

Michel Farge

Les Sûretés

* * *

Collection « Droit en + »

Presses universitaires de Grenoble
BP 47 – 38040 Grenoble cedex 9
Tél. : 04 76 82 56 52 – pug@pug.fr / www.pug.fr

INTRODUCTION

1/ Avant-propos. Le droit des sûretés est souvent perçu par les étudiants comme excessivement technique et complexe. Dans la même ligne que le régime général des obligations qui le précède, il se distingue d'autres matières telles que la responsabilité civile ou le droit de la famille. Pour les jeunes civilistes « condamnés » à l'apprendre, il paraît très abstrait car très loin de leur environnement quotidien. De fait, à vingt ans, un accident de la circulation est un drame aisément perceptible et, dans son entourage, chacun a déjà vu en mouvement le processus du divorce. En revanche, à cet âge-là, il est bien rare d'avoir envisagé, sauf au Monopoly, d'hypothéquer un bien ou de nantir une créance.

Cependant, le droit des sûretés est tout sauf une pure construction de l'esprit ; il est en prise directe avec la réalité économique. Il est, en effet, banal de constater que la société moderne vit à crédit. Elle favorise donc une multiplication des mécanismes destinés à garantir le risque d'impayé, c'est-à-dire des sûretés. Bien évidemment, beaucoup de ces mécanismes prospèrent dans le droit des affaires qui concerne une communauté – entrepreneurs, commerçants, banques – à laquelle un étudiant de L.3 ou de M.1 n'est en général pas intégré. Dans ces conditions, les passerelles entre la matière abordée et la vie ordinaire de chacun sont assez limitées. C'est principalement lors de la conclusion d'un bail qu'elles apparaissent, sous la forme de l'exigence du cautionnement d'un proche et d'un « gage d'espèces », constitué en principe par deux mois de

loyers (sur cette garantie improprement désignée caution dans la pratique, v. n° 244).

Reste que si la matière commande de faire preuve d'abstraction, elle repose sur un ressort psychologique très simple : assurer la confiance du créancier afin qu'il accorde au débiteur le droit de payer à terme, c'est-à-dire un crédit. Il convient de garder à l'esprit cet objectif qui explique nombre de règles.

2/ Plan de l'introduction. Une brève introduction conduit à présenter le rôle des sûretés (§1) et les sources de la matière (§2) pour ensuite essayer d'approfondir la notion (§3). Enfin, il faudra évoquer les liaisons du droit des sûretés avec d'autres branches du droit privé (§4).

§1 – LE RÔLE DES SÛRETÉS

3/ Premières vues sur la notion de sûreté. Dans une première approche, les sûretés peuvent être présentées comme des institutions qui ont pour objet de protéger le créancier contre le risque d'insolvabilité du débiteur. Elles se divisent classiquement en deux catégories. Ou bien, une sûreté est dite *personnelle* parce qu'elle repose sur l'adjonction du droit contre le débiteur d'un droit contre un tiers. Ou bien, elle est appelée *réelle* en ce qu'elle accorde au créancier un droit préférentiel sur certains biens – ou même sur tous, affectés prioritairement au paiement de la dette. Les deux mécanismes doivent être conçus en rapport avec le droit de gage général dont dispose tout créancier sur le patrimoine de son débiteur (c. civ., art. 2284) A leur manière, les sûretés cherchent à pallier les faiblesses de ce droit. Les premières reposent sur une technique de division du risque d'impayé par la multiplication des personnes contre lesquelles un droit de gage général peut être exercé. Les secondes diminuent le risque d'impayé par l'ajout à cette prérogative d'un droit préférentiel sur certains des éléments ou sur l'ensemble du patrimoine du débiteur.

