



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MEMOIRES

Master 2 Droit privé général

Dirigé par Monsieur le Professeur Laurent LEVENEUR

Promotion 2021-2022

***L'utilisation de la délégation à titre de
garantie***

Zoé MORLAN

Sous la direction de Monsieur le Professeur Thomas GENICON



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Master 2 Droit privé général

Promotion 2021-2022

Dirigé par Monsieur le Professeur Laurent LEVENEUR

- Mémoire de Master -

**L'UTILISATION DE LA DELEGATION A TITRE DE
GARANTIE**

Sous la direction de Monsieur le Professeur Thomas GENICON

Zoé MORLAN

L'Université n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans les mémoires ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Remerciements

Je tiens à exprimer toute ma gratitude envers Monsieur le Professeur Thomas GENICON pour ses précieux conseils, qui m'ont permis d'entrevoir de nouvelles perspectives dans mon champ d'étude et de mener ce projet de recherche avec curiosité et plaisir.

Mes remerciements vont ensuite à Monsieur le Professeur Laurent LEVENEUR, qui m'a octroyé la possibilité d'intégrer son Master 2, ainsi qu'à tous les membres de l'équipe professorale du Master, pour les cours passionnants auxquels j'ai eu la chance d'assister.

Je remercie enfin l'ensemble des enseignants de l'Université de Paris grâce à qui j'ai beaucoup appris au cours de mes quatre premières années de droit et en particulier, Monsieur le Professeur Jérôme FRANÇOIS, dont les enseignements passionnants ont suscité mon intérêt pour la discipline du Régime général des obligations.

Sommaire

Introduction	- 10 -
I. <i>L'évolution historique de la compréhension de la délégation</i>	<i>- 11 -</i>
II. <i>La difficile conceptualisation de la délégation.....</i>	<i>- 14 -</i>
III. <i>La mobilisation de la délégation dans le contexte de crise des sûretés personnelles</i>	<i>- 16 -</i>
PREMIERE PARTIE : LA CARACTERISATION DE L'EFFET DE GARANTIE PRODUIT PAR LA DELEGATION - 21 -	
TITRE 1 ^{ER} : L'IDENTIFICATION DE L'EFFET DE GARANTIE PRODUIT PAR LA DELEGATION	- 21 -
<i>Chapitre 1^{er} : L'effet de garantie subsidiaire produit par la délégation novatoire</i>	<i>- 21 -</i>
<i>Chapitre 2nd : L'effet de garantie significatif produit par la délégation simple</i>	<i>- 24 -</i>
TITRE 2 ND : LA QUALIFICATION DE L'EFFET DE GARANTIE PRODUIT PAR LA DELEGATION	- 32 -
<i>Chapitre 1^{er} : L'opportunité de la distinction entre garantie et sûreté</i>	<i>- 32 -</i>
<i>Chapitre 2nd : L'analyse, au prisme de la distinction, de l'effet de garantie de la délégation</i>	<i>- 43 -</i>
SECONDE PARTIE : LA MOBILISATION DE LA DELEGATION A TITRE DE GARANTIE - 49 -	
TITRE 1 ^{ER} : L'INTERET SUSCITE PAR LE REGIME DE LA DELEGATION DANS LA PERSPECTIVE DE SON UTILISATION A TITRE DE GARANTIE	- 49 -
<i>Chapitre 1^{er} : Un régime lacunaire</i>	<i>- 49 -</i>
<i>Chapitre 2nd : L'adéquation du régime de la délégation à son utilisation à titre de garantie</i>	<i>- 64 -</i>
TITRE 2 ND : LA POSSIBILITE DE L'UTILISATION DE LA DELEGATION A DES FINS DE GARANTIE	- 75 -
<i>Chapitre 1^{er} : L'encadrement du pouvoir des volontés individuelles en matière de garanties</i>	<i>- 75 -</i>
<i>Chapitre 2nd : L'originalité discutée de la délégation utilisée à des fins de garantie</i>	<i>- 81 -</i>
BIBLIOGRAPHIE	- 96 -
I. <i>Traités, manuels, ouvrages généraux et dictionnaires</i>	<i>- 96 -</i>
II. <i>Thèses, monographies et ouvrages spéciaux</i>	<i>- 97 -</i>
III. <i>Encyclopédies</i>	<i>- 99 -</i>
IV. <i>Articles et contributions</i>	<i>- 100 -</i>
V. <i>Notes de jurisprudence</i>	<i>- 102 -</i>
TABLE DES MATIERES	- 103 -

Liste des principales abréviations utilisées

Art. préc.	Article précité
BOFiP	Bulletin officiel des finances publiques
Cah. dr. entr	Cahiers de droit de l'entreprise
Dr. et patrimoine	Droit et patrimoine (Lamy)
IRJS	Institut de recherche juridique de la Sorbonne
LPA	Les Petites Affiches
JCP E	Semaine juridique Entreprise et affaires
JCP G	Semaine juridique Générale
JCP N	Semaine juridique notariale et immobilière
PUF	Presses universitaires de France
RDC	Revue de droit civil
Rep. Min.	Réponse ministérielle
RDBB	Revue de droit bancaire et de la bourse
RDBF	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RLDC	Revue Lamy droit civil

Introduction

« La vieillesse d'une institution en masque les attraits intellectuels, si réels soient-ils, et nourrit l'illusion que sa navigation multi-séculaire a atteint un régime de croisière qu'il n'y a plus lieu d'étudier »¹.

1. Définition. La délégation se définit classiquement comme l'opération par laquelle une première personne, le délégant, demande à une deuxième personne, le délégué, de s'engager envers une troisième personne, le délégataire, qui l'accepte comme débiteur².

2. L'impact de la réforme du droit des obligations. Institution multiséculaire qui trouve ses origines dans le droit romain, la délégation a vu son régime précisé par la réforme du droit des obligations opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 et ratifiée par la loi du 20 avril 2018. Celle-ci était auparavant régie par les anciens articles 1275 et 1276, dont la rédaction n'avait pas été modifiée depuis l'adoption du Code civil en 1804. La réforme, qui s'inscrit dans la lignée des solutions qui avaient pu être dégagées par l'œuvre conjointe de la doctrine et de la jurisprudence, n'a cependant pas apporté de modifications substantielles au mécanisme de la délégation. Celui-ci demeure lacunaire et de nombreuses incertitudes qui existaient antérieurement sont reconduites sous l'empire des nouveaux textes.

Il était cependant illusoire de penser que la réforme parviendrait à épuiser toutes les difficultés engendrées par la délégation. Celles-ci découlent principalement de la définition du mécanisme, qui est si compréhensive qu'elle permet à la délégation de se déployer dans des situations très diverses et ainsi de remplir des fonctions économiques multiples. Il est en effet largement admis que la délégation peut se greffer sur un ou deux rapports d'obligation préexistants et qu'elle peut même être conclue par des parties qui ne sont unies par aucun lien juridique. Si, en pratique, la délégation se greffe souvent sur deux obligations préexistantes, de telle manière que le délégué s'engage pour permettre la réalisation d'un paiement simplifié, celui-ci peut également, selon le nombre d'obligations sur lesquelles la délégation se greffe, s'engager pour consentir indirectement un prêt ou une donation, réaliser un paiement, rendre un service ou octroyer une garantie. De cette manière, la délégation peut être employée dans le cadre d'une

¹ L. ANDREU, *Du changement de débiteur*, th., R. MARTIN (préf.), coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, Dalloz, 2010, n°11.

² C. civ., art. 1336.

sous-traitance, d'un contrat d'affrètement, d'un prêt, d'un contrat d'assurance ou encore aux fins de permettre la réalisation d'un projet d'envergure³. De la réunion d'opérations si distinctes sous une même qualification résulte nécessairement une difficulté tenant à l'élaboration d'un régime commun. Là se trouve la justification du caractère incomplet des articles relatifs à la délégation. Il permet en réalité de laisser une grande latitude aux parties, qui pourront par l'exercice de leur liberté contractuelle combler les silences des textes et adapter la technique de la délégation à l'objectif poursuivi.

3. Focus sur la fonction de garantie. Devant l'impossibilité de mener une analyse exhaustive de la délégation dans toutes ses dimensions, la réflexion ici menée est centrée sur l'une de ses fonctions : celle de garantie. Celle-ci a de particulier qu'elle peut être recherchée à titre principal, et motiver la conclusion de la délégation, mais aussi se produire à titre incident, sans qu'elle ne constitue l'objectif principal poursuivi par les parties. Si elle n'est pas la fonction classique de la délégation, elle permet de mettre en lumière les ressources qu'un mécanisme ancien du régime général des obligations peut procurer au-delà de son domaine naturel, et notamment afin de remédier à l'incapacité des mécanismes traditionnels de garantie à satisfaire aux besoins de la pratique. Cette fonction de garantie pouvant revêtir une intensité variable selon les circonstances, l'aptitude de la délégation à proposer un mécanisme de garantie concurrent variera. Ce sujet, qui intéresse depuis de nombreuses années la pratique et la doctrine, connaît une actualité certaine du fait de l'adoption récente de la réforme du droit des sûretés et du titre VI du Code de commerce, opérée par les ordonnances du 15 septembre 2021.

4. Cette introduction a pour objet de contextualiser le mécanisme de la délégation et l'intérêt que suscite l'effet de garantie qu'il peut produire. Il faut d'abord revenir sur l'évolution historique qu'elle a connu (I.), qui lui a permis de renouer avec la conception romaine extensive de l'opération. Cette conception, qu'il n'est pas toujours aisé de conceptualiser (II.), impose de reconnaître que la délégation peut produire une fonction de garantie, dont la pertinence s'est révélée lors de la crise des sûretés personnelles (III.).

I. L'évolution historique de la compréhension de la délégation

5. Les origines romaines de la délégation. À Rome, la délégation était un acte *sui generis* qui se définissait comme « toute prestation faite sur l'ordre d'autrui »⁴. Elle était principalement

³ A. DANIS-FATOME, « La délégation de créance. Essai d'une typologie nouvelle », D. 2012, p. 2469.

⁴ P. GIDE, *La novation et le transport des créances en droit romain*, th., L. Larose, 1879, p. 93.

utilisée pour économiser un déplacement de fonds et réaliser deux actes juridiques par une seule opération. Son rôle était considérable : elle tenait lieu d'effets de commerce et de titres de crédit et pouvait parfaitement se concevoir en l'absence de toute relation préexistante entre les parties à l'opération⁵. Pendant longtemps, elle a été l'unique moyen de transférer indirectement des dettes et jusqu'à Justinien, l'unique moyen de transférer des créances. Dès sa création, la délégation se caractérisait donc par sa plasticité et par la multitude d'opérations qu'elle permettait. Elle tirait son originalité de sa composition duale, reposant sur l'adjonction nécessaire de deux actes : un ordre du délégant, le *jussum*, et l'exécution de cet ordre, la *datio*. Le premier temps de la délégation consistait en l'accord des trois parties, qui se manifestait par l'ordre que le délégant donnait au délégué de s'engager envers le délégataire. Cette volonté unilatérale du délégant, trait caractéristique de la délégation⁶, était désignée par l'expression de « *jussum* », inexactement traduite par le terme d'« *ordre* ». Par cette manifestation de volonté, le délégant adressait au délégataire une autorisation de stipuler et au délégué une autorisation de s'obliger⁷. Le *jussum* était cependant sans influence sur la concrétisation du mécanisme, qui nécessitait qu'il soit suivi d'un engagement, pouvant être de natures diverses (*contrat litteris*, *stipulatio*, *litis contestatio*, pacte de constitut, *expensilatio*, promesse de dot) et d'objets variés (payer, prêter, donner...)⁸. L'acte d'exécution le plus courant était la stipulation⁹, qui avait pour conséquence de détacher la créance nouvelle de « tous les rapports juridiques plus ou moins incertains et compliqués au sein desquels elle avait pris naissance »¹⁰. Ainsi, l'obligation nouvelle du délégué envers le délégataire était indépendante et se caractérisait par un principe d'inopposabilité des exceptions issues des relations préexistantes entre les parties¹¹.

6. Le cantonnement progressif du domaine de la délégation. Pendant longtemps, les auteurs n'ont pas perçu toute l'amplitude de la délégation romaine, qui était analysée étroitement comme une novation par changement de débiteur. Si la novation et la délégation étaient distinguées à l'époque romaine, leurs rapports sont devenus de plus en plus étroits, si bien qu'au

⁵ F. HUBERT, *Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français*, th., Poitiers : Société française d'impression et de librairie, 1899, n°21.

⁶ P. GIDE, th. préc., p. 458.

⁷ E. GAUDEMET, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, th. A. GHOZI (préf), coll. Les introuvables, Éditions Panthéon-Assas, 2014, p. 56.

⁸ P. GIDE, th. préc., p. 383.

⁹ J. FRANÇOIS, *Les opérations juridiques triangulaires attributives (Stipulation pour autrui et Délégation de créance)*, th. dactyl., Y. LEQUETTE (dir.), Assas, 1994, n°364.

¹⁰ P. GIDE, th. préc., p. 20 et s. ; H. CAPITANT, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, 3^e éd., Dalloz, 1927, n°42.

¹¹ J. FRANÇOIS, th. préc., n°364.

temps de Justinien, la novation était devenue le mode normal de réalisation de la délégation¹². Aussi, les compilateurs des Pandectes ont abordé la novation et la délégation dans un même titre, intitulé « De la novation en général » et les écrits d'Ulpian définissaient le fait de déléguer comme celui de donner à sa place un nouveau débiteur à son créancier. En a résulté, à l'insu de ces auteurs, la naissance d'une confusion entre les deux mécanismes.

Cette confusion a été accentuée au cours de la période de l'Ancien droit. En effet, après l'effacement du contrat et corrélativement de la délégation au cours du très Ancien Droit, la délégation a connu une renaissance avec la redécouverte du droit romain au XIV^{ème} siècle. Elle nécessitait alors toujours la présence et le consentement des trois parties, ainsi qu'un ordre du délégant suivi de son exécution. La notion de *jussum* perdit cependant peu à peu de son individualité pour se confondre avec celle de mandat. Les romanistes, se référant aux travaux des compilateurs des Pandectes, prétendirent que le mandat du délégant au délégué était nécessairement un mandat de faire novation¹³, d'où l'idée que la novation est le genre et la délégation l'espèce¹⁴. Cette confusion a eu des répercussions considérables sur la législation moderne, puisqu'elle est à l'origine de l'exigence d'une obligation antérieure entre les parties, liant le délégué et le délégant, à titre de validité de l'opération¹⁵.

7. L'intégration de la délégation dans le Code civil. Cette conception restrictive de la délégation a trouvé un écho dans le Code civil de 1804, qui a consacré le mécanisme sans pour autant en reconnaître l'autonomie, puisque celle-ci était traitée dans la section relative à la novation. Pour autant, la délégation n'était pas uniquement envisagée comme une application de la novation, puisqu'il résultait précisément de l'ancien article 1275 que la délégation n'opère novation que lorsque le délégataire manifeste son intention de nover. Le principe s'était inversé, au point que la novation n'était plus qu'un mode de réalisation possible de la délégation¹⁶. Ce rattachement reposait ainsi sur un paradoxe critiquable¹⁷, qui a conduit Monsieur CHAUVIRE à

¹² E. GAUDEMET, th. préc., p. 197.

¹³ *Contra*. P. GIDE, th. préc., p. 465 et s.

¹⁴ J. DOMAT, *Loix civiles dans leur ordre naturel*, 1745 : D'après l'auteur, « Toute Délégation renferme une Novation, puisqu'au lieu d'une première obligation on en substitue une nouvelle. Mais toute Novation ne renferme pas une Délégation, puisque le débiteur peut innover sa première obligation par une nouvelle où il s'oblige seul, sans nouveau débiteur ».

¹⁵ E. GAUDEMET, th. préc., p. 202.

¹⁶ J. GHESTIN, M. BILLIAU

et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, coll. Traité de droit civil, L.G.D.J., 2005, n°874.

¹⁷ M. JULIENNE, *Régime général des obligations*, 3^e éd., L.G.D.J., 2020, n°416 ; F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Droit civil – Les obligations*, coll. Précis, 12^e éd., Dalloz, 2018, n°1733. E. GAUDEMET, th. préc., p. 53 et 234 ; P. GIDE, th. préc., p. 380.

qualifier la délégation de « parent pauvre du régime général des obligations »¹⁸.

La réforme du droit des obligations a opéré un changement de paradigme sur ce point en permettant l'émancipation de la délégation. Le régime de cette figure est désormais exposé aux nouveaux articles 1336 à 1340 du Code civil, qui se situent dans une section dédiée à la délégation et relèvent d'un chapitre intitulé « Les opérations sur obligations », qui comprend également une section consacrée à la novation.

II. La difficile conceptualisation de la délégation

8. La fragmentation de la délégation. La reconnaissance de l'autonomie de la délégation lui a permis de renouer avec sa conception extensive classique et d'admettre qu'elle peut servir la réalisation d'opérations très variées. Cette plasticité perçue positivement par certains auteurs, pour lesquels elle représente « le génie de la délégation »¹⁹, est également critiquée, en ce qu'elle fait de la délégation la « bonne à tout faire du droit des obligations »²⁰. En tout état de cause, elle fait de la délégation un mécanisme difficile à saisir, conceptualiser et systématiser. Pour rendre compte de la multitude des fonctions qu'elle peut jouer et expliquer les solutions retenues à son égard, les auteurs ont multiplié les distinctions en son sein. Ainsi, ils ont distingué la délégation parfaite ou novatoire et la délégation imparfaite ou simple, la délégation certaine et la délégation incertaine, la délégation paiement ou avec contribution à la dette et la délégation engagement ou sans contribution à la dette²¹, la délégation homogène et la délégation hétérogène²² ou encore la délégation cumulative et la délégation libératoire²³. Sans nécessairement améliorer la lisibilité de la délégation, ces distinctions en accroissent nécessairement la complexité, puisqu'aucune ne permet de rendre parfaitement compte de son mécanisme. Celles-ci se recoupent et doivent être articulées afin de refléter les multiples visages de la délégation. Il ne sera question que de définir celles auxquelles il sera fait référence pour les besoins de cette étude.

¹⁸ Ph. CHAUVIRE, « La délégation dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal. éd. gén.*, 2015, p. 11.

¹⁹ L. ANDREU et M. JULIENNE, « La délégation incertaine renforcée », note. sous Cass. com., 11 avr. 2012, n°11-13.068, *LPA 2012*, n°193 p. 10.

²⁰ Ph. DUPICHOT, th. préc., *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, th., M. GRIMALDI (préf.), coll. Thèses, Editions Panthéon-Assas, 2005, n°360.

²¹ L. ANDREU, th. préc., n°13 ; Ph. DUPICHOT, th. préc., n°363.

²² A. DANIS-FATOME, art. préc.

²³ I. SERANDOUR, *La cause dans la délégation*, th., Th. REVET (préf.), coll. Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc, IRJS Editions, 2014, n°7.

9. La délégation simple et la délégation novatoire. La délégation imparfaite ou simple est celle dans laquelle l'engagement du délégué envers le délégataire n'entraîne pas la disparition du rapport d'obligation liant le délégant au délégataire, si bien que l'opération conduit à offrir au délégataire un second débiteur. Si cette forme de délégation constitue le principe et qu'elle est la plus fréquente en pratique, elle peut être assortie d'une modalité²⁴ : la novation. La délégation devient alors parfaite ou novatoire et opère par substitution du délégué au délégant comme débiteur du délégataire. Cette distinction, qui résultait auparavant de l'ancien article 1275 et de sa lecture *a contrario*, est depuis la réforme visée aux alinéas 1^{er} des nouveaux articles 1337 et 1338 du Code civil. Les dénominations de délégation parfaite et de délégation imparfaite sont cependant critiquées par une partie importante de la doctrine, qui la considère trompeuse. En effet, la délégation imparfaite n'a rien d'imparfait : elle correspond à la figure de droit commun de la délégation et répond parfaitement à la définition de la délégation telle que mentionnée à l'article 1336. Elle est en outre la plus fréquente en pratique. Les terminologies de délégation simple et de délégation novatoire seront donc préférées.

10. La délégation certaine et la délégation incertaine. Cette distinction renvoie à l'objet de l'obligation nouvelle souscrite par le délégué envers le délégataire. Lorsque celui-ci n'est pas déterminé indépendamment car le délégué s'engage à payer au délégataire ce que le délégant lui doit, ou ce que lui-même doit au délégant, la délégation est qualifiée d'incertaine. À l'inverse, lorsque l'objet de l'obligation du délégué est défini de manière indépendante, sans référence à l'une des obligations qui pourrait lier les parties avant la conclusion de l'opération, la délégation est dite certaine.

Ces deux premières distinctions trouvent leur source dans les origines romaines de la délégation. Elles sont fréquemment employées par la doctrine et la jurisprudence²⁵ afin de désigner les modalités²⁶ que présente la délégation envisagée et d'en déduire le régime qui lui est applicable. La troisième et dernière est utilisée plus rarement, mais revêt une importance toute particulière lorsqu'il s'agit d'étudier l'effet de garantie produit par la délégation.

11. La délégation-paiement et la délégation-engagement. Lorsqu'il consent à une délégation-paiement, le délégué accepte de payer au délégataire un montant inférieur ou égal à celui de sa propre dette à l'égard du délégant. La délégation opère alors avec contribution à la dette, et

²⁴ V. en ce sens : J. FRANÇOIS, *Les obligations – Régime général*, t. 4, coll., Traité de droit civil, 5^e éd., Economica, 2020, n°634 ; P. D. SENE, *La notion de novation*, th., M. BILLIAU (dir.), Reims, 2006, n°182.

²⁵ Cass. com., 3 juil. 2019, n°18-10.094, inédit.

²⁶ J. FRANÇOIS, *Les obligations – Régime général*, *op. cit.*, n°641 et 642.

impose l'existence d'une obligation initiale liant le délégué et le délégant. À l'inverse, lorsque le délégué consent à une délégation-engagement, il s'engage envers le délégataire pour un montant supérieur à celui de sa dette initiale, ou alors qu'il n'est tenu d'aucune dette, de telle sorte qu'il n'est pas celui sur qui pèse la charge définitive des paiements qu'il effectue entre les mains du délégataire.

III. La mobilisation de la délégation dans le contexte de crise des sûretés personnelles

12. La crise du cautionnement. La sûreté personnelle repose sur un équilibre fragile entre deux impératifs *a priori* contradictoires : protéger le garant en rendant son engagement supportable et assurer au créancier l'efficacité de sa sûreté en cas de défaillance du débiteur principal. C'est lorsque cet équilibre se brise que la sûreté entre en crise. Si la sûreté protège trop le garant en entourant le déclenchement de la garantie de précautions excessives, les créanciers se détourneront de cette forme de sûreté, qui ne leur procurerait plus aucune satisfaction. Réciproquement, si la garantie impose un engagement trop rigoureux et dangereux de la part du garant, personne n'acceptera de s'engager aux côtés du débiteur en cette forme, diminuant ainsi ses facultés de crédit.

Seule sûreté consacrée par le Code civil de 1804, le cautionnement a été marqué, à partir des années 1980, par un courant jurisprudentiel très favorable aux cautions, qui s'est matérialisé sur plusieurs plans. Les règles protectrices de la caution se sont d'abord démultipliées, comme l'en attestent la reconnaissance de la non-transmissibilité de l'obligation de couverture aux héritiers et l'interprétation restrictive de l'engagement de la caution, notamment quant à l'étendue de la garantie et l'application du principe de proportionnalité. Ensuite, les obligations mises à la charge du créancier ont été accrues par le développement de l'obligation d'information et de mise en garde. Le formalisme de la caution s'est enfin excessivement renforcé suite au dévoiement de l'ancien article 1326 du Code civil, qui a été érigé au rang de condition de validité de l'engagement de la caution par la Première Chambre civile²⁷, avant que celle-ci ne lui rende sa nature de règle de preuve²⁸. Ce mouvement jurisprudentiel a été doublé par l'adoption, sans aucune cohérence, de nombreuses lois visant à renforcer l'information des

²⁷ Cass. 1^{ère} civ., 30 juin 1987, n°85-15.760, *Bull. civ. I*, n°210.

²⁸ Cass. 1^{ère} civ., 20 oct. 1992, n°90-21.183, *Bull. civ. I*, n°259 et Cass. 1^{ère} civ., 29 oct. 2002, n°00-12.703, *Bull. civ. I*, n°257.

cautions et à accentuer le formalisme de nombreux cautionnements en les rendant solennels²⁹. Ces lois ont intégré des articles relatifs au cautionnement dans le Code de la consommation³⁰ ainsi que dans le Code monétaire et financier³¹, ce qui a engendré un éparpillement des textes hors du Code civil.

Ce protectionnisme excessif a produit un effet pervers, puisqu'il s'est retourné contre les cautions en provoquant la désaffection du cautionnement au profit de garanties personnelles encore plus rigoureuses et permettant notamment aux créanciers d'échapper aux règles des procédures collectives. Se sont ainsi développées de nouvelles garanties personnelles issues de la pratique contractuelle, comme la garantie autonome et la lettre d'intention. La jurisprudence limitait cependant parallèlement le recours aux garanties utilisées comme substitut au cautionnement, et notamment à la garantie autonome³². Son autonomie était appréciée très strictement, et elle était régulièrement requalifiée et soumise au régime du cautionnement lorsque l'évaluation des montants garantis renvoyait au contrat de base. La pratique commerciale rencontrait des difficultés pour trouver un mécanisme adapté à ses besoins, puisque le recours à la garantie autonome paraissait trop rigide dans certaines hypothèses, tandis que le cautionnement, en raison de son fort caractère accessoire, ne permettait pas d'offrir une garantie suffisamment rigoureuse et protectrice des intérêts du créancier. Elle s'est donc mise à la recherche de garanties de substitution³³ et s'est naturellement tournée vers le droit commun des obligations³⁴ afin de trouver un mécanisme aussi simple à mettre en œuvre que le cautionnement mais qui présenterait une sécurité accrue pour le créancier. La délégation est alors apparue comme l'alternative idéale³⁵.

²⁹ V. L. n°89-1010 du 31 décembre 1989 *relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles*, dite loi Neiertz ; L. n°94-624 du 21 juillet 1994 *relative à l'habitat* ; L. n°2003-721 du 1^{er} août 2003 *pour l'initiative économique*, dite loi Dutreil. Ainsi, sont devenus solennels les cautionnements garantissant un crédit immobilier ou à la consommation, les cautionnements garantissant un bail d'habitation relevant de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 *tendant à améliorer les rapports locatifs* et les cautionnements consentis par une personne physique à un créancier professionnel (le formalisme demeurant alors inapplicable aux cautionnements souscrits en forme authentique).

³⁰ C. consom., art L. 314-15 et s. et L. 331-1 et s. anciens.

³¹ C. mon. fin., art. L. 313-22 ancien.

³² V. CH. LACHIEZE, « La délégation-sûreté », D. 2006, p. 324, n°1.

³³ P. CROCQ, « Droit des sûretés », *Recueil Dalloz*, juillet 2005 / septembre 2006 ; Ph. THERY, « La différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sociétés », *Dr. et patrimoine*, 2001, n°92, p. 53 et s., spéc. p. 54.

³⁴ De nombreux mécanismes issus du droit des obligations sont susceptibles de procurer au créancier un effet de garantie, tels que la solidarité sans intéressement à la dette (C. civ., art. 1318), l'indivisibilité conventionnelle d'une obligation qui est par nature divisible (C. civ., art. 1320), l'action directe (C. civ., art. 1341-3), la compensation (C. civ., art. 1347), la cession de créance (C. civ., art. 1321) ou encore la cession de dette (C. civ., art. 1327).

³⁵ CH. LACHIEZE, art. préc., n°3.

13. Les réformes du droit des sûretés. La matière du droit des sûretés ayant perdu en cohérence, lisibilité, souplesse et prévisibilité, un groupe de travail dirigé par Monsieur GRIMALDI avait été mandaté par le garde des Sceaux pour le réformer. Le Parlement n'ayant cependant pas habilité le gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance en matière de cautionnement, la réforme fut décevante. L'ordonnance du 23 mars 2006³⁶ fut toutefois l'occasion de consacrer, au titre des sûretés personnelles régies par le Code civil, la garantie autonome et la lettre d'intention³⁷. Afin de parachever la réforme de 2006³⁸, le législateur a été habilité par la loi Pacte du 22 mai 2019³⁹ à légiférer par voie d'ordonnance pour rendre le régime du cautionnement plus lisible et « en améliorer l'efficacité, tout en assurant la protection de la caution personne physique »⁴⁰. Il a également reçu le pouvoir de « simplifier, clarifier et moderniser les règles relatives aux sûretés et aux créanciers titulaires de sûretés » dans le cadre des procédures collectives. L'ordonnance réalisant cette seconde réforme a été adoptée le 15 septembre 2021⁴¹ et a procédé à la réforme d'ensemble du cautionnement qui n'avait pas pu avoir lieu en 2006. Cette réforme est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022, et s'applique à toutes les sûretés constituées après cette date. Elle va de pair avec la réforme du droit des entreprises en difficulté, opérée par une seconde ordonnance en date du 15 septembre 2021⁴², qui a modifié le régime de certaines sûretés en cas de procédure collective et dont les règles sont applicables à compter du 1^{er} octobre 2021. Le droit des sûretés étant tributaire du droit des procédures collectives car c'est au moment où l'insolvabilité du débiteur est avérée que les garanties sont déclenchées, il était nécessaire de réformer ces deux branches du droit ensemble⁴³.

L'un des principaux enjeux de cette réforme était la réhabilitation du cautionnement, la réanimation d'une « sûreté personnelle malade »⁴⁴. En effet, la réforme est parvenue à limiter les textes relatifs au cautionnement dans le Code civil et à en augmenter l'intelligibilité. Les articles relatifs au droit commun du cautionnement intégrés dans le Code de la consommation et le Code monétaire et financier ont été opportunément abrogés. Ainsi, l'obligation d'information annuelle de la caution sur l'évolution de la dette garantie ainsi que sur le premier

³⁶ Ord. n°2006-346 du 26 mars 2006, *relative aux sûretés*.

³⁷ C. civ., art. 2287-1.

³⁸ V. D. LEGEAIS, « Une symphonie inachevée », *RDBF*, 2005.

