut s'assurer par la revendication le bénéfice du droit de rétention qui doit lui assurer le paiement du prix de l'objet vendu.

Nous n'insisterons pas davantage sur cette question. L'article 2102, 4^o, ne présentait aucun intérêt au point de vue de notre étude, nous avons cru bon cependant de le mentionner, parce qu'il constitue une exception à la règle que l'abandon volontaire de l'objet retenu entraîne d'une manière irrévocable l'extinction du droit de rétention.

CHAPITRE VI

EFFETS DU DROIT DE RÉTENTION.

Pour présenter une étude complète des effets du droit de rétention, nous devons envisager 1° les résultats qu'il produit dans les rapports du créancier rétenteur avec le débiteur rétentionnaire et 2° les avantages qui en résultent pour le créancier rétenteur dans ses rapports avec les tiers.

I. — Effets de la rétention entre le créancier rétenteur et le débiteur propriétaire de la chose retenue.

Le droit principal et tout à fait essentiel qui résulte de la rétention, consiste dans la faculté pour le rétenteur de s'opposer à la restitution de la chose qu'il détient, jusqu'au paiement de ce qui lui est dû. Cette faculté, qui consiste en somme à opposer aux réclamations du propriétaire la force d'inertie, constitue le seul avantage véritablement propre à la rétention.

Sans doute le créancier muni de cette sûreté possède comme tout autre le droit d'expropriation, il peut comme tout autre faire vendre les biens de son débiteur, mais ce n'est pas là une conséquence du droit de rétention, bien au contraire, nous ferons remarquer que l'exercice du

droit d'expropriation est tout à fait antipathique à notre sûreté, loin d'en constituer l'exercice il en entraîne la perte ; en effet, le rétenteur poursuivant la vente de l'objet retenu s'engage à en opérer la délivrance à l'acquéreur, or une fois qu'il est dépossédé, le droit de rétention disparaît avec tous ses avantages puisque cette garantie n'a jamais conféré aucun droit de préférence sur le prix.

Le rétenteur peut-il faire usage de la chose retenue ?

Les articles 2078 et 1930 refusent ce droit au créancier gagiste, l'article 2079 compare sa situation à celle du dépositaire, or ce dernier ne peut user de la chose déposée sans la permission du déposant. Aucun doute du reste n'est permis, en présence des explications très claires données à ce sujet par le tribun Gary. « Le droit qu'à le créancier de conserver la chose donnée en gage, dit-il, n'est pas celui de s'en servir à moins de stipulation contraire » nous lui refuserons donc l'usage de la chose retenue.

Notre solution sera-t-elle la même si la chose retenue est frugifère ? Déciderons-nous que le créancier ne pourra pas percevoir les fruits et les faire siens par cette perception ?

Il est bien entendu que la question ne se pose pas, quand les parties ont fait une convention à ce sujet, la difficulté ne s'élève qu'en l'absence de toute stipulation.

M. Dalloz (1) se prononce pour l'affirmative. Selon lui le droit de retenir la chose implique nécessairement celui d'en percevoir les fruits, sauf au rétenteur à les imputer

(1) Dalloz, *v° Rétention*, n° 62.

d'abord sur les intérêts de sa créance, si elle en produit, et puis sur le capital, déduction faite des charges de la propriété et des frais de gestion. Il base son argumentation sur différents textes du droit romain (L. 5, § 1. *Ut in possess. legat.* — L. 1. *De Distract. pignorum.* — L. 1. 3, C. *De pignorat. act.*) d'où il résulte que le créancier saisi du gage devait en imputer les fruits sur sa créance.

Cette solution s'impose, ajoute-t-il, car rien ne serait moins judicieux que de lui refuser ce droit, il n'y aurait alors d'autre alternative que de laisser périr les fruits, ce qui serait contraire à l'intérêt commun, ou de forcer le créancier à les livrer au débiteur, ce qui rendrait illusoire la rétention des choses frugifères ; en effet, la contrainte imposée au propriétaire par la rétention de sa chose serait facilement supportable ; jouissant des fruits de son bien comme s'il l'avait lui-même en sa possession, le désir de le recouvrer ne le stimulerait plus assez pour le décider à payer ce qu'il doit.

A ces considérations vient encore s'ajouter un troisième argument tiré de l'esprit même du Code qui consacre dit-on cette solution dans l'article 2081 où il est dit que « S'il s'agit d'une créance donnée en gage et que cette créance porte intérêts, le créancier impute ces intérêts sur ceux qui peuvent lui être dus.

Cette solution doit être repoussée, les textes romains que l'on invoque sont tous relatifs au droit de rétention conventionnel résultant du contrat de gage, et ce droit de faire les fruits siens résultait vraisemblablement d'une clause du contrat ; du reste, on peut leur opposer des

textes formels qui considèrent comme un vol le simple usage de la chose remise en gage « *Si pignore creditor utatur, furti tenetur* ». (L. 54. Dg. *De Furtis*).

Quand à l'argument tiré de l'inefficacité de la rétention des choses frugifères, dans le système qui refuse au créancier le droit de s'approprier les fruits, il est exagéré si l'on considère les difficultés que rencontrera le propriétaire s'il veut un jour aliéner l'objet retenu, et il perd toute sa valeur si l'on admet avec nous que la rétention portera non seulement sur la chose retenue mais encore sur ses fruits.

Enfin, on peut facilement écarter l'argument tiré de l'article 2081, c'est une disposition tout à fait exceptionnelle, on ne saurait en tirer un argument d'analogie. Le caractère exceptionnel de cette disposition ressort avec évidence de l'article 2079, qui décide que le gagiste doit compte des fruits et produits de la chose, et l'assimile à un dépositaire.