4/ Remèdes aux faiblesses du droit de gage général. Figurant, depuis la réforme du 23 mars 2006, aux articles 2284 et 2285 du code civil, le droit de gage général est une notion normalement connue. Il ne doit pas être confondu avec la sûreté désignée sous l'expression de gage (v. n° 233 *sq.*). Bien au contraire, ce droit constitue en quelque sorte l'anti-sûreté. C'est la prérogative accordée à tous les créanciers, la seule dont dispose le créancier chirographaire, c'est-à-dire celui qui n'a aucune sûreté, ni légale, ni conventionnelle, ni réelle, ni personnelle. Cette prérogative est néanmoins énergique puisqu'elle permet de recourir à l'exécution forcée sur n'importe quel élément de l'actif du débiteur, meuble comme immeuble (sous réserve des biens insaisissables, v. n° 21). Reste que le droit de gage général présente deux faiblesses.

– Le créancier chirographaire est soumis au risque de fluctuation du patrimoine du débiteur puisque l'efficacité du droit de gage général dépend de la consistance du patrimoine au moment de l'exécution de la créance. Celui qui accorde du crédit en considération des biens de son débiteur au jour de la naissance de l'obligation n'a pas, en effet, l'assurance que ces biens seront toujours présents lorsque l'obligation deviendra exigible. Le débiteur aura pu dilapider sa fortune en cédant ses biens à un tiers, entre les mains duquel le créancier ne pourra pas les poursuivre, faute d'être titulaire d'un droit de suite. Contre ce risque, le droit pénal ne réprime l'organisation frauduleuse de son insolvabilité par le débiteur qu'au profit de certains créanciers (v. c. pénal, art. 314-7).

Il existe toutefois des prérogatives qui permettent de remédier à cette première faiblesse, même si elles se révèlent d'un manière difficile pour un résultat aléatoire. Leur étude complète relevant d'autres disciplines, on observera simplement que le créancier n'a pas toujours la possibilité de pratiquer préventivement des saisies conservatoires dont l'effet principal est de rendre indisponibles les biens saisis. Il pourra avoir des difficultés à démontrer la fraude du débiteur – et celle du tiers bénéficiaire en cas d'acte à titre onéreux – nécessaire à l'exercice

de l'action paulienne (c. civ., art. 1167). De même, il faudra une procédure collective pour qu'il puisse bénéficier de la nullité de certains actes de disposition accomplis pendant la période suspecte (c. com., art. L.632-1 et L.632-2). Enfin, si le créancier pourra exercer l'action oblique (c. civ., art. 1166) en présence d'un débiteur négligent, cette action, à la différence de l'action en inopposabilité en cas de fraude paulienne, conduira à faire entrer ou rentrer dans le patrimoine certains éléments d'actifs qui seront également la proie de tous les autres créanciers du débiteur. Cette dernière observation nous conduit à la seconde limite du droit de gage général.

– Le créancier chirographaire risque d'entrer en concours avec d'autres créanciers lorsque l'actif du débiteur n'est pas suffisant pour désintéresser tous ses créanciers. S'applique alors un principe d'égalité entre les créanciers chirographaires qui seront payés au marc le franc, c'est-à-dire proportionnellement à leur créance¹. Autrement dit, le droit de gage général ne confère pas de droit de préférence.

L'intérêt principal des garanties réelles est précisément d'échapper à cette loi du concours et, ainsi, de rompre le principe d'égalité entre les créanciers : certaines sûretés réelles sont du reste désignées sous l'expression significative de privilège.

5/ « Pas de crédit sans sûretés ». Retenez cette formule lapidaire qui résume le rôle économique des sûretés. Pour l'illustrer, il suffit d'observer qu'il est aujourd'hui presque impossible de se loger si l'on ne peut fournir une garantie sérieuse. L'accession à la propriété requiert le plus souvent un prêt bancaire qui sera subordonné à la fourniture d'une hypothèque et/ou d'un cautionnement donné, en général, par un établissement de crédit. Même s'il s'agit seulement de louer, le bailleur n'accordera en général sa confiance au locataire qu'en échange du