³⁹ L. n°2019-586 du 22 mai 2019, *relative à la croissance et la transformation des entreprises*, dite loi Pacte.

⁴⁰ L. n°2019-586 du 22 mai 2019, *relative à la croissance et la transformation des entreprises*, art. 60.

⁴¹ Ord. n°2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés.

⁴² Ord. n°2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du Code de commerce.

⁴³ V. en ce sens : D. LEGEAIS, « De l'efficacité des garanties », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, L.G.D.J., 2015, p. 430.

⁴⁴ PH. DUPICHOT, « La réforme du cautionnement, entre rénovation et réanimation », *D.* 2022, p. 231.

incident de paiement est dorénavant consacrée par le Code civil⁴⁵. Le devoir de mise en garde incombe désormais à tous les professionnels qui contractent avec une caution personne physique, qu'elle soit avertie ou non⁴⁶. La réforme a également modifié les règles de fond du cautionnement, en supprimant le recours avant paiement⁴⁷, en renforçant le caractère accessoire du cautionnement et en abandonnant la distinction entre exception inhérente à la dette et exception personnelle au débiteur⁴⁸. La mention manuscrite a été grandement simplifiée et son champ d'application élargi à tous les cautionnements souscrits par des personnes physiques, peu important la qualité du créancier⁴⁹. Enfin, la sanction du caractère manifestement disproportionné du cautionnement souscrit par une personne physique a été assouplie, puisque dorénavant le cautionnement est réduit au montant à hauteur duquel la caution pouvait s'engager à la date de la souscription⁵⁰.

14. La recherche d'une sûreté personnelle parfaite. Si le cautionnement a été opportunément réformé afin d'en restaurer l'attractivité, le besoin pratique de concevoir des sûretés personnelles qui s'adaptent au mieux à la vie des affaires est toujours prégnant. L'intérêt de la doctrine et de la pratique pour la technique de la délégation subsiste donc, voire est exacerbé par l'adoption successive des réformes du droit des obligations, des sûretés et des procédures collectives, qui vient modifier les données et enjeux de la problématique. Ainsi, tout l'objet de cette étude est précisément de rechercher si la technique de la délégation est susceptible d'offrir à la pratique la sûreté personnelle parfaite⁵¹ qu'elle convoite.

Répondre à cette question impose préalablement de dégager les caractéristiques que doit présenter une sûreté personnelle pour satisfaire pleinement la pratique. Or, plusieurs éléments peuvent être pris en considération pour apprécier l'aptitude d'un mécanisme à revêtir cette qualité⁵². La sûreté personnelle parfaite doit d'abord être simple et rapide à mettre en œuvre et sa constitution ne doit pas être trop coûteuse, de manière à ne pas augmenter excessivement le coût des crédits. Elle doit ensuite réaliser un juste équilibre entre les intérêts du créancier et ceux du débiteur. Ainsi, pour le débiteur, la garantie doit d'une part être adaptée à sa dette et

⁴⁵ C. civ., art. 2302 et s.

⁴⁶ C. civ., art. 2299.

⁴⁷ C. civ., art. 2309 et 2316 anciens.

⁴⁸ C. civ., art. 2298.

⁴⁹ C. civ., art. 2297.

⁵⁰ C. civ., art. 2300.

⁵¹ Pour un emploi de cette expression, v. : PH. DUPICHOT, th. préc., n°360.

⁵² V. par ex. : L. AYNES, P. CROCQ et A. AYNES, *Droit des sûretés*, coll. Droit civil, 15^e éd., L.G.D.J, 2021, n°8 ; D. LEGEAIS, « De l'efficacité des garanties », art. préc. ; M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC ET PH. PETEL, *Droit des sûretés*, coll. Manuel, 10^e éd., LexisNexis, 2015, n°7 ; S. PIEDELIEVRE, *Droit des sûretés*, coll. Cours magistrat, 3^e éd., Ellipses, 2022, n°7 et s.

d'autre part être économiquement supportable. Du point de vue du créancier, le mécanisme doit être efficace, de telle sorte qu'il offre une protection effective contre le risque d'insolvabilité du débiteur principal, même en cas d'ouverture d'une procédure collective à son encontre.

15. Avant de rechercher si la technique de la délégation peut constituer la garantie personnelle alternative convoitée par la pratique (Deuxième Partie), il faut caractériser l'effet de garantie qu'elle produit et en déterminer les caractéristiques (Première Partie).

Première Partie

La caractérisation de l'effet de garantie produit par la délégation

16. Si la délégation peut engendrer un effet de garantie⁵³, l'intensité de celui-ci varie selon le contexte dans lequel la délégation prend place. Caractériser l'effet de garantie produit par la délégation impose d'identifier son existence et de déterminer son intensité (Titre 1^{er}) avant de le qualifier et de le situer parmi les autres mécanismes à effet de garantie (Titre 2nd).

Titre 1^{er} : L'identification de l'effet de garantie produit par la délégation

17. **La condition de la production d'un effet de garantie.** Si la délégation peut produire un effet de garantie, c'est à la condition de présenter une caractéristique : elle doit se greffer sur une obligation primitive liant le délégant au délégataire. En effet, le délégué ne peut s'engager envers le délégataire afin de le prémunir contre le risque de défaillance de son débiteur si ce délégataire n'est pas titulaire d'une telle créance originale⁵⁴.

Une fois cette condition posée, il faut observer que la délégation, quelle que soit la forme qu'elle prend et l'objectif qu'elle poursuit, produit un effet de garantie, qui confère au mécanisme une grande partie de son intérêt pratique. Celui-ci est toutefois susceptible de varier dans son intensité : tandis qu'il est particulièrement subsidiaire dans la délégation novatoire, en raison de la libération du débiteur originaire (*Chapitre 1^{er}*), il est bien plus significatif en présence d'une délégation simple, et résulte de l'adjonction d'un second débiteur au profit du délégataire (*Chapitre 2nd*).

Chapitre 1^{er} : L'effet de garantie subsidiaire produit par la délégation novatoire

18. La délégation novatoire opérant par substitution de débiteur, elle ne semble *a priori* pas de nature à procurer un effet de garantie au délégataire⁵⁵ (*Section 1*). En y prêtant plus ample

⁵³ Pour une utilisation de ce terme, v. : CH. JUILLET, th. préc., *Les accessoires de la créance*, th., C. LARROUMET (préf.), coll. Doctorat & Notariat, Défrénois, 2009, n°295 ; D. LEGEAIS, *Les garanties conventionnelles sur créance*, th., Ph. REMY (préf.), Economica, 1986, n°12.

⁵⁴ R. NEMEDEU, « La délégation imparfaite dans son mécanisme de sûreté », *RLDC* 2005, n°18, p. 63 et s.

⁵⁵ V. en ce sens, par ex. : F. TERRE et al., *op. cit.* n°1747 ; R. NEMEDEU, art. préc., p. 63 et s. ; J.-D. PELLIER, « La nature de la délégation imparfaite », *D.* 2014, n°1 ; D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, coll. Manuel – droit privé, 14^e éd. L.G.D.J, 2021, n°325 ; PH. MALAURIE et al., *op. cit.*, n°940 ; N. BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles*, th. S. PORCHY-SIMON (préf.), coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2009, n°410.

attention, il faut observer que ce dernier peut tout de même retirer une sécurité de certains éléments de son régime (*Section 2*).

Section 1. L'effet novatoire produit à titre principal

19. Le mécanisme de la délégation novatoire. La délégation est novatoire lorsque le délégataire consent à ce que l'engagement pris par le délégué à son égard éteigne simultanément la créance dont il disposait à l'égard du délégant. Ce résultat est conditionné par la réunion de deux éléments. D'abord, la délégation novatoire impose l'existence d'un rapport fondamental liant le délégant au délégataire, qui sera anéanti par le jeu de la novation. Aucun rapport liant le délégant et le délégué n'est exigé mais s'il existe, la délégation produira un effet de paiement simplifié puisqu'elle éteindra deux dettes par un seul paiement. Ensuite, l'*animus novandi*, soit le consentement du délégataire à décharger son débiteur primitif en échange de l'engagement d'un autre débiteur à son égard, doit résulter expressément de l'acte, et ne peut se déduire de la simple acceptation par le créancier d'un nouveau débiteur⁵⁶. Ce n'est qu'une reprise du principe exprimé à l'article 1330 du Code civil, au terme duquel « la novation ne se présume pas ». Cette exigence permet d'éviter que le délégant, qui prend l'initiative de la conclusion de la délégation, ne trompe son créancier sur la portée exacte de l'opération afin de se faire libérer de son obligation. Ainsi, la délégation novatoire produit un double effet : elle éteint une ou plusieurs obligations préexistantes et crée simultanément une nouvelle obligation, rappelant le mécanisme de la novation par changement de débiteur, voire par changement de créancier.

20. L'originalité de l'effet novatoire. La délégation novatoire ne constitue pas une authentique novation⁵⁷. A la différence de la novation et pour ne citer que quelques exemples, la délégation nécessite que soient recueillis les consentements des trois parties à l'opération, le consentement du délégataire ne doit pas « résulter clairement de l'acte » mais résulter « expressément de l'acte »⁵⁸ et le principe de l'inopposabilité des exceptions est affirmé avec une rigueur accrue⁵⁹, puisqu'il ne réserve aucun sort particulier à la nullité⁶⁰. Elle forme ainsi une institution

⁵⁶ V. Civ. 3, 5 juin 1970, n°68-13.454, Bull. civ. III, n°387 ; Cass. com. 8 décembre 2009, n°08-22.103, inédit.

⁵⁷ V. en ce sens, par ex. : C. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, th. dactyl., Bordeaux, 1968, n°228 ; H. CAPITANT, *op. cit.*, n°178 ; A. GHOZI, « La délégation de créance réformée », in *Les coutures du droit : Mélanges en l'honneur de Philippe THERY, coll. Mélanges*, L.G.D.J., 2022, p. 272 et s.

⁵⁸ C. civ., art. 1337 al. 1^{er}.

⁵⁹ V. en ce sens : C. LARROUMET, th. préc., n°228.

⁶⁰ C. civ., art. 1336 al. 2nd.

autonome⁶¹ qui produit un effet novatoire *sui generis* et qui n'est pas soumise au régime de la novation⁶².

Section 2. L'effet de garantie produit à titre subsidiaire

21. Si la délégation novatoire n'offre pas de second débiteur au délégataire, elle peut tout de même lui procurer un effet de garantie.

22. La garantie contre l'insolvabilité du délégué. En raison de l'extinction immédiate de la créance du délégataire sur le délégant par le jeu de la délégation novatoire, le délégataire ne devrait pouvoir obtenir paiement que du seul débiteur dont il dispose : le délégué. Partant, le délégataire ne devrait disposer, en cas d'inexécution par le délégué de ses obligations, d'aucun recours contre le délégant⁶³. Le législateur a tempéré la rigueur de cette règle, en octroyant au délégataire deux recours contre le délégant : un premier de nature légale et un second de nature conventionnelle⁶⁴. Ainsi, le délégataire dispose toujours d'une garantie légale de la solvabilité actuelle du délégué, qu'il peut actionner s'il s'avère que le délégué, au jour de la conclusion de la délégation, était soumis à une procédure de traitement des difficultés financières⁶⁵. Le délégataire ne pourra exercer ce recours qu'après constatation de l'insolvabilité du délégué⁶⁶. En outre, si celle-ci lui a été consentie, le délégataire peut se prévaloir d'une garantie conventionnelle de solvabilité future du délégué. D'après la doctrine majoritaire, le recours du délégataire s'analyse comme une action en garantie, qui ne remet pas en cause le principe de la délégation novatoire, soit l'extinction de la créance originaire du délégataire et de ses accessoires⁶⁷. Le recours contre le délégant est donc chirographaire. Cette analyse, confortée par l'emploi du terme « *garantir* » par le nouvel article 1337, paraît d'autant plus judicieuse que la justification de la solution inverse se fondait sur la lettre de l'ancien article 1276, qui a été modifiée. Celle-ci prévoyait que le délégant, bien que libéré par le délégataire, demeurerait

⁶¹ *Contra* : P. D. SENE, th. préc., n°199 : l'auteur soutient que si la délégation est un mécanisme autonome, elle perd ce caractère lorsqu'elle se réalise avec novation.

⁶² *Contra* : O. DESHAYES, TH. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, 2^e éd., LexisNexis, 2018, p. 791.

⁶³ Cass. com., 12 oct. 2010, n°09-66.662, inédit.

⁶⁴ C. civ., art. 1337.

⁶⁵ O. DESHAYES et al., *op. cit.*, p. 792.

⁶⁶ D. LEGEAIS, th. préc., n°266.

⁶⁷ V. en ce sens : J. GHESTIN et al., *op. cit.*, n°935 ; J. FRANÇOIS, *Les obligations – Régime général, op. cit.*, n°675 ; E. GAUDEMET, th. préc., p. 237 ; M. BILLIAU, *La délégation de créance – Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations*, th., J. GHESTIN (préf.), coll. Thèses – Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., 1989, n°282 et s. ; F. HUBERT, th. préc., n°197 et s.

tenu s'il s'était engagé, par une « réserve expresse », à garantir la solvabilité future du délégué. Ce terme semblait signifier que l'action primitive du délégataire était réservée en cas d'insolvabilité du délégué, d'où il était déduit que le délégataire pouvait remettre en cause la délégation novatoire en cas d'insolvabilité du délégué, et retrouver sa créance initiale contre le délégant, ainsi que ses accessoires⁶⁸. Or cette expression a été remplacée par celle d'« engagement exprès », si bien que cette doctrine ne repose plus sur aucun fondement textuel.

23. L'avantage tiré de la meilleure solvabilité du délégué. Si le patrimoine du délégué est plus important que celui du délégant, la substitution du délégué au délégant dans le rapport d'obligation avec le délégataire peut être très favorable à ce dernier, qui aura plus de chance d'obtenir le paiement de sa créance⁶⁹. Cet élément peut motiver le délégataire à consentir à la novation, et donc à accepter de libérer le délégant en échange de l'engagement du délégué.

24. Conclusion : un effet de garantie de faible intensité. Ainsi, la délégation novatoire peut produire un effet de garantie⁷⁰. Celui-ci demeure cependant très subsidiaire, puisqu'il ne sera jamais l'objectif principalement poursuivi par les parties (qui est de modifier le débiteur du délégataire) et qu'il ne se matérialisera pas toujours. En effet, seule la garantie légale de solvabilité actuelle du délégué est systématiquement acquise au délégataire et sa raison d'être est davantage de remédier à la fraude aux droits du créancier organisée par son débiteur que de lui conférer une garantie.

25. L'effet de garantie produit par la délégation prend une dimension toute autre en matière de délégation simple (Chapitre 2nd).

Chapitre 2nd : L'effet de garantie significatif produit par la délégation simple

26. La variation de l'intensité de l'effet de garantie. La délégation simple opère par superposition d'une obligation nouvelle aux obligations préexistantes, qui ne s'éteignent pas immédiatement⁷¹. Lorsqu'il s'agit d'analyser la délégation sous l'angle de la garantie qu'elle

⁶⁸ *Contra* : M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, t. 7 : obligations – deuxième partie*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954, n°1277.

⁶⁹ V. en ce sens : Y. PICOD, *Droit des sûretés*, coll. Thémis, 3^e éd., P.U.F., 2016, n°160 ; I. SERANDOUR, th. préc., n°82 ; S. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n°214 : « *En termes économiques, on peut estimer que la délégation parfaite équivaut à une garantie quand le délégué a une surface financière plus importante que le délégant, car cela accroît la masse de biens sur laquelle peut s'exercer le droit de gage général du créancier.* ».

⁷⁰ C. FAVRE-ROCHEX, *Sûretés et Procédures collectives*, th., M. GRIMALDI (dir.), Assas, 2019, n°134.

⁷¹ PH. SIMLER, « L'énigmatique sort de l'obligation du délégué envers le délégant tant que l'opération de délégation n'est pas dénouée », in *Mélanges offerts à Jean-Luc AUBERT, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p. 298 ; D. HOUTCIEFF, « De la paralysie de la créance du délégant : petite

procure, la délégation simple doit nécessairement se greffer sur une obligation primitive liant le délégant au délégataire. *A fortiori*, elle peut prendre appui sur deux obligations. Puisqu'elle procède par adjonction d'un second débiteur, la doctrine admet largement que la délégation procure un effet de garantie au créancier⁷². Sa consistance n'est cependant pas homogène, puisque cet effet n'est pas systématiquement recherché par toutes les parties et qu'il n'est pas toujours de même intensité. En réalité, lorsque la délégation simple est greffée sur deux rapports fondamentaux, l'effet de garantie est produit⁷³ à titre accessoire (*Section 1.*), tandis qu'il est recherché⁷⁴ à titre exclusif lorsque la délégation simple n'est fondée que sur un rapport fondamental (*Section 2.*).

Section 1. L'effet de garantie produit à titre accessoire

27. L'effet de garantie résultant de la technique de paiement simplifié. Lorsque la délégation simple se greffe sur deux obligations préexistantes, ce qui correspond à la pratique usuelle de la délégation, elle produit un effet de paiement simplifié. Le paiement du délégué au délégataire éteindra à due concurrence sa dette envers le délégant et la dette du délégant envers le délégataire. Il entraîne corrélativement un effet de garantie au bénéfice du délégataire : l'adjonction d'un second débiteur, et donc d'un second patrimoine sur lequel il pourra tenter d'obtenir satisfaction, augmente nécessairement ses chances d'être payé. Il convient cependant de préciser ces affirmations.

Le délégant, qui prend l'initiative de l'opération de délégation simple⁷⁵, a toujours pour volonté d'offrir au délégataire un nouveau débiteur. Son intérêt est de substituer à la certitude de sa poursuite une simple éventualité. L'intérêt du délégataire qui consent à l'opération est également uniforme et consiste à bénéficier de l'effet de garantie procuré par l'adjonction d'un second débiteur. Ainsi, la délégation leur est systématiquement profitable, mais l'intensité des avantages qu'elle procure peut toutefois varier suivant les montants respectifs de la nouvelle

métaphysique d'une pragmatique sanction », in *Liber Armoricum* CHRISTIAN LARROUMET, Economica, 2010, p. 228.

⁷² V. par ex. : P. ANCEL et O. GOUT, *Droit des sûretés*, coll. Objectif droit – Cours, 8^e éd., LexisNexis, 2019, n° 193 ; C.-A. MICHEL, *La concurrence entre les sûretés*, th., PH. DUPICHOT (préf.), coll. Thèses – Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., 2018, n° 286 ; S. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n° 215 ; PH. SIMLER, « L'énigmatique sort de l'obligation du délégué envers le délégant tant que l'opération de délégation n'est pas dénouée », art. préc., p. 296.

⁷³ L'effet de garantie est accessoire à la fonction naturelle de paiement simplifié que poursuit la délégation greffée sur deux rapports, et ne sera pas nécessairement recherché par toutes les parties. Il se *produit* donc à titre accessoire.

⁷⁴ Le recours à la délégation lorsque le délégué n'est pas débiteur du délégant ne peut s'expliquer que par l'intention de toutes les parties de procurer une garantie au délégataire, et c'est d'ailleurs le seul effet produit par la délégation. L'effet de garantie n'est pas seulement produit à titre principal : il est *recherché* à titre exclusif.

⁷⁵ V. *infra* n° 73.

obligation souscrite par le délégué et des obligations préexistantes. En tout état de cause, la délégation simple produit par nature un effet de garantie au profit du délégataire qui, selon les hypothèses, peut être partiel ou total.

Cependant, le point de vue du délégué est plus difficile à appréhender. En effet, l'intention du délégué qui consent à la délégation et l'intérêt qu'il tire de l'opération varient en fonction du contexte dans lequel l'opération s'inscrit. Plus précisément, ils dépendent du *quantum* de la dette nouvelle qu'il souscrit, qui doit être lu au regard du montant des obligations préexistant la conclusion de la délégation. C'est donc le référentiel du délégué qu'il convient d'adopter dans les prochains développements pour analyser l'effet de garantie du mécanisme. Or, la dette nouvelle qu'il souscrit peut être calquée sur le montant de l'une des dettes préexistant l'opération, auquel cas la délégation sera incertaine (§1), mais ce montant peut également être défini en lui-même, auquel cas la délégation sera certaine (§2). Suivant ces hypothèses, l'intention du délégué consentant à l'opération variera, ce qui aura des répercussions sur l'intensité de l'effet de paiement simplifié et de l'effet de garantie produit par la délégation.

§1 La délégation incertaine greffée sur deux rapports fondamentaux

28. Lorsque la délégation est incertaine, la dette nouvelle délégué est calquée sur l'une des dettes préexistantes qui peut être celle du délégué (I.) ou du délégant (II.).

I. L'engagement nouveau du délégué calqué sur sa propre dette

29. L'effet de garantie imparfait produit par un paiement simplifié parfait. Lorsque le délégué calque son engagement envers le délégataire sur sa propre dette à l'égard du délégant, le paiement éteint intégralement la dette initiale du délégué à l'égard du délégant, et diminuera la dette du délégant à l'égard du délégataire à due concurrence. Du point de vue du délégué, se produit donc un paiement simplifié parfait, recherché par toutes les parties puisque le délégataire n'a pas manifesté son intention de libérer le délégant.

Outre l'effet de paiement simplifié, l'adjonction d'un second débiteur produit systématiquement un effet de garantie au profit du créancier. Celui-ci peut être qualifié d'imparfait puisque le délégataire ne sera entièrement désintéressé que dans l'hypothèse où sa créance à l'égard du délégant est inférieure ou égale à la créance du délégant à l'égard du délégué. En effet, l'intensité de l'effet de garantie produit par la délégation dépend alors du rapport entre le montant de la dette du délégué à l'égard du délégant et celui de la dette du délégant à l'égard du délégataire. Selon les cas, la créance du délégataire à l'égard du délégant

sera garantie en tout ou partie par l'engagement du délégué.

Cet effet de garantie, s'il est inhérent à cette forme de délégation, n'est cependant pas recherché par toutes les parties à l'opération avec la même intensité. Tandis qu'il est nécessairement poursuivi par le délégant et convoité par le délégataire, il se produit à l'insu du délégué. En effet, le délégué consent à l'opération dans la seule perspective d'éteindre sa dette et n'a aucunement l'intention de garantir la dette du délégant. L'opération est de son point de vue économiquement neutre, puisqu'elle consiste seulement à acquitter sa dette entre les mains d'un nouveau créancier, désigné par son créancier initial⁷⁶. Ce faisant, l'engagement du délégué permet une simplification des rapports unissant les différentes parties.

Ainsi, tandis que la fonction de paiement simplifié est recherchée par toutes les parties à l'opération, la fonction de garantie passe au second plan : elle n'est recherchée que par le délégant et le délégataire et elle voit donc sa force s'amoinrir⁷⁷.

30. L'exemple de la délégation du locataire. Dans cette application classique de la délégation, une personne achète un immeuble au moyen d'un emprunt. Pour acquitter sa dette, le propriétaire de l'immeuble peut mettre son bien en location et déléguer le locataire à son prêteur. Ainsi, le locataire-délégué paiera directement les loyers entre les mains du prêteur-délégataire. Ces loyers s'inscriront en déduction de la dette du propriétaire-délégant à l'égard de la banque et éteindront simultanément la dette du locataire à l'égard de l'emprunteur⁷⁸.

II. L'engagement nouveau du délégué calqué sur la dette du délégant

31. L'effet de garantie parfait produit par un paiement simplifié imparfait. Lorsque la dette nouvelle du délégué est calquée sur la dette préexistante du délégant à l'égard du délégataire, le délégué s'engage à hauteur d'un montant qui peut être inférieur ou supérieur à celui de sa propre dette à l'égard du délégant. Dans le référentiel du délégué, la fonction de paiement simplifié voit alors son intensité diminuer et ne pourra être l'unique motif de son engagement. En effet, le paiement simplifié ne sera pour le délégué parfait et ne contribuera à le libérer intégralement que dans la rare hypothèse où il s'engage à payer au délégataire une somme égale à celle qu'il devait au délégant. Lorsque le montant de l'engagement nouveau du

⁷⁶ Cass. com. 15 janv. 2013, n°11-28. 173, *Bull. civ.* IV, n°10. Lorsque le délégué ne s'engage à l'égard du délégataire que dans la mesure de sa dette à l'égard du délégant, l'opération n'est de son point de vue pas constitutive d'une garantie.

⁷⁷ V. en ce sens : J.-D. PELLIER, « La nature de la délégation imparfaite », art. préc., n°1.

⁷⁸ M.-L. NIBOYET, « Une illustration du concept de droit civil des affaires : La délégation du locataire, à titre de garantie », in *Dialogues avec Michel JEANTIN – Prospectives du droit économique*, Dalloz, 1999, p. 71 et s.

délégué diffère de celui précédemment souscrit à l'égard du délégant, l'effet de paiement simplifié produit par la délégation est pour le délégué imparfait. Il convient en réalité de distinguer suivant le montant de l'engagement nouveau souscrit par le délégué.

Si le délégué s'engage à payer une somme inférieure à celle qu'il devait au délégant, sa dette initiale sera partiellement éteinte par le paiement fait au délégataire. Il devra donc toujours s'acquitter de la différence envers le délégant. La fonction de paiement simplifié est affaiblie : le paiement fait par le délégué éteindra une dette préexistante dans son intégralité, mais ne fera que diminuer le *quantum* de l'autre. En consentant à une telle opération, le délégué souhaite nécessairement rendre un service au délégant et au délégataire, qui consiste en l'octroi d'une seconde créance au profit du délégataire, de même montant que sa première créance à l'égard du délégant. Néanmoins, il n'a aucune intention d'avantager le délégant, puisqu'il paye simplement une fraction de sa dette initiale entre les mains d'un nouveau créancier.

Si le délégué s'engage envers le délégataire à payer une somme supérieure à celle qu'il devait au délégant, l'opération n'aura une fonction de paiement simplifié qu'à hauteur du montant de la dette du délégué envers le délégant. Du point de vue du délégué, le paiement fait au délégataire lui ouvrira un recours contre le délégant en remboursement de l'excédent⁷⁹. La fonction de garantie est alors inhérente à l'opération et recherchée par l'ensemble des parties : le délégué a nécessairement l'intention de procurer un avantage au délégant en payant sa dette auprès du délégataire. Ce faisant, il garantit la dette du délégant, en offrant au délégataire une seconde créance de même montant que la précédente, alors que la seule prise en compte de son intérêt ne commanderait pas d'agir de la sorte.

En tout état de cause, la délégation produit dans cette configuration un effet de garantie parfait au profit du délégataire. En effet, ce dernier verra nécessairement sa créance à l'égard du délégant garantie par le délégué pour l'intégralité de son montant. Les difficultés qui pourraient naître de la régularisation de la situation entre le délégué et le délégant lui sont en outre étrangères. En effet, si postérieurement au paiement du délégataire, le délégué ne s'acquitte pas de la fraction de sa dette impayée envers le délégant ou si le délégant ne procède pas au remboursement de l'excédent payé par le délégué, le délégataire aura été entièrement désintéressé et ne pourra subir aucun recours en remboursement du montant payé par le délégué.

32. L'exemple de la délégation du maître de l'ouvrage. La loi du 31 décembre 1975 relative

⁷⁹ V. *infra* n°88.

à la sous-traitance⁸⁰ fournit un exemple d'application de ce type de délégation, destiné à garantir le paiement, par l'entrepreneur principal, des sommes dues au sous-traitant⁸¹. L'entrepreneur peut déléguer le maître de l'ouvrage à son créancier, le sous-traitant. Le maître de l'ouvrage, en payant directement le sous-traitant, diminuera à due concurrence la dette de l'entrepreneur principal à l'égard du sous-traitant et sa dette à l'égard de l'entrepreneur principal.

§2 La délégation certaine greffée sur deux rapports fondamentaux

33. Le risque de la multiplication des paiements. L'hypothèse de la délégation certaine, dans laquelle l'obligation nouvelle consentie par le délégué n'est greffée sur aucune des obligations préexistantes, a été admise en doctrine⁸², même s'il est parfois difficile de comprendre les raisons qui pousseraient les parties à consentir à une telle opération. Au lieu de diminuer le nombre de paiement à effectuer, l'opération pourrait les multiplier. En tout état de cause, si le délégué s'engage à payer une somme plus importante que celle qu'il devait au délégant, il consent un avantage au délégataire et rend service au délégant. Cependant, s'il s'engage pour une somme inférieure ou égale, l'opération n'est de son point de vue qu'un paiement d'une fraction de sa dette à l'égard du délégant. Il rend service au délégant mais n'a pas nécessairement pour intention de procurer un avantage au délégataire.

34. L'effet de garantie produit par la délégation est de toute autre nature lorsque celle-ci ne se greffe que sur une unique obligation primitive liant le délégant au délégataire (*Section 2*).

Section 2. L'effet de garantie recherché à titre exclusif

35. Un rapport fondamental délégué – délégant facultatif. La possibilité même de concevoir une délégation en l'absence d'un rapport fondamental délégué-délégrant a longtemps fait débat. Certains auteurs cantonnent la délégation à sa fonction de paiement simplifié, ce qui les conduit à exiger, à titre de validité de l'opération, l'existence d'une obligation fondamentale liant le délégué au délégant⁸³, voire même de deux obligations fondamentales⁸⁴. Ces positions sont

⁸⁰ L. n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

⁸¹ V. PH. SIMLER, « La délégation du maître de l'ouvrage prévue par la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance », *RD. Imm.* 1996.

⁸² J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil – Les obligations, t. 3 : Le rapport d'obligation*, coll. Université, 9^e éd., Sirey, 2015, n°456.

⁸³ J. FRANÇOIS, *Les obligations – Régime général, op. cit.*, n°640.

⁸⁴ M. BILLIAU, th. préc., n°42.

aujourd'hui rejetées par la doctrine majoritaire⁸⁵, la jurisprudence⁸⁶ et le Code civil, qui en son nouvel article 1336 n'impose aucune relation préexistante entre les parties. S'il est difficile de comprendre ce qui pourrait motiver les parties à recourir à la délégation en l'absence de tout lien préexistant, il est donc clairement admis que la délégation peut se greffer sur un unique rapport liant le délégant et le délégataire.

