

# Chronique de *Droit* *des Sûretés*



**NICOLAS RONTCHEVSKY**  
Agrégé des Facultés de droit  
Professeur



**FRANÇOIS JACOB**  
Agrégé des Facultés de droit  
Professeur

Centre de droit des affaires  
**Université Robert Schuman (Strasbourg III)**

## II Sûretés réelles

### **Antichrèse-bail. Possession du constituant pour le compte de l'antichrésiste. Absence d'action de l'antichrésiste en paiement d'une indemnité d'occupation due par le constituant. Disparition de la déposition du constituant (non).**

*Cass. 3<sup>e</sup> civ., 18 décembre 2002, n° 1883 FP-P + B, SA CDR Créances c/Ancel ès qual. et autres.*  
*Cass. 3<sup>e</sup> civ., 18 décembre 2002, n° 1884 FP-D, SA CDR Créances c/SA Elige Participations et autres.*

La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit tenu ou exercé par son titulaire ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en son nom (1<sup>re</sup> espèce).

Viola l'article 2228 du Code civil, ensemble les articles 2085, 2086, 2231 et 2240 du même Code la cour d'appel qui déclare des antichrèses éteintes, alors que le constituant, qui avait cessé de régler les indemnités d'occupation, continuait cependant à posséder pour le compte de l'antichrésiste et que l'absence d'action de ce dernier contre lui n'avait pas mis fin à cette possession (1<sup>re</sup> espèce).

L'arrêt ayant dénié tout droit de rétention sur les immeubles grevés se rattache par un lien de dépendance nécessaire à l'arrêt du même jour qui a déclaré les antichrèses éteintes.

La cassation de celui-ci entraîne par voie de conséquence l'annulation de celui-là (2<sup>e</sup> espèce).

1 V. notamment G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1987, n° 106 ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil, Sûretés et publicité foncière*, Cujas, 10<sup>e</sup> éd. par L. Aynès, n° 500 ; adde sur l'histoire et l'utilité de l'antichrèse, appelée mort-gage au Moyen-Age, M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, T. XII, Sûretés réelles, Première partie par E. Becqué, LGDJ, 1927, n° 281.

2 D. R. Martin, *L'antichrèse*, JCP E 1987, I, 299, n° 4.

3 La doctrine soulignait déjà en 1927 qu'en raison de ses divers inconvé-

Le soleil de la Polynésie française aura contribué à dissiper une partie du brouillard enveloppant l'antichrèse-bail.

Aux termes de l'article 2072 du Code civil, l'antichrèse est le nantissement d'un immeuble<sup>1</sup>. Il s'agit plus précisément du contrat par lequel le débiteur ou un tiers transfère au créancier ou à un tiers convenu la possession d'un immeuble, à titre de gage, jusqu'au paiement intégral de sa créance, avec l'autorisation d'en percevoir les fruits pour les imputer annuellement, soit sur les intérêts s'il lui en est dû (et en cas d'excédent sur le capital), soit sur le capital (cf. art. 2085 C. civ.). L'antichrèse opère ainsi «affectation de la jouissance de l'immeuble à la garantie du bénéficiaire»<sup>2</sup>.

Les inconvénients de cette sûreté, énergique mais rudimentaire car elle gaspille la valeur de l'immeuble, expliquent qu'elle n'ait guère été pratiquée<sup>3</sup> jusqu'à ce que la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises malmène les droits des créanciers hypothécaires. Les praticiens ont alors mis à profit la liberté donnée par les textes du Code civil pour imaginer une combinaison, appelée antichrèse-bail, qui consiste à décharger le créancier de l'administration de l'immeuble en louant celui-ci au débiteur constituant<sup>4</sup>. La validité et l'efficacité du procédé prêtent cependant à discussion. Il a en effet été souligné qu'il semblait faire «la part trop belle au créancier» et que le droit de rétention de celui-ci pouvait être contesté<sup>5</sup>. Aussi attendait-on avec intérêt que la jurisprudence ait à

nients, l'antichrèse avait été progressivement supplantée par l'hypothèque et était «peu usitée» (M. Planiol, G. Ripert et E. Becqué, op. cit., n° 282).

4 V. F. Lejeune «Une sûreté à redécouvrir : l'antichrèse», *Mémoire de DEA, Paris-II*, 1985 et «Une sûreté nouvelle, l'antichrèse-bail», *Journ. notaires* 1986, p. 571 ; adde M. Cabrillac et Ch. Mouly, *Droit des sûretés*, Litec, 6<sup>e</sup> éd., 2002, n° 822-1.

5 V. en ce sens Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 2000, n° 272.

connaître de ce montage. C'est le financement de l'acquisition de trois ensembles hôteliers à Tahiti qui a donné l'occasion à la Cour de cassation de se prononcer pour la première fois à ce sujet par deux arrêts remarquables qui ont été rendus par sa troisième chambre civile le 18 décembre 2002 <sup>6</sup>.