1. Soit un débiteur disposant exclusivement d'un bien meuble d'une valeur de 100 et deux créanciers, C1 pour 150 et C2 pour 50. Si les deux créanciers participent à la saisie du bien (sur l'importance de cette indication, v. n° 21) le premier percevra 75 et le second 25.

cautionnement d'un de ses proches. Auxiliaires du crédit, les sûretés ont souvent comme contrepartie d'augmenter le coût de celui-ci : une hypothèque implique un acte notarié qui doit être publié ; un cautionnement bancaire ou mutuel suppose une rémunération de la caution. Au titre également des inconvénients, on observera que les sûretés réelles constituent des freins à la circulation des biens : il est en effet difficile de vendre un immeuble hypothéqué.

§2 – LES SOURCES DU DROIT DES SÛRETÉS

6/ Réforme. Comme son nom l'indique, le droit des sûretés doit être sûr pour ceux qui dispensent du crédit ; il doit aussi protéger avec clarté ceux qui y recourent. Il s'agit donc d'un domaine dans lequel les leitmotiv contemporains d'accessibilité et de lisibilité du droit sont particulièrement importants. À cet égard, le droit français des sûretés a pu être légitimement critiqué. Il y régnait un climat d'insécurité juridique provoqué par plusieurs causes : désuétude de certains textes, dispersion des dispositions entre le code civil, le code de la consommation, le code monétaire et financier..., accumulations des réformes ponctuelles accomplies sans souci de cohérence, caractère incertain et fluctuant d'une jurisprudence fournie...

Aussi bien, un groupe de travail, présidé par M. le professeur Grimaldi, a-t-il été mis en place en vue d'une réforme. L'objectif était d'envergure puisqu'il s'agissait de limiter le morcellement de la matière, d'affirmer ses principes directeurs et de la moderniser. La démarche a partiellement abouti, par le biais d'une ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 laquelle a créé dans le code civil un nouveau « Livre Quatrième : Des sûretés » (c. civ., art. 2284 à 2488) (pour des premières analyses de l'ordonnance : JCP G 2006, supplément au n° 20, 17 mai 2006 ; D. 2006, p. 1289, dossier ; D. 2006, p. 897, Réforme des sûretés, actualités par V. Avena-Robardet ; S. Piedeliève, Premier aperçu de l'ordonnance du 23 mars 2006, *Defrénois* 2006, p. 791 ; E. Frémaux et G. Daublon, *La Réforme du droit des sûretés*, *Defrénois* 2006, p. 1085). Contrairement aux propositions du groupe de tra-

vail, le gouvernement n'a pas réformé le cautionnement pour lequel les textes ont seulement été déplacés. Pour l'essentiel, la réforme s'est limitée aux sûretés réelles. En cette matière, elle a modernisé et actualisé les sûretés existantes ; afin de faciliter le crédit immobilier ou à la consommation elle a introduit en droit français l'hypothèque rechargeable et l'hypothèque inversée. Cette réforme est, sous réserve de quelques dispositions, d'application immédiate. Seul le nouveau droit des sûretés réelles sera exposé dans cet ouvrage excepté quelques références aux règles anciennes lorsque leur connaissance est nécessaire à la compréhension du droit positif.

§3 – APPROFONDISSEMENT DE LA NOTION DE SÛRETÉ

7/ Controverse doctrinale. Les auteurs se divisent sur la notion même de sûretés et l'ordonnance de 2006 s'est gardée de prendre expressément parti puisqu'elle s'est abstenue de définir le concept. Toutefois, en intégrant la clause de réserve de propriété dans le nouveau livre quatrième du code civil intitulé « Des sûretés », la réforme semble s'inscrire dans une conception large et fonctionnelle à laquelle s'oppose une conception étroite et conceptuelle.