La dérogation au principe général, dont on voudrait faire la règle, s'explique très bien dans le cas d'une créance donnée en gage, elle n'aurait plus de raison d'être quand cette garantie réelle s'exerce sur un autre objet, il n'y a pas à craindre que les intérêts d'une créance soient imputés pour moins que leur valeur, ils sont toujours liquides, tandis que le contraire serait à craindre dans le cas d'imputation de fruits dont le prix est variable et difficile à calculer.

Enfin, la solution que nous combattons doit être repoussée pour une dernière raison ; c'est qu'elle va à l'en-

contre de l'article 549 C. C. qui décide que le simple possesseur ne fait les fruits siens que lorsqu'il les possède de bonne foi. Or, l'article 590 nous dit que posséder de bonne foi c'est posséder comme propriétaire, et le rétenteur en opposant le droit de rétention reconnaît justement qu'il ne l'est pas, il n'est donc pas en état de s'approprier les fruits de la chose retenue.

Que vont donc devenir ces fruits si nous refusons au rétenteur le droit de les imputer sur sa créance. M. Cabrye (1) reprenant un système déjà proposé par M. Rauter donne une solution à la fois juridique et ingénieuse que l'on accepte généralement aujourd'hui. Il est de principe que les fruits sont l'accessoire de la chose, or, l'accessoire suit le principe, et c'est ainsi que les juristes romains décidèrent que les fruits du gage en faisaient partie ; ce principe reproduit dans notre ancien droit (2), doit être admis encore de nos jours et l'on peut sans crainte l'étendre au droit de rétention. En un mot, le rétenteur aura sur les fruits comme sur la chose elle-même le simple droit de les retenir ; les produits de la chose retenue, en faisaient nécessairement partie avant leur séparation, ils étaient soumis en même temps qu'elle à la rétention, cette situation va se continuer après leur séparation.

Une difficulté se présente au cas où ces choses ne peuvent être conservées. Alors, la conduite à tenir par le créancier se déduit d'un autre principe ; nous verrons

(1) Cabrye, *Rétention*, p. 153.

(2) Guy du Rousseaud de la Combe, *Jurisp. Civile*, v^o Gage, n^o 3.

que sa qualité de rétenteur lui impose l'obligation de veiller à la conservation de la chose en bon père de famille, il irait donc contre son devoir en la laissant perdre. Qu'en fera-t-il donc? M. Rauter présente un moyen très avantageux en pratique et qui nous semble respecter tous les principes. Il faudra, en pareil cas, considérer le rétenteur comme tenu de mettre les fruits ou produits de la chose à la disposition du débiteur qui aura le choix entre deux partis : prendre les fruits pour lui, mais en les remplaçant bien entendu par une garantie équivalente donnée au rétenteur, ou permettre à ce dernier de les vendre au prix courant et de les imputer sur sa créance.

Obligations du créancier rétenteur.

La première consiste à restituer l'objet retenu, quand par suite du paiement de la dette, la rétention vient à manquer de cause.

Il doit aussi veiller à la conservation de la chose, c'est une obligation corrélatrice de la première. « Tout débiteur qui est obligé de rendre une chose, dit Pothier, est obligé de la conserver pour la rendre, l'obligation de la fin renferme celle des moyens nécessaires pour y parvenir. »

Quelle est l'étendue de la responsabilité du créancier? La réponse est écrite dans l'article 1137, il doit lui donner tous les soins d'un bon père de famille.

II. — *Effets de la rétention à l'égard des tiers.*

Le mot tiers, doit être pris ici dans une acception très large, il comprend à l'exception du propriétaire et de ses ayants-cause à titre universel, tous ceux avec qui le rétenteur peut se trouver en relation au sujet de la chose retenue.

Le droit qu'il prétend exercer sur cette chose peut le mettre en conflit 1° avec les autres créanciers chirographaires. 2° Avec les tiers acquéreurs de la propriété de cette chose ou simplement de droits réels démembres de cette propriété : créanciers hypothécaires ou privilégiés.

1° Droits du créancier rétenteur vis-à-vis des autres créanciers chirographaires du codébiteur commun :

Les créanciers, n'ayant sur la chose retenue d'autres droits que ceux qui résultent du gage général accordé par la loi, ne peuvent avoir sur cette chose plus de droits que le débiteur lui-même, donc, quelle que soit la date de leur créance, le droit de rétention leur sera valablement opposé.

On s'est demandé : si la rétention mettait obstacle au droit de faire saisir et vendre le bien retenu.

Dans un premier système on a prétendu que le droit de saisie était exclusif du droit de rétention ; il résulte clairement, dit-on, de l'article 609, C. Pr., que le droit de rétention n'existe pas à l'encontre du créancier saisissant ; il y est dit, en effet, que les créanciers du saisi pour quelque cause que ce soit, même pour loyers, ne

pourront former opposition que sur le prix de la vente ; il en résulte bien que le locateur, bien que nanti des meubles garnissant la maison louée et jouissant sur eux d'un droit de rétention, ne peut s'opposer à la vente, la loi est formelle, ses termes sont généraux, il doit en être ainsi de tous les créanciers rétenteurs.

Un second système est diamétralement opposé à celui qui précède, il consiste à dire que le droit de rétention est exclusif du droit de saisie, on ne peut saisir une chose soumise à la rétention ; le créancier saisissant, dit-on, ne fait qu'exercer le droit qui appartient à son débiteur de vendre ses biens, or ce débiteur ne pourrait évincer le rétenteur sans l'indemniser, ils ne peuvent donc saisir et vendre qu'après avoir opéré eux-mêmes le paiement de ce qui est dû.