36. La recherche à titre exclusif de l'effet de garantie produit par la délégation. Lorsque le délégué consent à une délégation alors qu'il n'est pas débiteur du délégant, il peut être animé d'une intention libérale, mais il peut aussi chercher à octroyer un prêt ou à garantir la dette du délégant. Dans le cas particulier où la délégation se greffe sur une unique obligation liant le délégant et le délégataire, le recours à l'opération ne peut que s'expliquer par l'acceptation du délégué, à la demande du délégant, de garantir la dette du délégant en offrant au délégataire un second débiteur. La délégation, qu'elle soit certaine ou incertaine, aura alors une fonction exclusive de garantie⁸⁷ et ne produira aucun effet de paiement simplifié dans le référentiel du délégué : elle permettra seulement d'éteindre ou de diminuer la dette fondamentale du délégant envers le délégataire.

37. L'exemple de la délégation de la société. Dans cette figure, une banque, plutôt que de contracter directement avec une société, consent un prêt à son dirigeant afin que celui-ci réponde des dettes sociales. Les sommes empruntées seront ensuite reversées à la société par le dirigeant, sous forme d'apport en compte courant⁸⁸. Comme la société est le destinataire final des sommes empruntées, le dirigeant peut déléguer la société à la banque afin que celle-ci rembourse directement le prêt qu'il a contracté, ainsi que ses intérêts. De cette manière, les paiements effectués par la société auprès de la banque viendront diminuer le montant de la dette d'emprunt du délégant. Le montage permet de faire peser sur le dirigeant une responsabilité financière importante, ce qui l'incitera à assurer la bonne marche de l'entreprise⁸⁹ et le dissuadera de consentir à un engagement déraisonnable. Dans le même temps, par l'effet de la délégation, le dirigeant ayant conclu un prêt dans l'intérêt exclusif de sa société deviendra

⁸⁵ V. en ce sens : H. CAPITANT, *op. cit.*, n°176 ; F. HUBERT, th. préc., n°90 ; C. LARROUMET, th. préc., n°226 ; P. GIDE, th. préc., p. 381 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n°1271 ; F. TERRE et *al.*, *op. cit.*, n°1739.

⁸⁶ Cass. com., 21 juin 1994, n°91-19.281, *Bull. Civ. IV*, n°225.

⁸⁷ PH. SIMLER, *Cautionnement : garanties autonomes, garanties indemnitaires*, coll. Traité, 5^e éd., LexisNexis, 2015, n°932 : la délégation simple peut être « mise en œuvre exclusivement comme un procédé de garantie personnelle ».

⁸⁸ V. I. SERANDOUR, th. préc., n°95.

⁸⁹ F. DEBOISSY, « Le dirigeant contraint d'emprunter pour le compte de sa société (ou les vertus fiscales de la délégation imparfaite) », *JCP E* 1996, I, 579, spéc. n°4.

débiteur de second rang, et ne sera appelé à rembourser sa dette qu'en cas de défaillance du délégué⁹⁰.

38. Conclusion : la gradation de l'effet de garantie au gré de la distinction entre délégation avec et sans contribution à la dette. La délégation simple greffée sur deux rapports fondamentaux produit toujours un effet de garantie, qui n'est pas nécessairement recherché par toutes les parties à l'opération et qui n'est en tout état de cause jamais recherché à titre exclusif⁹¹, puisque le délégué consent avant tout à l'opération pour diminuer ou éteindre sa dette à l'égard du délégant. S'observe ainsi une gradation. Si le délégué paye au délégataire un montant inférieur à celui de sa dette à l'égard du délégant, il rend un service au délégant sans pour autant souhaiter avantager le délégataire. Ensuite, si le délégué paye au délégataire ce qu'il devait au délégant, l'opération est neutre à son égard. Dans ces deux premiers cas, du point de vue du délégué, l'opération a une fonction exclusive de paiement car elle se produit avec contribution intégrale à la dette. Si toutefois le délégué s'engage à l'égard du délégataire pour un montant plus important que celui qu'il devait au délégant, il souhaite nécessairement lui rendre service et procurer un avantage au délégataire : la fonction de garantie de l'opération prend alors le dessus sur sa fonction de paiement, car elle opère pour partie sans contribution à la dette du délégué.

A fortiori, cette solution vaut dans l'hypothèse où la délégation ne se greffe que sur une unique obligation primitive liant le délégant au délégataire : la délégation opérera alors pour le tout sans contribution à la dette du délégué, de sorte que l'opération aura une fonction exclusive de garantie de tout ou partie de la dette du délégant.

Ainsi, la délégation, lorsqu'elle est fondée, *a minima*, sur une obligation primitive liant le délégant au délégataire, offre un effet de garantie d'intensité variable qui peut être recherché à titre exclusif, principal, accessoire ou subsidiaire.

39. L'effet de garantie de la délégation identifié, il faut ensuite le qualifier pour rechercher s'il peut être exploité aux fins de constituer une véritable garantie personnelle alternative (Titre 2nd).

⁹⁰ V. infra. n°87 et s.

⁹¹ V. en ce sens S. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n°215.

Titre 2nd : La qualification de l'effet de garantie produit par la délégation

40. Si la délégation produit un effet de garantie, celui-ci ne peut être correctement exploité en tant qu'alternative aux sûretés personnelles nommées qu'à la condition que sa teneur soit cernée avec précision. Pour ce faire, il faut le qualifier afin de le situer dans la classification des garanties, ce qui permettra d'en déduire le régime qui lui est applicable. Traditionnellement, pour rendre compte de la nature des mécanismes à effet de garantie, la catégorie des sûretés est distinguée de celle des garanties. Cette distinction, dont il faut apprécier l'opportunité (*Chapitre 1^{er}*) doit être confrontée à l'effet de garantie produit par la délégation (*Chapitre 2nd*).

Chapitre 1^{er} : L'opportunité de la distinction entre garantie et sûreté

41. L'opération de distinction. Opération intellectuelle précédant l'établissement d'une classification, la distinction consiste à analyser plusieurs éléments afin de les séparer et de rendre compte de leur individualité⁹². Ainsi, Madame IZORCHE écrit que « la distinction est une condition d'existence », puisque faire ressortir les différences entre plusieurs éléments empêche leur confusion et leur permet de vivre une existence juridique distincte⁹³. La distinction n'a ainsi d'intérêt que si les éléments qu'elle confronte répondent à des définitions différentes (*Section 1*) et se voient appliquer un régime qui leur est propre (*Section 2*).

Section 1. Le contenu théorique de la distinction

42. Une distinction difficile. Les notions de sûreté et garantie ne sont définies ni textuellement, ni jurisprudentiellement. Afin de faire ressortir leurs spécificités, leur contenu a été précisé par la doctrine qui est très hétérogène : presque chaque auteur adopte une définition différente de ces notions, et sur ce point certains concluent même à l'impossibilité de l'exercice⁹⁴, la difficulté consistant à regrouper dans une même catégorie juridique des mécanismes très divers, tant par

⁹² G. CORNU (dir.), Association Henri CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., PUF, Quadrige, 2020, p. 354.

⁹³ M.-L. IZORCHE, Réflexions sur la distinction, in *Mélanges CH. MOULY*, Litec, 1998, t. 1, p. 53, n°2.

⁹⁴ Ph. THERY, *Sûretés et publicité foncière*, coll. Droit fondamental. Droit civil., P.U.F., 1988, n°6 ; M. CABRILLAC et al., *op. cit.*, n°2 : La notion de sûreté est introuvable. « L'idée de sûreté est tout à la fois facile à saisir (...) et difficile à définir. (...) La sûreté n'est pas une notion, ce n'est qu'une étiquette qui s'accommode du disparate. L'emploi fréquent du pluriel est significatif de l'impossibilité de réunir dans un concept unique, parce qu'elles reposent sur des techniques trop éloignées, les sûretés personnelles et les sûretés réelles. ».

les sources dont ils procèdent que par les techniques qu'ils utilisent. D'autres auteurs refusent de reconnaître l'utilité de la distinction, et emploient indifféremment les deux notions⁹⁵.

43. Le renouvellement de la problématique. Le développement d'alternatives aux sûretés traditionnelles a fait émerger des interrogations relatives à la qualification de ces nouvelles techniques. Ainsi, la question des frontières de la catégorie des sûretés, et plus généralement de son articulation avec la catégorie des garanties, est revenue à l'ordre du jour. Trois réponses sont envisageables. La première est de donner à la notion de sûreté une définition fonctionnelle très compréhensive, de manière à ce qu'elle accueille, sinon l'ensemble du moins un grand nombre des mécanismes à effet de garantie⁹⁶. La deuxième consiste à distinguer nettement les notions de sûreté et de garantie, en leur donnant des définitions telles que leurs domaines ne se recoupent pas. Enfin, la troisième possibilité, qui est classiquement retenue par la doctrine et semble être la plus judicieuse, est de considérer que la catégorie de garantie est large, ouverte, et englobe la catégorie plus spécifique des sûretés. De cette manière, les ressemblances entre les deux notions sont reconnues, mais leur confusion est évitée. Procéder de la sorte permet de conférer à la notion de sûreté une définition stricte, afin d'éviter que celle-ci ne s'étende au point d'absorber des techniques très différentes de celles envisagées initialement sous ce terme. Un tel élargissement entraverait la mise en lumière de points communs entre ces différents objets et de compliquerait l'élaboration de règles communes. À partir de ce postulat, il faut rendre compte de la définition doctrinale des notions (§1) avant de mettre en lumière leurs traits distinctifs (§2).

⁹⁵ PH. SIMLER, « Unité ou pluralité des sûretés personnelles », in Y. BLANDIN et V. MAZEAUD (dir.) *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, Dalloz, 2019, p. 89. V. également ce sens : F. GUERCHOUN, *Pratique du cautionnement et autres sûretés personnelles*, coll. Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, Delmas, 2008 n°203. *Contra* : PH. PETEL, « Les sûretés personnelles dans le nouveau droit des entreprises en difficulté », *Cah. dr. entr.*, 2009, IV, n°20. L'auteur souligne qu'en « visant expressément la notion de sûreté personnelle, les textes issus de l'ordonnance de 2008 rendent un grand service aux professeurs de droit, car ils donnent un intérêt pratique à une question jusqu'ici purement académique : celle de l'identification de cette notion ».

⁹⁶ Adoptant cette méthode, l'avant-projet de réforme du droit des sûretés, présenté par l'Association Henri Capitant en 2017, avait proposé une définition large, fonctionnelle et peu technique de la sûreté. Son article 2286 prévoyait que « la sûreté garantit l'exécution d'une ou plusieurs obligations, présentes ou futures ». V. également PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE, *Les sûretés – La publicité foncière*, coll. Précis, 7^e éd., Dalloz, 2016, n°37, qui définissent la sûreté comme « 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 ». V. enfin I. SERANDOUR, th. préc., n°103, qui définit la sûreté par sa finalité, « préserver le créancier contre l'insolvabilité du débiteur ».

§1 La définition doctrinale des termes de la distinction

I. L'adoption d'une définition conceptuelle de la notion de sûreté

44. Définition classique. La définition de la sûreté est multiple, mais celle qui est traditionnellement retenue⁹⁷ est celle proposée par Monsieur CROCQ : « Une sûreté est l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de bien ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement du contrat de base, d'un droit d'agir accessoire de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement. »⁹⁸. Ainsi, pour prétendre à la qualification de sûreté, un mécanisme doit revêtir trois caractéristiques. D'abord, sa finalité exclusive⁹⁹ doit être l'amélioration de la situation du créancier telle qu'elle résulte normalement de son droit de gage général¹⁰⁰. Le mécanisme doit ensuite avoir pour effet de satisfaire par sa mise en œuvre le créancier, en lui procurant un paiement total ou partiel de sa créance. Enfin, il doit suivre la technique de l'accessoire, définie de manière conceptuelle par Monsieur CROCQ comme « l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de bien ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base d'un droit d'agir accessoire à son droit de créance »¹⁰¹. La sûreté a donc nécessairement une source distincte de celle qui donne naissance à l'obligation principale, et donne au créancier un droit d'agir supplémentaire qui s'ajoute à son droit de créance. Ce caractère accessoire emporte la subsidiarité de l'engagement du garant, qui ne doit être poursuivi qu'en cas d'échec de l'action intentée à l'encontre du débiteur initial¹⁰².

Ce caractère accessoire, comme critère de définition de la sûreté, a cependant été relativisé par l'ordonnance du 23 mars 2006¹⁰³, qui a reconnu la qualité de sûreté personnelle à deux mécanismes nés de la pratique et de la liberté contractuelle et dépourvus de tout caractère

⁹⁷ V. en ce sens : PH DUPICHOT, th. préc., n°5 ; D. LEGEAIS, *op. cit.*, n°21 ; P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, LexisNexis, p. 305 ; Y. PICOD, *op. cit.*, n°4.

⁹⁸ P. CROCQ, *Propriété et garantie*, th., M. GOBERT (préf.), coll. Thèses – Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., 1995, n°282.

⁹⁹ C. GINESTET, « La qualification des sûretés », *Défrénois*, 1999, n°2, p. 80, n°8.

¹⁰⁰ C. civ., art. 2284.

¹⁰¹ P. CROCQ, th. préc., n°272

¹⁰² CH. JUILLET, th. préc., n°296 : « Une garantie n'a pas pour vocation à être mise en œuvre au premier chef et de dénouer les relations des parties ».

¹⁰³ V. en ce sens : Y. PICOD, *op. cit.*, n°4, S. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n°18.

accessoire : la garantie autonome et à la lettre d'intention¹⁰⁴. Tenant compte de cet aspect, Monsieur BORGA, a proposé une définition fonctionnelle¹⁰⁵ de la catégorie des sûretés, comme celle regroupant « tout procédé spécifique mis en œuvre par un créancier afin d'obtenir directement ou indirectement l'exécution d'une obligation ou lui permettant de parer à l'inexécution de son obligation par le débiteur »¹⁰⁶.

45. Les critères propres aux sûretés personnelles. La doctrine majoritaire retient deux critères supplémentaires¹⁰⁷ pour définir la sûreté personnelle. Celle-ci doit d'abord résulter de l'adjonction d'une créance au profit du créancier contre le garant et donc d'un second débiteur. Ensuite, elle suppose l'absence de contribution à la dette du garant¹⁰⁸. Le débiteur initial doit supporter la charge définitive de la dette, le garant bénéficiant d'un recours à son encontre¹⁰⁹.

II. L'adoption d'une définition fonctionnelle de la notion de garantie

46. Définition classique. La définition classique de la garantie¹¹⁰ est fonctionnelle et vise tous les « avantages spécifiques dont la finalité est de permettre de suppléer à l'exécution régulière d'une obligation ou d'en prévenir l'inexécution »¹¹¹. La catégorie des garanties réunit ainsi tous les mécanismes qui octroient un avantage visant à prémunir un créancier contre un risque de perte pécuniaire¹¹² et englobe de cette manière la catégorie des sûretés¹¹³.

47. Objections. Certains auteurs, jugeant cette définition trop compréhensive¹¹⁴, proposent des

¹⁰⁴ C. civ., art. 2287-1.

¹⁰⁵ V. également en ce sens : I. SERANDOUR, th. préc., n°100 et 103.

¹⁰⁶ N. BORGA, th. préc., n°405.

¹⁰⁷ V. en ce sens : L. AYNES et al., *op. cit.*, n°5 ; M. CABRILLAC et al., *op. cit.*, n°23 et s. ; PH DUPICHOT, th. préc., n°5.

¹⁰⁸ V. cependant : I. SERANDOUR, th. préc., n°100 ; L. ANDREU, th. préc., n°21 ; N. BORGA, *op. cit.*, n°410. Ces auteurs ne retiennent pas ce critère, qu'ils jugent récent, inopportun et difficile à mettre en œuvre.

¹⁰⁹ V. en ce sens : M. CABRILLAC et al., *op. cit.*, n°29 ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, t. 7, coll. Droit civil, Economica, 2004, n°1. Ce critère exclut de la catégorie des sûretés personnelles la solidarité et l'action directe.

¹¹⁰ La notion de garantie est excessivement plurielle, protéiforme, ce qui la rend insaisissable. Elle se retrouve dans de très nombreux domaines du droit (droit des sûretés, des assurances, des contrats ou encore de la responsabilité civile), peut avoir une source légale, contractuelle ou judiciaire, vise la protection d'intérêts variés et repose sur une multitude de mécanismes. V. pour une vision d'ensemble de la notion de garantie : P. JOURDAIN, art. préc., p. 303 ; N. BARGUE, *Essai sur la notion de garantie*, th., P. JOURDAIN (dir.), Sorbonne, 2008, n°9 et s.

¹¹¹ P. CROCQ, th. préc., n°287.

¹¹² D. LEGAIS, *op. cit.*, n°23 ; P. JOURDAIN, art. préc., p. 303 et s. ; M. CABRILLAC et al., *op. cit.*, n°4.

¹¹³ L. Aynès et al., *op. cit.*, n°2 : « La sûreté est donc une garantie (...) mais toute garantie n'est pas une sûreté ». En ce sens, v. également : P. CROCQ., th. préc., n°285. *Contra* : N. BARGUE, th. préc., n°83 : « Affirmer avec certitude que la sûreté est une catégorie de la garantie relève d'abord d'une démarche arbitraire. (...) Ainsi définie, la garantie sert davantage de contrepoint à la notion de sûreté qu'elle n'apparaît comme un concept réellement opératoire ».

¹¹⁴ N. BARGUE, th. préc., n°82 et s. : Avec cette définition fonctionnelle, la catégorie des garanties est définie de manière si large et regroupe des mécanismes si hétérogènes qu'elle ne peut être opératoire, car elle ne permet pas de rendre compte de la diversité de nature ou d'intensité des différentes garanties.

conditions supplémentaires¹¹⁵. D'abord, la garantie n'existerait qu'au service d'une obligation à garantir¹¹⁶. Ensuite, elle devrait être subsidiaire par rapport à l'obligation principale¹¹⁷. Ces critères ne font cependant pas l'unanimité au sein de la doctrine, qui s'accorde seulement sur la teneur de la finalité de la garantie.

48. Pour que la distinction entre sûreté et garantie soit effective, encore faut-il établir clairement les critères qui les distinguent. En l'absence de trait distinctif déterminé, les frontières entre les deux notions seraient poreuses et la distinction ne pourrait pas être opératoire¹¹⁸.

§2 La recherche de critères de distinction

49. Définitions retenues. Dans la perspective de l'étude de la distinction entre la garantie et la sûreté, il faut retenir les définitions proposées par Monsieur CROCQ, qui seules permettent de différencier nettement les deux notions. Ainsi, la catégorie des sûretés intègre celle des garanties, ce qui a nécessairement pour conséquence que les deux mécanismes partagent comme caractéristique le critère de définition de la garantie, soit la fonction de prémunir le créancier contre un risque de perte.

50. L'identification difficile de critères de distinction permanents. Puisque la sûreté poursuit nécessairement la même finalité que la garantie, les critères de distinction pourraient être recherchés dans la définition de la sûreté et plus précisément parmi les conditions supplémentaires qu'elle impose. En réalité, ce raisonnement ne peut être suivi. La qualification de sûreté nécessite effectivement la réunion de certains critères, mais pour autant, la qualification de garantie ne peut être systématiquement refusée aux mécanismes qui présentent certains critères de la sûreté sans pour autant accéder à cette qualification, car au moins l'un d'eux fait défaut. En réalité, aucun critère permanent n'est en mesure de distinguer les sûretés et les garanties, car aucun des critères de la sûreté ne permet d'exclure définitivement la qualification de garantie. Cela se comprend parfaitement : si tel était le cas, les domaines des sûretés et des garanties ne se recouperaient pas. Or, la catégorie des sûretés appartient à celle des garanties, donc la qualification de sûreté se cumule toujours avec celle de garantie¹¹⁹. Ainsi, il faut s'en tenir à reconnaître qu'un mécanisme peut prétendre à la qualification de sûreté

¹¹⁵ P. CROCQ, th. préc., n°286.

¹¹⁶ I. SERANDOUR, th. préc., n°82. *Contra* : C. GINESTET, art. préc., n°8 et s., P. JOURDAIN, art. préc., p. 305.

¹¹⁷ V. en ce sens : C.-A. MICHEL, th. préc., n°289, CH. JUILLET, th. préc., n°296, P. CROCQ, th. préc., n°286. *Contra* : N. BARGUE, th. préc., n°108 : la notion de garantie n'exige pas de subsidiarité de la garantie par rapport à l'obligation principale.

¹¹⁸ M.-L. IZORCHE, art. préc., n°12.

¹¹⁹ L. AYNES et al., *op. cit.*, n°2.

personnelle s'il réunit ses critères de définition. La catégorie des garanties est quant à elle résiduelle : elle a vocation à accueillir en son sein tous les mécanismes qui ont pour finalité de conférer une protection à un créancier contre un risque de perte, en ce compris l'ensemble des sûretés ainsi que l'ensemble des mécanismes qui poursuivent cette finalité mais qui ne présentent pas toutes les conditions de qualification de la sûreté.

51. Si les notions ont des définitions différentes, encore faut-il, pour que la distinction soit effective, qu'elles se voient appliquer des régimes distincts (*Section 2*).

Section 2. L'impact pratique de la distinction sur le régime applicable

52. La nécessité de régimes distincts. Une distinction n'a de réalité juridique et donc d'utilité que si les éléments qu'elle différencie se voient associer un régime distinct¹²⁰. Ainsi, pour déterminer si la distinction entre sûreté et garantie est opératoire, il faut identifier les règles qui visent ces catégories (§1) puis de rechercher si ces limitations textuelles sont effectives (§2).

§1 L'assignation par les textes de régimes distincts

53. Si de rares textes visent cumulativement les sûretés et les garanties (I.), ils les désignent généralement alternativement, de manière à dessiner à chacune d'elle un régime propre (II.).

I. La réunion accidentelle des catégories

54. La réunion inopportune des catégories. Certains textes étonnent, en ce qu'ils visent à la fois les sûretés et les garanties. Ainsi, l'article L. 722-5 du Code de la consommation prévoit que la recevabilité de la demande de traitement de la situation de surendettement entraîne l'interdiction de prendre toute sûreté ou garantie. En outre, l'article 1052 du Code civil, en matière de libéralités graduelles, permet au disposant de prescrire des garanties et des sûretés pour la bonne exécution de la charge. Cette formule est inopportune puisque la simple mention des garanties rend superflue la référence aux sûretés et qu'elle conduit à brouiller la distinction.

II. Le morcellement des textes au gré de la distinction

¹²⁰ PH. SIMLER, « Unité ou pluralité des sûretés personnelles », art. préc., p. 89 : L'intérêt de la distinction « résiderait dans une différenciation significative du régime des unes et des autres ».

55. L'identification des textes applicables aux garanties personnelles. Le Code de commerce prévoit que les « cautions, avals et garanties » doivent faire l'objet d'une autorisation préalable par le conseil d'administration en présence d'une société anonyme moniste à conseil d'administration¹²¹ et par le conseil de surveillance en présence d'une société anonyme dualiste, à conseil d'administration et directoire¹²². Au sein de ce même Code, l'article L. 650-1 prévoit l'engagement de la responsabilité des créanciers pour soutien abusif du crédit s'ils prennent des garanties disproportionnées à leur concours. Dans le Code de procédure civile, l'article 517 prévoit que l'exécution provisoire du jugement puisse être subordonnée à la constitution d'une garantie personnelle suffisante pour répondre de toutes restitutions ou réparations. En visant les garanties, ces textes s'appliquent pas extension aux sûretés personnelles¹²³. La réciproque est cependant inexacte : les textes ne mentionnant que les sûretés n'ont *a priori* pas vocation à s'appliquer aux garanties.

56. L'identification des textes visant exclusivement les sûretés personnelles. Logiquement, le Livre IV intitulé « *Des sûretés* » ne fait pas état de la notion de garantie. D'autres dispositions du Code civil doivent cependant être relevées¹²⁴. Ainsi, l'article 1305-4 sanctionne la perte de sûretés par la déchéance du terme de l'obligation. L'article 1387-1 régit le sort que le tribunal judiciaire peut réserver aux sûretés constituées par les époux dans le cadre de la gestion d'une entreprise. En matière de communauté réduite aux acquêts, il faut également citer l'article 1415, qui bien que primordial est encore plus précis, puisqu'il ne vise que le cautionnement : il détermine les biens engagés lorsqu'un époux commun en biens se porte caution ou contracte un emprunt sans le consentement de l'autre conjoint.

Le Code de commerce, quant à lui, contient plusieurs dispositions relatives au sort des créanciers titulaires de sûretés personnelles, dont l'article L. 642-10 qui leur permet d'être désignés en tant que contrôleurs par le juge commissaire et l'article L. 626-27, qui leur permet de recouvrer l'intégralité de leurs sûretés lorsqu'un jugement propose la résolution du plan de sauvegarde. Il détaille ensuite le régime applicable aux « personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ». Ces personnes

¹²¹ C. Com., art. L. 225-35.

¹²² C. Com., art L. 225-68.

¹²³ V. à ce propos : N. BARGUE, th. préc., n° 13.

¹²⁴ D'autres textes du Code civil se réfèrent exclusivement aux sûretés, dont l'article 1216-3 (cession de contrat), l'article 1302-2 (paiement de l'indu), l'article 1328-1 (cession de dette), l'article 1334 (novation), l'article 1346-4 (subrogation) et l'article 1352-9 (restitutions). L'article 1175, qui, en son 2°, prohibait la conclusion de sûretés personnelles ou réelles sous format électronique, a été abrogé par l'ordonnance portant réforme du droit des sûretés du 15 septembre 2021 et qui ne s'applique donc plus depuis le 1^{er} janvier 2022.

peuvent demander, sous certaines conditions, la suspension de l'exigibilité ou l'échelonnement de leur créance. Elles peuvent également se prévaloir des délais de grâce accordés au débiteur pendant la conciliation¹²⁵. A l'occasion de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, elles peuvent invoquer certaines exceptions appartenant au débiteur¹²⁶. Elles peuvent également bénéficier d'une suspension, jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation, de toute poursuite à leur encontre¹²⁷. Le Code de commerce leur permet en outre de déclarer leurs créances si elles ont fait un paiement partiel¹²⁸, mais aussi avant tout paiement pour sauvegarder leur recours personnel¹²⁹. Enfin, elles peuvent se prévaloir du jugement arrêtant le plan de sauvegarde¹³⁰.

Le Code de la consommation vise à quelques reprises les sûretés. Il prévoit que l'offre de prêt devra indiquer les sûretés personnelles conditionnant sa conclusion ainsi qu'évaluer leur coût¹³¹. Son article L. 315-13 reprend l'article 1305-4 du Code civil susvisé. Enfin, l'une de ses dispositions vise spécifiquement la garantie autonome, et interdit aux consommateurs de souscrire ce type de sûreté à l'occasion d'un crédit à la consommation ou d'un crédit immobilier¹³².

La distinction des notions paraît ainsi accréditée par l'existence de nombreuses règles visant alternativement les garanties ou les sûretés. Encore faut-il rechercher si la restriction textuelle que constitue la référence à la sûreté est appliquée en pratique. Une réponse positive permettrait de conclure au caractère opératoire de la distinction, et donc à son opportunité.

§2 La portée pratique des restrictions textuelles

57. Un vocabulaire irréfléchi. En matière de sûretés, le vocabulaire employé étonne : les textes se réfèrent tantôt à la catégorie des sûretés, tantôt à celle des garanties, sans aucune cohérence et justification apparente. Certains auteurs l'ont qualifié d'irréléchi¹³³, d'autant plus que le législateur n'a pas pris le soin de définir les termes qu'il emploie. Ainsi, il faut rechercher si ces textes doivent s'apprécier strictement et n'être appliqués qu'aux catégories qu'ils visent

¹²⁵ C. com., art. L. 611-10-2.

¹²⁶ C. com., art. L. 622-26 et art. L. 641-3.

¹²⁷ C. com., art. L. 622-28.

¹²⁸ C. com., art. L. 622-33.

¹²⁹ C. com., art. L. 622-34.

¹³⁰ C. com., art. L. 626-11.

¹³¹ C. consom., art. L. 313-25.

¹³² C. consom., art. L. 314-19.

¹³³ N. BORGA, th. préc., n°373 ; D. LEGEAIS, *op. cit.*, n°20 ; M. BOURASSIN et V. BREMOND, *Droit des sûretés*, coll. Sirey Université, 7^e éd., Sirey, 2019, n°11.

expressément, ou s'il faut considérer que l'intention du législateur est d'appréhender les garanties dans leur ensemble. S'il ne fait pas de doute que les dispositions contenues dans le Livre IV du Code civil ne sont applicables qu'aux sûretés, et plus précisément qu'aux catégories de sûretés visées, les autres textes posent davantage de difficulté.

58. La conception jurisprudentielle extensive de la notion de sûreté. Des textes ne visant que le terme de sûreté ont parfois été appliqués aux garanties grâce à l'appréciation extensive faite par la jurisprudence. Ainsi, à propos de l'article 1752 du Code civil, il est admis que le locataire peut fournir à son bailleur n'importe quelle garantie « capable de répondre du loyer »¹³⁴. Dans le même sens, la Cour de cassation a admis l'application de la déchéance du terme¹³⁵ à une créance garantie autrement que par une sûreté¹³⁶. Ce faisant, la jurisprudence admet une conception large de la notion de sûreté. Pour une partie de la doctrine, ces orientations jurisprudentielles signifient que les textes visant les sûretés seront appliqués aux garanties au sens large, rendant la distinction entre garantie et sûreté sans effet¹³⁷.

59. L'impossibilité d'étendre aux garanties l'ensemble des textes visant les sûretés. L'article 1415 fournit un premier exemple au soutien de cette affirmation. La *ratio legis* de ce texte est de protéger le patrimoine commun du couple contre deux engagements qui pourraient se révéler particulièrement dangereux : l'emprunt et le cautionnement. La portée du texte a été élargie au-delà même de sa lettre, puisque la jurisprudence l'a appliqué à l'aval en raison de sa proximité avec le cautionnement¹³⁸, à la garantie autonome¹³⁹ et devrait logiquement l'appliquer à la lettre d'intention¹⁴⁰ ainsi qu'à toutes les sûretés personnelles¹⁴¹. Puisque les garanties peuvent être plus efficaces que les sûretés personnelles¹⁴², il serait souhaitable d'étendre l'application du texte à tous les mécanismes prémunissant un créancier contre un risque de perte pécuniaire¹⁴³. Cependant, plusieurs éléments y font obstacle. D'abord, la jurisprudence a refusé d'appliquer l'article 1415 aux sûretés réelles, qui n'impliquent « aucun engagement personnel

¹³⁴ Cass. soc., 16 juill. 1955 : *Gaz. Pal.* 1955, 2, 199.