8/ La conception étroite et conceptuelle. Pour certains (L. Aynès et P. Crocq, n° 2), une sûreté est un droit spécialement accordé au créancier dans le but de garantir le paiement de son obligation et elle est donc distincte par sa source – une loi ou une convention spéciale – de l'obligation garantie. De façon plus précise, une sûreté se caractérise par trois traits essentiels : *sa finalité* : améliorer la situation du créancier sans l'enrichir ; *son effet* : permettre au créancier d'obtenir son paiement – par le tiers qui a accepté de consentir une sûreté personnelle ou par la vente du ou des biens grevés de la sûreté réelle ; *sa technique* : affecter à la satisfaction du créancier un bien, un ensemble de biens ou un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement de l'opération de base d'un droit d'agir accessoire à son droit de créance.

Dans l'ordre des sûretés réelles, ne répondraient à cette conception que les droits réels accessoires (sur cette notion, v. n° 209), assortis du droit de préférence et du droit de suite, à savoir l'hypothèque, l'antichrèse, les gages, les nantissements et les privilèges – même si ces derniers ne comportent pas de droit de suite.

9/ La conception large et fonctionnelle. Pour les partisans de cette conception, les sûretés seraient tous les procédés tendant directement à la garantie de l'exécution des obligations, y compris ceux pouvant avoir, dans des circonstances différentes, d'autres fonctions (Ph. Simler et Ph. Delebecque, n° 20). Cette conception conduit à étendre la discipline vers des institutions dont la fonction première n'est pas de pallier le risque d'insolvabilité du débiteur.

Ainsi la catégorie des sûretés personnelles s'épaissit pour comprendre des institutions déjà rencontrées en droit des obligations. Tel est le cas de la solidarité passive et de l'indivisibilité puisque le créancier peut solliciter de chacun des codébiteurs l'intégralité de la dette, de sorte que chacun d'eux, tenu personnellement pour sa part, se trouve garant des autres pour ce qui excède cette part. Tel est encore le cas de la délégation imparfaite qui sera envisagée plus loin pour montrer son rôle possible de sûreté (v. n° 17). Tel est enfin le cas de la promesse de porte-fort si l'on admet qu'en promettant le « fait » (selon l'expression de l'article 1220 c. civ.) d'un tiers, le porte-fort peut promettre non seulement et de façon classique le consentement d'un tiers à un acte juridique, mais aussi la bonne exécution d'un engagement pris par le tiers (v. en sens, Ph. Simler et Ph. Delebecque, n° 11 ; Cass. com., 13 décembre 2005, Bull. civ. IV, n° 256). Avec cette extension, la promesse constitue une sûreté au sens large : le porte-fort garantit que le débiteur exécutera sa dette ; à défaut il devra indemniser le créancier en versant des dommages et intérêts fondés sur l'inexécution de sa promesse. Dans la conception large, la catégorie des sûretés personnelles comprend également différents types d'assurances : l'assurance-crédit et l'assurance

décès-incapacité assortissant certains contrats de crédit (pour un exposé v. P. Ancel, n° 142 *sq.*).

S'agissant des sûretés réelles, la conception large poussée à l'extrême conduit à un dépassement de cette notion au profit de celle plus étendue de mécanismes permettant un renforcement du droit contre le débiteur (P. Ancel, n° 25). Dans cet ensemble, les sûretés réelles classiques constitueraient une sous-catégorie qui cohabiterait avec celle des moyens de pression – principalement le droit rétention – et celle des situations d'exclusivité. Cette dernière catégorie est composée des mécanismes à la faveur desquels un créancier chirographaire disposera sur l'un des biens du débiteur non pas d'un droit de préférence, mais d'un droit exclusif lui permettant d'échapper au concours avec les autres créanciers titulaires d'un droit de préférence sur le bien en cause. Pour les biens corporels, cette prérogative exorbitante repose sur l'utilisation de la propriété, qu'elle soit retenue à titre de garantie – crédit-bail ou vente avec réserve de propriété jusqu'au paiement intégral du prix – ou qu'elle soit transférée à titre de garantie – la vente à réméré (c. civ., article 1659 et s.) et la cession fiduciaire (v. n° 322 *sq.*). Pour les biens incorporels, il convient de mentionner la compensation par laquelle le créancier se paye à titre exclusif avec la créance que son débiteur a sur lui, les actions directes qui lui permettent de réclamer son paiement à un débiteur de son débiteur et encore la cession de créances professionnelles au profit des établissements de crédit lorsqu'elle est réalisée à titre de garantie.