En l'occurrence, la SDBO, aux droits de laquelle se trouve la société CDR Créances, a consenti un prêt à la Société hôtelière internationale de Polynésie pour financer l'acquisition de trois ensembles hôteliers à Tahiti. La société hôtelière et la société Tapiti, propriétaires du terrain sur lequel l'un des hôtels a été construit, ont consenti sur les biens acquis des antichrèses qui ont été inscrites comme il se doit à la Conservation des hypothèques le 22 août 1990. Il avait été convenu que le créancier avait «*la possession juridique des immeubles*» donnés en garantie mais que la société hôtelière conserverait leur jouissance moyennant le paiement, pendant douze ans, d'une indemnité d'occupation égale aux échéances trimestrielles de remboursement du prêt. La société hôtelière a cessé ses règlements en 1994 avant de faire l'objet d'une procédure de redressement judiciaire, aux termes d'un jugement du 6 juillet 1998, qui a ensuite été étendue à la société Tapiti. L'antichrésiste a alors déclaré sa créance à titre privilégié au passif de la société hôtelière mais le juge-commissaire a considéré que les antichrèses n'étaient pas opposables aux autres créanciers. Aux termes d'un arrêt «*en demi-teinte*» du 11 avril 2001 (n° 215) <sup>7</sup>, la Cour d'appel de Papeete a confirmé cette ordonnance, par substitution de motifs, en affirmant que «*l'antichrèse implique, au-delà de l'acte juridique qui la constitue, une action positive continue de son bénéficiaire caractérisant la dépossession du débiteur*» et en relevant que jusqu'à sa déclaration de créance, l'antichrésiste n'avait pris aucune initiative concrète, soit pour rompre la convention d'occupation et confier l'exploitation à un tiers afin de maintenir sa possession juridique, soit pour prendre possession matériellement des immeubles afin d'exercer son droit de rétention. Par un autre arrêt du même jour (n° 216), la Cour d'appel de Papeete a dénié en conséquence à l'antichrésiste tout droit de rétention sur les immeubles grevés. Les juges du fond avaient ainsi considéré que si les antichrèses étaient à l'origine valables, le comportement de l'antichrésiste, qui n'avait accompli aucun acte positif destiné à marquer sa volonté de garder la possession matérielle ou juridique des biens nantis, avait eu pour conséquence de faire disparaître la condition essentielle de la validité des antichrèses, à savoir la dépossession du constituant.

Sur pourvoi de l'antichrésiste, la troisième chambre civile censure cette analyse. Après avoir affirmé dans un

attendu de principe, placé juste sous le visa de l'article 2228, ensemble les articles 2085, 2086, 2231 et 2240 du Code civil, que «*la possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit tenu ou exercé par son titulaire ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en son nom*», la Haute juridiction juge qu'en statuant ainsi, alors que la société hôtelière «*qui avait cessé de régler les indemnités d'occupation, continuait cependant à posséder pour le compte de l'antichrésiste et que l'absence d'action de ce dernier n'avait pas mis fin à cette possession, la cour d'appel a violé les textes susvisés*».

Cette motivation appelle deux séries d'observations et laisse subsister une interrogation.

En premier lieu, la Haute juridiction admet clairement la validité de l'antichrèse-bail. En visant les dispositions de l'article 2228 du Code civil, elle considère que la dépossession du débiteur, qui participe de l'essence de l'antichrèse <sup>8</sup> peut être *purement juridique* et résulter de la publicité foncière. Le créancier peut posséder *corpore alieno*, i.e. par l'intermédiaire d'un tiers et le fait que l'immeuble soit donné en location au constituant lui-même n'est pas dirimant car celui-ci n'est pas un possesseur mais un simple détenteur de l'immeuble tenu, en vertu du bail, de payer un loyer ou une indemnité d'occupation et l'information des tiers est assurée par l'inscription de la sûreté à la conservation des hypothèques <sup>9</sup>.

En deuxième lieu, la troisième chambre civile estime que la dépossession juridique du constituant ne disparaît pas en cas de cessation des règlements de l'indemnité d'occupation et d'inaction du créancier. Le visa montre qu'elle fonde cette solution sur les dispositions des articles 2231 et 2240 du Code civil. Le premier énonce que «*quand on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours présumé posséder au même titre, s'il n'y a preuve du contraire*». Le second dispose qu'«*on ne peut pas prescrire contre son titre, en ce sens que l'on ne peut point se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession*». À cet égard, la Cour de cassation avait déjà jugé que l'intervention du titre devait résulter d'une contradiction opposée par le détenteur aux droits du propriétaire, manifestant la volonté du détenteur de se comporter désormais comme propriétaire <sup>10</sup>. Il faut donc une véritable contestation, patente et non équivoque, des droits du propriétaire qui ne saurait résulter du seul défaut de règlement des loyers ou de l'indemnité d'occupation <sup>11</sup>. Mais si la validité de l'antichrèse-bail est ainsi consacrée, son efficacité reste incertaine.