¹³⁵ C. civ., art. 1188 ancien devenu art. 1305-4.

¹³⁶ Cass. 1^{ère} civ., 9 mai 1994, n°92-15.063, *Bull. civ.* I, n°171. L'ancien article 1188 est applicable au salarié-emprunteur qui démissionne alors que le prêt qu'il avait souscrit était remboursé par prélèvements directs sur salaires effectués, engendrant ainsi une diminution des « sûretés » garantissant son crédit.

¹³⁷ M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n°10.

¹³⁸ Cass. com., 4 févr. 1997, n°94-19.908, *Bull. civ.* IV, n°39.

¹³⁹ Cass. 1^{ère} civ., 20 juin 2006, n°04-11.037, *Bull. civ.* I, n°313.

¹⁴⁰ Y. PICOD, *op. cit.*, n°168.

¹⁴¹ PH. DUPICHOT, *th. préc.*, n°514.

¹⁴² C. GINESTET, *art. préc.*, n°4.

¹⁴³ V. en ce sens : PH. SIMLER, « Unité ou pluralité des sûretés personnelles », *art. préc.*, p. 95.

à satisfaire à l'obligation d'autrui »¹⁴⁴. Ensuite, l'article 1415 consacre une exception à l'article 1413. Les exceptions étant d'interprétation stricte, il paraît difficile, car *contra legem*, d'étendre l'application du texte au-delà des sûretés personnelles, d'autant plus qu'une interprétation restrictive a été retenue à propos de l'emprunt. La Cour d'appel de Paris a en effet refusé d'appliquer l'article 1415 à la dette contractée par un époux auprès de particuliers et consignée dans une reconnaissance de dette¹⁴⁵, quand bien même cet acte est aussi grave qu'un emprunt. Enfin, le cautionnement doit être exprès¹⁴⁶ : il ne se présume pas, ce qui semble exclure que ce terme englobe les garanties dans leur ensemble. Dès lors, les garanties ne peuvent être soumises dans leur ensemble à ce texte¹⁴⁷, ce qui peut avoir des conséquences désastreuses puisque celles-ci peuvent être plus efficaces que les sûretés personnelles¹⁴⁸. La catégorie des sûretés et celle des garanties ne se confondent donc pas totalement.

Il faut ensuite s'interroger sur la catégorie utilisée en matière de droit des procédures collectives pour régir le sort des constituants de sûretés personnelles, qui est celle des « personnes coobligées¹⁴⁹ ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ». S'il est admis que cette catégorie ne vise que des personnes physiques¹⁵⁰, elle pose des difficultés d'interprétation. Cette catégorie, en procédant par énumération, révèle l'intention du législateur d'atteindre une certaine exhaustivité. D'autant plus qu'il faut relever que cette expression est le fruit d'une évolution de rédaction. Avant l'adoption des ordonnances du 18 décembre 2008 et du 12 mars 2014, le législateur se référait à la catégorie des « coobligés et [des] personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome »¹⁵¹, ou encore à celle de « la caution ou [du] coobligé »¹⁵². L'adoption de la nouvelle terminologie avait conduit Monsieur PELLIER à affirmer qu'il fallait « aller au-delà de la lettre, ancienne et

¹⁴⁴ Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, n°03-18.210, *Bull. ch. mixte*, n°7 et Cass. 1^{ère} civ., 22 sept. 2016, n°15-20.664, inédit, qui refusent l'application de l'article 1415 au nantissement.

¹⁴⁵ Paris, 22 juill. 2005, *AJ fam.* 2006.

¹⁴⁶ C. civ., art. 2294.

¹⁴⁷ *Contra* : I. METIDJI, *La délégation imparfaite*, th., M. GRIMALDI (dir.), Assas, 2006, n°206.

¹⁴⁸ V. en ce sens : C. GINESTET, art. préc., n° 4.

¹⁴⁹ M. RANOUIL, *Les recours entre coobligés*, th., P. JOURDAIN (dir.), coll. Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc, IRJS Editions, 2014, n°4 : Le délégué et le délégant ne peuvent être qualifiés de coobligés. *Contra* : J.-D. PELLIER, *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation : contribution à l'étude du concept de coobligation*, th., PH. DELEBECQUE (dir.), coll. Thèses - Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., 2012, n°157 ; M. JULIENNE, « Le transport des créances et des dettes par novation et délégation », in L. ANDREU et V. FORTI (dir.) *Le nouveau régime général des obligations*, Dalloz, 2016, n°28 : « on doute que le délégué, en sa qualité de « second débiteur », puisse se voir privé des protections qu'offre le Code de commerce aux « coobligés » du débiteur contre lequel est ouverte une procédure collective en leur permettant d'opposer certaines exceptions appartenant à ce dernier ».

¹⁵⁰ L. AYNES et al., *op. cit.*, n°242.

¹⁵¹ C. com., art. L. 611-10 dans sa version en vigueur du 1^{er} janvier 2006 au 15 février 2009.

¹⁵² V. par ex. C. com., art. L. 643-11 dans sa version en vigueur du 1^{er} janvier 2006 au 1^{er} juillet 2014.

nouvelle [...] afin d'en saisir l'esprit pour en déterminer le domaine »¹⁵³, sans que celui-ci ne reconnaisse pour autant que ces textes sont applicables aux garanties dans leur ensemble. En effet, si la philosophie des textes devrait être d'intégrer l'ensemble des garanties, la lettre constitue un obstacle trop frontal à cette admission. L'expression de « sûreté personnelle » n'a pas vocation à embrasser la catégorie des garanties personnelles¹⁵⁴, car elle répond à une définition bien plus stricte. En outre, le législateur connaît la catégorie des garanties et aurait pu faire le choix de s'y référer s'il avait voulu manifester son intention de viser des mécanismes.

60. Conclusion. Au-delà de ces deux exemples, il faut constater la très grande variété des textes qui visent les sûretés sans faire référence aux garanties, qui sont contenus dans des codes divers, posent des règles variées et sont chacun portés par une *ratio legis* différente. Conclure que ce terme vise automatiquement les garanties dans leur ensemble est donc impossible. Ainsi, il faut nuancer l'affirmation de Madame SERANDOUR selon laquelle « de l'emploi du terme « sûreté » dans un texte ne peut être déduite une restriction de son champ d'application aux seules sûretés répondant à la définition conceptuelle de la notion »¹⁵⁵. En réalité, il convient de considérer que si la jurisprudence peut étendre la notion de sûreté, cela n'a pas pour conséquence de rendre sans objet la distinction entre sûreté et garantie : les domaines de ces deux figures ne se recoupent pas totalement.

Bien que cette solution ne soit pas opportune, puisqu'elle entraîne l'inapplication de textes protecteurs aux garanties ne répondant pas à la définition des sûretés¹⁵⁶, il faut considérer que la distinction entre sûreté et garantie est effective et que les notions renvoient à des catégories juridiques distinctes, qui déclenchent l'application de régimes différents. Les sûretés se voient appliquer des règles spéciales, qui ne peuvent être appliquées aux garanties dans leur ensemble que par l'action de la jurisprudence, qui décide au cas par cas d'étendre leur portée pour mieux rendre compte de leur raison d'être¹⁵⁷.

61. La distinction entre garantie et sûreté correspond donc à une réalité juridique, puisqu'à deux

¹⁵³ J.-D. PELLIER, « La poursuite de la construction d'un régime de sûretés pour autrui », D. 2014, p. 1054.

¹⁵⁴ V. en ce sens : PH. PETEL, art. préc. ; J.-D. PELLIER, « La poursuite de la construction d'un régime de sûretés pour autrui », art. préc., n°4. *Contra* : Y. PICOD, *op. cit.*, n°167.

¹⁵⁵ I. SERANDOUR, th. préc., n°101.

¹⁵⁶ V. en ce sens : PH. DUPICHOT, th. préc., n°481 ; N. BORGA, th. préc., n°373 et 385 : L'auteur conteste la définition restrictive de la sûreté, qui entraîne une réduction du champ d'application des règles impératives intéressant les sûretés.

¹⁵⁷ Y. PICOD, *op. cit.*, n°168 : « face à la carence de la loi, c'est le juge qui se comporte en législateur » ; J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet du Code civil*, M. MASSENET (préf.), coll. Voix de la Cité, Editions confluence, 2004 : « la science du magistrat est (...) d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue : et de ne pas s'exposer au risque d'être, tour à tour, esclave et rebelle, et de désobéir par esprit de servitude ».

notions distinctes sont associés des régimes propres. Tout l'intérêt de la distinction consiste ensuite en l'établissement d'une classification et donc d'une hiérarchisation entre les différents éléments, au sein de laquelle doit être placée la technique de la délégation (*Chapitre 2nd*).

Chapitre 2nd : L'analyse, au prisme de la distinction, de l'effet de garantie de la délégation

62. La classification des mécanismes à effet de garantie. Les définitions des notions de garantie et de sûreté peuvent s'inscrire dans une échelle graduée, élaborée en fonction de la rigidité des catégories distinguées et du régime qui leur est assigné. L'ensemble le plus compréhensif et qui ne dispose pas de régime spécifique au point qu'il ne peut être qualifié de catégorie juridique, est celui des mécanismes à effet de garantie. Cette catégorie comporte des éléments très hétérogènes, et notamment les garanties. Au sein de la catégorie des garanties se trouve le sous-groupe des sûretés, qui se voient assigner un régime spécifique.

63. La méthodologie adoptée. Comme vu précédemment, la délégation, quelle que soit sa forme, produit toujours un effet de garantie, à condition qu'elle soit greffée sur un rapport fondamental délégant-délegataire. La première étape sera donc de rechercher si la délégation peut, parmi les mécanismes à effet de garantie, être rangée dans la catégorie des garanties. Si cette qualification ne peut lui être accordée, le mécanisme aura simplement un effet de garantie sans qu'une qualité supérieure ne puisse lui être reconnue. Si toutefois la délégation répond aux critères de la garantie, il faudra passer à la seconde étape, consistant à rechercher si elle répond en outre à la définition de sûreté. Si tel n'est pas le cas, le mécanisme recevra la qualification de garantie. Si toutefois la délégation remplit la définition de la sûreté, la délégation pourra prétendre à cette qualification et bénéficier du régime associé. Cette méthode sera appliquée à la délégation novatoire (*Section 1*) puis la délégation simple (*Section 2*).

Section 1. La délégation novatoire

64. Rejet de la qualification de garantie. La délégation novatoire comporte un effet de garantie très subsidiaire, puisque le délégant est toujours garant de la solvabilité actuelle du délégué. Cependant, elle ne peut prétendre à la qualification de garantie¹⁵⁸. En effet, cette qualité suppose l'existence d'un mécanisme prémunissant un créancier contre une perte. Or, cette

¹⁵⁸ I. SERANDOUR, th. préc., n°82 ; S. ATSARIAS, *La protection des garants des dettes d'entreprise*, th., Fr. MACORIG-VENIER (préf.), coll. Thèses - Bibliothèque du droit des entreprises en difficultés, L.G.D.J., 2018, n°11.

délégation ne confère aucun avantage au créancier par rapport à sa situation antérieure : si l'insolvabilité du délégué permet de déclencher un recours contre le délégant, la situation du créancier sera défavorable par rapport à celle dont il bénéficiait avant la conclusion de la délégation puisqu'il aura perdu le bénéfice des sûretés assortissant sa créance initiale. En outre, dès que l'on dépasse l'instant de la conclusion de la délégation et en l'absence de garantie conventionnelle de la solvabilité future du délégué, plus aucun mécanisme ne prémunira le délégataire contre ce risque d'impayé. *A fortiori*, elle ne relève donc pas de la catégorie des sûretés personnelles¹⁵⁹. Optant pour une position différente, Monsieur LEGEAS considère que la délégation novatoire a une « *fonction de sûreté* » lorsqu'elle est assortie d'une clause prévoyant que le délégant garantit le délégataire contre l'insolvabilité future du délégué¹⁶⁰. Mais dans une telle hypothèse, seule la clause doit être qualifiée de garantie, puisqu'elle répond à la finalité de celle-ci¹⁶¹. Il faut donc s'en tenir à considérer que la délégation novatoire produit un effet de garantie¹⁶², sans pour autant en être une, ce qui exclut l'application du régime des garanties.

Section 2. La délégation simple

65. De nombreux auteurs reconnaissent à la délégation simple une fonction de sûreté personnelle qui peut être incidente ou constituer le but même de l'opération¹⁶³, voire lui reconnaissent la qualification de sûreté en elle-même, en lui octroyant la dénomination de « *délégation-sûreté* »¹⁶⁴. Il semble cependant qu'il faut vérifier ces affirmations en affinant le raisonnement et en distinguant suivant la physionomie adoptée par la délégation, qui impacte l'intensité de l'effet de garantie produit. En reprenant la distinction élaborée précédemment, il faudra analyser successivement la délégation simple greffée sur deux rapports fondamentaux (§1) puis la délégation simple greffée sur un rapport fondamental délégant-délégataire (§2).

¹⁵⁹ V. en ce sens : S. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n°214 ; PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE, *op. cit.*, n°356 : la délégation novatoire « ne peut d'aucune manière jouer le rôle de sûreté. Elle est exclusivement un mode d'extinction d'une obligation au moyen d'une novation par changement débiteur ».

¹⁶⁰ D. LEGEAS, th. préc., n°266.

¹⁶¹ V. en ce sens : M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, th., M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BREMOND (préf.), coll. Thèses – Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., 2006, n°267.

¹⁶² V. en ce sens : S. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n°214.

¹⁶³ PH. SIMLER, *Cautionnement : garanties autonomes, garanties indemnitaires*, préc., n°35 ; PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n°1278, PH. DUPICHOT, th. préc., n°360 ; D. LEGEAS, th. préc., n°266 ; S. ATSARIAS, th. préc., n°11 ; M. CABRILLAC et al., *op. cit.*, n°547 ; R. NEMEDEU, art. préc., p. 63 et s. *Contra* : CH. JUILLET, th. préc., n°295 : « l'utilisation de la délégation comme une sûreté paraît nécessairement en constituer une dénaturation ».

¹⁶⁴ V. par ex. : CH. LACHIEZE, art. préc. ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, préc., n°487 ; P. ANCEL, *Les sûretés personnelles non-accessoires en droit français et en droit comparé*, th. dactyl., Dijon, 1982, n°80, Y. PICOD, *op. cit.*, n°160.

§1 La délégation simple greffée sur deux rapports fondamentaux

66. Le point de vue du délégataire. La délégation simple greffée sur deux rapports fondamentaux constitue nécessairement, du point de vue du délégataire, une garantie¹⁶⁵ : elle procède par adjonction d'un second débiteur, ce qui le prémunit nécessairement contre un risque de perte¹⁶⁶. L'octroi de la qualification de sûreté au mécanisme est cependant exclu, car la condition tenant à l'absence de contribution du garant à la dette garantie, ne peut être remplie. En effet, en présence d'une délégation simple greffée sur deux rapports fondamentaux, le délégué est débiteur du délégant, donc son paiement au le délégataire éteint nécessairement à due concurrence sa propre dette envers le délégant. La qualification de sûreté est donc exclue¹⁶⁷.

67. La distinction entre délégation-paiement et délégation-garantie. Observant que la délégation simple greffée sur deux rapports fondamentaux relève seulement de la catégorie des garanties, certains auteurs l'ont qualifiée de « délégation-garantie »¹⁶⁸. Cette appellation n'est cependant pas toujours opportune. En effet, lorsque la délégation simple est greffée sur deux rapports fondamentaux, la fonction de garantie n'est pas recherchée par toutes les parties à l'opération. En fonction du *quantum* de la dette du délégué envers le délégataire, l'intensité de la fonction de garantie varie de telle sorte que la circonscription de la délégation à sa qualité de garantie peut s'avérer réductrice.

Si le délégué s'engage envers le délégataire pour un montant inférieur ou égal à celui de sa dette initiale, il ne consent en réalité aucune garantie. L'opération, qui est constitutive d'une garantie du point de vue du délégataire et du délégant n'a, pour le délégué, qu'une fonction de paiement simplifié. Elle peut donc être qualifiée de délégation-paiement.

En sens inverse, si la dette du délégué envers le délégataire est d'un montant supérieur à celui de sa dette initiale, le délégué a nécessairement manifesté son intention de conférer une garantie au délégataire. L'effet de garantie produit par l'opération est alors recherché par toutes les parties, rendant la qualification de délégation-garantie adéquate. La délégation-garantie, pendant de la délégation-engagement, rend plus précisément compte du rôle de garantie joué

¹⁶⁵ I. SERANDOUR, th. préc., n°83, J. FRANÇOIS, *ibid.*, *loc. cit.* *Contra* : D. LEGEAIS, *op. cit.*, n°328 ; CH. JUILLET, th. préc., n°296. L'auteur refuse la qualification de garantie à la délégation imparfaite, puisqu'il érige en condition de la garantie la subsidiarité de l'engagement du garant ainsi que l'absence de contribution du garant à la dette.

¹⁶⁶ V. : N. BARGUE, th. préc., n°108 ; J.-D. PELLIER, « La nature de la délégation imparfaite », art. préc., n°5.

¹⁶⁷ J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, préc., n°487 ; I. SERANDOUR, th. préc., n°86 ; S. ATSARIAS, th.préc., n°11 ; C. FAVRE-ROCHEX, th. préc., n°134 ; S. LAFONT, « Pour une nouvelle classification des sûretés personnelles, *RDLC* 2009, n°57 ; D. LEGEAIS, th. préc., n°271.

¹⁶⁸ V. pour une utilisation de ce terme : A. GOUEZEL, *La subsidiarité en droit privé*, th., P. CROCQ (préf.), coll. Recherches juridiques, Economica, 2013, n°497.

par la délégation. L'importance de cette distinction ne doit pas être négligée. En effet, elle seule permet de remédier à une difficulté mise en lumière par Monsieur PELLIER¹⁶⁹, à propos d'une décision rendue par la Cour de cassation en 2013¹⁷⁰. Dans cette affaire une société avait été déléguée à une banque et ne s'était engagée à l'égard de son nouveau créancier qu'à hauteur des sommes qu'elle devait à son créancier initial. La Chambre commerciale a considéré que « l'engagement contracté par le délégué ne constituait, à son égard, qu'un mode d'extinction de sa propre dette envers le délégant ». En conséquence, le consentement à la délégation donné par la société ne devait pas être précédé d'une autorisation du conseil d'administration¹⁷¹, qui n'est exigée que pour les engagements souscrits en garantie des obligations pesant sur un tiers. L'auteur critique cette décision, en considérant que la délégation simple, puisqu'elle constitue nécessairement une garantie, ne devrait pas être exclue du champ de l'article L. 225-35. Il souligne en outre que la qualification de garantie est compatible avec celle de paiement simplifié¹⁷² et que distinguer selon la mesure de l'engagement du délégué reviendrait à « dénier la qualité de garantie à toutes les figures dans lesquelles le montant de l'engagement dépend d'un rapport préexistant ». Cette affirmation doit être tempérée : en réalité, la qualité de garantie n'est refusée qu'à l'engagement du délégué, et doit toujours être retenue à l'égard du délégant et du délégataire. Par exemple, dans l'affaire précédente, le délégant était également une société. Or le recours à la délégation, du point de vue du délégant, revient nécessairement à octroyer une garantie. Si ce délégant prend la forme d'une société anonyme à conseil d'administration, il devra donc être soumis aux exigences de l'article L. 225-35, alors même que l'opération n'est pas constitutive d'une garantie pour le délégué.

68. Conclusion. Ainsi, lorsque le montant de l'engagement du délégué envers le délégataire est inférieur ou égal au montant de la dette initiale du délégué, il faut procéder à un dépeçage de la délégation simple sur le terrain de la qualification : l'opération se résume à un mode de paiement simplifié du côté du délégué, tandis qu'elle constitue une authentique garantie du côté du délégant et du délégataire, qui déclenche l'application du régime correspondant. Cependant, lorsque le délégué s'engage pour un montant supérieur à celui de sa dette initiale, l'opération est nécessairement constitutive d'une garantie pour l'ensemble des parties.

¹⁶⁹ J.-D. PELLIER, « La nature de la délégation imparfaite », art. préc., n°5.

¹⁷⁰ Cass. com. 15 janv. 2013, n°11-28. 173, *Bull. civ.* IV, n°10, préc.

¹⁷¹ C. com., art. L. 225-35.

¹⁷² V. également en ce sens : D. POROCCHIA, F. RIZZO et J.-D. PELLIER, « Les garanties intrinsèques au régime général des obligations », *JurisClasseur Banque – Crédit – Bourse*, fasc. 780, décembre 2019, n°55 ; I. SERANDOUR, th. préc., n°95 : La fonction de garantie de la délégation imparfaite est induite de sa fonction de paiement simplifié.

§2 La délégation simple greffée sur un rapport fondamental délégant-déléataire

69. La qualification de garantie. Lorsque le délégué consent à la délégation alors qu'il n'est pas débiteur du délégant, la délégation simple a une fonction exclusive de garantie. Sa seule justification tient dans la volonté des parties de prémunir un créancier contre un risque de perte.

70. La qualification de sûreté. Le critère de la sûreté personnelle tenant à l'adjonction d'un second débiteur est réuni, puisque la délégation procède par création d'un nouveau lien d'obligation sans entraîner la suppression du rapport fondamental.

Le critère tenant à l'absence de contribution du garant à la dette garantie pose davantage de difficulté. Dans la grande majorité des hypothèses, cette condition est remplie. En effet, lorsque la délégation simple est greffée sur un rapport fondamental délégant-déléataire, le délégué n'est pas débiteur du délégant. Il n'a donc pas vocation à supporter la charge finale de la dette et bénéficie d'un recours contre le délégant, ce qui va dans le sens de l'octroi de la qualification de sûreté¹⁷³. Cependant, ce raisonnement tombe lorsque l'engagement initial pris par le délégant envers le déléataire était en réalité destiné au délégué. L'exemple typique de ce montage est celui de la délégation de la société¹⁷⁴, dans laquelle c'est le délégant qui a une fonction de garant, puisqu'il ne devra payer qu'en cas de défaillance de la société et qu'il n'a pas vocation à contribuer à la dette. Ceci semble faire obstacle à la qualification de sûreté, car le second débiteur est en réalité celui qui a vocation à contribuer à la dette. S'observe une discordance entre le résultat objectif affiché par l'opération et sa réalité économique : objectivement, l'opération sert à prémunir le créancier contre un risque de perte en lui offrant la société déléguée en tant que second débiteur, alors qu'en pratique, l'opération organise la garantie de la société déléguée par l'engagement du délégant dans l'intérêt de cette dernière. Le mécanisme sur lequel repose la garantie est alors original et diffère fondamentalement de la philosophie des sûretés¹⁷⁵.

71. Conclusion. Dès lors, lorsque la délégation simple est greffée sur un unique rapport fondamental délégué-délégant, il faut distinguer suivant le rôle endossé par le délégué. Dans le cas très majoritaire où il n'a pas vocation à supporter la charge définitive de la dette garantie, la délégation recevra la qualification de sûreté, sans pour autant préjuger des problèmes de

¹⁷³ V. en ce sens : S. ATSARIAS, th. préc., n°11 ; S. LAFONT, art. préc., ; J.-D. PELLIER, « La nature de la délégation imparfaite », art. préc., n°7.

¹⁷⁴ V. *supra* n°39.

¹⁷⁵ *Contra* : I. SERANDOUR, th. préc., n°100 ; PH. PÉTEL, art. préc.

qualification qui pourront se poser¹⁷⁶. Elle peut alors être qualifiée de délégation-sûreté¹⁷⁷. Quand toutefois le délégué contribue à la dette qu'il garantit, l'opération organise la garantie du délégant. Il en découle que la qualification de sûreté est exclue et seule celle de garantie est applicable.

72. Si la délégation produit un effet de garantie, elle ne peut pas toujours concurrencer les sûretés personnelles nommées. Ainsi, la délégation novatoire, en ce qu'elle ne constitue qu'un effet de garantie, doit être exclue de la suite des développements. Le raisonnement sera donc centré autour de la délégation simple, qui peut constituer, selon le contexte dans lequel elle s'inscrit, une garantie ou une sûreté.

Il faut à présent apprécier son aptitude à être mobilisée à des fins de garantie, et donc à constituer une alternative aux sûretés personnelles nommées (Seconde Partie).

¹⁷⁶ V. *infra* n°63.

¹⁷⁷ V. pour une utilisation de ce terme : CH. LACHIEZE, art. préc. L'auteur n'emploie ce terme que pour désigner la délégation imparfaite et incertaine. V. déjà en ce sens : CH. LACHIEZE, *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes*, th., J. HAUSER (préf.), coll. Doctorat et notariat : Thèses, La Baule : imprimerie de la mouette, 2002, n°175. D'autres auteurs l'ont reprise pour désigner la délégation dans son ensemble : Y. PICOD, *op. cit.*, n°160. Dans cette étude, elle désignera la délégation imparfaite consentie par le délégué qui n'est lié par aucune obligation avec le délégant et qui ne contribue pas à la dette de celui-ci.

Seconde Partie

La mobilisation de la délégation à titre de garantie

73. La délégation ne peut être mobilisée à des fins de garantie que sous réserve que cette utilisation présente un intérêt (Titre 1^{er}) et qu'elle soit possible (Titre 2nd).

Titre 1^{er} : L'intérêt suscité par le régime de la délégation dans la perspective de son utilisation à titre de garantie

74. L'appréciation de l'intérêt que présente le recours à la délégation en tant qu'alternative aux sûretés personnelles nommées nécessite d'envisager le régime qui lui est applicable (*Chapitre 1^{er}*) et d'apprécier s'il est adapté à la poursuite de la finalité d'octroi d'une garantie (*Chapitre 2nd*).

Chapitre 1^{er} : Un régime lacunaire

75. Si la réforme du droit des obligations a presque triplé le nombre de textes relatifs à la délégation, le régime de celle-ci reste grandement lacunaire. Sur de nombreux points cruciaux, le législateur a manqué l'occasion d'apporter une réponse à des questions dont l'importance pratique est évidente et qui divisent depuis longtemps la doctrine. Cela se constate tant s'agissant du régime civil de la délégation (*Section 1*) que du sort que lui réserve le droit des procédures collectives (*Section 2*), dont l'étude est nécessaire lorsqu'il s'agit d'envisager l'aptitude d'un mécanisme à jouer le rôle d'une garantie.

Section 1. Le régime civil de la délégation

76. L'étude du régime civil de la délégation impose de se pencher sur les règles qui gouvernent sa formation (§1) et ses effets (§2).

§1 La formation de la délégation

77. **L'absence de condition de forme.** La délégation résulte d'un contrat conclu entre le délégué et le délégataire à la demande du délégant, qui peut être consensuel. Ainsi, elle n'est pas conditionnée à l'accomplissement d'une formalité et ne nécessite aucun coût de

constitution¹⁷⁸. Celle-ci produit ses effets vis-à-vis des parties et est opposable aux tiers dès sa réalisation, sans qu'aucune publicité ne soit nécessaire. En application de l'adage *prior tempore, potior jure*, la délégation prime sur toutes les opérations antérieurement conclues par des créanciers du délégant mais qui n'auraient pas été notifiées, telles qu'une cession ou un nantissement¹⁷⁹. En cas de contestation, le délégataire devra simplement rapporter la preuve de l'antériorité de la délégation sur l'acte par lequel un tiers prétend avoir acquis un droit concurrent sur la créance du délégant. Cette souplesse est nécessairement séduisante, surtout lorsqu'il s'agit de consentir une garantie¹⁸⁰.

78. L'exigence d'un triple consentement. Une délégation est parfaitement formée si elle a été consentie par les trois parties à l'opération. Ces consentements ne sont toutefois pas toujours exigés avec la même rigueur et ceux du délégué et du délégataire appellent un développement particulier. Le délégant étant l'instigateur de l'opération, la qualification de son consentement ne pose en effet aucune difficulté¹⁸¹, au point que certains auteurs considèrent qu'il ne devrait conditionner la validité de l'opération que lorsque le délégant est créancier du délégué¹⁸².

Le consentement du délégué est quant à lui primordial, puisque le délégué est celui qui souscrit la nouvelle obligation envers le délégataire. S'il peut être tacite¹⁸³, il doit nécessairement exister¹⁸⁴. La Cour de cassation contrôle cependant sa caractérisation par les juges du fond avec une rigueur inégale, ce qui a été expliqué par Madame DANIS-FATOME au moyen de l'élaboration d'une distinction entre délégation homogène et hétérogène¹⁸⁵. Si l'engagement du délégué envers le délégataire et l'engagement du délégant envers le délégataire ont la même cause, la délégation est homogène¹⁸⁶ et le consentement du délégué sera plus facilement caractérisé qu'en présence d'une délégation hétérogène¹⁸⁷, dans laquelle les engagements du délégué et du délégant ont des causes distinctes. Il serait cependant préférable de moduler la rigueur dans la qualification du consentement du délégué selon la portée de son engagement. Il est cohérent que le consentement du délégué soit contrôlé avec moins d'attention lorsqu'il

¹⁷⁸ A.-M. TOLEDO, « Cautionnement et financement de projet », *Dr. et patrimoine*, 2003, n°117, p. 64.

¹⁷⁹ M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, th., L. AYNES (préf.), coll. Recherches juridiques, Economica, 2012, n°501 ; A. GIRARD-GRILLO, « le vénérable droit des obligations au service des professionnels : l'exemple de la délégation de créance », *Dr. et patrimoine*, 1999, n°71, p. 63.

¹⁸⁰ V. en ce sens : S. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n°216.

¹⁸¹ L. AYNES, *L'autonomie de la cession de contrat en droit privé français*, th. dactyl., PH. MALAURIE (dir), Assas, 1981, n°51.