Cette conception large du droit des sûretés présente l'avantage du réalisme. En se fondant sur le seul critère de la finalité, elle conduit à mettre en concurrence différents mécanismes en recherchant leur efficacité respective. Telle est certainement la méthode retenue par les opérateurs du crédit qui se moquent des catégories juridiques. Ainsi conçue, la matière permet également d'illustrer le phénomène contemporain de délaissement des sûretés réelles traditionnelles au profit de nouvelles formes de garanties fondées principalement sur la propriété et la détention. Les défenseurs de la thèse restrictive reprocheront

toutefois à la conception large de nier les différences entre les notions de sûreté et de garantie soit qu'ils considèrent qu'une véritable distinction est possible et opératoire entre les deux (D. Legeais, n° 20), soit qu'ils estiment que les sûretés au sens strict forment un groupe particulier au sein de celui plus large de garantie (Y. Picod, n° 5-1).

10/ Intérêts pratiques. Il convient de ne pas négliger cette controverse en pensant qu'il s'agit seulement d'une manifestation du goût des professeurs de droit pour les délices de la taxinomie ! L'intérêt pratique apparaît lorsqu'il faut déterminer le sens de l'expression « sûreté » employée dans un texte législatif (pour comprendre les différents enjeux du débat, lire les articles 760, 1188, 1752 c. civ ; les articles L.232-1, L.622-17, L.622-24 c. com. ; l'article L.312-8 c. cons. et comparer ces textes avec des dispositions qui ne soulèvent pas la même difficulté soit qu'elles comportent des formules très larges – ainsi l'article 2314 du code civil vise les « droits, hypothèques et privilèges » [sur l'interprétation du texte, v. n° 177] – soit qu'elles contiennent une énumération de certaines sûretés [v. par exemple, art. L.632-1 c. com.]).

La Cour de cassation alimente la discussion puisqu'elle ne retient pas une notion homogène de sûreté. D'un côté, elle fait écho à la conception large en considérant qu'une clause de déchéance du terme peut être analysée comme une sûreté au sens de l'article 1188 du code civil (Cass. civ. 1^{re}, 19 mai 1994, Bull. I, n° 171 sol. implicite) ou en qualifiant incidemment la clause de réserve de propriété de sûreté (v. n° 336). De l'autre, elle illustre la conception stricte en décidant que le droit de rétention autonome n'est pas une sûreté (v. n° 231).

Concernant la clause de réserve de propriété, la qualification jurisprudentielle a été confirmée par l'ordonnance de 2006, laquelle expose la garantie au titre des dispositions relatives aux sûretés réelles qui forment le chapitre III du nouveau titre quatrième dont il a déjà été dit qu'il traitait « Des sûretés ». La nature du droit de rétention reste quant à elle en suspens car

s'il fait l'objet d'un article 2286 du nouveau titre, il y figurait, dans l'ordonnance, dans un chapitre intitulé « Dispositions générales » au sein duquel il voisine avec le droit de gage général qui n'est certainement pas une sûreté.