Ces deux opinions nous paraissent erronées, d'une part, le droit de saisie n'est pas incompatible avec le respect dû au droit de rétention, et d'autre part la rétention ne doit pas mettre obstacle à l'exercice de la saisie, ce sont deux choses qui peuvent fort bien se concilier entre elles, les créanciers pourront toujours, comme le pourrait le débiteur lui-même, vendre l'objet retenu et parvenir ainsi à la réalisation de ce bien qu'ils trouvent dans le gage général que leur accorde la loi ; mais, une fois la vente consentie, le droit de rétention ne cesse pas d'exister, et le créancier qui en bénéficie peut s'en prévaloir à l'encontre de tout tiers qui viendrait lui demander la délivrance de l'objet qu'il vient d'acquérir.

Il résulte bien de cette situation, qu'en fait, les créan-

ciers ne pourront utilement saisir et vendre qu'après avoir préalablement désintéressé le rétenteur, mais c'est là un pur obstacle de fait à l'exercice utile de la saisie, cette nécessité toute de fait n'engendrera jamais un obstacle de droit à l'exercice simultané de la saisie et de la rétention; ce droit de rétention n'empêche pas la saisie, mais la rétention est opposable au créancier saisissant.

2° Droits du créancier rétenteur contre les tiers acquéreurs de droits réels sur la chose retenue.

1° Créanciers hypothécaires :

Une doctrine soutenue par MM. Mourlon (1) et Cabrye (2) décide, que le créancier rétenteur a d'une manière absolue le droit de rétention à l'encontre de tous les créanciers hypothécaires et privilégiés, elle repousse toute distinction entre ceux dont le titre est antérieur ou postérieur à la naissance du droit de rétention, le créancier rétenteur jouissant d'un droit réel, il ne peut être question de lui assigner un rang.

L'ancien droit, disent ces auteurs, est en ce sens, les jurisconsultes coutumiers déclarent le droit de rétention opposable à tout autre créancier sans aucune distinction (Dumoulin, *Cout. de Paris*, tit. XI, art. 138, n° 16 et 17; Duparc-Poullain, t. VIII, p. 298; Claude Serres, *Inst. du dr. fr.*, liv. II, tit. VIII, § 1).

Les textes du Code sont aussi très généraux, et il n'en pouvait être autrement. « Il ne peut être question de rang à assigner à la rétention, en cas de conflit, avec les

(1) Mourlon, *Examen critique*, n° 221.

(2) Cabrye, *Rétention*, n° 82.

causes légitimes de préférence, écrit M. Cabrye (1), car elle n'en fait pas partie, mais constitue une sûreté spéciale complètement indépendante, puisque tandis que celles-ci ne peuvent s'exercer que sur le prix de la chose, la rétention s'exerce sur la chose même et avant qu'elle ait été transformée en argent ».

M. Glasson qui combat ce système, commence par faire une distinction : si la rétention porte sur un meuble le rétenteur peut opposer son droit à tous les créanciers privilégiés et hypothécaires, quelle que soit la date de sa créance, il peut s'armer de l'article 2279 et se prévaloir de la possession, sauf le cas de perte ou de vol, et repousser tous les créanciers antérieurs (2).

La solution opposée doit prévaloir quand il s'agit d'un immeuble, l'art. 2091 décide que l'antichrèse, à la différence du gage, n'est pas opposable aux créanciers, qui, avant sa constitution, avaient déjà des droits hypothécaires sur l'immeuble, on conçoit difficilement qu'une autre solution puisse prévaloir quand il s'agit du créancier rétenteur ; s'il en était autrement, le débiteur pourrait se procurer avec ses biens un double crédit, après les avoir grevés d'hypothèque, il en tirerait un nouveau parti en concédant sur eux un droit de rétention, on lui permettrait ainsi d'entraver l'exercice utile des droits déjà consentis, il pourrait librement diminuer et même anéantir la garantie sur la foi de laquelle ses créanciers avaient traité avec lui.

(1) Cabrye, Rétention, n° 82, p. 140.

(2) Glasson, Rétention, p. 104 et 105.

Enfin, ce système consacre une contradiction choquante. « S'agit-il d'un simple droit de rétention sur un immeuble, résultant de la loi ou de la convention des parties, ce rétenteur peut opposer son droit à tous les créanciers même antérieurs en date; s'agit-il d'un droit d'antichrèse, c'est-à-dire d'un simple droit de rétention conventionnel, auquel vient se joindre cet autre droit qui n'a rien de commun avec le premier, de percevoir les fruits, ou décide que l'antichrésiste, c'est-à-dire le rétenteur, ne peut opposer son droit qu'aux créanciers qui lui sont postérieurs. Cependant il y a analogie entre les deux situations, et dès lors la distinction que l'on est obligé de faire dans le système contraire, ne repose sur aucun fondement. »

Nous conclurons donc avec notre savant maître, que le droit du rétenteur doit s'effacer devant celui d'un créancier hypothécaire antérieur, il l'opposera au contraire valablement à tous ceux dont l'hypothèque est postérieure à la naissance de son droit.

Le concours du droit de rétention et de l'hypothèque s'est présenté d'une manière intéressante devant le tribunal de la Seine (1). On s'est demandé: si le surenchérisseur créancier d'une indemnité vis-à-vis des créanciers hypothécaires peut retenir l'immeuble jusqu'à ce qu'il ait obtenu son paiement.

On a prétendu que la rétention ne pouvait s'appliquer en pareille hypothèse, qu'on ne pouvait l'étendre en dehors des cas d'application formellement prévus par la

(1) Jugement du 10 juin 1880. *Le Droit*. 25 juin 1880.

loi, nous avons vu déjà ce que vaut cette fin de non-recevoir; mais une autre raison plus sérieuse était invoquée et sa portée nous paraît plus grave; l'acquéreur, comme le fait très bien remarquer un auteur (2) qui s'occupe de la question, ne peut pas barrer la voie aux créanciers hypothécaires en plaçant son droit de rétention en travers de leur action, il est nécessaire que la procédure de surenchère aboutisse. Le tribunal de la Seine est parvenu cependant à donner satisfaction au surenchéri, l'adjudication aura lieu mais il sera remboursé par préférence au moment de la distribution du prix aux créanciers inscrits. On ne saurait contester la légitimité de cette préférence, puisque le débiteur ne fait que prélever une valeur sortie de son patrimoine, mais nous ne voyons pas comment on peut justifier en droit cette solution.