¹⁸² J.-D. PELLIER, th. préc., n°94.

¹⁸³ Cass. 3^{ème} Civ., 5 mars 2008, n°06-19.237, *Bull. civ.* III, n°38.

¹⁸⁴ V. par ex. Cass. 2^{ème} civ., 22 nov. 2018, n°17-20.926 ; Cass. Com. 12 nov. 2008, n°07-17.899, inédit.

¹⁸⁵ A. DANIS-FATOME, « La délégation de créance. Essai d'une typologie nouvelle », art. préc.

¹⁸⁶ Cass. Com. 16 avril 1996, n°94-14.618, *Bull. civ.* IV, n°120.

¹⁸⁷ Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 2000, n°98-12.357, *Bull. civ.* I, n°137.

consent à une délégation-paiement que lorsqu'il consent une délégation-engagement¹⁸⁸. En effet, tandis que l'opération de délégation est neutre du point de vue du délégué¹⁸⁹ dans la première hypothèse, elle ne l'est pas dans la seconde, ce qui justifie une vigilance accrue.

S'agissant enfin du consentement du délégataire, il revêt une importance particulière en présence d'une délégation novatoire¹⁹⁰. Toutefois, dans le cadre d'une délégation simple, l'opération est nécessairement avantageuse pour le délégataire¹⁹¹ qui bénéficie d'un débiteur supplémentaire sans perdre son recours contre le premier. L'acceptation de la délégation par le délégataire est donc caractérisée avec souplesse¹⁹² : elle peut être tacite¹⁹³ voire même résulter du silence du délégataire¹⁹⁴.

§2 Les effets de la délégation

79. L'effet « emblématique »¹⁹⁵ de la délégation a trait au régime des exceptions qu'elle pose (I.). Celle-ci prévoit également des règles singulières qui régissent son dénouement (II.).

I. Le régime des exceptions

80. Affirmation du principe. Si le délégué peut toujours opposer au délégataire les exceptions issues de leurs rapports, comme peuvent le faire tous les contractants, la délégation se distingue par le sort qu'elle réserve aux exceptions tirées des rapports préexistant sa conclusion, qui sont inopposables au délégataire. Ainsi, le délégué ne peut se soustraire à l'exécution de son obligation envers le délégataire en invoquant un vice entachant la formation ou l'exécution d'une obligation primitive. Cet élément confère à la délégation une grande partie de son utilité pratique, puisqu'il permet de garantir la sécurité de la transaction et de protéger les droits du délégataire¹⁹⁶. Ce principe faisait l'objet d'une affirmation jurisprudentielle malaisée (A.) avant d'être clairement consacré par la réforme du droit des obligations (B.).

¹⁸⁸ V. en ce sens : Cass. com. 15 janv. 2013, n°11-28.173, *Bull. civ. IV*, n°10, préc.

¹⁸⁹ V. en ce sens : PH. MALAURIE et al., *op. cit.*, n°940.

¹⁹⁰ V. *supra*. n°24.

¹⁹¹ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n°907 ; L. AYNES, th. préc., n°47.

¹⁹² V. en ce sens : F. DEBOISSY, art. préc., n°33.

¹⁹³ Cass. Com. 7 déc. 2004, n°03-13.595, *Bull. civ. IV*, n°214.

¹⁹⁴ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *op. cit.*, n°907.

¹⁹⁵ Ch. LACHIÈZE, th. préc., n°19.

¹⁹⁶ M. BLANCHET, « La délégation, pour le meilleur et pour le pire », *RDBF*, 2021, n°9 ; J.-D. PELLIER, « La consécration de l'inopposabilité des exceptions en matière de délégation », note sous Cass. 3^{ème} civ., 7 juin 2018, n°17-15.981, *D. 2018*, p. 1624, n°3 ; Ch. LARROUMET, th. préc., n°220, M. BILLIAU, th. préc., n°323. *Contra* : L. THIBIERGE, « Délégation : l'inopposabilité des exceptions en question(s) », *Dr. et patrimoine*, 2014, n°242.

A. L'affirmation jurisprudentielle malaisée de l'inopposabilité des exceptions

81. Sous l'empire des textes de 1804, le régime des exceptions n'était réglé par aucun des deux textes consacrés à la délégation¹⁹⁷. En réalité, il convenait de distinguer le sort réservé aux exceptions tirées des relations délégué-délégrant de celui réservé aux exceptions tirées des relations délégrant-délégataire.

82. Le sort des exceptions tirées des relations délégué-délégrant. Le principe de l'inopposabilité au délégataire de ces exceptions était affirmé clairement par la jurisprudence¹⁹⁸ afin de protéger les droits du délégataire, étranger à cette relations fondamentale.

83. Le sort des exceptions tirées des relations délégrant-délégataire. Le régime des exceptions tirées des rapports liant le délégrant au délégataire était plus obscur. Cette question s'est posée tardivement à la Cour de cassation et a fait l'objet de réponses divergentes par les chambres chargées d'y répondre, celles-ci posant des règles inverses, mais admettant en tout état de cause la possibilité d'une stipulation contraire. Ainsi, la Chambre commerciale avait jugé, à propos d'une délégation certaine¹⁹⁹, que ces exceptions étaient inopposables au délégataire²⁰⁰. La Première Chambre civile s'était prononcée dans un sens différent quelques semaines plus tard, dans une affaire impliquant cette fois-ci une délégation incertaine, jugeant que ces exceptions étaient opposables délégataire²⁰¹. Cette différence de solution ne pouvait cependant s'expliquer par le recours à la distinction entre délégation incertaine et délégation certaine²⁰² puisque la Chambre commerciale a réaffirmé une dizaine d'années plus tard sa solution en présence d'une délégation incertaine²⁰³. Cette solution peut se prévaloir d'une certaine cohérence en ce qu'elle refuse de conditionner la validité de l'engagement du délégué à la celle d'un rapport dont le délégataire ignore la teneur.

Le principe de l'inopposabilité des exceptions issues du rapport délégrant-délégataire était ainsi

¹⁹⁷ Le Code civil italien prévoit depuis 1942, en son article 1271 *al.* 2, que le délégué ne peut opposer au délégataire les exceptions qu'il aurait pu opposer au délégrant, même s'il les ignorait. Le Code civil québécois, en son article 1669, consacre cette même règle. En outre, l'article 1271 *al.* 3 du Code civil italien prévoit que le délégué ne peut pas plus opposer les exceptions issues du rapport unissant le délégrant au délégataire. Le Code civil québécois consacre la solution inverse en son article 1670.

¹⁹⁸ V. en ce sens : Cass. civ., 24 janv. 1872, DP 1873, 1, p. 75 ; Com. 22 avr. 1997, n°95-17.664, bull. civ. IV, n°98.

¹⁹⁹ À propos de la distinction entre délégation certaine et délégation incertaine, v. *supra* n°10.

²⁰⁰ Cass. com., 25 février 1992, n°90-12.863, inédit.

²⁰¹ Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 1992, n°90-15.707, *Bull. civ.* I, n°84.

²⁰² *Contra* : J.-D. PELLIER, note sous Cass. 3^{ème} civ., 7 juin 2018, n°17-15.981, préc., n°4 ; L. THIBIERGE, art. préc.

²⁰³ Cass. com. 7 déc. 2004, n°03-13.485, *Bull. civ.* IV, n°214.

affirmé de manière générale²⁰⁴, mais avec moins de vigueur que le principe de l'inopposabilité des exceptions relatives à la relation délégué-délégant²⁰⁵.

B. La consécration nette du principe par la réforme

84. L'affirmation du principe. L'ordonnance de réforme du droit des obligations, s'inspirant de l'avant-projet TERRE²⁰⁶, a consacré très clairement la position de la Chambre commerciale²⁰⁷. Désormais, le principe général, qui n'est que supplétif de volonté²⁰⁸, est celui de l'inopposabilité totale des exceptions en matière de délégation, qu'elles soient tirées de la relation délégué-délégant ou de la relation délégant-délégataire²⁰⁹. Il est affirmé dans le second alinéa du premier article de la section relative à la délégation, juste après la définition du mécanisme. Cet emplacement souligne que le principe de l'inopposabilité des exceptions participe de la définition de la délégation²¹⁰. Cette solution a été immédiatement adoptée par la Cour de cassation, qui l'a appliquée dans une affaire impliquant une délégation de loyers pourtant soumise au droit antérieur et jugée sur le fondement de l'ancien article 1275²¹¹. La position de la Cour de cassation est d'autant plus significative qu'elle a été rendue à propos d'une délégation du maître de l'ouvrage²¹², qui est une délégation incertaine.

Ainsi, la Chambre commerciale refuse fermement de faire jouer des effets à la distinction entre délégation certaine et délégation incertaine sur le plan du régime des exceptions, position d'autant plus significative que la Cour de cassation applique cette distinction par ailleurs²¹³.

85. Le fondement du principe. Le principe étant désormais affirmé avec force par le Code, la doctrine n'a plus besoin de rechercher son fondement ailleurs. Celle-ci avait en effet pu l'expliquer par le caractère abstrait de l'engagement du délégué²¹⁴, par la localisation

²⁰⁴ J.-D. PELLIER, th. préc., n° 100.

²⁰⁵ V. en ce sens : I. SERANDOUR, th. préc., n° 450 ; PH. DUPICHOT, th. préc., n° 362.

²⁰⁶ V. art. 152 al.2.

²⁰⁷ V. en ce sens, par ex. : J.-D. PELLIER, note sous Cass. 3^{ème} civ., 7 juin 2018, n° 17-15.981, préc., n° 5 ; M. JULIENNE, *op. cit.*, n° 445 ; A. GHOZI, art. préc., *op. cit.*, p. 270.

²⁰⁸ V. *infra* n° 110 et s.

²⁰⁹ C. civ., art. 1336 al. 1^{er}.

²¹⁰ O. DESHAYES *et al.*, *op. cit.*, p. 789.

²¹¹ Cass. civ. 3^{ème}, 7 juin 2018, n° 17-15.981, Bull. civ. III, n° 62, préc. V. également : Cass. com. 3 juillet 2019, n° 18-10.094, inédit.

²¹² Pour un exposé de la délégation du maître de l'ouvrage, v. *supra* n° 32.

²¹³ Cass. com. 3 juillet 2019, n° 18-10.094, inédit, préc. : La Cour de cassation qualifie expressément la délégation de loyers en cause de délégation imparfaite et incertaine.

²¹⁴ H. CAPITANT, *op. cit.*, n° 178 ; C. LARROUMET, th. préc., n° 228 ; L. AYNÈS, th. préc., n° 64.

cumulative de la cause²¹⁵, par l'effet relatif des conventions²¹⁶ ou encore par la nouveauté de l'obligation du délégué²¹⁷. Cette dernière justification était du reste la plus cohérente, puisque la caractéristique principale de la délégation est effectivement de reposer sur un mécanisme créateur et non pas translatif d'obligations, ce qui doit justifier que l'obligation nouvelle ne soit pas éteinte par des causes tenant aux obligations anciennes.

II. Le dénouement de la délégation

86. Le dénouement de la délégation s'apprécie à deux points de vue. Le délégataire peut d'abord exercer des poursuites contre l'un de ses débiteurs pour exiger le paiement de la créance (A.), et le délégué, s'il est amené à payer une dette à laquelle il n'est pas tenu de contribuer à titre définitif, pourra exercer un recours à l'encontre du délégant (B.).

A. Les poursuites exercées par le délégataire

87. La détermination de la hiérarchie des poursuites. Par le jeu de la délégation simple, le créancier a deux débiteurs, ce qui conduit nécessairement à se demander s'il existe une hiérarchie entre eux. A ce titre, plusieurs configurations sont envisageables. Les débiteurs pourraient d'abord être tous deux engagés à titre principal. Cependant, l'un, qu'il conviendrait d'identifier, pourrait également être tenu à titre subsidiaire, si bien qu'il ne pourrait être poursuivi qu'après échec de l'action intentée par le délégataire à l'encontre du débiteur principal. Malgré l'importance de cette question, les textes sont discrets à son sujet, puisque le nouvel article 1338 se borne à souligner que la délégation simple « donne au délégataire un second débiteur » et que « le paiement effectué par l'un des deux débiteurs libère l'autre, à due concurrence ».

88. La portée de l'engagement du délégué. La doctrine majoritaire s'accorde toutefois pour refuser que l'engagement du délégué soit simplement subsidiaire²¹⁸, car cela contredirait trop frontalement l'intention des parties. L'essence de la délégation est de conférer au délégataire

²¹⁵ M. MIGNOT, « Synthèse-Délégation », *JurisClasseur Notarial Formulaire*, fasc. 10, mai 2021, n°14.

²¹⁶ M. BILLIAU, th. préc., n°321. V. également dans ce sens : A. GIRARD-GRILLO, art. préc., p. 62 et s. *Contra*. I. SERANDOUR, th. préc., n°456 ; J. FRANÇOIS, th. préc., n°406.

²¹⁷ I. SERANDOUR, th. préc., n°457, O. DESHAYES et al., *op. cit.*, p. 789 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *op. cit.*, n°909.

²¹⁸ V. en ce sens : E. GAUDEMET, th. préc., p. 275 ; P. CATALA, « La délégation dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations », in *Études offertes au Doyen Philippe SIMLER*, LexisNexis, 2006, n°7. *Contra*. J-D. PELLIER, th. préc., n°94 : « Il n'est pas certain qu'il soit admissible d'inverser l'ordre des poursuites en présence d'un débiteur qui n'est pas intéressé à la dette ».

un nouveau débiteur, engagé à titre principal²¹⁹. Il est donc regrettable que la proposition de l'Avant-projet CATALA, consacrant expressément cette solution, n'ait pas été suivie²²⁰.

89. La nature discutée de l'engagement du délégant. Avant la réforme, il n'existait cependant pas de tel *consensus* s'agissant de la détermination de l'effet de la délégation sur l'engagement du délégant. L'adoption de l'article 1338 a relancé le débat, puisque l'expression de « second débiteur » est susceptible de deux interprétations.

En l'absence de tout bénéfice de discussion reconnu au délégant par les textes et puisque le délégant et le délégué sont tenus par des obligations indépendantes, de nombreux auteurs considèrent qu'ils sont tous deux tenus à titre principal à l'égard du délégataire²²¹. Cette solution se fonde sur la volonté présumée du délégataire, qui est de bénéficier d'un second débiteur lorsqu'il doute de la solvabilité de son débiteur initial, ainsi que sur la lecture de l'article 1338, qui laisse entendre que le paiement du délégant n'a rien d'anormal. Comme il serait arbitraire de porter une restriction au droit de poursuite du délégataire²²², ce dernier bénéficierait d'une option : il pourrait indifféremment poursuivre l'un ou l'autre de ses débiteurs. Le délégant ne retire alors qu'un avantage mince de la délégation, qui lui permet simplement de substituer à la certitude d'être poursuivi une simple éventualité des poursuites.

D'autres auteurs soutiennent que le délégataire ne peut poursuivre le délégant qu'en cas d'échec du recours exercé contre le délégué²²³. Par l'effet de la délégation, le délégant serait relégué au rang de débiteur subsidiaire, tandis le délégué deviendrait débiteur principal du délégataire. Cette solution serait plus conforme à l'intention du délégant qui lorsqu'il consent à la délégation ne se considère plus débiteur principal du délégataire et n'entend être poursuivi qu'en cas d'échec du recours intenté contre le délégué²²⁴. En outre, elle serait confirmée par la lettre de l'article 1339, qui dispose que « lorsque le délégant est créancier du délégué, sa créance ne s'éteint que par l'exécution de l'obligation du délégué envers le délégataire et à due

²¹⁹ V. en ce sens : P. CATALA, art. préc., *op. cit.*, n°7.

²²⁰ P. Catala (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, 2006, art. 1279 al. 1^{er} : la délégation simple « donne au délégataire un nouveau débiteur en qualité de débiteur principal ».

²²¹ V. par ex : C. LARROUMET, th. préc., n°229 ; PH. MALAURIE et al., *op. cit.*, n°932 ; S. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n°218 ; I. METIDJI, th. préc., n°50 ; M. JULIENNE, art. préc., *op. cit.* n°20. *Contra* : D. LEGEAIS, th. préc., n°281 : « Si l'on retient cette (...) opinion, la délégation imparfaite constitue la meilleure des garanties qui puisse se concevoir ».

²²² F. HUBERT, th. préc., n°193.

²²³ V. par ex : P. ANCEL, th. préc., n°86 ; C. JUILLET, th. préc., n°296 ; C.-A. MICHEL, th. préc., n°290 ; M. BILLIAU, th. préc., n°332 ; E. GAUDEMET, th. préc., p. 276 ; A. GOUEZEL, th. préc., n°413 ; PH. SIMLER, « L'énigmatique sort de l'obligation du délégué envers le délégant tant que l'opération de délégation n'est pas dénouée », art. préc., p. 300.

²²⁴ V. en ce sens. D. LEGEAIS, th. préc., n°278.

concurrence ». Or, si l'extinction de la dette du délégué envers le délégant est subordonnée à l'exécution par le délégué de son obligation envers le délégataire, cela signifie nécessairement que le délégataire doit chercher à se faire payer par priorité auprès du délégué²²⁵. Enfin, lorsque la délégation poursuit un objectif de paiement simplifié, hypothèse la plus fréquente en pratique, elle aurait « une chance sur deux de manquer son but » si le délégataire pouvait choisir le débiteur contre lequel exercer ses poursuites²²⁶.

90. La nécessaire subsidiarité de l'engagement du délégant. En définitive, la question de la détermination de la hiérarchie des poursuites impose de se poser celle de la finalité de la délégation, et il faut à ce titre distinguer deux possibilités : celle-ci peut consister à substituer, au bénéfice du délégant, un débiteur par un autre, ou à offrir au délégataire un second débiteur. Pour arbitrer, il faut affiner le raisonnement.

Si la délégation implique une contribution à la dette du délégué, la raison d'être de l'opération est de procéder à un paiement simplifié et de substituer le délégué au délégant dans le rapport d'obligation avec le délégataire, de manière à ce que ce paiement efface simultanément et à due concurrence les deux dettes préexistantes. Il est donc logique que le délégué soit débiteur à titre principal et que l'engagement du délégant devienne, par l'effet de la délégation, subsidiaire²²⁷.

Le cas de la délégation sans contribution à la dette du délégué, c'est-à-dire sans dette préexistante unissant ce dernier au délégant, pose davantage de difficultés. Il faut cependant considérer que l'engagement du délégant devient également subsidiaire du fait de la conclusion de la délégation, car l'opération est réalisée à l'initiative du délégant, qui doit pouvoir en retirer un avantage. Or, cet avantage disparaît si le délégataire peut à son souhait le poursuivre en priorité. En outre, cette solution ne nuit pas aux intérêts du délégataire, qui pourra toujours se retourner contre le délégant en cas d'échec des poursuites intentées contre le délégué.

91. La mesure de la subsidiarité de l'engagement du délégant. S'il a été établi qu'il convient de considérer que du fait de la délégation, le délégué se retrouve engagé à titre principal envers le délégataire et le délégant se voit relayé au titre de débiteur subsidiaire, encore faut-il déterminer la mesure de la subsidiarité de l'engagement du délégant. À ce titre, il paraît excessif de reconnaître au délégant un réel bénéfice de discussion²²⁸, car celui-ci n'est pas imposé par les textes et qu'il entraverait l'exercice de ses droits par le délégataire. Le délégataire doit donc

²²⁵ M. MIGNOT, préc., n°25.

²²⁶ J. FRANÇOIS, th. préc., n°191 ; A. GOUZEL, th. préc., n°493.

²²⁷ V. en ce sens : J. FRANÇOIS, *Les obligations – Régime général*, op. cit., n°676.

²²⁸ V. en ce sens : E. GAUDEMET, th. préc., p. 276 ; M. JULIENNE, op. cit., n°438.

simplement s'adresser par priorité au délégué avant de se retourner, en cas de constat de la carence de ce dernier, vers le délégant²²⁹, sans avoir à rapporter la preuve de l'insolvabilité du délégué²³⁰. En pratique, cela pourrait se traduire par une mise en demeure du délégué par le délégataire restée infructueuse pendant une certaine période²³¹. Il est cependant regrettable que la réforme n'ait pas adopté une position claire sur cette question, qui aurait permis d'éviter l'ensemble ces spéculations²³².

B. Le recours ouvert au délégué dans le cadre d'une délégation-engagement

92. La nature du recours ouvert au délégué. Le délégué qui consent à une délégation-engagement bénéficie d'un recours²³³ personnel et subrogatoire²³⁴ à l'encontre du délégant, sur qui doit peser la charge définitive de la dette. En effet, la subrogation personnelle légale²³⁵ joue lorsqu'une dette a été payée par un tiers qui n'a pas à en supporter la charge définitive²³⁶, ce qui est bien le cas dans cette hypothèse. Le délégué, après avoir payé le délégataire, sera donc subrogé dans les droits de ce dernier et pourra se retourner contre le délégant pour obtenir remboursement des sommes versées, en profitant des garanties de paiement attachées à la créance acquittée. Ce recours est donc bien plus intéressant que le recours personnel chirographaire dont dispose tout tiers qui paie la dette d'autrui.

93. La possibilité d'exercer un recours subrogatoire. Avant la réforme, cette solution était compromise par la lettre de l'ancien article 1251, 3° qui laissait entendre que la subrogation n'avait lieu de plein droit qu'au profit de celui qui était tenu au paiement de la dette d'un autre et sous-entendait ainsi que l'unicité de la dette acquittée conditionnait le mécanisme. Or, l'engagement pris par le délégué à l'égard du délégataire a pour particularité d'être nouveau par rapport à l'engagement du délégant à l'égard du délégataire, de sorte que le délégué et le

²²⁹ V. en ce sens : M. JULIENNE, art. préc., *op. cit.*, n°21.

²³⁰ J. FRANÇOIS, *Les obligations – Régime général*, *op. cit.*, n°676.

²³¹ I. SERANDOUR, th. préc., n°445 ; A. GOUEZEL, th. préc., n°494 ; M. JULIENNE, art. préc., *op. cit.*, n°2. Ces auteurs proposent de subordonner la poursuite du délégant par le délégataire à la mise en demeure du délégué restée infructueuse pendant un délai de huit jours.

²³² Le Code civil italien est encore une fois plus précis, puisqu'il prévoit en son article 1273 que lorsque le délégataire n'a pas expressément libéré le délégant de sa dette à son égard, ce dernier reste tenu solidairement au paiement de la dette, aux côtés du nouveau débiteur. Si cette solution ne paraît pas opportune en droit français, car elle assignerait un régime à la délégation trop proche de celui applicable à la cession de dette, le Code civil italien a le mérite de poser une solution univoque et de préserver ainsi la sécurité juridique des parties.

²³³ P. ANCEL, th. préc., n°94.

²³⁴ PH. SIMLER, *Cautionnement : garanties autonomes, garanties indemnitaires*, préc., n°897 ; PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE, *op. cit.*, n°358 ; I. METIDJI, th. préc., n°64 ; Y. PICOD, *op. cit.*, n°160 ; PH. DUPICHOT, th. préc., n°479. *Contra* : CH. JUILLET, th. préc., n°295 : le délégué bénéficie d'un simple recours en remboursement.

²³⁵ C. civ., art. 1336.

²³⁶ J. FRANÇOIS, *Les obligations – Régime général*, *op. cit.*, n°545.

délégant sont tenus personnellement de deux dettes distinctes. La jurisprudence avait cependant admis le jeu de la subrogation légale au profit du *solvens* qui avait libéré autrui par le paiement d'une dette qui lui était personnelle²³⁷. La réforme a consacré cette solution²³⁸, puisque le nouvel article 1346 vise généralement le *solvens* qui a libéré celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette et n'accorde plus d'importance au fait que le *solvens* ait acquitté ou non une dette qui lui était personnelle. La réforme a en outre ajouté une nouvelle condition pour cantonner le domaine d'application de la subrogation légale : le solvens doit désormais justifier d'un intérêt légitime au paiement de la dette d'autrui. Cette condition ne devrait poser aucune difficulté en matière de délégation, puisque le délégué est tenu personnellement à la dette qu'il acquitte.

94. Le régime civil de la délégation étudié, il convient d'envisager le traitement dont il fait l'objet en application du droit des procédures collectives (*Section 2*).

Section 2. Le traitement de la délégation par le droit des procédures collectives

95. L'efficacité de la délégation en cas d'insolvabilité d'un des débiteurs. Le traitement d'un mécanisme de garantie par le droit des procédures collectives est une donnée primordiale pour apprécier son efficacité. Tout l'objectif d'une garantie est en effet de prémunir un créancier contre le risque de perte engendré par la défaillance de son débiteur initial, et notamment d'augmenter ses chances de paiement si ce débiteur se retrouve en état de cessation des paiements et qu'une procédure collective est ouverte à son encontre. Dans la mesure où la délégation simple, quand elle est greffée sur un rapport fondamental liant le délégant au délégataire, offre au délégataire un second débiteur, il faudra successivement envisager le sort de la délégation en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du délégant (§1) puis du délégué (§2).

À titre liminaire, il convient de souligner que ces solutions ne valent que sous réserve que le débiteur en difficulté soit éligible à l'ouverture d'une procédure collective. Or, une procédure collective ne peut être ouverte à l'égard d'une personne morale de droit privé, d'une personne exerçant une activité commerciale²³⁹, artisanale, agricole²⁴⁰ ou encore d'une personne physique

²³⁷ Civ. 1, 28 oct. 2015, n°14-15.114, *Bull.* 2016, n°838 ; Civ. 1, 7 nov. 1995, n°93-16.148, *Bull. civ.* I, n°397.

²³⁸ J. FRANÇOIS, *Les obligations – Régime général*, *op. cit.*, n°558 ; O. DESHAYES et al., *op. cit.*, p. 859.

²³⁹ L'activité commerciale devant être exercée dans les conditions des articles L. 110-1 et L. 110-2 du Code de commerce.

²⁴⁰ C. rur., art. L. 311-1.

exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris libérale²⁴¹.

§1 L'impact de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre le délégant

96. Pour que la situation du débiteur justifie l'ouverture d'une procédure collective, encore faut-il que le débiteur rencontre des difficultés. Ces dernières ne seront toutefois pas de même nature et de même gravité suivant le type de procédure qu'il s'agira d'ouvrir. Tandis que la sauvegarde judiciaire est déclenchée en l'absence d'état de cessation des paiements, si le débiteur rencontre des difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter²⁴², l'ouverture d'un redressement judiciaire impose de caractériser l'état de cessation des paiements du débiteur²⁴³. La liquidation judiciaire, quant à elle, s'ouvrira lorsque le redressement du débiteur, par définition en état de cessation des paiements, est manifestement impossible²⁴⁴.

S'agissant plus précisément d'analyser les effets du droit des procédures collectives sur l'opération de délégation, il convient, sans étudier dans les détails l'impact causé selon le type de procédure ouverte, de distinguer suivant la date à laquelle la délégation a été conclue. Celle-ci peut notamment intervenir avant (I.) ou après (II.) l'état de cessation des paiements du débiteur, soit en l'occurrence du délégant. L'état de cessation des paiements renvoyant, au terme du Code de commerce, à l'impossibilité dans laquelle se retrouve le débiteur de faire face au passif exigible (aux dettes immédiatement payables) avec son actif disponible (les sommes dont le débiteur dispose immédiatement ou à bref délai)²⁴⁵.

I. Le sort de la délégation conclue avant l'état de cessation des paiements du délégant

97. L'engagement du délégué n'est pas affecté par l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du délégant²⁴⁶ et peut valablement être exécuté avant l'état de cessation des paiements, et notamment au cours de la période suspecte²⁴⁷.

Une fois le jugement d'ouverture de la procédure collective intervenu, le délégant sera soumis à l'interdiction de payer toute créance antérieure, à peine de nullité²⁴⁸. Cependant, cette règle

²⁴¹ C. com., art. L. 620-2.

²⁴² C. com. art. L. 620-1.

²⁴³ C. com. art. L. 631-1.

²⁴⁴ C. com. art. L. 640-1.

²⁴⁵ C. com. art. L. 631-1.

²⁴⁶ Cass. com., 7. déc. 2004, n°03-13.595, *Bull. civ.* IV, n°214 ; Cass. com. 13 juin 2006, n°05-17.006, inédit. La Cour de cassation a déduit du caractère personnel de l'engagement du délégué que celui-ci ne peut opposer au délégataire l'extinction de sa créance sur le délégant, pour défaut de déclaration au passif du délégant placé en procédure collective.

²⁴⁷ Cass. com. 4 oct. 2005, n°04-14.722, *Bull. civ.* IV, n°198.

²⁴⁸ C. com., art. L. 622-7 I.

ne s'étend pas aux paiements faits par un tiers pour le compte du débiteur en difficulté²⁴⁹, de sorte que le délégué sera toujours tenu de payer le délégataire en vertu de l'obligation qu'il a souscrite à l'égard de ce dernier.

II. Le sort de la délégation conclue en période suspecte par le délégant

98. Le danger représenté par la conclusion d'une délégation. La délégation, qu'elle soit ou non greffée sur une obligation fondamentale liant le délégant et le délégué, est cause d'insécurité pour les créanciers.

Lorsque le délégant, créancier du délégué, prend l'initiative de recourir à la délégation, sa créance à l'égard du délégué n'est pas éteinte mais paralysée à due concurrence de la dette nouvelle souscrite par le délégué. L'opération, en ce qu'elle confère au délégataire un droit exclusif au paiement contre le délégué²⁵⁰, est un moyen pour le délégant d'avantager considérablement l'un de ses créanciers. En effet, le délégataire n'entre en concours ni avec l'éventuel créancier saisissant du délégant, ni avec les créanciers qui auraient acquis un droit sur la créance du délégant avant la formation de la délégation, mais pour lesquels les formalités d'opposabilité n'ont pas été accomplies²⁵¹. Du fait de la délégation, les créanciers du délégant ne pourront plus se faire payer sur la fraction du patrimoine de leur débiteur correspondant au montant de l'engagement pris par le délégué envers le délégataire²⁵². Ils pourront simplement saisir la créance du délégant. Ils devront ensuite attendre que la défaillance du délégué à l'égard du délégataire²⁵³ ait été constatée et que le délégant ait exécuté sa propre obligation envers le délégataire²⁵⁴ pour exiger que le délégué éteigne la créance saisie entre leurs mains. Ainsi, la délégation est dans cette configuration particulièrement dangereuse pour les créanciers du délégant, puisqu'elle diminue leur droit de gage général sans qu'ils ne soient informés de la conclusion de l'opération²⁵⁵. Comme la créance du délégant sur le délégué ne disparaît pas de son patrimoine du fait de la conclusion de la délégation, des créanciers pourraient en outre accepter le délégant comme débiteur en pensant à tort qu'ils pourront se satisfaire sur cette

²⁴⁹ Cass. com. 30 mars 2005 n°03-15.561, inédit.