11/ Conception retenue. Le souci de ne pas être redondant avec d'autres enseignements, de même que le format de ce livre, incitent à ne pas être exhaustif, sous peine d'être trop superficiel. Pour les sûretés personnelles, une approche restrictive est souhaitable. Elle se concrétise par l'adoption d'un double critère de qualification : les sûretés personnelles doivent, d'une part, reposer sur l'adjonction au rapport de base d'un droit de créance contre un tiers ; d'autre part, elles supposent que ce tiers dispose d'un recours pour l'intégralité de ce qu'il a payé contre le débiteur. Pour les sûretés réelles, la délimitation répond à un objectif purement pédagogique. On envisagera les sûretés qui figurent dans le code civil mais en les concevant comme des familles qui, faute d'une véritable réforme globale, comportent d'autres membres, éparpillés dans d'autres codes. Seront aussi abordées des « sûretés par voie détournée » tel le crédit-bail, en raison de son importance pratique.

12/ La distinction entre sûreté réelle et personnelle. Cette distinction est aisément accessible puisqu'elle repose sur l'opposition élémentaire entre droit personnel et droit réel. Toutefois, la césure entre l'affectation, au paiement de la dette garantie, du patrimoine d'un tiers et celle d'un ou plusieurs biens appartenant au débiteur est parfois mise en échec par certaines sûretés. Il en est ainsi principalement de l'acte par lequel un tiers affecte un de ses biens (meuble ou immeuble) à la garantie de la dette du débiteur. Cette institution doit, *a priori*, être intégrée au sein des sûretés réelles puisqu'elle entraîne l'attribution d'un droit préférentiel sur un bien particulier. Mais elle évoque aussi le cautionnement puisque l'affectation est réalisée par un tiers qui garantit ainsi la dette du débiteur. Une telle ambivalence explique que cette garantie a longtemps été désignée par l'ex-

pression de « cautionnement réel ». Récemment, la Cour de cassation a rayé la formule du vocabulaire juridique afin de clarifier la portée de l'engagement du garant. On développera cette rupture sémantique lors de l'étude de cette sûreté réelle pour autrui (v. n° 207).

13/ Concurrence entre les deux catégories de sûretés. À la question de savoir quelle est la catégorie de sûretés la plus intéressante pour le créancier, aucune réponse définitive ne peut être apportée. Pour s'en tenir à une opposition entre le cautionnement et l'hypothèque, on observe classiquement que l'hypothèque, grâce à son droit de préférence et son droit de suite opposables aux tiers, est plus sûre que le cautionnement dont l'efficacité est subordonnée aux aléas de la fortune de la caution. Le cautionnement est, en revanche, plus simple dans sa constitution. Il a aussi l'avantage de porter sur le patrimoine d'un tiers de sorte qu'il n'est pas affecté par la mise en « faillite » du débiteur. À cet égard, le créancier hypothécaire est moins bien loti puisqu'il supporte toute une série de mesures qui visent à sauvegarder l'activité du débiteur faisant l'objet d'une procédure collective. Il peut même, à certaines conditions, être primé par des créanciers chirographaires qui concourent au maintien de cette activité (v. n° 451). Mais les avantages et inconvénients de l'une ou l'autre sûreté sont fluctuants. Les lois récentes ont fragilisé le cautionnement alors que la réforme de 2006 a voulu revivifier l'hypothèque.

§4 – LES LIAISONS DU DROIT DES SÛRETÉS

Le morcellement des cours à l'université empêche très souvent de montrer les liens entre les différentes disciplines qui s'entremêlent en pratique. Pour s'en tenir aux matières les plus proches, il faut exposer brièvement les liens des sûretés avec le droit des obligations (A), le droit des régimes matrimoniaux (B), les voies d'exécution et les procédures d'insolvabilité (C).