2° Créanciers privilégiés :

Une nouvelle difficulté surgit ici, car les privilèges ne prennent pas rang d'après la date de leur naissance, mais d'après leur cause.

M. Glasson y trouve une raison de modifier pour les créanciers privilégiés la théorie qu'il avait admise pour les créanciers hypothécaires; on doit, selon lui, en l'absence de tout texte sur la question, décider par application du principe de la réalité du droit de rétention, que le rétenteur prime tous les créanciers privilégiés et peut leur opposer son droit à tous.

Nous croyons que l'on pourrait encore ici appliquer la solution donnée plus haut; sans doute le droit de réten-

(2) Raynald-Potiel. Thèse de doctorat, 1884.

tion est un droit réel dans le sens spécial que nous donnons à ce terme, mais le privilège n'est-il pas lui aussi un droit réel qui (1), comme on l'a fait remarquer, du moment où il frappe l'immeuble, devient indépendant des droits du débiteur, et qui ne peut, par conséquent, être paralysé par des droits constitués par le débiteur ou ayant pris naissance de son chef.

Une autre considération nous fait incliner vers cette opinion, il y aurait selon nous une anomalie à décider le contraire, le droit de rétention serait d'une part primé par les hypothèques consenties antérieurement à sa naissance, et d'autre part il primerait tous les privilèges sans distinction alors que les privilèges constituent un droit supérieur au droit hypothécaire.

3^e Tiers acquéreur de la propriété :

Il est certain que le droit de propriété acquis antérieurement à la naissance du droit de rétention est opposable au créancier, mais, par contre, ceux qui n'ont acquis leur droit que postérieurement à la naissance de cette sûreté devront en respecter l'exercice, ils n'auront droit à la délivrance de leur acquisition qu'après avoir payé au rétenteur ce qui lui est dû, à moins que le vendeur ne l'ait désintéressé lui-même.

Connaissant maintenant les effets du droit de rétention, nous pouvons apprécier ses avantages et ses inconvénients.

Il a perdu dans notre droit moderne une partie de l'importance qu'il avait à Rome; l'idée romaine des droits

(1) Romuiccano, Rétention, p. 217.

sans action lui donnait une utilité qu'il n'a plus aujourd'hui, nous avons heureusement abandonné cette conception bizarre enfantée par un respect exagéré des dispositions du *jus civile*; tout droit maintenant est sanctionné par une action, et la rétention ne constitue plus en aucun cas le moyen unique d'obtenir le paiement d'une dette, elle n'est plus qu'une garantie accessoire destinée à assurer ce paiement d'une façon plus certaine.

L'utilité de cette sûreté est cependant encore bien considérable, mais comme elle exclut tout droit de préférence sur la valeur de la chose retenue, il faut bien reconnaître que c'est une garantie très imparfaite et que les avantages qu'elle procure sont relativement restreints. elle a pour effet d'inciter le débiteur à se libérer promptement pour rentrer en possession de sa chose, et donne au créancier qui l'invoque le moyen d'obtenir un paiement intégral en écartant d'une manière indirecte le concours des autres créanciers, mais le résultat que l'on veut obtenir au moyen de cette garantie peut parfois se faire bien longtemps attendre, l'entêtement, le mauvais vouloir du débiteur peuvent le porter à s'abstenir de réclamer l'objet retenu, et le créancier forcé de réaliser alors par la voie ordinaire le gage qu'il possède sur cette chose, concurremment avec les autres créanciers de ce débiteur commun viendra simplement en concours avec eux sur le prix.

Une question nouvelle s'est posée relativement aux droits du rétenteur depuis la promulgation de la loi du

20 février 1889 relative à la restriction du privilège du bailleur d'un fonds rural et à l'attribution des indemnités dues par suite d'assurances. L'article 2 de cette loi dispose que les indemnités dues par suite d'assurance contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité des bestiaux ou les autres risques sont attribuées, sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant leur rang. On s'est demandé si le créancier rétenteur pouvait prétendre au paiement de la créance garantie par la rétention en vertu de la délégation légale introduite par la loi précitée. Nous n'hésitons pas à nous prononcer pour la négative, le droit de rétention ne porte que sur la chose elle-même considérée *in specie*, le créancier muni de cette garantie ne peut prétendre aucun droit particulier sur sa valeur, il en est tout autrement des créanciers hypothécaires et privilégiés, il n'y a donc aucune assimilation à faire entre les deux situations.

CHAPITRE VII

EXTINCTION DU DROIT DE RÉTENTION

Le droit de rétention n'étant qu'une garantie accessoire disparaît avec la créance qui lui sert de base, nous aurons donc à étudier certains modes d'extinction par voie de conséquence ; il peut aussi prendre fin par voie principale alors même que la créance dont il doit assurer le paiement continue à subsister.

I. EXTINCTION PAR VOIE DE CONSÉQUENCE.

Tous les modes d'extinction des créances entraînent par voie de conséquence l'extinction du droit de rétention, ainsi cet effet se produira toutes les fois qu'il y aura eu paiement, compensation, remise de dette, confusion, etc....

Nous ferons une remarque à propos de la novation ; dans les systèmes généralement admis, ce mode d'extinction de la créance doit entraîner par voie de conséquence la perte du droit de rétention, car la relation de connexité qui existait par rapport à l'ancienne créance n'existe plus pour la nouvelle ; dans l'opinion que nous avons admise, le résultat ne se produira pas nécessairement, le juge à qui nous nous en remettons du soin de décider si le droit de rétention doit être accordé ou refusé pourra fort bien le maintenir comme garantie de la nouvelle créance.