²⁵⁰ Cass. com., 14 févr. 2006, n° 03-17.457, *bull. civ. IV*, n°37. V. P. CROCQ, « Droit des sûretés », *Recueil Dalloz*, juillet 2005 / septembre 2006 : L'auteur souligne que cette décision met en évidence le renforcement de l'efficacité de la délégation, qui revêt une grande importance à une heure où la garantie à première demande ne peut plus servir de substitut, car son régime juridique se trouve de plus en plus aligné sur celui du cautionnement.

²⁵¹ A. GHOZI, art. préc., *op. cit.*, p. 269 ; M. BOURASSIN, th. préc., n°401.

²⁵² D. LEGEAIS, th. préc., n°285.

²⁵³ Cass. com. 16 avr. 1996, n°94-14.618, *Bull. civ. IV*, n°120 ; Cass. com. 14 févr. 2006, n°03-17.457, *Bull. civ. IV* n°37 ; C. civ., art. 1339 al. 1^{er}.

²⁵⁴ C. civ., art. 1339 al. 2.

²⁵⁵ V. *infra* n°77.

créance.

Lorsque la délégation ne prend pas appui sur une obligation préexistante liant le délégué au délégant, le délégué s'engage à la demande du délégant à payer une dette alors qu'il n'est lui-même tenu par aucune obligation. Dans cette hypothèse, le risque pour les créanciers n'est plus de contracter avec le délégant en croyant à tort qu'ils pourront se satisfaire sur les sommes dues par le délégué au délégant. Le danger a cependant toujours trait à la fausse image qu'auront les créanciers du patrimoine du délégant. N'ayant pas connaissance de la conclusion de la délégation, les créanciers ne sauront pas que le patrimoine de leur débiteur est grevé d'une dette de remboursement. En effet, le délégué n'étant pas débiteur du délégant, il devra être remboursé par le délégant des sommes qu'il aura été amené à payer au délégataire. De la sorte, l'opération de délégation permet au délégant de dissimuler une dette de l'attention de ses créanciers et d'augmenter ainsi son apparence de solvabilité, ce qui peut lui permettre d'obtenir du crédit qu'il n'est pas en mesure d'assumer.

99. La protection offerte par le droit des entreprises en difficultés. Le Code de commerce soumet à un sort particulier les actes effectués en période suspecte, c'est-à-dire entre la date de cessation des paiements et celle de l'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire d'une entreprise²⁵⁶. Au cours de cette période, les opérations réalisées sont surveillées et leur validité est soumise à examen lorsqu'elles entraînent la diminution du gage des créanciers. Sauf dans l'hypothèse où le créancier a traité avec le débiteur en difficulté alors qu'il avait connaissance de l'état de cessation des paiements de ce dernier²⁵⁷, les paiements effectués en période suspecte sont en principe valables sous réserve qu'ils constituent un mode normal de paiement. En effet, depuis la loi du 25 janvier 1985²⁵⁸, la délégation est soumise à l'article L. 632-1, 4° du Code de commerce, lequel prévoit que lorsqu'elles entraînent l'extinction d'une dette échue, les opérations encourent la nullité de droit si elles constituent un mode de paiement anormal, c'est-à-dire qu'elles consistent en un paiement fait « autrement qu'en espèces, effets de commerce, virements, bordereaux de cessions [...] ou tout autre mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires ». La validité de la délégation utilisée en cours de période suspecte comme mode de paiement d'une dette échue²⁵⁹ est donc

²⁵⁶ G. CORNU (dir.), *op. cit.*, p. 757.

²⁵⁷ C. com., art. L. 632-2.

²⁵⁸ Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, *relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*, art. 107.

²⁵⁹ Si la délégation intervient en cours de période suspecte pour éteindre une dette non encore échue, l'opération encourt nécessairement la nullité

conditionnée à la réception, par la délégation, de la qualification de « mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires ». La Cour de cassation avait d'abord refusé d'octroyer cette qualification à la délégation utilisée ponctuellement²⁶⁰, avant d'infléchir sa position et de considérer qu'un mode de paiement ne doit pas nécessairement résulter d'un usage pour être qualifié de communément admis dans les relations d'affaires²⁶¹. La reconnaissance à la délégation de la qualité de mode normal de paiement dépend désormais de l'existence d'une relation d'affaires entre les parties²⁶² et de la pratique habituellement suivie dans le secteur économique considéré²⁶³. Ces conditions sont soumises à l'examen casuistique des juges. Ainsi, la jurisprudence a pu reconnaître des effets à une délégation conclue en période suspecte dans le secteur du bâtiment²⁶⁴ ou à une délégation de loyers²⁶⁵. Cependant, en cas d'annulation de la délégation, les parties devront être replacées dans l'état dans lequel elles se trouvaient avant la délégation : le délégataire doit ainsi restituer les sommes payées par le délégué à ce dernier, et non au délégant placé en liquidation judiciaire²⁶⁶.

§2 L'impact de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du délégué

100. Le débiteur en difficulté peut également être le délégué, qui au regard de la gravité de sa situation, peut être soumis au droit des procédures collectives. Tel pourra notamment être le cas dans le cadre d'une délégation de société, où le délégué est par définition une société. Dans une pareille hypothèse, le délégataire peut toujours exercer son recours contre le délégant puisqu'il a conservé sa créance primitive assortie des sûretés originelles²⁶⁷.

Il convient tout de même d'envisager l'impact de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du délégué sur la créance du délégataire à l'égard de celui-ci, et de distinguer, comme précédemment²⁶⁸, selon que la délégation a été conclue avant (I.) ou après (II.) l'état de cessation des paiements du délégué.

I. Le sort de la délégation conclue avant l'état de cessation des paiements du délégué

101. La validité de l'opération. Lorsque la délégation avait été valablement conclue avant que

²⁶⁰ Cass. com. 30 nov. 1993, n°91-13.881, *Bull. civ.* IV, n°439 ; Cass. com. 14 juin 1994, n°92-17.285, inédit.

²⁶¹ Cass. com. 23 janv. 2001, n°98-10.975, *Bull. civ.* IV, n°22.

²⁶² J. GHESTIN et al., *op. cit.*, n°927 ; A. GIRARD-GRILLO, art. préc., p. 62 et s.

²⁶³ J. FRANÇOIS, *Les obligations – Régime général, op. cit.*, n°654.

²⁶⁴ Paris, 17 sept. 2003, *RDBB 2004*, 191.

²⁶⁵ Cass. com. 23 janv. 2001, n°98-10.975, *Bull. IV* n°22.

²⁶⁶ Cass. com. 15 avril 2007, *Jurisdata* n°039099.

²⁶⁷ R. NEMEDEU, art. préc., p. 63 et s.

²⁶⁸ V. *supra* n°94.

le délégué ne soit en état de cessation des paiements, celle-ci ne peut être remise en cause. Ainsi, si la dette du délégué à l'égard du délégataire est échue au cours de la période suspecte, le délégué pourra être amené à la payer, et ce faisant il réalisera un paiement normal car il éteindra une dette valablement conclue. Puisqu'en payant, il aura éteint une dette pour laquelle il n'est pas tenu, totalement ou partiellement, de supporter la charge définitive, il bénéficiera d'un recours contre le délégant et les créanciers du délégué pourront se faire payer sur le fruit de ce dernier.

Cependant, après le jugement d'ouverture, le délégataire sera un créancier antérieur et le délégué, en vertu de l'interdiction des paiements, ne pourra plus le payer à peine de nullité²⁶⁹. Le délégataire pourra alors exercer son recours à l'encontre du délégant.

II. Le sort de la délégation conclue en période suspecte par le délégué

102. L'engagement du délégué dans les termes d'une délégation-paiement. Lorsque l'exécution de la délégation-paiement a lieu en cours de période suspecte, sa validité est soumise à l'article L. 632-1 4°. La difficulté, lorsque c'est le délégant qui est en état de cessation des paiements, est qu'en prenant l'initiative de conclure une délégation, il permet à l'un de ses créanciers de se faire payer par un tiers, qui par hypothèse, sera plus solvable, d'où la rupture d'égalité avec les autres créanciers et les difficultés quant à la qualification de la normalité du paiement. A l'inverse, lorsque la partie en état de cessation des paiements est le délégué, le délégataire ne bénéficiera pas d'une position plus avantageuse que les autres créanciers du délégué, puisqu'il ne pourra pas se prévaloir des sûretés qui assortissent la créance du délégant à l'égard du délégué, si bien que la normalité du paiement devrait être admise sans difficulté.

103. L'engagement du délégué dans les termes d'une délégation-engagement. Si le délégué consent une délégation-engagement en cours de période suspecte, la validité de l'opération pose question. En effet, la jurisprudence a pu, de manière contestable, annuler des cautionnements conclus en période suspecte, en considérant qu'ils constituent des actes à titres gratuits translatifs de propriété prohibés au titre de l'article L. 332-1, I 1^o²⁷⁰. Elle est finalement revenue sur sa position et eu l'occasion de refuser d'annuler un cautionnement souscrit en période suspecte en considérant que la société caution avait un intérêt à la conclusion de l'opération,

²⁶⁹ C. Com., art. L. 622-7 I.

²⁷⁰ V. en ce sens : Cass.com., 25 février 1986, *jurisdata* n°1986-701573.

qui lui permettait de participer à son propre développement²⁷¹. Dès lors, ce dernière critère semble être celui à prendre en considération pour apprécier la validité de l'opération.

104. Le régime de la délégation, tel qu'il a été présenté, comporte de nombreuses lacunes auxquelles il a été tenté de répondre. Il convient désormais de rechercher s'il est de nature à permettre une utilisation du mécanisme à des fins de garantie (*Chapitre 2nd*).

Chapitre 2nd : L'adéquation du régime de la délégation à son utilisation à titre de garantie

105. Le caractère lacunaire du régime de la délégation laisse aux parties une place importante, afin qu'elles adaptent, par le jeu de l'exercice de leur liberté contractuelle, le mécanisme de la délégation aux fins qu'elles poursuivent. Ainsi, il s'agira d'apprécier si le régime de la délégation, tel qu'il est envisagé par le Code civil, est de nature à satisfaire les parties qui cherchent à procurer une garantie à un créancier (*Section 1*) et le cas échéant, d'envisager les aménagements qu'elles pourraient y apporter afin d'adapter le régime de la délégation dans la perspective de son utilisation à fins de garantie (*Section 2*).

Section 1. L'intérêt inégal des parties au recours à la délégation comme technique de garantie

106. L'opération de délégation est neutre pour le délégant²⁷², en ce qu'elle lui permet de procurer une garantie dont la teneur ne diffère pas fondamentalement de celles fournies par les autres mécanismes auxquels il pourrait recourir. Ainsi, il n'a pas d'intérêt personnel à employer la délégation plutôt qu'une autre forme de garantie, si ce n'est de proposer au créancier une garantie particulièrement protectrice de ses intérêts pour le convaincre de contracter avec lui, et le cas échéant de faciliter l'obtention du consentement d'une personne à s'engager à ses côtés en qualité de garant, en sollicitant l'engagement de l'un de ses débiteurs.

En revanche, les effets de la délégation sur le délégataire et le délégué sont intenses et leur étude permet d'apprécier l'opportunité, au regard de leurs intérêts respectifs, du recours à la délégation à titre de garantie. Il apparait que la délégation offre de nombreux avantages au délégataire (§1) au détriment des intérêts du délégué, qui voit sa situation s'aggraver plus ou moins fortement selon la physionomie de la délégation (§2).

²⁷¹ Cass. com. 19 nov. 2013, n°12-23.020, *Bull. IV*, n°168.

²⁷² V. en ce sens : D. LEGEAIS, th. préc., n°291.

§1 L'opportunité manifeste de la garantie procurée au créancier

107. Les avantages inhérents à la technique de la délégation simple. Dans la perspective de son utilisation à des fins de garantie, la délégation simple présente toujours pour avantage prémunir le créancier contre un risque de perte, via l'adjonction d'un second débiteur à son profit, de n'être soumise à aucun formalisme et de le faire bénéficier du principe de l'inopposabilité au créancier, par son second débiteur, des exceptions tirées des relations antérieures à la conclusion de l'opération.

108. Les avantages spécifiques procurés par la délégation simple greffée sur deux rapports fondamentaux. La délégation simple greffée sur deux rapports fondamentaux présente un intérêt supplémentaire, qui est de faciliter l'obtention du consentement du délégué à l'opération²⁷³. En effet, le délégué étant débiteur du délégant, il ne devrait pas être réticent à payer, à la demande de son propre créancier, une nouvelle personne. Son consentement sera certes plus difficile à obtenir si le délégant demande au délégué de s'engager à payer au délégataire une somme supérieure à celle dont le délégué est lui-même débiteur, mais le délégué sera toujours plus enclin à s'engager que s'il n'était tenu d'aucune dette.

Cumulés aux avantages que le délégataire tire de toute délégation simple, ces éléments contribuent à faire de la délégation avec contribution à la dette un mécanisme très enviable pour le créancier. Cette affirmation est confirmée par la vitalité que cette délégation rencontre dans la vie des affaires, et qui peut être constatée au travers des exemples de la délégation du locataire²⁷⁴ ou du maître de l'ouvrage²⁷⁵. Au-delà de ces utilisations de la délégation dans la pratique des affaires interne, ce mécanisme est utilisé pour mener à bien des projets internationaux, et notamment pour financer la réalisation de grands travaux, comme la construction d'usines ou encore la mise en exploitation de champs pétrolifères²⁷⁶.

109. La délégation de recettes d'ouvrage. La délégation présente en effet un intérêt lorsqu'un *pool* bancaire accepte de financer un projet au regard de sa potentielle rentabilité future. Les sommes prêtées sont alors considérables et les sûretés classiques ne peuvent pas toujours assurer la sécurité des prêteurs²⁷⁷. Le remboursement du prêt contracté par la société propriétaire

²⁷³ PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE, *op. cit.*, n°357.

²⁷⁴ V. *supra* n°33.

²⁷⁵ V. *supra* n°35.

²⁷⁶ M. VASSEUR, « Les garanties indirectes du banquier », *Rev. jurisp. Com. n° Spécial, L'évolution du droit des sûretés*, février 1982, p. 104, spéc. p. 113-114.

²⁷⁷ D. LEGAIS, *th. préc.*, n°288.

du projet sera ainsi obtenu à partir des revenus tirés du projet réalisé. Pour sécuriser le remboursement du *pool* bancaire, les parties peuvent recourir à la délégation de recettes d'ouvrage²⁷⁸. La société propriétaire du projet délègue alors à la banque l'utilisateur, lié au délégant par un contrat de fourniture. Ce contrat d'approvisionnement obligera souvent l'utilisateur à acheter une quantité suffisante pour couvrir le remboursement de la dette²⁷⁹. Les recettes du projet seront versées immédiatement par l'utilisateur entre les mains de la banque, ce qui éteindra la dette de la société propriétaire du projet à due concurrence et confèrera à la banque une garantie. Ce mécanisme est très avantageux pour le prêteur qui, en application du principe de l'inopposabilité des exceptions, ne sera pas impacté par l'absence ou le mauvais approvisionnement de l'utilisateur²⁸⁰. La seule difficulté est la nécessité de recueillir le consentement de chaque délégué, tâche qui pourra se révéler difficile s'ils sont nombreux.

§2 L'atteinte variable portée par la délégation aux intérêts du délégué

110. Le principe d'inopposabilité des exceptions, qui explique l'attrait des créanciers pour la délégation, est symétriquement d'une très grande rigueur pour le délégué, qu'il contraint à assumer un risque important²⁸¹. Cet élément pourrait conduire le délégué à refuser de consentir à la délégation, consentement nécessaire à la validité de l'opération. L'atteinte portée par la délégation simple aux intérêts du délégué n'est cependant pas uniforme : son intensité varie selon la physionomie adoptée par la délégation. Tandis qu'elle est faible lorsque la délégation est greffée sur deux rapports fondamentaux (I.), elle se révèle difficilement supportable lorsque la délégation est greffée sur un unique rapport fondamental délégué-délégant (II.).

I. La délégation greffée sur deux rapports fondamentaux

111. L'atteinte supportable portée aux intérêts du délégué. Le délégué, lorsqu'il est débiteur du délégant, a toujours un intérêt à consentir à la délégation. La hiérarchie des poursuites facilite ensuite l'accomplissement, par la délégation, de sa fonction de paiement simplifié. L'ordre des poursuites ne pose pas de difficulté, puisqu'il est dans l'intérêt de toutes les parties que le délégué soit appelé à payer par priorité. La délégation constitue ainsi un mode de garantie tout à fait supportable pour le délégué, puisqu'elle assure effectivement la protection de ses intérêts.

²⁷⁸ A. GIRARD-GRILLO, art. préc., p. 62 et s.

²⁷⁹ D. LEGEAS, th. préc., n°289.

²⁸⁰ I. SERANDOUR, th. préc., n°94.

²⁸¹ V. en ce sens : F. TERRE et *al.*, *op. cit.*, n°1743.

II. La délégation greffée sur un rapport fondamental délégant-délégataire

112. Pour analyser l'opportunité de cette délégation, il faut distinguer selon deux configurations. Ordinairement, le délégué s'engagera à la demande du délégant pour garantir l'engagement du délégant envers le délégataire (A.). De manière plus singulière, le montage organise parfois la garantie du délégué, qui bénéficie de l'engagement pris par le délégant envers le délégataire de sorte qu'il doit en supporter la charge définitive (B.).

A. *La délégation sans contribution du délégué à la dette*

113. L'atteinte excessive portée aux intérêts du délégué. Lorsque le délégué consent à la délégation alors qu'il n'est tenu d'aucune dette, il ne contracte que dans l'optique de procurer une garantie aux parties. Ainsi, il n'a pas vocation à supporter la charge définitive de la dette, mais est celui sur qui pèse le risque de défaillance du délégant. Les règles de hiérarchie des poursuites entravent cependant cette utilisation de la délégation. En effet, elles imposent au délégataire de poursuivre par priorité le délégué, et donc le garant, avant de se retourner contre le débiteur principal. Cet élément constitue un obstacle à l'obtention du consentement du délégué à l'opération : lorsqu'une personne accepte de garantir la dette d'autrui, elle ne souhaite être poursuivie qu'en cas d'échec de l'action intentée contre le débiteur principal, et non pas acquitter systématiquement la dette qui incombe à ce dernier.

B. *La délégation avec contribution du délégué à la dette*

114. L'opportunité du régime civil. Parfois, comme l'illustre la délégation de la société²⁸², le mécanisme de la délégation est conçu de telle sorte que la personne garantie par l'opération est le délégué²⁸³. Les règles relatives à la hiérarchie des poursuites ne posent alors aucune difficulté : le délégué, qui est poursuivi par priorité, est celui qui doit supporter la charge finale de la dette. Le délégataire n'exercera un recours contre le délégant qu'en cas d'échec du recours intenté contre le délégué, ce qui cantonne effectivement le rôle du délégant à celui d'un garant. De cette manière, cette forme de délégation exploite parfaitement les règles de la délégation dans la perspective de son utilisation à titre de garantie, puisqu'aucun aménagement ne pourrait la rendre plus adaptée aux besoins des parties.

²⁸² V. *supra* n°39.

²⁸³ P. ANCEL, *Cautionnement et autres garanties personnelles : état du droit français*, Rapport de recherche pour le compte du Ministère de la Justice, 1996, n°227.

115. L'opportunité du régime fiscal. Intéressante pour les parties sur le terrain de la hiérarchie des poursuites, cette forme de délégation est également avantageuse fiscalement, puisqu'il est désormais admis que la société peut déduire intégralement de son résultat imposable le montant des intérêts qu'elle a directement versés au prêteur, en remboursement du prêt souscrit par son dirigeant²⁸⁴.

Cette solution a été acquise progressivement. En la matière, le Code général des impôts prévoit deux règles²⁸⁵. Il admet d'abord qu'une entreprise peut déduire de son résultat imposable les intérêts afférents aux emprunts qu'elle a contractés. Cependant, les intérêts servis aux associés correspondants aux sommes prêtées à l'entreprise ne sont en principe déductibles de ses résultats que dans les limites prévues aux articles 39-1, 3° et 212 du même Code²⁸⁶. Une discussion est donc née quant à la règle à appliquer à la délégation. L'Administration considérait traditionnellement qu'en présence d'une délégation imparfaite, seul le dirigeant est engagé à l'égard de la banque, de sorte que la société ne pouvait déduire intégralement de son résultat imposable les intérêts versés au prêteur²⁸⁷. Cette solution, en ce qu'elle contrevenait à la technique de la délégation, était unanimement critiquée par la doctrine²⁸⁸. En effet, dans la délégation de la société, si les fonds sont prêtés au dirigeant qui les reverse à la société, ils sont destinés à l'entreprise²⁸⁹ de sorte que cette dernière doit en supporter le poids définitif. Ainsi, le remboursement du prêt par la société et la prise en charge des intérêts correspondant ne constitue pas un mode de paiement anormal²⁹⁰. Il faut surtout relever que la délégation crée un rapport nouveau entre la société-délégataire et la banque-délégataire. La société devient ainsi personnellement débitrice à l'égard de la banque de l'emprunt conclu dans son intérêt par le dirigeant. Il n'y a donc pas à considérer que la société, lorsqu'elle paye le délégataire, rembourse les intérêts du prêt au dirigeant : elle paye en réalité sa propre dette. Cette position a été entendue par l'Administration fiscale, qui a admis que les limites posées par le Code général des impôts doivent être écartées en matière de délégation de la société²⁹¹. La société doit donc pouvoir déduire intégralement de son résultat imposable le montant des intérêts

²⁸⁴ Rép. min. à M. Gruillot n°5331, en date du 12 janvier 1995.

²⁸⁵ CGI, art. 38 et 39.

²⁸⁶ BOFiP, *BIC - Frais et charges d'exploitation - Charges financières - Intérêts des avances consenties par les associés en sus de leur part de capital - Champ d'application de la déduction*, 2019.

²⁸⁷ Rép. min. à M. Türk n° 3138, en date du 20 janv. 1994.

²⁸⁸ A. JOINVILLE, « La délégation imparfaite et l'Administration fiscale », JCP N, 1994, n°37, p 3082.

²⁸⁹ CE 7^{ème} et 9^{ème} sous sect., 6 févr. 1984, req. N°20325.

²⁹⁰ CGI, art. 38 et 39.

²⁹¹ A. JOINVILLE, art. préc., n°37, p 3082.

qu'elle a directement versés au prêteur²⁹².

116. Conclusion. Il ressort de ces observations que la délégation constitue une technique de garantie intrinsèquement déséquilibrée au profit du créancier²⁹³, en raison de la vigueur du principe de l'inopposabilité des exceptions et des règles relatives à la hiérarchie des poursuites. En réalité, il faut observer que le régime de la délégation n'est pas totalement adapté à son utilisation à des fins de garantie.

117. Les parties peuvent remédier à ces difficultés en aménagement le régime de la délégation dans la perspective d'une telle utilisation, de manière à améliorer l'attractivité du mécanisme et convaincre des garants d'accepter de s'engager dans cette forme (*Section 2*).

Section 2. L'adaptation du régime de la délégation à son utilisation à des fins de garantie

118. Le régime de la délégation n'est pas adapté à sa fonction de garantie : il est principalement organisé autour de la réalisation, par la délégation, de sa fonction extinctive, ce qu'attestent notamment les règles applicables en matière de hiérarchie des poursuites.

Pour remédier à ces silences du Code et adapter la délégation à la réalisation d'une fonction de garantie, les parties peuvent aménager le régime de la délégation par des clauses contractuelles, modifiant le régime des exceptions (§1) ou la hiérarchie des poursuites (§2). Sans préjuger de la question de l'autonomie de la délégation ainsi modifiée²⁹⁴, il sera question de citer les possibilités qui sont *a priori* ouvertes aux parties pour adapter le régime de la délégation à son utilisation à des fins de garantie, et rendre sa conclusion plus supportable pour les garants.

§1 La modification conventionnelle du régime des exceptions

119. L'état de la question avant l'adoption de la réforme. Avant l'adoption de la réforme du droit des obligations, s'il était admis que les parties pouvaient déroger au principe d'inopposabilité des exceptions, la doctrine s'interrogeait sur la forme que pouvait prendre cette dérogation. Selon une interprétation restrictive, adoptée afin de garantir la sécurité économique de la délégation, seule une clause rendant les exceptions expressément opposables au délégataire permettait de renverser le principe²⁹⁵. Selon une interprétation plus souple,

²⁹² Rép. min. à M. Gruillot n°5331, en date du 12 janvier 1995.

²⁹³ D. LEGEAIS, th. préc., n°291.

²⁹⁴ V. *infra* n°140 et s.

²⁹⁵ M. BOURASSIN et L. FROMENT, art. préc., n°24 ; J-D. PELLIER, th. préc., n°100 ; M. JULIENNE, *op. cit.*, n°446.

l'opposabilité des exceptions pouvait résulter de la définition de l'objet de l'engagement du délégué. Le régime des exceptions dépendait ainsi de la distinction entre délégation certaine et incertaine. L'avant-projet CATALA, résolvant de manière opportune cette difficulté, avait consacré cette seconde interprétation²⁹⁶. Le principe d'inopposabilité des exceptions, affirmé avec vigueur en matière de délégation certaine²⁹⁷, était renversé en présence d'une délégation incertaine, dans laquelle le délégué pouvait opposer au délégataire les exceptions issues du rapport entre le délégant et le délégataire²⁹⁸ ou de ses propres rapports avec le délégant²⁹⁹. En tout état de causes, ces règles étaient supplétives de volonté.

120. La solution retenue par la réforme. Cette solution n'a pas été consacrée par la réforme du droit des obligations. Si l'article 1336 affirme fermement le principe d'inopposabilité des exceptions, il reconnaît toutefois aux parties la possibilité d'y déroger par une « stipulation contraire », sans faire référence à la distinction entre délégation certaine et incertaine. Le débat sur le régime de l'opposabilité des exceptions en matière de délégation rejailit désormais sur l'interprétation de l'exception³⁰⁰, et donc de l'« obscure »³⁰¹ notion de « stipulation contraire ». Si les parties peuvent évidemment modifier le régime d'opposabilité des exceptions par une stipulation expresse, la portée de la stipulation tacite est discutée.

121. L'impact de la distinction délégation certaine – incertaine sur le régime de exceptions.

Il est unanimement admis que lorsque les parties optent pour une délégation certaine, le principe d'inopposabilité des exceptions s'applique avec toute sa vigueur. Les parties pourraient cependant stipuler que le délégué peut opposer les exceptions tirées du ou des éventuels rapports antérieurs, et organiser ainsi une « délégation certaine atténuée »³⁰².

L'hypothèse de la délégation incertaine pose davantage de difficultés. D'après Madame DANIS-FATOME, en ne consacrant pas la délégation incertaine, le Code civil ne fait pas obligation aux juges de rechercher si le nouvel engagement du délégué est calqué sur une dette préexistante pour définir le régime de l'opposabilité des exceptions³⁰³. Selon la doctrine traditionnelle qui a été reconduite sous l'empire des nouveaux textes, la délégation incertaine vaudrait cependant

²⁹⁶ V. également en ce sens : J.-D. PELLIER, note sous Cass. 3^{ème} civ., 7 juin 2018, n°17-15.981, préc., n°6.

²⁹⁷ P. Catala (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, 2006, art. 1279-1 al. 1.

²⁹⁸ P. Catala (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, 2006, art. 1279-1 al. 2.

²⁹⁹ P. Catala (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, 2006, art. 1280 al. 2.

³⁰⁰ M. BLANCHET, art. préc., n°10.

³⁰¹ M. JULIENNE, art. préc., *op. cit.*, n°29.

³⁰² V. en ce sens : L. THIBIERGE, art. préc. ; M. JULIENNE, th. préc., n°483 ; L. ANDREU, th. préc., n°27.

³⁰³ A. DANIS-FATOME, « La délégation (le régime de l'opposabilité des exceptions) (Projet, art. 1348, al. 2) », in M. LATINA et G. CHANTEPIE (dir.) *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2016, p. 127 ; M. JULIENNE, *op. cit.*, n°448.

stipulation tacite, implicite, d'opposabilité des exceptions tirées de l'obligation sur laquelle la nouvelle dette du délégué est calquée³⁰⁴. Parvenant au même résultat mais par un raisonnement différent, Monsieur LACHIEZE considère que lorsque l'obligation nouvelle du délégué est calquée sur une dette préexistante, le délégué s'engage de la même manière que le débiteur tenu de la dette fondamentale « dupliquée ». Ainsi, l'opération imprime à la dette nouvelle du délégué les caractères objectifs de l'obligation initiale, permettant ainsi au délégué d'opposer au délégataire les mêmes exceptions que le débiteur initial³⁰⁵. La possibilité de rétablir le principe d'inopposabilité des exceptions par une clause expresse, en organisant ainsi une « délégation incertaine renforcée » est discutée. Certains auteurs reprochent à cette figure d'être contre-nature et vont jusqu'à la qualifier de « monstre juridique »³⁰⁶, tandis que d'autres l'admettent au nom de la liberté contractuelle des parties³⁰⁷.