A. Sûretés et droit des obligations

- 14/ Prolongement du droit des obligations.** Même avec une conception stricte, la liaison du droit des sûretés et du droit des obligations est incontournable dès lors que les sûretés viennent se greffer sur une obligation pour leur « ajouter une facette miroitante, la sécurité » (M. Cabrillac et C. Mouly, n° 1). La matière constitue, spécialement lors de l'étude des sûretés personnelles, une mise en application de la grammaire élémentaire constituée par la théorie générale des obligations. Elle impose aussi de revisiter des disciplines étudiées naguère, principalement le droit des contrats, le droit de la preuve et certaines règles du droit des biens pour l'étude des sûretés réelles.
- 15/ Frontières du droit des sûretés et du régime général des obligations.** Comme on l'a déjà dit, la conception large des sûretés favorise un empiétement de cette matière sur des institutions déjà abordées en droit des obligations. On a déjà cité en ce sens la solidarité, l'indivisibilité, la compensation et la promesse de porte-fort. Il convient simplement d'éliminer deux mécanismes du droit des obligations qui peuvent répondre au double critère proposé pour retenir la qualification « sûreté personnelle » (à savoir adjonction au rapport de base d'un droit de créance et existence d'un recours intégral après paiement pour le garant).
- 16/ L'engagement de codébiteur solidaire non intéressé à la dette.** La solidarité passive est une modalité de l'obligation et non un accessoire de la créance. Elle produit un effet de sûreté sans pour autant répondre à tous ses traits distinctifs. En général, les codébiteurs sont tous intéressés à la dette (par exemple des coemprunteurs solidaires qui achètent un bien en indivision). Pour le créancier, l'intérêt de cette modalité réside dans l'obligation au tout des codébiteurs, qui fait que chacun est garant de l'insolvabilité des autres. Là réside l'effet de sûreté. Mais le rapprochement avec une véritable sûreté personnelle s'estompe

en observant que le codébiteur qui a payé l'intégralité de la dette n'est pas exclusivement un garant. Intéressé à la dette, il ne disposera d'un recours contre les autres que pour ce qui excède sa part.

Toutefois, la différence entre solidarité passive et véritable sûreté personnelle s'amenuise dans une hypothèse de solidarité qui sommeille à l'article 1216 du code civil. Ce texte régit, partiellement, l'engagement de codébiteur solidaire non intéressé à la dette (par exemple une épouse qui se porte coemprunteur solidaire d'un prêt destiné à financer la société de son mari). Dans ce cas, la solidarité se présente comme un véritable substitut au cautionnement. C'est du reste ce que sous-tend l'article 1216 qui, dans les rapports entre le codébiteur non intéressé et le codébiteur intéressé, assimile le premier à une caution. Cette assimilation signifie seulement que le codébiteur non intéressé disposera, à l'instar d'une caution, d'un recours intégral pour ce qu'il aura payé au créancier. Mais, à l'égard de ce dernier, le garant (la femme dans l'exemple) est un codébiteur comme les autres et non une caution. Et sa situation est beaucoup moins favorable que celle d'une caution, fût-elle solidaire. Le codébiteur non intéressé ne peut pas opposer au créancier les exceptions purement personnelles aux autres codébiteurs, alors que la caution, même solidaire, peut le faire parce que son engagement est accessoire (v. n° 55). Au-delà de ces règles particulières, il faut comprendre que l'obtention d'un engagement de codébiteur non intéressé à la dette, au lieu d'un cautionnement, constitue un moyen pour le créancier d'échapper aux règles protectrices des cautions. Dans ces conditions, beaucoup d'auteurs augurent un réveil de l'article 1216 à l'initiative des créanciers échaudés par le mouvement contemporain de protection des cautions (v. déjà Cass. civ. 1^{re}, 17 novembre 1999, Bull. I, n° 309 décidant de façon contestable que l'article 1326 du code civil n'est pas applicable à l'engagement de codébiteur solidaire non intéressé à la dette).