En énumérant les causes d'extinction des créances qui entraînent par voie de conséquence celle de la rétention, nous avons omis à dessein de citer la prescription.

Nous devons rechercher d'abord si l'exercice de la rétention ne met pas obstacle à la prescription de la créance ; en d'autres termes : si trente ans se sont écoulés depuis que la créance est devenue exigible, le débiteur peut-il invoquer la prescription et réclamer sa chose, quoique le créancier l'ait conservée en sa possession pendant tout ce temps. Pour que la question se présente, il faut nécessairement se placer dans l'un des systèmes qui enseignent, soit que la prescription des obligations ne laisse pas subsister d'obligation naturelle, soit que le droit de rétention légal ne peut garantir une obligation naturelle.

La question est ancienne, l'empereur Justin décida que l'exercice du droit de rétention constituait un obstacle à la prescription de la créance (L. 7, § 3. Cod. De Prescript. XXX, vol. XL). Cette solution fut vivement controversée dans l'ancien droit, mais la jurisprudence et les auteurs sont pour ainsi dire unanimes de nos jours à décider que l'exercice du droit de rétention met obstacle à cette prescription (Proudhon, *De l'usufruit*, t. II, n° 762. — Aubry et Rau, § 434 et 438. — Dalloz, v° *Rétention*, n° 200, v° *Prescription*, n° 788. — Glasson, p. 164. — Marcadé, *De la prescription*, n° 180). Cette opinion se justifie par le raisonnement suivant : le fait de retenir comme sûreté de sa créance une chose qui appartient au débiteur constitue de sa part une reconnaissance tacite de la dette qui suffit pour interrom-

pro la prescription ; de plus, la prescription libératoire est fondée sur une idée de négligence que l'on reproche au créancier, or ce reproche dans l'espèce serait bien injustifié ; comptant sur la garantie qu'il possède, il est tout naturel qu'il s'abstienne d'actionner son débiteur.

M. Cabrye a contesté cette solution ; le principe, dit-il, est que toutes les actions se prescrivent par trente ans, (art. 2262, C.C.), mais, ce principe souffre des exceptions, il y a des personnes contre lesquelles la prescription ne court pas (art. 2251 et suiv.), le créancier rétenteur est-il au nombre de ces privilégiés ? Non, dit-il, la loi a pris soin de déclarer que l'énumération qu'elle donne est limitative (art. 2251) et, contrairement à ce qu'a fait la loi romaine, elle a passé sous silence le créancier qui jouit du droit de rétention.

Aux partisans de la théorie opposée, qui voient dans la possession laissée par le débiteur aux mains du rétenteur une reconnaissance tacite et continuelle de sa dette, il répond, que si la reconnaissance tacite de la dette suffit incontestablement pour interrompre la prescription, il ne faut l'induire que de faits certains qui ne peuvent laisser subsister aucun doute sur l'intention de leur auteur ; or, le fait que le débiteur détient une chose appartenant à son débiteur, peut s'expliquer de toute autre manière que par l'idée d'une reconnaissance de dette, on n'en doit pas induire nécessairement un pareil aveu ; supposer contre la présomption ordinaire de la loi que la dette n'a pas été payée, en considération de ce seul fait que le créancier est resté en possession d'un objet qui

devait en assurer le paiement, c'est faire une supposition trop absolue qui peut fort bien être le contraire de la vérité.

Le créancier d'ailleurs avait trente ans pour exiger le paiement, il pouvait même se borner à interrompre la prescription, on ne peut donc pas dire que sa position soit désavantageuse et s'il perd sa créance ce sera bien par suite de son incurie.

L'argumentation de Cabrye est très rigoureuse et nous sommes bien disposé à nous ranger à son avis, mais nous croyons utile d'apporter cependant une atténuation à la rigueur de son système :

La question qui nous occupe ramenée à ses éléments essentiels peut se formuler ainsi : la rétention par le créancier d'un objet qui appartient à son débiteur implique-t-elle nécessairement l'interruption de la prescription ? Les auteurs et la jurisprudence disent oui, M. Cabrye est d'un avis opposé, la vérité selon nous serait dans un juste milieu ; à notre avis, quand l'espèce se présente, la solution ne doit point se trouver dans une interprétation immuable de la loi, l'examen des circonstances qui ont accompagné le maintien de la possession aux mains du créancier rétenteur est de la plus grande importance, on doit rechercher, si oui ou non, cette situation qui ne signifie rien par elle-même implique une reconnaissance de dette, et cela vaudra cent fois mieux qu'une solution *a priori* qui sera nécessairement arbitraire et qui risque souvent d'aller à l'encontre des véritables intentions des parties.

II. EXTINCTION PAR VOIE PRINCIPALE.

Ces causes d'extinction sont celles qui laissant subsister la créance, la privent de la garantie qui, devait en assurer le paiement.

1° Perte de la possession.

La possession étant une des conditions d'existence du droit de rétention, sa perte doit entraîner l'extinction de cette sûreté. Ce résultat se produira quelle que soit la cause de la dépossession; si elle est le résultat d'un abandon volontaire, la rétention sera généralement perdue sans retour car on verra dans ce fait une renonciation tacite à cette sûreté, il en serait tout autrement au cas de privation involontaire de la possession, on est en effet généralement d'accord pour faire bénéficier en ce cas le créancier de la réintégration, nous avons du reste examiné déjà les difficultés que soulève cette question, il est inutile d'y revenir encore.

2° Renonciation au droit de rétention.

Il est presque inutile de faire remarquer que ce mode d'extinction n'entraîne aucune conséquence pour la créance elle-même, on peut sans renoncer à ses droits abandonner les sûretés qui la garantissent.

3° Abus de la chose retenue.