Deux courants contradictoires ont affiné cette position, en opérant une sous-distinction au sein des délégations incertaines. Au terme du premier, si la dette du délégué est calquée sur celle du délégant, le délégué, lorsqu'il est débiteur du délégant, ne pourrait se prévaloir d'aucune exception tirée de la relation délégant-délégataire. En effet, le délégué s'engage, en vertu d'une obligation nouvelle, dans le seul objectif d'éteindre sa propre dette, de sorte que la relation préexistante entre le délégant et le délégataire lui est indifférente³⁰⁸. Ce serait au délégant d'invoquer les exceptions tirées de sa relation avec le délégataire pour faire défense au délégué de payer son nouveau créancier³⁰⁹. Toutefois, lorsque le délégué s'engage sans être débiteur du délégant, le principe deviendrait celui de l'opposabilité des exceptions tirées de l'obligation délégant-délégataire³¹⁰. Il faudrait également considérer qu'il y a stipulation implicite d'opposabilité des exceptions, cette fois-ci tirées des rapports délégué-délégant, lorsque la dette nouvelle du délégué est calquée sur sa dette à l'égard du délégant³¹¹. Au terme du second, lorsque l'engagement du délégué est calqué sur la dette du délégant, le délégué pourrait opposer les exceptions tirées du rapport délégant-délégataire car ce sont des éléments dont le délégataire ne peut ignorer l'existence. Inversement, lorsque le délégué s'est engagé à payer au délégataire ce qu'il devait au délégant, il ne pourrait opposer les exceptions tirées de ses rapports avec le

³⁰⁴ F. TERRE et *al.*, *op. cit.*, n°1743 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *op. cit.*, n°909 ; A. DANIS-FATOME, « La délégation (le régime de l'opposabilité des exceptions) (Projet, art. 1348, al. 2) », *préc.*, p. 127 ; L. THIBIERGE, *art. préc.* ; C.-A. MICHEL, *th. préc.*, n°287.

³⁰⁵ Ch. LACHIEZE, *th. préc.*, n°175 et s.

³⁰⁶ V. L. ANDREU et M. JULIENNE, *note préc.*, n°93 p. 10 ; L. THIBIERGE, *art. préc.* ; L. ANDREU, *th. préc.*, n°31.

³⁰⁷ M. JULIENNE, *th. préc.*, n°483

³⁰⁸ J. FRANÇOIS, *Les obligations – Régime général*, *op. cit.*, n°670.

³⁰⁹ M. JULIENNE, *art. préc.*, *op. cit.*, n°30, J. FRANÇOIS, *th. préc.*, n°459.

³¹⁰ J. FRANÇOIS, *Les obligations – Régime général*, *op. cit.*, n°672.

³¹¹ J. FRANÇOIS, *ibid.*, n°666, M. JULIENNE, *th. préc.*, n°472 et s.

délégant qu'à la condition de s'être vu expressément reconnaître cette possibilité, car le délégataire peut légitimement les ignorer³¹².

122. La solution retenue. Il est difficile de trancher entre ces différentes interprétations. Il semblerait convainquant de donner des effets à la distinction entre délégation certaine et délégation incertaine sur le terrain de l'opposabilité des exceptions, car elle paraît refléter les prévisions des parties et notamment celles du délégué. En calquant l'objet de son nouvel engagement sur celui d'un engagement antérieur, celui-ci n'entend vraisemblablement pas consentir à un engagement d'une rigueur supérieure à celui dont il pouvait être redevable à l'égard du délégant. En outre, il serait logique d'autoriser le délégué à opposer au délégataire les exceptions issues de la dette du délégant, puisque le délégataire ne peut les ignorer.

Cependant, telle n'était pas la position de la jurisprudence avant la réforme. Celle-ci affirmait que le principe, que la délégation soit certaine ou incertaine, était celui de l'inopposabilité des exceptions³¹³. Or, la doctrine unanime considère que c'est cette position qui a été consacrée, si bien qu'il faut la reconduire intégralement³¹⁴. Dès lors, pour déroger au principe de l'inopposabilité des exceptions, il faudrait exiger une stipulation expresse, qui ne pourrait résulter de la simple définition de l'objet de l'engagement du délégué envers le délégataire³¹⁵.

Cette solution est rigide, car elle va au-delà de la lettre même du texte, mais elle a le mérite de préserver l'essence de la délégation³¹⁶ en permettant qu'une règle participant de la définition de l'opération ne soit pas renversée par une stipulation tacite. En pratique, il faudrait tout de même conseiller aux parties, du moins lorsqu'elles organisent une délégation incertaine, d'anticiper la difficulté en indiquant expressément l'inopposabilité des exceptions au délégataire³¹⁷.

123. Les conséquences. Il convient de tirer les conséquences de cette solution sur une jurisprudence rendue sous l'empire des anciens textes. La Cour de cassation considérait qu'en l'absence de stipulation contraire, « le délégué est seulement obligé au paiement de la dette du délégant envers le délégataire »³¹⁸, ce dont elle déduisait que le délégué pouvait se dégager de

³¹² V. FORTI, « Délégation incertaine et aménagement conventionnel de l'opposabilité des exceptions (observations comparatives sous l'article 1336, alinéa 2, du Code civil) », *RDC*, 2019, p. 140, n°10.

³¹³ V. *supra* n°78.

³¹⁴ O. DESHAYES et *al.*, *op. cit.*, p. 788 ; M. BLANCHET, art. préc., n°10.

³¹⁵ M. BOURASSIN et L. FROMENT, « Clair-obscur sur la novation et la délégation », *JCP N* 2015, n°47, p. 1250, n°24 ; M. JULIENNE, *op. cit.*, n°448.

³¹⁶ Ch. LACHIÈZE, art. préc., n°13.

³¹⁷ M. BLANCHET, art. préc., n°10.

³¹⁸ Cass. 1^{ère} civ., 17 mars 1992, n°90-15.707, *Bull. civ. I*, n°84. Cette affirmation est contestable : par principe, l'obligation nouvelle du délégué devrait être calquée sur son obligation préexistante. Ce n'est qu'à défaut de tel rapport fondamental que la dette nouvelle du délégué devrait être calquée sur celle du délégant.

son obligation en opposant la prescription de la créance du délégataire. Cette position doit être renversée. Si le principe peut demeurer celui de la définition de l'engagement du délégué par référence au rapport délégant-délégataire³¹⁹, il faut désormais considérer que celui-ci n'entraîne pas la possibilité pour le délégué d'opposer les exceptions tirées de la dette du délégant³²⁰.

§2 La modification conventionnelle de l'ordre des poursuites du délégataire

124. Les parties peuvent user de leur liberté contractuelle pour modifier l'ordre des poursuites du délégataire et faire en sorte que le délégué ne soit poursuivi qu'après échec du recours exercé contre le délégant. En effet, la réforme n'ayant pas véritablement organisé la hiérarchie des poursuites qui s'impose au délégataire, il faut considérer que si le délégué doit par principe être poursuivi en premier. Les parties peuvent toutefois y déroger sans difficulté.

125. Stipulation d'une délégation conditionnelle. Les parties pourraient stipuler une délégation conditionnelle dans laquelle le délégué s'engage sous la condition suspensive de la défaillance du délégant³²¹. Le régime de la condition ne fait pas obstacle à un tel aménagement du régime de la délégation. En effet, l'obligation conditionnelle, pour être valable, doit dépendre d'un événement futur et incertain³²² et l'insolvabilité du délégant répond sans difficulté à ces critères.

126. Modification contractuelle des règles des poursuites. Les parties pourraient également régler contractuellement la hiérarchie des poursuites et stipuler que le délégué ne peut être poursuivi qu'après l'échec du recours intenté contre le délégant³²³.

Au gré de la volonté des parties, l'intensité de cette subsidiarité de l'engagement du délégué par rapport à celui du délégant pourrait varier. Ainsi, il pourrait être exigé du délégataire qu'il constate simplement que le délégant ne s'est pas exécuté à la suite de la demande qui lui a été faite, mais les parties pourraient également soumettre le recours contre le délégué à la constatation de l'insolvabilité du délégant. Les parties pourraient en outre offrir au délégataire le droit de poursuivre à son choix le délégant ou le délégué³²⁴ ou encore accentuer la subsidiarité de l'engagement du délégant en offrant à ce dernier un bénéfice de discussion³²⁵.

³¹⁹ V. en ce sens : J. FLOUR et *al.*, *op. cit.*, n°456.

³²⁰ V. en ce sens G. CHANTEPIE et M. LATINA, *op. cit.*, n°909.

³²¹ I. SERANDOUR, th. préc., n°104.

³²² C. civ., art. 1304.

³²³ V. en ce sens : C.-A. MICHEL, th. préc., n°290, A. GOUZEL, th. préc., n°490.

³²⁴ A. GOUZEL, th. préc., n°501.

³²⁵ A. GOUZEL, th. préc., n°494 ; J. FRANÇOIS, th. préc., n°195 ; M. JULIENNE, *op. cit.*, n°437.

127. Conclusion. En matière de délégation, « la liberté contractuelle a vocation à s'épanouir »³²⁶. Il ressort de l'étude du régime de la délégation que celui-ci, même enrichi par la réforme, reste lacunaire. Il appartient donc aux parties de combler ces silences et d'adapter le régime de la délégation à l'objectif qu'elles poursuivent, qui peut être d'offrir au créancier une garantie.

128. Si de nombreux aménagements sont ainsi théoriquement possibles, encore faut-il rechercher s'ils sont efficaces en pratique. A ce titre, il faut désormais analyser l'originalité de la délégation utilisée dans sa fonction de garantie par rapport aux autres institutions qu'elle concurrence, que son régime se résume aux règles du Code civil ou qu'il ait été aménagé par les parties, et apprécier en conséquence le risque de requalification qui pèse sur elle (Titre 2nd).

³²⁶ A. GOUZEL, th. préc., n°491. V. également : A. GHOZI, art. préc., *op. cit.*, p. 279 et s. : Les parties peuvent « construire de toutes pièces un modèle de délégation original directement adapté à leurs intérêts ».

Titre 2nd : La possibilité de l'utilisation de la délégation à des fins de garantie

129. Après avoir démontré que le délégant peut recourir à la délégation simple pour consentir à son créancier une garantie ou une sûreté particulièrement protectrice de ses intérêts, il faut rechercher si une telle utilisation de la délégation est possible. Pour ce faire, il faut situer la délégation au sein de la catégorie juridique des garanties, qui comporte des sous-ensembles, et notamment celui des sûretés. Ainsi, il faut rechercher si la délégation constitue véritablement un mécanisme autonome, de telle manière qu'elle peut s'épanouir en tant que garantie personnelle alternative, ou si au contraire elle doit en réalité être requalifiée en une autre figure et se voir appliquer le régime qui en découle. En effet, la liberté contractuelle fait l'objet d'un encadrement particulier lorsqu'il s'agit de concevoir un mécanisme de garantie (*Chapitre 1^{er}*), ce qui impose d'apprécier l'originalité du mécanisme imaginé avant de lui reconnaître des effets (*Chapitre 2nd*).

Chapitre 1^{er} : L'encadrement du pouvoir des volontés individuelles en matière de garanties

130. L'expression de « *pouvoir des volontés individuelles* », utilisée en droit des sûretés, est empruntée à Monsieur DUPICHOT³²⁷. Celle-ci recouvre d'abord la notion de liberté contractuelle³²⁸, soit la possibilité offerte aux individus de déterminer le contenu de leurs contrats et, en droit des sûretés, de s'écarter des modèles conçus par la loi dans la limite de l'ordre public. Mais elle a ceci de spécifique qu'elle est centrée sur l'individu : elle rend compte de l'idée selon laquelle les cocontractants poursuivent des intérêts qui leur sont propres, et permet de s'interroger sur le pouvoir dont ils disposent individuellement. Elle invite ainsi à constater la possibilité théorique de créer de nouvelles garanties ou sûretés personnelles (*Section 1*) qui en pratique subit des limitations (*Section 2*).

Section 1. La possibilité théorique de la création de nouvelles garanties personnelles

131. Les enjeux. En matière de sûretés, ce sont principalement les créanciers qui cherchent à imprimer aux garanties qu'ils sollicitent certains caractères afin qu'elles soient les plus puissantes possibles et notamment qu'elles soient efficaces en cas d'ouverture d'une procédure

³²⁷ PH. DUPICHOT, th. préc., n°4.

³²⁸ C. civ., art. 1134.

de traitement des difficultés à l'encontre de leur débiteur principal. Ces attentes particulières peuvent se traduire, en pratique, par un aménagement des sûretés personnelles nommées, mais surtout par la création de toutes pièces de nouveaux mécanismes de garantie. En offrant aux créanciers la meilleure protection possible de leurs intérêts, il est corrélativement apporté une réponse au besoin de crédit des individus³²⁹. En effet, c'est au regard des garanties qu'ils reçoivent que les créanciers acceptent de s'engager, et ils seront plus enclin à le faire s'ils obtiennent des garanties efficaces. Ces considérations expliquent l'intérêt pratique de reconnaître à la volonté des parties un pouvoir en matière de garanties personnelles.

132. La liberté de création. La reconnaissance de la liberté de création de nouvelles garanties ne suscite en théorie aucune difficulté, puisque les sûretés personnelles se rattachent par essence au droit des contrats et sont gouvernées par les principes d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle³³⁰. Cette force créatrice de la pratique est attestée par la reconnaissance légale de la qualité de sûreté personnelle nommée à deux garanties non-accessoires conçues par la pratique : la garantie autonome et la lettre d'intention. L'énumération l'article 2287-1 n'est cependant pas limitative : l'article cite les techniques qui sont des sûretés personnelles par nature et dont le Code civil fixe le régime, sans exclure pour autant la présence de mécanismes à effet de sûreté ailleurs³³¹.

Pour certains auteurs, la qualification de sûreté serait cependant réservée aux mécanismes cités à l'article 2287-1³³². Cette position ne doit pas être suivie : tous les mécanismes répondant à la définition des sûretés doivent accéder à la qualification de sûreté et au régime qui en découle, que leur régime soit ou non posé par le Livre IV dédié aux sûretés. Il faut en effet partir du principe que le législateur, lorsqu'il prévoit des règles applicables à la catégorie juridique des sûretés, entend viser tous les mécanismes qui répondent à la définition de sûreté.

133. Pour autant, en matière de sûretés personnelles, force est de constater que le pouvoir des volontés est en pratique encadré (*Section 2*).

³²⁹ PH. DUPICHOT, th. préc., n°7.

³³⁰ PH. SIMLER, « Unité ou pluralité des sûretés personnelles », art. préc., p. 87 ; PH. DUPICHOT, th. préc., n°13 et 17 ; R. PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, th. dactyl., R. LE BALLE (dir.), Université de Paris, 1947, n°99 ; D. LEGEAIS, « La règle de l'accessoire dans les sûretés personnelles », *Dr. et patrimoine*, 2001, n°92, p. 64 et s., spéc. p. 73.

³³¹ V. en ce sens : A.-S. BARTHEZ, « L'avenir des sûretés personnelles alternatives », *RDBF*, 2016, n°4, PH. SIMLER, *Cautionnement : garanties autonomes, garanties indemnitaires*, préc., n°7.

³³² D. LEGEAIS, *op. cit.*, n°34 ; Y. PICOD, *op. cit.*, n°133.

Section 2. L'encadrement pratique de la création de nouvelles garanties personnelles

134. La conséquence de la reconnaissance du pouvoir des volontés individuelles est le développement, dans la pratique, de nouveaux mécanismes à fonction de garantie. Ce mouvement est guidé par l'objectif de concevoir des garanties aux caractéristiques particulières et ainsi de parvenir à des résultats qui ne sont pas permis par le jeu des sûretés personnelles nommées. Cette pouvoir créateur offert aux parties est cependant tempéré par le risque de requalification qui pèse sur les garanties alternatives artificielles (§1), risque accru par la force d'attraction particulière exercée par les sûretés personnelles modèles (§2).

§1 La requalification des garanties alternatives artificielles

135. L'influence des volontés sur les qualifications. La technique de la qualification bride l'imagination des parties. Elle se présente à la fois comme une opération et un résultat³³³ et se définit comme l'opération intellectuelle qui consiste à faire entrer une situation de fait dans une catégorie juridique préexistante, dont elle présente les caractéristiques essentielles, afin de déduire le régime qui lui est applicable³³⁴. Si la qualification est une technique au service du droit, puisqu'elle constitue une étape nécessaire à la réalisation du raisonnement syllogistique³³⁵ et empêche la confusion entre les différentes catégories juridiques, elle est également au service d'intérêts particuliers³³⁶. Les parties peuvent en effet chercher à s'affranchir de certaines qualifications pour échapper au régime qui découle de l'application de celles-ci. Cette tentation revêt une dimension particulière en matière de garanties et se manifeste par la volonté des parties d'échapper au régime applicable aux sûretés personnelles nommées. Étudier la possibilité pratique d'opérer une telle éviction du régime des sûretés personnelles nommées impose d'abord de revenir sur la technique de la qualification.

136. La technique de qualification. Il résulte des travaux de Monsieur PERROT que chaque technique juridique engendre un résultat qui lui est propre³³⁷. Ainsi, plusieurs techniques juridiques ne peuvent mener au même résultat et réciproquement, une technique ne peut conduire à une pluralité de résultats. Il faut en déduire que s'il existe une technique qui permet

³³³ F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th. dactyl., R. LE BALLE (dir), Université de Paris, 1955, n°4 ; P. PARTYKA, *Approche épistémologique de la notion de qualification en droit privé français*, th., M.-L. MATHIEU (dir), Atelier national de reproduction des thèses, 2004, n°32.

³³⁴ V. en ce sens : G. CORNU (dir.), *op. cit.*, p. 830.

³³⁵ P.-Y. GAUTIER, « Éloge du syllogisme - Libres propos », *JCP G*, 2015, n°36.

³³⁶ P. PARTYKA, th. préc., n°43.

³³⁷ R. PERROT, th. préc., n°100 ; V. également : P. PARTYKA, th. préc., n°586.

d'atteindre le résultat recherché, les parties doivent s'y conformer. En sens inverse, lorsqu'elles recherchent un nouveau résultat, qui n'est permis par aucune des techniques existantes, elles doivent créer de toute pièce une nouvelle technique originale permettant d'y parvenir.

Ainsi, pour créer un nouveau mécanisme à effet de sûreté, les parties doivent concevoir une nouvelle technique, dont l'originalité permet de justifier la mise à l'écart des règles qui découlent des sûretés personnelles nommées. Ceci est compliqué par le constat selon lequel il n'existe qu'un nombre limité de techniques³³⁸. Si les parties peuvent imaginer un nombre infini de garanties, de manière à répondre le plus fidèlement possible à leurs besoins, il n'y a qu'un nombre limité de techniques de garantie à leur disposition. Pour produire le résultat nouveau, la tentation peut donc consister à manipuler une technique existante, notamment en lui donnant une dénomination particulière, de manière à tenter de lui faire produire un résultat différent de celui qu'elle engendre normalement. En agissant de la sorte, les parties manifestent leur volonté de se soumettre au régime applicable à la qualification qu'elles visent et corrélativement d'échapper au régime qui découle des autres qualifications possibles.

137. Le risque de requalification. La cohérence intellectuelle impose qu'une même technique ne se voit pas conférer deux qualifications différentes³³⁹. Ce comportement fait donc peser sur l'opération mise en place un risque de requalification. En effet, le juge n'est pas tenu par la dénomination que les parties ont pu choisir dans leur convention³⁴⁰. L'un des éléments de l'office du juge est de restituer à un acte ou un fait litigieux sa qualification exacte³⁴¹. Lorsque les faits présentés au juge peuvent revêtir plusieurs qualifications, un choix devra être opéré entre celles-ci. Si les parties ont tenté de créer de toute pièce une nouvelle garantie, le juge devra vérifier que la technique employée pour parvenir à ce résultat est suffisamment originale pour qu'elle ne soit pas constitutive d'une fraude à la loi et requalifiée en une sûreté personnelle nommée. Cette originalité peut résulter soit de l'objet de la technique ou de sa structure³⁴², soit de l'agencement des obligations. Ainsi, l'éviction des sûretés personnelles nommées est nécessairement subsidiaire, et ne sera admise que sous réserve de respecter des conditions strictes. Cette dernière observation vaut à plus forte raison lorsque, parmi les qualifications possibles que peuvent revêtir les faits, se trouve une figure soumise à un régime impératif³⁴³,

³³⁸ R. PERROT, *ibid.*, n°101.

³³⁹ L. ANDREU, th. préc., n°20.

³⁴⁰ P. PARTYKA, th. préc., n°583 ; F. TERRÉ, th. préc., n°22.

³⁴¹ C. proc. civ., art. 12.

³⁴² PH. DUPICHOT, th. préc., n°295.

³⁴³ PH. DUPICHOT, th. préc., n°297.

puisqu'il donne des effets à ce mécanisme revient alors à exclure l'application de règles impératives. Or, le régime des sûretés personnelles nommées comporte de telles règles, ce qui leur confère une force d'attraction considérable, qui entrave corrélativement encore davantage la possibilité d'échapper à la requalification.

§2 La force d'attraction exercée par les sûretés personnelles nommées

138. La force d'attraction des sûretés personnelles nommées. Naturellement, les sûretés personnelles privilégiées sont celles dont le législateur détaille le régime au sein du Code civil. Ce traitement législatif justifie que les juges soient tentés de se référer à ces figures plutôt que d'admettre la possibilité, pour les parties, de conférer une garantie par d'autres moyens. Ceci vaut pour les trois sûretés personnelles envisagées à l'article 2287-1, mais se vérifie *a fortiori* s'agissant du cautionnement. En effet, le cautionnement est la sûreté dont le régime est le plus abouti, puisque le Code en règle précisément la formation, les effets et l'extinction. Il en tire une force d'attraction indéniable³⁴⁴, qui s'explique par plusieurs considérations.

139. Le champ d'application du cautionnement. Le recours au cautionnement est possible dès lors qu'une obligation valable existe³⁴⁵ et peu importe la nature de cette obligation³⁴⁶. Sa conclusion est ouverte à toute personne physique ou morale, sous réserve de l'application des règles relatives à la capacité et au pouvoir de contracter. À l'inverse, le domaine de la garantie autonome est bien plus limité, puisque son utilisation est fermée aux consommateurs qui souscrivent un crédit à la consommation ou un crédit immobilier³⁴⁷. Dans le même esprit, la loi du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs ne permet de souscrire une garantie autonome qu'en lieu et place du dépôt de garantie et dans la limite d'un mois de loyer³⁴⁸.

140. La protection offerte aux cautions. Lorsqu'elle octroie un cautionnement, la caution s'endette pour autrui, puisque c'est la personne cautionnée qui recevra la contrepartie de son engagement. Cet engagement, qui est indolore lors de sa conclusion, peut se révéler lourd de conséquences, justifiant ainsi qu'une protection particulière soit accordée à la caution. Celle-ci est principalement assurée par le caractère accessoire du cautionnement³⁴⁹ dont il résulte que

³⁴⁴ V. en ce sens : PH. DUPICHOT, th. préc., n°961 ; R. LIBCHABER, « Vaine recherche de sûretés personnelles nouvelles : l'insaisissable porte-fort de l'exécution », note sous Cass. com. 13 déc. 2005, n°03-19.217, RJDA, 2006, p. 787, n°16.

³⁴⁵ C. civ., art. 2293.

³⁴⁶ PH. DUPICHOT, th. préc., n°299.

³⁴⁷ C. consom., art. L. 314-19.

³⁴⁸ Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs, art. 22 et 22-1-1.

³⁴⁹ C. civ., art. 2288.

l'engagement de la caution est calqué sur celui du débiteur principal. Ainsi, celle-ci n'est tenue de payer que si le débiteur principal est défaillant et seulement dans la mesure de l'engagement de ce dernier³⁵⁰. Si elle est amenée à payer, la caution peut exercer un recours subrogatoire contre le débiteur principal³⁵¹. Si toutefois, par le fait du créancier, la caution ne peut bénéficier de la subrogation, elle sera déchargée à concurrence de son préjudice³⁵². Les cautions personnes physiques font l'objet d'une protection renforcée. Le Code civil met à la charge du créancier professionnel une obligation de mise en garde³⁵³ et d'information³⁵⁴ à leur égard. Cette protection se prolonge en dehors du Code civil et notamment dans le Code de la consommation, qui prévoit que si le débiteur principal se retrouve en situation de surendettement, la clôture de la procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire n'entraîne pas l'effacement de la dette dont le montant a été payé par une caution personne physique³⁵⁵.

141. La force d'attraction particulière du cautionnement. Le cautionnement organise un mécanisme de garantie dans lequel un tiers non tenu à la dette s'engage au bénéfice d'un créancier à accomplir la prestation du débiteur principal en cas de défaillance de celui-ci. Tous les mécanismes qui reposent sur cette technique entreront nécessairement en concurrence avec le cautionnement et supporteront un risque de requalification³⁵⁶. Or, il est difficile de concevoir un mécanisme de garantie reposant sur une technique fondamentalement originale par rapport à celle-ci.

L'ensemble de ces éléments confère au cautionnement une force d'attraction considérable qui s'exerce sur l'ensemble des techniques permettant de prémunir un créancier contre un risque de perte. Elle s'exerce à plus forte raison sur les mécanismes innommés ou sur les mécanismes connus qui sont détournés de leur fonction originale pour procurer au créancier un effet de garantie, comme ce peut être le cas avec de nombreux mécanismes du droit des obligations. Dans ces hypothèses, la tentation d'opérer une requalification est accrue et le mécanisme ne résistera à la gravité exercée par les sûretés personnelles nommées que sous réserve de présenter une originalité incontestable.

De manière moins évidente, cette force d'attraction s'exerce sur les autres sûretés personnelles nommées, et notamment sur la garantie autonome. Pour que celle-ci échappe à la

³⁵⁰ C. civ., art. 2298.

³⁵¹ C. civ., art. 2309.

³⁵² C. civ., art. 2314.

³⁵³ C. civ., art. 2299.

³⁵⁴ C. civ., art. 2302 et 2303.

³⁵⁵ L. 742-22 C. consom.

³⁵⁶ PH. DUPICHOT, th. préc., n°299 ; L. ANDREU, th. préc., n°20.

requalification, l'objet de l'engagement du garant ne doit pas être défini par référence à la dette du tiers et le garant doit renoncer explicitement à se prévaloir des exceptions tirées du contrat principal³⁵⁷. Il existe ainsi une hiérarchie au sein même des sûretés personnelles nommées.

142. Que la délégation utilisée à des fins de garantie soit qualifiée de sûreté ou de garantie, en fonction du contexte dans lequel elle s'épanouit, elle concurrence les sûretés personnelles nommées et supporte donc naturellement un risque de requalification. Ce risque représente toujours un danger majeur en matière de garantie, puisqu'il met à mal la sécurité juridique des parties. Il convient d'examiner avec attention l'originalité du mécanisme de la délégation utilisé à des fins de sûretés, afin d'évaluer le risque de requalification qui lui est inhérent et d'en déduire la possibilité pour les parties d'y recourir en tant qu'alternative aux sûretés personnelles nommées (*Chapitre 2nd*).

Chapitre 2nd : L'originalité discutée de la délégation utilisée à des fins de garantie

144. Si la délégation peut remplir une fonction de garantie, celle-ci n'est pas sa fonction naturelle. La fonction classique de la délégation est celle qui correspond à son usage le plus fréquent et consiste à permettre l'extinction d'une ou plusieurs obligations préexistantes par la création d'une nouvelle obligation. Dès lors, lorsque la délégation est constitutive d'une garantie, elle est une garantie subsidiaire par rapport aux sûretés personnelles nommées³⁵⁸. Son autonomie et donc sa possibilité de jouer un rôle de garantie ne peuvent être reconnues que sous réserve que deux éléments soient vérifiés. La délégation doit d'abord atteindre un résultat original, et donc offrir aux parties un régime différent de celui qu'elles peuvent tirer de l'utilisation d'autres techniques (*Section 1*). La délégation doit ensuite parvenir à offrir ce régime sans employer la technique d'une des sûretés personnelles nommées (*Section 2*). Ce n'est que dans ce carcan que peut s'épanouir la délégation en tant que garantie personnelle alternative, seul apte à maintenir les frontières entre les différentes techniques juridiques.

Section 1. L'originalité affirmée du régime de la délégation

144. Le régime offert par la délégation est véritablement original, que ce soit en comparaison des figures de droit des obligations (§1) ou des sûretés personnelles nommées (§2).

³⁵⁷ V. par ex : Cass. 1^{ère} civ., 12 déc. 2018, n°17-12.477, inédit.

³⁵⁸ L. ANDREU, th. préc., n°30.

§1 La comparaison avec les institutions de droit des obligations à effet de garantie

145. D'autres techniques issues du régime général des obligations peuvent produire un effet de garantie, qui impose qu'une comparaison de leur régime avec celui de la délégation soit opérée.

146. L'originalité par rapport à la cession de créance. La cession de créance opère par transmission au cessionnaire de la créance qui appartenait au cédant, sans que le consentement du cédé ne soit requis. Au contraire, la délégation n'opère pas par création d'un nouveau rapport d'obligation et requiert pour sa validité le consentement de toutes les parties. Ensuite, le débiteur peut opposer au cessionnaire les exceptions inhérentes à la dette³⁵⁹, tandis que le délégué ne peut opposer aucune exception au délégataire. Enfin, les deux figures ne répondent pas au même formalisme : la cession de créance doit être constatée par écrit à peine de nullité³⁶⁰ et la date de cet acte déclenche l'opposabilité de la cession aux parties et aux tiers³⁶¹. Les domaines des deux opérations ne se recoupent enfin pas totalement, puisque la délégation n'implique pas nécessairement la préexistence d'une relation entre le délégant et le délégué. Si les deux opérations ont des régimes distincts, elles remplissent toutefois la même fonction économique puisque la délégation, lorsqu'elle est greffée sur deux rapports fondamentaux, permet une circulation indirecte de la créance du délégant³⁶².

147. L'originalité par rapport à la cession de dette. La cession de dette, opération par laquelle un débiteur cédant transmet sa dette à un cessionnaire³⁶³, a été consacrée par la réforme du droit des obligations. À la différence de la délégation, elle est soumise à un formalisme particulier et doit être constatée par écrit à peine de nullité³⁶⁴. Elle requiert le consentement exprès du créancier, tout comme la délégation nécessite le recueil du consentement du délégataire. Le créancier, comme le délégataire, en l'absence de stipulation contraire, consent à la cession de dette sans libérer son débiteur initial. La cession de dette est alors dite cumulative³⁶⁵. Cette figure de la cession est contestée, car elle contrevient au principe selon lequel « transmettre et retenir ne vaut »³⁶⁶. Même dans cette hypothèse, la cession de dette se

³⁵⁹ C. civ., art. 1324.