Il faut en effet rappeler, en troisième lieu, que l'intérêt essentiel de l'antichrèse réside dans le droit de rétention (art. 2087 al. 1 C. civ.) <sup>12</sup> que l'antichrésiste peut opposer à toute personne et notamment aux autres créan-

6 JCP 2003, II, 10024, Avis O. Guérin ; D. 2003, AJ, p. 491, obs. V. Avena-Robardet.

7 JCP 2002, I, 120, n° 5, obs. Ph. Delebecque et II, 10004, note Y. Picod (auquel cette appréciation de la décision des juges du fond est empruntée).

8 V. Cass. 1<sup>re</sup> civ. 22 mars 1966, Bull. civ. I, n° 201 ; adde M. Planiol, G. Ripert et E. Becqué, op. cit. n° 286.

9 V. déjà en ce sens M. Cabrillac et Ch. Mouly, op. cit., loc. cit. ; D. R. Martin, art. préc., n° 9.

10 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 janvier 1965, Bull. civ. I, n° 72 ; adde F. Terré et

Ph. Simler, Droit civil, Les biens, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd., n° 171.

11 V. déjà en ce sens, Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 décembre 1990, Bull. civ. III, n° 270 (locataires laissés dans les lieux à l'expiration du bail sans qu'aucun loyer ne leur ait été réclamé et qu'aucun congé ne leur ait été délivré).

12 V. notamment L. Aynès, op. cit., loc. cit., qui souligne que le droit de rétention donne à l'antichrésiste une «*position de force*» ; J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles, LGDJ, 1996, n° 1218 : «*ce qui fait la valeur de l'antichrèse, c'est le droit de rétention*».

ciers inscrits sur l'immeuble après la publication de sa sûreté<sup>13</sup>. Mais il n'est pas certain que le droit de rétention puisse être exercé lorsque le créancier n'a qu'une possession juridique<sup>14</sup>. En outre, en cas de liquidation judiciaire du constituant, l'antichrésiste ne pourra semble-t-il pas se prévaloir des dispositions de l'article L. 622-21 du Code de commerce (ancien art. 159 l. n° 85-98 du 25 janvier 1985) car la troisième chambre civile a jugé dans un arrêt du 23 octobre 2002<sup>15</sup> que ce texte «*était inapplicable aux immeubles*». L'avocat général Guérin proposait du reste à la troisième chambre civile de substituer un motif de pur droit en ce sens<sup>16</sup> à l'autre arrêt de la Cour d'appel de Papeete (n° 216) qui avait logiquement déduit de l'extinction des antichrèses que le créancier ne pouvait pas se prévaloir du droit de rétention. La Haute juridiction n'a pourtant pas retenu cette solution et a préféré juger que la cassation du premier arrêt (n° 215) entraînait, par voie de conséquence, l'annulation totale du second arrêt concernant l'exercice du droit de rétention. Il appartiendra à la Cour d'appel de Paris, à laquelle les deux affaires ont été renvoyées, de se prononcer sur cette question délicate.

Tous les problèmes posés par l'antichrèse-bail ne sont donc pas résolus à ce jour et les praticiens, qui n'apprécient guère les incertitudes, seront sans doute enclins dans ces conditions à lui préférer d'autres sûretés, tels le crédit-bail ou la cession-bail<sup>17</sup> voire l'hypothèque dans la mesure où les prérogatives des créanciers hypothécaires ont été restaurées en partie par la loi n° 94-475 du 10 juin 1994<sup>18</sup>. ■

N. R.

13 V. notamment J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, op. cit., n° 1223 et s. ; M. Cabrillac et Ch. Mouly, op. cit., n° 821 ; D. Legeais, Sûretés et garanties du crédit, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2002, n° 422.

14 V. notamment les réserves de Ph. Delebecque, obs. préc. ; comp. M. Cabrillac et Ch. Mouly, op. cit., n° 822-1, qui estiment que le créancier remplit les conditions d'un droit de rétention et que celui-ci est opposable aux autres créanciers dès lors que le bail a acquis date certaine avant le jugement d'ouverture de la procédure collective.

15 Bull. civ. III, n° 209.

16 Avis préc., in fine : «*Même s'il bénéficie d'une antichrèse, le créancier ne peut mettre en œuvre son droit de rétention sur l'immeuble pour s'opposer à la cession du bien (art. L. 621-96 C. com.) comme pour demander l'attribution judiciaire ou le report de son droit sur le prix de vente (art. L. 622-21 C. com.)*».

17 V. notamment Ph. Simler et Ph. Delebecque, op. cit., n° 272, in fine.

18 V. notamment M. Cabrillac et Ph. Pétel, juin 1994, «*Le printemps des sûretés réelles ?*», D. 1994, Chron., p. 243.