17/ La délégation imparfaite. La délégation est l'opération « par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier » (c. civ., art. 1275). En général, elle est envisagée comme un mode d'extinction des obligations. Elle se divise en deux figures. Ou bien le créancier (délégataire) non seulement accepte le nouvel engagement du délégué mais libère le délégant (le débiteur initial). Il y a alors délégation parfaite (ou novatoire) s'analysant comme une forme de novation par changement de débiteur. Il n'y a dans cette variante aucun rapprochement possible avec une sûreté personnelle. Ou bien le délégant délègue à son créancier une personne et reste lui-même tenu. Il y a alors délégation imparfaite (ou simple). L'effet de sûreté saute aux yeux puisque le créancier dispose alors de deux débiteurs: le délégué et le délégant. Reste que l'assimilation à une sûreté doit être écartée dans l'hypothèse, la plus courante, où la délégation est le fait de personnes déjà liées par des rapports juridiques préexistants: le délégant est à la fois débiteur du délégataire et créancier du délégué auquel il demande de s'obliger envers le délégataire. Dans ce cas la délégation apparaît principalement comme un mode simplifié d'extinction simultanée de deux obligations. À les supposer égales, l'exécution de l'obligation nouvelle par le délégué entraîne l'extinction de l'obligation qu'il supporte à l'égard du délégant ainsi que l'extinction de l'obligation du délégant envers le délégué.

Pour que le délégué puisse être subsumé à un garant, il faut admettre que la délégation soit possible sans que préexiste une dette du délégué à l'égard du délégant. Telle est la position de la Cour de cassation (Cass. com. 21 juin 1994, Bull. civ. IV, n° 225). Elle peut ainsi constituer une véritable sûreté personnelle répondant aux deux critères posés précédemment: l'engagement d'un tiers (le délégué) s'ajoutant au rapport de base et ce tiers disposant d'un recours pour l'intégralité de ce qu'il a payé contre le débiteur (le délégant). Comme l'engagement de codébiteur solidaire non intéressé à la dette, la délégation est pour le créancier plus intéressante qu'un cautionnement. Le

délégué contracte une obligation nouvelle et il ne peut invoquer aucune des exceptions tirées des rapports entre le délégataire et le délégant, alors que la caution contracte une obligation accessoire, c'est-à-dire une obligation qui est subordonnée à celle du débiteur. Caractérisée par le principe d'inopposabilité des exceptions, la délégation imparfaite dans sa fonction de sûreté s'intègre dès lors dans la catégorie des garanties non accessoires (v. n° 182). Reste à observer que la différence de régime avec le cautionnement s'estompe si on admet qu'il existe des délégations, dites incertaines, dans lesquelles la dette du délégué à l'égard du délégataire s'éteint avec l'extinction du rapport fondamental entre le délégant et le délégataire (Cass. civ. 1^{re}, 17 mars 1992, JCP G 1992, II, 21922, note M. Billau *contra* Cass. com., 7 décembre 2004, Bull. civ. IV, n° 214).

B. Sûretés et régimes matrimoniaux

18/ Autonomie ou protection? Le droit patrimonial des couples joue parfois sur les garanties pour faciliter le crédit du ménage (par exemple en accordant la solidarité aux créanciers, v. c. civ., art. 220 et 515-4). Mais surtout, il doit concilier plusieurs impératifs : d'un côté, il faut laisser une certaine liberté d'initiative à l'époux en quête de crédit et conférer à son créancier un gage suffisant pour qu'il accepte de lui prêter ; de l'autre, il faut protéger le conjoint, et plus généralement la famille, contre des sûretés imprudemment consenties. À cette dernière fin, le législateur impose la cogestion (l'accord des deux époux à l'acte) quand il s'agit de consentir une sûreté réelle sur le logement de la famille et cela même s'il appartient en propre à l'époux qui entend le donner en garantie (c. civ., art. 215, al. 3). Dans le régime légal de communauté réduite aux acquêts, le code civil procède de façon identique quand il s'agit d'accorder une sûreté réelle sur certains biens communs (énumérés à l'art. 1424 c. civ.) ou lorsque le bien commun est affecté à la garantie de la dette d'un tiers (s'agissant de ce que l'on appelait antérieurement un cautionnement réel, v. c. civ., art. 1422). Si un cautionnement (et d'autres sûretés personnelles selon la jurisprudence) a été