On est d'accord pour décider que la mauvaise administration, le manque de soins du rétenteur peuvent justifier la demande en restitution, quand cette incurie met en péril la chose retenue ou qu'elle risque d'en diminuer la valeur.

4° Retard dans la liquidation de la créance.

Nous avons vu que l'ordonnance de 1879, avait impartie au rétenteur un délai raisonnable pour faire liquider sa créance, notre code est silencieux sur ce point, mais nous avons cru bon d'accorder à nos tribunaux la faculté de déterminer ce délai; faute d'avoir opéré la liquidation dans les limites qui lui ont été prescrites, le rétenteur perdrait le bénéfice de la rétention.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — Le droit de rétention était une exception purement personnelle au débiteur.

II. — Le droit de rétention n'était pas indivisible.

III. — La connexité n'était pas nécessaire pour l'admission du droit de rétention.

IV. — Le droit de rétention était accessoire, il supposait toujours l'existence d'une créance au moins naturelle.

V. — En cas de fidéjussion le créancier n'était pas tenu de conserver les sûretés attachées à sa créance pour les transmettre au fidéjusseur.

VI. — Justinien en parlant aux Instituts (l. 4 et 6, § 30) de la compensation qui doit s'opérer désormais *ipso jure* n'a pas voulu dire qu'elle serait désormais légale, mais simplement qu'une exception ne serait plus nécessaire pour l'opposer.

VII. — Les stipulations ne pouvaient sous Justinien constituer de véritables servitudes.

VIII. — Le fidéjusseur ne pouvait pas s'obliger à payer dans un terme plus court que celui qui appartenait au débiteur principal.

DROIT FRANÇAIS

I. — L'article 2082, 2^o du Code civil n'accorde au créancier gagiste qu'un droit de rétention sur la chose remise en gage.

II. — Le droit de rétention doit être étendu en dehors des cas où la loi l'accorde expressément.

III. — Le droit de rétention confère non seulement une exception personnelle au débiteur mais encore un droit opposable au tiers.

IV. — L'action en revendication accordée au vendeur de meubles par l'article 2102 du Code civil n'entraîne pas la résolution de la vente, elle tend seulement à rendre au vendeur la possession des meubles aliénés pour lui permettre d'exercer le droit de rétention.

V. — Le maintien de la possession entre les mains du créancier, d'un bien sur lequel il peut exercer la rétention ne fait pas en principe obstacle à la prescription de la créance.

VI. — L'erreur pour être une cause de nullité du mariage doit porter sur la personnalité civile tout entière et soulever une question d'identité.

VII. — L'article 1091 du Code civ. fixant la quotité disponible entre époux a été écrit en vue d'étendre au profit du conjoint le disponible du droit commun et non de le restreindre.

VIII. — La séparation des patrimoines ne constitue pas un véritable privilège, elle n'a aucun caractère hypothécaire et ne confère pas le droit de suite.

IX. — La subrogation fait passer sur la tête du subrogé la créance elle-même et non pas seulement les accessoires.

DROIT INTERNATIONAL.

I. — Les tribunaux français ont le droit d'examiner les jugements rendus à l'étranger, tant au point de vue du fond qu'au point de vue de la forme, mais uniquement pour accorder ou refuser l'*exéquatur* ; ils n'ont pas le droit de substituer leur décision à celle du tribunal étranger si cette dernière leur paraît mal rendue.

II. — La succession d'un étranger non domicilié en France est régie quant aux valeurs mobilières par la loi du domicile.

DROIT CONSTITUTIONNEL

I. — Le Sénat a les mêmes attributions que la Chambre des députés en matière financière sauf le droit de priorité.

II. — L'Assemblée Nationale ne peut réviser les lois constitutionnelles que dans la mesure fixée par l'accord préalable des deux Chambres

VU :

Le Président de la thèse,
LÉON MICHEL.

VU :

Le Doyen,
COLMET DE SANTERRE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER

Le vice-recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD

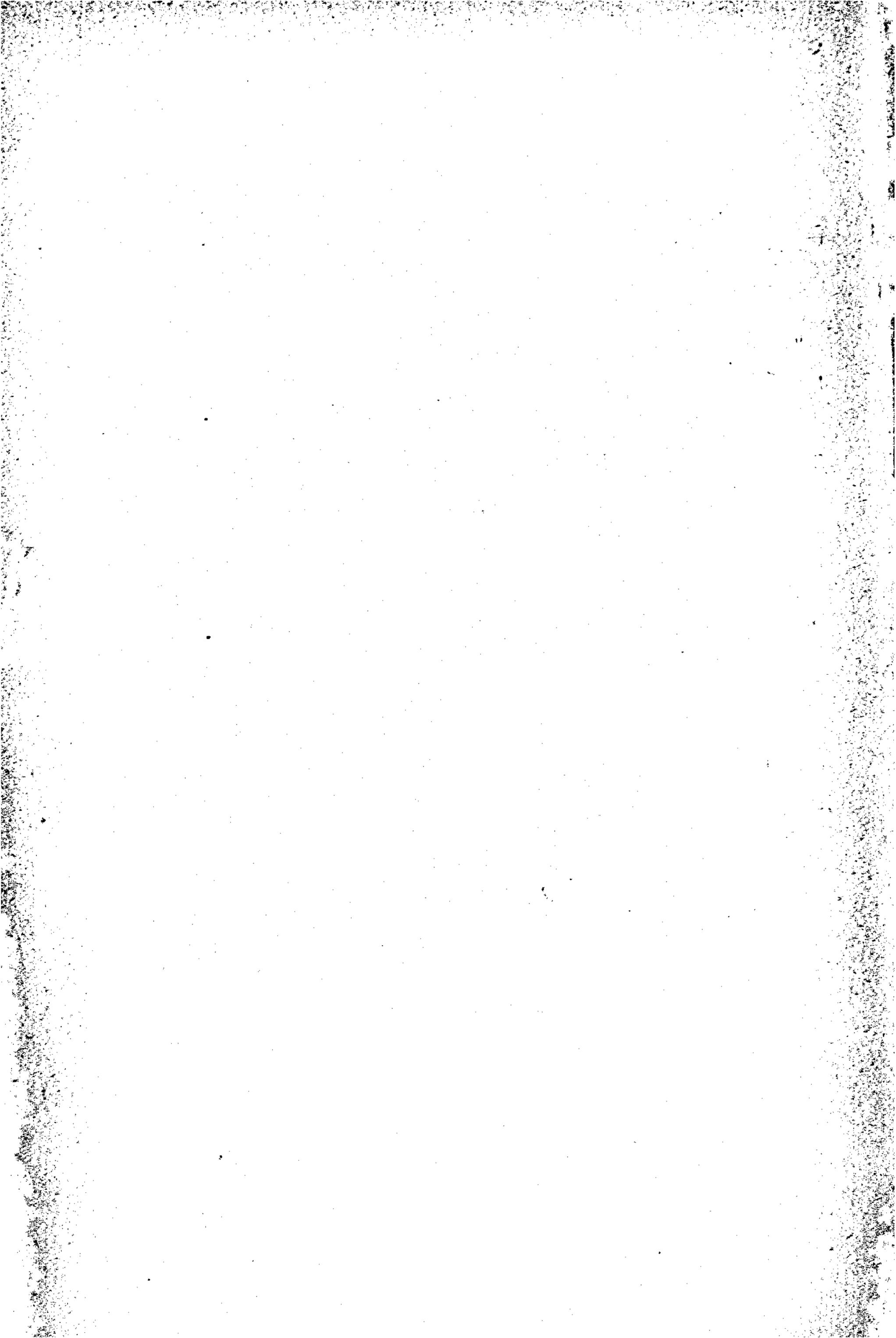


TABLE DES MATIÈRES

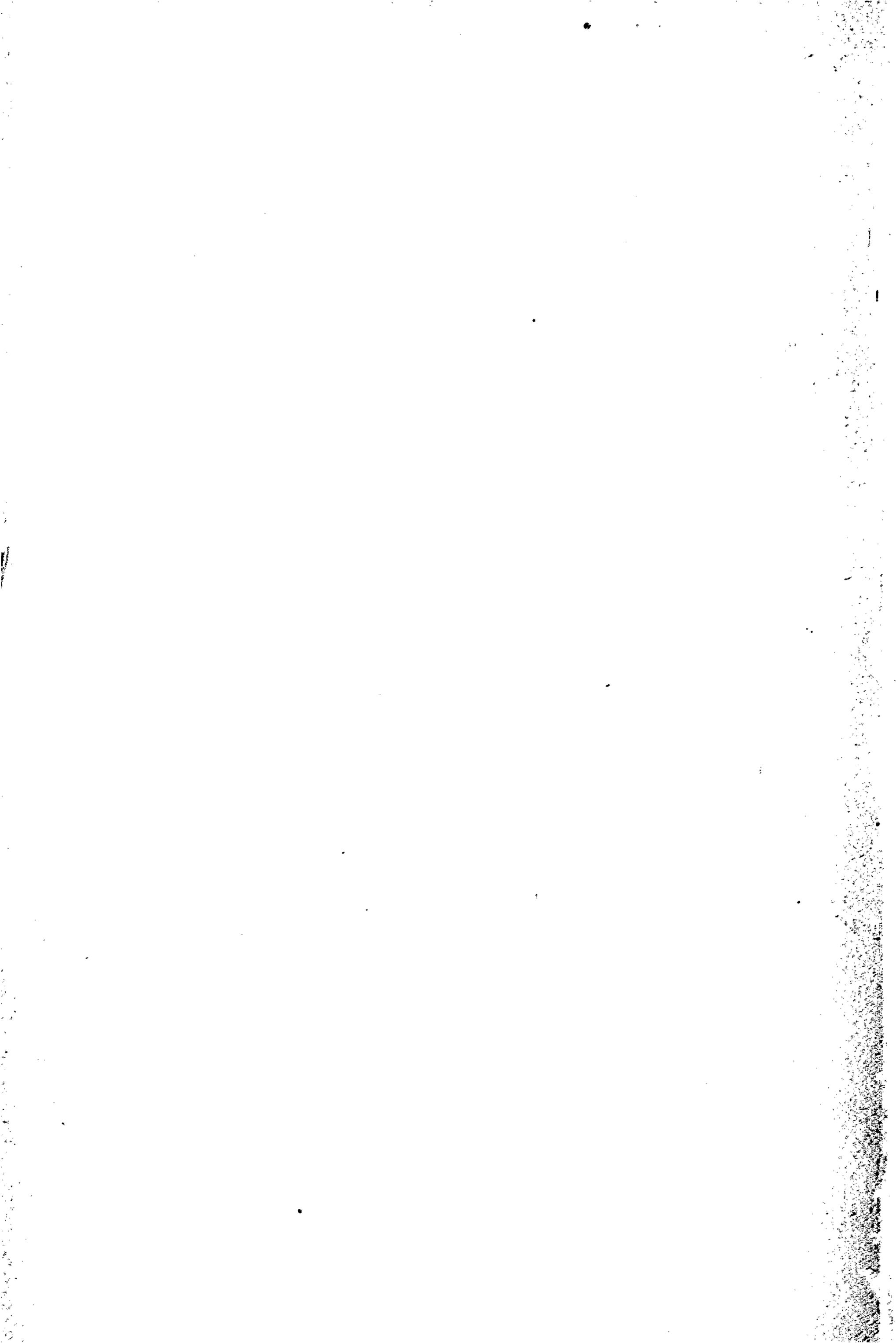
Introduction.	5
-----------------------	---

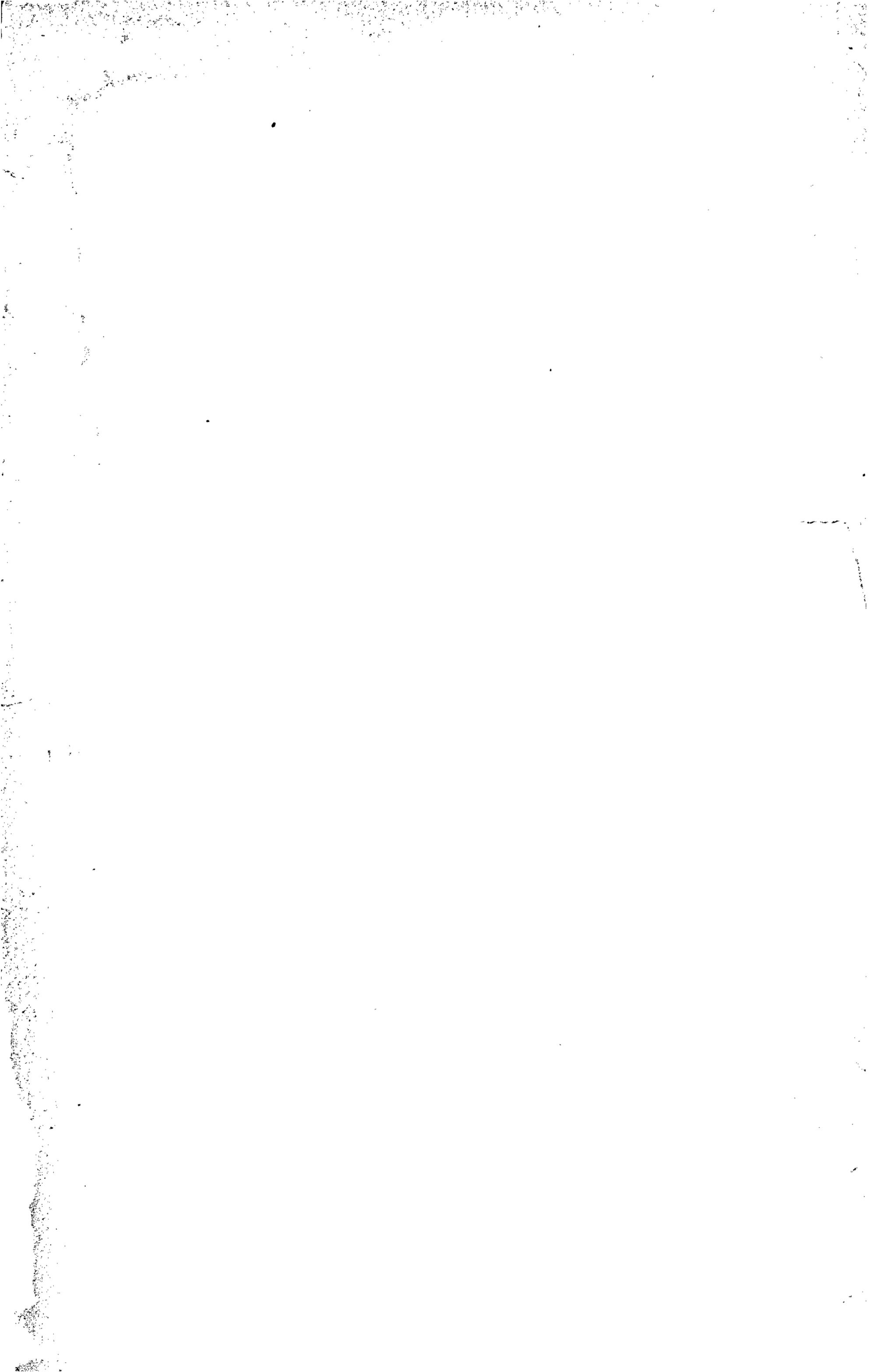
I. Droit Romain.

Ch. I. Origine du droit de rétention	15
Ch. II. Conditions d'existence du droit de rétention .	20
Ch. III. Caractères du droit de rétention	39
Ch. IV. Voies juridiques par lesquelles s'exerce le droit de rétention	53
Ch. V. Effets du droit de rétention	61
Ch. VI. Extinction du droit de rétention	67
Appendice. Applications de la rétention dans la théorie des impenses	69

II. Droit Français.

1 ^o Ancien Droit	85
Ch. I. Période barbare et féodale	85
Ch. II. Époque coutumière	89
2 ^o Droit moderne.	111
Introduction.	111
Ch. I. Nature du droit rétention.	113
Ch. II. Étendue du droit de rétention	118
Ch. III. Conditions d'existence du droit de rétention .	155
Ch. IV. Caractères du droit de rétention	165
Ch. V. Voies juridiques par lesquelles s'exerce le droit de rétention.	178
Ch. VI. Effets du droit de rétention	187
Ch. VII. Extinction du droit de rétention	201





Introduction

I. Droit Romain.

Ch. I. Origine du droit de rétention

Ch. II. Conditions d'existence du droit de rétention

Ch. III. Caractères du droit de rétention

Ch. IV. Voies juridiques par lesquelles s'exerce le droit de rétention

Ch. V. Effets du droit de rétention

Ch. VI. Extinction du droit de rétention

Appendice. Applications de la rétention dans la théorie des impenses

II. Droit Français.

1° Ancien Droit

Ch. I. Période barbare et féodale

Ch. II. Epoque coutumière

2° Droit moderne

Introduction

Ch. I. Nature du droit rétention

Ch. II. Etendue du droit de rétention

Ch. III. Conditions d'existence du droit de rétention

Ch. IV. Caractères du droit de rétention

Ch. V. Voies juridiques par lesquelles s'exerce le droit de rétention

Ch. VI. Effets du droit de rétention

Ch. VII. Extinction du droit de rétention