³⁶⁰ C. civ., art. 1322.

³⁶¹ C. civ., art. 1323.

³⁶² J. FRANÇOIS, *Les obligations – Régime général*, op. cit., n°644.

³⁶³ G. CORNU (dir.), op. cit., p. 159.

³⁶⁴ C. civ., art. 1327.

³⁶⁵ C. civ., art. 1327-2.

³⁶⁶ J. FRANÇOIS, « Les opérations sur la dette », in *dossier La réforme des contrats, quelles innovations ?*, RDC, 2016, n°112, p. 45, n°20.

distingue de la délégation. Avec la cession de dette cumulative, le cessionnaire dispose de deux débiteurs solidairement tenus, et peut donc agir indifféremment contre l'un ou contre l'autre. L'engagement du cédant ne devient donc pas subsidiaire. À l'inverse, en matière de délégation, c'est le second débiteur qui doit être poursuivi par priorité. Une seconde différence tient au sort réservé exceptions. L'article 1328 prend acte du caractère translatif de la cession de dette : il prévoit que le débiteur peut toujours opposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette cédée et qu'il peut en outre opposer les exceptions qui lui sont personnelles. Si le caractère lacunaire et obscur de ce texte a été souligné à de nombreuses reprises³⁶⁷, force est de constater qu'il consacre une philosophie très différente de celle qui se dégage en matière de délégation.

148. L'originalité par rapport au porte-fort d'exécution. Le porte-fort d'exécution renvoie à l'engagement pris par une personne, le porte-fort, de promettre le fait d'un tiers³⁶⁸ soit de s'engager à ce que ce tiers exécute son obligation contractuelle, de telle manière que le porte-fort est tenu d'indemniser le créancier victime d'une inexécution du tiers³⁶⁹. Ainsi, la promesse de porte-fort est une garantie indemnitaire qui emporte un engagement personnel de faire³⁷⁰ de la part du porte-fort et qui a pu être qualifiée de véritable sûreté personnelle alternative³⁷¹. Elle ne se confond cependant pas avec la délégation. Si, comme le délégué, le porte-fort ne souscrit pas d'obligation de payer la dette même du débiteur, la promesse de porte-fort relève de la catégorie spécifique des garanties indemnitaires. Elle consiste à indemniser le préjudice que subit le créancier du fait de l'inexécution de son obligation par le débiteur³⁷². Ainsi, et contrairement à ce qu'a pu affirmer la jurisprudence³⁷³, la promesse de porte fort n'est ni un engagement accessoire, puisque le promettant ne s'engage pas à exécuter la dette même du débiteur, ni un engagement autonome, puisque le promettant ne s'engage pas à payer une somme prédéterminée sans pouvoir opposer aucune exception³⁷⁴. Le porte-fort pourra invoquer que l'inexécution n'est pas due au fait du tiers ou qu'elle n'a causé aucun préjudice au créancier. Une autre différence avec la délégation tient au fait que le porte-fort doit exécuter son obligation dès que le bénéficiaire de la promesse a rapporté la preuve de l'inexécution, par le débiteur, de

³⁶⁷ V. en ce sens : J. FRANÇOIS, *Les obligations – Régime général*, *op. cit.*, n°622 et s. ; O. DESHAYES et *al.*, *op. cit.*, p. 765.

³⁶⁸ C. civ., art. 1204.

³⁶⁹ D. LEGEAIS, *op. cit.*, n°322.

³⁷⁰ Cass. com. 18 juin 2013, n°12-18.890, *Bull. civ. IV* n°105.

³⁷¹ PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE, *op. cit.*, n°342 ; PH. DUPICHOT, th. préc., n°421 et s. ; Ph. SIMLER, « Les solutions de substitution au cautionnement », *JCP N*, 1990, n°13.

³⁷² Il s'agit en réalité d'indemniser une perte de chance.

³⁷³ Com. 1^{er} avr. 2014, n°13-10.629, *Bull. civ. IV*, n°67. ; Civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, n°01-15.926, *Bull. civ.*, n°43.

³⁷⁴ V. en ce sens : PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE, *op. cit.*, n°344.

son obligation³⁷⁵. A l'inverse, le délégué est tenu à titre principal et est poursuivi en priorité par rapport au délégant. Enfin, le consentement du tiers à la conclusion de la promesse de porte-fort n'est pas requis, alors que celui du délégant l'est toujours.

§2 La comparaison avec les sûretés personnelles nommées

149. Après avoir comparé le régime de la délégation avec celui des figures du régime général des obligations à effet de garantie, il faut le comparer avec celui des authentiques sûretés personnelles nommées.

150. L'originalité par rapport à la lettre d'intention. La lettre d'intention est une création de la pratique qui, comme la promesse de porte-fort, est une garantie indemnitaire³⁷⁶ et consiste en l'engagement de faire ou de ne pas faire par lequel un tiers apporte à un débiteur un soutien dans l'exécution de son obligation envers le créancier³⁷⁷. Généralement, elle est utilisée par des sociétés pour s'engager auprès d'un établissement de crédit à garantir leur filiale. Encore une fois, le tiers n'est pas engagé à titre principal : son engagement ne se matérialise qu'en cas de défaillance du débiteur. Il faut également observer que le consentement du débiteur principal n'est pas requis à titre de validité de l'opération. Ainsi, la délégation ne peut se réduire à une garantie indemnitaire, qui impose de raisonner en termes de responsabilité et dans lesquelles le rôle du garant est actif, puisqu'il s'ajoute à celui du débiteur principal sans s'y substituer³⁷⁸.

151. L'originalité par rapport à la garantie autonome. La garantie autonome se définit comme l'engagement qu'un garant prend, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à payer un créancier à la première demande de sa part, sans pouvoir lui opposer d'exceptions³⁷⁹. Celle-ci, contrairement à la délégation, ne nécessite pas la réunion des trois parties à l'opération : elle est souvent émise sous forme unilatérale par le garant, dont l'engagement doit être exprès. Sa rédaction est particulièrement délicate³⁸⁰, puisque l'objet de l'engagement du garant ne doit pas être défini par référence à la dette du tiers. Le bénéficiaire de la garantie autonome peut appeler discrétionnairement le garant à payer, sous réserve que cet appel en garantie présente une apparence de régularité. Le délégué n'est quant à lui pas tenu de payer à première demande, même s'il doit être poursuivi par priorité, ce qui a pour

³⁷⁵ PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE, *op. cit.*, n°345.

³⁷⁶ PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE, *op. cit.*, n°326.

³⁷⁷ C. civ., art. 2322.

³⁷⁸ J-D. PELLIER, th. préc., n°99.

³⁷⁹ C. civ., art. 2321.

³⁸⁰ D. LEGAIS, *op. cit.*, n°360.

conséquence qu'il peut prendre des mesures conservatoires³⁸¹ ou demander des délais de grâce³⁸². Enfin, à la différence du garant, le délégué n'est pas nécessairement tenu en vertu d'un engagement de payer et peut s'engager à faire, ne pas faire ou donner quelque chose³⁸³. Cependant, tout comme la délégation, la garantie autonome est gouvernée par un principe strict d'inopposabilité des exceptions. Ce principe de l'inopposabilité a toutefois une consistance accrue en matière de garantie autonome, puisqu'il est insusceptible d'y déroger sans courir un risque majeur de requalification en cautionnement.

152. L'originalité par rapport au cautionnement. La conclusion du cautionnement, qui ne nécessite pas le consentement du débiteur initial, est soumise à un formalisme strict. Le cautionnement résulte nécessairement d'une convention conclue entre le créancier et la caution³⁸⁴. A la différence de l'engagement de la caution, l'engagement du délégué ne présente aucun caractère accessoire³⁸⁵. Le délégué prend un engagement direct, personnel et autonome envers le délégataire. Il est tenu en vertu d'une dette nouvelle. En outre, sauf si la caution a renoncé à son bénéfice de discussion ou a souscrit un cautionnement solidaire, son engagement est subsidiaire³⁸⁶, à la différence de celui du délégué.

153. Si la délégation déclenche l'application d'un régime original, encore faut-il rechercher, pour qu'elle échappe à la requalification, si elle repose sur une technique qui lui est propre (*Section 2*).

Section 2. L'originalité discutée de la technique de la délégation

154. La requalification s'attache à ce que les parties ont objectivement fait³⁸⁷. L'appréciation du risque de requalification qui pèse sur la délégation utilisée à des fins de garantie impose d'observer le mécanisme dont elle procède et de rechercher s'il est véritablement original ou s'il reprend le mécanisme d'une des sûretés personnelles nommées. Pour ce faire, seront analysées successivement la délégation avec (§1) et sans contribution à la dette (§2).

³⁸¹ PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE, *op. cit.*, n°359 ; D. LEGEAIS, *ibid.*, n°352.

³⁸² R. NEMEDEU, art. préc., p. 63 et s. ; PH. SIMLER, *Cautionnement : garanties autonomes, garanties indemnitaires*, préc., n°898.

³⁸³ J.-D. PELLIER, « La nature de la délégation imparfaite », art. préc., n°8.

³⁸⁴ C. civ., art. 2294.

³⁸⁵ D. LEGEAIS, *op. cit.*, n°332.

³⁸⁶ C. civ., art. 2305.

³⁸⁷ PH. DUPICHOT, th. préc., n°461.

§1 L'originalité de la délégation simple avec contribution à la dette du délégué

155. La délégation avec contribution à la dette est généralement greffée sur deux rapports fondamentaux (I.) mais peut, dans des cas plus rares, se greffer sur un unique rapport (II.).

I. La délégation greffée sur deux rapports fondamentaux

156. La délégation-paiement. Tandis que les sûretés personnelles nommées reposent sur le consentement d'un débiteur à payer une dette à laquelle il n'est pas tenu, le délégué lorsqu'il exécute une délégation-paiement, paye sa propre dette et ne dispose d'aucun recours à l'encontre du délégant, à la différence d'une caution ou d'un garant. La technique juridique sur laquelle repose la délégation diffère alors fondamentalement de celle des sûretés personnelles nommées, si bien qu'elle n'encourt aucun risque de requalification³⁸⁸.

157. La délégation-garantie. Dans cette hypothèse, le délégué s'est engagé envers le délégataire pour un montant supérieur à celui dont il était débiteur à l'égard du délégant.

Pour la fraction de la dette souscrite envers le délégataire qui est égale au montant de sa dette à l'égard du délégant, la délégation joue son effet de paiement simplifié et n'est donc pas réductible à la figure du cautionnement ou de la garantie autonome.

Pour la fraction de la dette du délégué à l'égard du délégataire qui excède le montant de la dette initiale du délégué, le délégué s'engage à diminuer le montant d'une dette à laquelle il n'est pas tenu. Cette caractéristique entraîne la réception par l'opération de la qualification de garantie à l'égard des trois parties. Même si la délégation ne joue alors pas un effet de paiement simplifié parfait, la préexistence d'un lien d'obligation entre le délégué et le délégant permet d'affirmer l'originalité de la garantie, puisque le délégué s'engage avant tout pour éteindre sa propre dette³⁸⁹.

158. Conclusion. Lorsque la délégation simple est greffée sur deux rapports fondamentaux, elle constitue une garantie qui repose sur une technique juridique éminemment originale. Elle n'encourt donc aucun risque de requalification.

Cette affirmation est confirmée par le traitement que le législateur réserve à la délégation en matière de sous-traitance³⁹⁰. La loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance impose,

³⁸⁸ V. en ce sens : A. GOUZEL, th. préc., n°490 ; PH. DUPICHOT, *ibid.*, n°365 ; L. ANDREU, th. préc., n°26.

³⁸⁹ J.-D. PELLIER, th. préc., n°97 ; PH. DUPICHOT, th. préc., n°366.

³⁹⁰ PH. SIMLER, « La délégation du maître de l'ouvrage prévue par la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance », préc.

afin de protéger les sous-traitants, l'obtention par l'entrepreneur d'une caution personnelle et solidaire, ou la délégation par l'entrepreneur du maître de l'ouvrage au sous-traitant à concurrence du montant des prestations exécutées par le sous-traitant³⁹¹. La délégation est alors expressément reconnue comme une concurrente au cautionnement³⁹², puisque le législateur tient les deux opérations pour équivalentes³⁹³, ce qui confirme qu'il ne pèse alors aucun risque de requalification sur l'opération de délégation.

II. La délégation greffée sur un unique rapport fondamental

159. L'appréciation de l'originalité. Parfois le délégué, alors même qu'il n'est lié par aucune obligation à l'égard du délégant, doit supporter la charge définitive de l'obligation qu'il éteint par ses versements, comme c'est le cas dans la délégation de la société³⁹⁴. L'opération ne peut alors recevoir la qualification de sûreté personnelle, car le délégué est tenu à la dette qu'il paye. L'engagement du délégué envers le délégataire est alors calqué sur l'engagement pris par le dirigeant auprès de l'établissement de crédit-délégataire, de telle manière que l'opération rappelle la figure du cautionnement. Cependant, le cautionnement implique l'engagement de la caution à payer, en cas de défaillance du débiteur principal, une dette à laquelle elle n'est pas tenue, si bien que si elle est amenée à payer, elle disposera d'un recours à l'encontre du débiteur principal. A la différence, la société déléguée, lorsqu'elle paiera les échéances du prêt entre les mains de l'établissement de crédit, ne bénéficiera d'aucun recours contre le dirigeant, puisqu'elle ne fera qu'éteindre sa propre dette, dont elle doit supporter la charge définitive. Ce faisant, la délégation repose sur une technique juridique éminemment originale, qui diffère nettement de celles des sûretés personnelles nommées.

160. Les conséquences quant au régime de la délégation. L'originalité de cette physionomie de la délégation et l'absence de requalification en cautionnement qui en découle conduit à faire échapper l'opération à toutes les règles propres aux sûretés personnelles et au cautionnement. Ainsi, sa conclusion ne requerra pas d'autorisation préalable si le délégué est une société anonyme et la société ne bénéficiera pas du régime protecteur du droit des entreprises en difficulté. Les intérêts de l'établissement de crédit-délégataire et, dans une moindre mesure, du dirigeant-délégant, seront très fermement protégés, au détriment de ceux de la société déléguée.

³⁹¹ L., 31 déc. 1975, relative à la sous-traitance, n°75-1334, art. 14, JORF, n°2, 3 janv. 1976, p. 148.

³⁹² En ce sens, v. : C.-A. MICHEL, th. préc., n°28 ; PH. SIMLER Philippe, « La délégation du maître de l'ouvrage prévue par la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance », art. préc., p. 149 et s.

³⁹³ D., th. préc., n°269.

³⁹⁴ V. *infra* n°37.

161. L'appréciation du risque de requalification. Les juges ne seront pas tentés de succomber à l'emprise exercée par le cautionnement et à appliquer son régime protecteur au bénéfice du délégué, car la partie à protéger dans l'opération est le dirigeant. En effet, les règles spéciales protectrices en matière de cautionnement et de sûretés personnelles visent non pas les sociétés mais les garants personnes physiques, qu'ils soient professionnels ou consommateurs. La protection des personnes physiques ayant consenti une sûreté personnelle, et plus particulièrement des dirigeants qui ont été appelés à se porter garant de leur société³⁹⁵, est même l'un des objectifs qui guide le législateur lors des réformes des sûretés ou des procédures collectives. Ainsi, elle a été renforcée par l'ordonnance du 15 septembre 2021, qui leur accorde les mêmes avantages que ceux dont le débiteur principal bénéficie en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire ou de rétablissement professionnel³⁹⁶. Or, en présence d'une délégation de la société, le délégué est une société et ne mérite donc pas cette protection accrue, qui est réservée aux garants personnes physiques. Le risque de requalification de l'opération en cautionnement est donc faible, et la sécurité juridique des parties à l'opération est garantie.

§2 L'originalité de la délégation simple sans contribution à la dette du délégué

162. L'originalité de la délégation-sûreté. Lorsque la délégation n'implique pas de contribution à la dette du délégué, elle peut être qualifiée de sûreté, car le délégué s'engage pour éteindre la dette d'autrui et bénéficiera d'un recours contre ce dernier afin d'obtenir remboursement. L'originalité de la délégation pose alors davantage de difficulté, car il n'est plus possible de se retrancher derrière l'existence d'un lien d'obligation entre le délégant et le délégué pour en déduire que la technique de la délégation diffère de celle des sûretés personnelles nommées. Cela conduit certains auteurs à refuser de reconnaître l'existence de la délégation-sûreté, qui serait nécessairement requalifiée puisqu'elle s'apparenterait, selon les hypothèses, à un cautionnement ou à une garantie autonome³⁹⁷. Il faut en réalité approfondir cette réflexion, en distinguant selon que la délégation simple est incertaine (I.) ou certaine (II.).

I. La délégation simple incertaine

³⁹⁵ M. LAROCHE, « Cautionnement et procédures collectives, une couture difficile à ajuster », in *Mélanges en l'honneur de Philippe THERY : Les coutures du droit*, L.G.D.J., 2022, n°4.

³⁹⁶ M. LAROCHE, art.préc., n°3.

³⁹⁷ J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, préc., n°489 ; PH. DUPICHOT, th. préc., n°367 et s. ; C.-A. MICHEL, th. préc., n°286 et s.

163. La délégation simple incertaine présente des ressemblances avec la technique du cautionnement, puisque dans les deux mécanismes, l'engagement du nouveau débiteur est défini par rapport à l'engagement du débiteur initial. Si lorsqu'elle procède par simple application du droit commun des obligations, la délégation simple incertaine ne peut pas se résumer à une opération de cautionnement (A.). La ressemblance entre les deux figures peut toutefois être accentuée par le jeu de stipulations conventionnelles, au point de faire perdre à l'opération toute originalité (B.).

A. L'originalité de la technique résultant de l'application du droit commun

164. L'appréciation de l'originalité de la technique. *A priori*, il peut sembler que la délégation simple incertaine repose sur le même mécanisme que le cautionnement, puisque le délégué, comme la caution, s'engage envers le créancier au regard de la dette d'autrui, à laquelle il n'est pas tenu, et bénéficiera d'un recours contre le débiteur initial s'il est amené à payer.

Cependant, en prêtant une plus ample attention aux deux mécanismes, il faut reconnaître qu'ils ne se confondent pas. En effet, l'opération de délégation n'est pas translatrice, mais créatrice d'obligations. Le délégué s'engage dans les termes d'une obligation nouvelle³⁹⁸ et souscrit de cette manière un engagement autonome, et non pas accessoire. Ensuite, la délégation confère au délégué la qualité de débiteur principal, ce qui diffère essentiellement de ce qu'on trouve en matière de cautionnement, où la caution est en principe débiteur subsidiaire, et dispose d'un bénéfice de discussion.

Bien que dans les deux figures le créancier dispose de deux débiteurs dont l'un est tenu subsidiairement par rapport à l'autre³⁹⁹, l'identité du débiteur tenu à titre subsidiaire importe. La différence que présentent la délégation et le cautionnement sur ce point est révélatrice d'une réelle différence de nature entre l'engagement du délégué et l'engagement de la caution, et atteste que les mécanismes ne reposent pas sur la même technique juridique. Le délégué est engagé envers le créancier à titre principal et supporte à ce titre des risques plus lourds que la caution, puisqu'il supportera le risque d'insolvabilité du délégant lorsqu'il exercera son recours contre ce dernier⁴⁰⁰. En effet, à la différence de la caution, le délégué peut être amené à payer le délégataire alors même que le délégant ne se trouve pas en situation d'insolvabilité. Or, ce délégant peut se retrouver en situation d'insolvabilité entre le moment où le délégué paye le

³⁹⁸ *Contra* : J-D. PELLIER, th. préc., n°94 .

³⁹⁹ J-D. PELLIER, *ibid.*, *loc. cit.*

⁴⁰⁰ CH. LACHIÈZE, art. préc., n°11.

déléataire et celui où le délégué exerce son recours contre le délégant. Dans cette hypothèse, qui semble toutefois rare, le délégué supportera un risque de non remboursement, que la caution n'a normalement pas à supporter. Il faut donc constater que les structures des deux institutions diffèrent fondamentalement⁴⁰¹.

165. L'appréciation du risque de requalification. Ainsi, le risque de requalification devrait être faible, mais les juges pourraient y succomber afin de permettre au délégué personne physique de bénéficier de la protection offerte aux cautions⁴⁰². En tout état de cause, la délégation simple incertaine est une sûreté, donc le délégué personne physique bénéficie nécessairement des règles protectrices du droit des entreprises en difficulté applicables aux personnes ayant consenti une sûreté personnelle. Cependant, il ne bénéficiera pas de la protection spécifique accordée à la caution personne physique et notamment des obligations d'information ou de mise en garde mises à la charge du créancier professionnel. Le risque de requalification sera donc bien moins élevé lorsque le délégué est une personne morale⁴⁰³.

166. La faible attractivité du mécanisme. Ces difficultés devraient en pratique être minimales, car le mécanisme de la délégation simple incertaine, tel qu'il résulte du jeu des règles de droit commun, n'est pas attractif. Il est difficile d'imaginer quelle personne physique accepterait de s'engager dans ces conditions, à part un dirigeant, à qui il faudrait plutôt conseiller de recourir au mécanisme de la délégation de la société.

Il serait tout de même préférable d'interdire complètement à un consommateur de se porter délégué dans ce cadre, car la conclusion d'un tel engagement permettrait d'une certaine manière de contourner l'interdiction qui leur est faite par le Code de la consommation de se porter garant autonome à l'occasion de la souscription d'un crédit à la consommation ou d'un crédit immobilier⁴⁰⁴. En effet, la délégation simple incertaine, notamment en raison du principe d'inopposabilité des exceptions qu'elle implique et de l'engagement du délégué à titre principal, présente de nombreux dangers pour un consommateur, qui sera engagé dans des conditions bien plus strictes que s'il avait eu recours au cautionnement.

⁴⁰¹ CH. LACHIÈZE, art. préc., n°4 ; M. BOURASSIN et L. FROMENT, art. préc., n°17 ; P. ANCEL, th. préc., n°86 ; PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE, *op. cit.*, n°358. *Contra* : J.-D. PELLIER, th. préc., n°94 ; R. NEMEDEU, art. préc., p. 63 et s. ; D. POROCCHIA et *al.*, *op. cit.*, n°55 ; C.-A. MICHEL, th. préc., n°287 ; M. CABRILLAC et *al.*, *op. cit.*, n°548 ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, préc., n°489 ; PH. DUPICHOT, th. préc., n°366.

⁴⁰² PH. DUPICHOT, *ibid.*, n°466.

⁴⁰³ PH. DUPICHOT, th. préc., n°468.

⁴⁰⁴ C. Consom., art. L. 314-19.

167. Afin d'améliorer l'attractivité de la délégation simple incertaine, les parties peuvent, par des stipulations contractuelles, tempérer les conséquences qui résultent du caractère autonome de la dette nouvelle du délégué.

B. L'impact des aménagements conventionnels sur l'originalité de sa technique

168. Il convient d'analyser successivement les différents types de modifications conventionnelles du régime de la délégation envisageables, afin de déterminer les risques de requalification qu'elles font peser sur la technique de la délégation.

169. La modification du régime des exceptions. La possibilité pour les parties de modifier le régime des exceptions est critiquable⁴⁰⁵ car elle accentue les conflits de qualification et les contentieux. Permettre au délégué d'opposer les exceptions tirées des relations primitives revient à effacer un élément important distinguant le cautionnement de la délégation et à conférer une dimension accessoire à l'engagement nouveau du délégué.

L'opération supporterait alors un risque de requalification majeur, car si le mécanisme de la délégation reste spécifique, en ce qu'il repose sur la création d'une nouvelle obligation, le régime de la délégation ne présenterait plus une originalité suffisante pour être véritablement autonome⁴⁰⁶. Le seul élément qui distinguerait le cautionnement et la délégation serait la nature subsidiaire de l'engagement du délégué. Or, la délégation serait alors en tout point semblable avec un cautionnement solidaire⁴⁰⁷ ou un cautionnement dans lequel la caution a renoncé au bénéfice de discussion. Plusieurs techniques offriraient alors des garanties de même nature, ce qui contredit les règles de la qualification.

170. La modification de la hiérarchie des poursuites. La stipulation visant à modifier la hiérarchie des poursuites a été qualifiée de « dévoiement »⁴⁰⁸ ou encore de « dénaturation »⁴⁰⁹ de la délégation. Ainsi, certains auteurs ont refusé d'admettre la validité de cette clause, qui brouillerait les frontières avec les sûretés personnelles nommées⁴¹⁰. Elle doit cependant être

⁴⁰⁵ M. BLANCHET, art. préc., n° 10.

⁴⁰⁶ V. en ce sens : A.-S. BARTHEZ, art. préc. ; J. FRANÇOIS, art. préc., n° 41. *Contra* : F. GUERCHOUN, *op. cit.* n° 312.

⁴⁰⁷ La caution solidaire a pour caractéristique de renoncer au bénéfice de discussion : le créancier peut donc poursuivre la caution avant même d'avoir poursuivi le débiteur principal. Ainsi, le créancier peut poursuivre à son choix son débiteur principal ou la caution, qui est à son égard un débiteur principal, de premier rang.

⁴⁰⁸ I. SERANDOUR, th. préc., n° 104 et s.

⁴⁰⁹ CH. JUILLET, th. préc., n° 296. Le mécanisme deviendrait une garantie d'exécution.

⁴¹⁰ D. LEGAIS, th. préc., n° 270 : l'auteur retient cette solution pour maintenir les distinctions entre délégation et nantissement. La délégation et le nantissement constituent cependant deux opérations par nature distincte, puisqu'à la différence du nantissement, la délégation procède par création d'un nouveau rapport de droit.

admise au nom de la liberté contractuelle des parties⁴¹¹, mais cantonnée aux délégations greffée sur deux rapports fondamentaux.

En effet, lorsqu'elle est stipulée dans une délégation-sûreté (fondée sur un unique rapport fondamental), la technique sur laquelle repose la délégation se confond avec la technique du cautionnement. Dans les deux hypothèses, le délégué et la caution s'engagent envers un créancier à payer la dette d'autrui en cas de défaillance du débiteur principal. Rien ne distingue les deux techniques, dont seuls les régimes diffèrent. Reconnaître la validité d'une telle délégation reviendrait à permettre à la technique du cautionnement d'atteindre plusieurs résultats et à conférer une garantie au créancier qui, selon la dénomination choisie dans la convention, permettrait ou non au second débiteur d'opposer des exceptions issues des rapports initiaux. Or, les règles de qualification ne permettent qu'une technique produise plusieurs effets. La délégation, dans la mesure où elle constitue une garantie subsidiaire, encourrait donc un risque majeur de requalification en cautionnement⁴¹².

171. Les conséquences de la requalification en cautionnement. Le délégué personne physique et la caution sont soumis au même régime par le droit des entreprises en difficulté. Avant la réforme du droit des sûretés, la requalification pouvait permettre d'octroyer un recours avant paiement⁴¹³ au délégué. Désormais, le principal effet concernera le cas où le délégué est une personne physique. Le nouvel article 2297 du Code civil prévoit qu'à peine de nullité de son engagement, la caution personne physique appose elle-même la mention qu'elle s'engage en qualité de caution à payer au créancier ce que lui doit le débiteur en cas de défaillance de celui-ci, dans la limite d'un montant écrit en toutes lettres et en chiffres⁴¹⁴.

Or, la conclusion d'une délégation ne nécessitant pas un tel formalisme, le délégué personne physique n'aura pas respecté cette condition. L'engagement du délégué personne physique envers le délégataire professionnel, s'il est requalifié en cautionnement, sera donc annulé⁴¹⁵.

II. La délégation simple certaine

172. Dans la délégation simple certaine, comme dans la garantie autonome, l'engagement du nouveau débiteur est défini en lui-même. Il faut à nouveau apprécier l'originalité de la

⁴¹¹ V. en ce sens : F. GUERCHOUN, *op. cit.* n°2008 ; I. SERANDOUR, th. préc., n°106 et s.

⁴¹² A. GOUZEL, th. préc., n°490.

⁴¹³ C. civ., art. 2309 et 2316 anciens.

⁴¹⁴ C. consom., article L. 341-2 ancien.

⁴¹⁵ V. en ce sens : PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE, *op. cit.*, n°335.

délégation lorsqu'elle procède par application du droit commun des obligations (A.) puis lorsqu'elle est modifiée par le jeu de la liberté contractuelle (B.).

A. *L'originalité de la technique en application du droit commun*

173. L'absence d'originalité de la technique de la délégation. La délégation et la garantie autonome sont dépourvues de caractère accessoire. Elles définissent l'engagement nouveau du débiteur en lui-même et font obstacle à l'invocation des exceptions. En réalité, les deux mécanismes reposent sur la même technique. Au mieux, il n'y a qu'une différence de degré entre l'engagement du délégué et celui du garant⁴¹⁶ qui tient à la possibilité pour le délégué de demander des délais de grâce⁴¹⁷ ou de prendre des mesures conservatoires. Il pourrait également être souligné que le délégué n'est pas tenu de payer à la première demande qui lui est faite. Cependant, puisqu'il est engagé à titre principal, le délégué sera poursuivi par priorité, si bien que cette différence est minime.

Ces éléments sont insuffisants pour marquer la spécificité de la délégation en tant que sûreté personnelle alternative. La délégation simple certaine encourt ainsi un risque majeur de requalification en garantie autonome⁴¹⁸ malgré ce qu'a pu affirmer la Cour de cassation⁴¹⁹.

Cette requalification est opportune, car elle permet d'éviter le risque de contournement de l'interdiction faites aux consommateurs de conclure une garantie autonome à l'occasion d'un crédit à la consommation ou d'un crédit immobilier⁴²⁰. Cependant, la requalification ne devrait pas produire beaucoup d'effet. En effet, la délégation simple certaine étant qualifiée de sûreté, elle était déjà soumise aux règles spéciales que le droit des entreprises en difficulté réserve à la personne physique consentant une sûreté personnelle. La seule difficulté pourrait concerner le formalisme de la garantie autonome, qui n'aura pas été respecté. Pour éviter la requalification en cautionnement, la garantie autonome doit respecter des conditions strictes, ce qui impose en pratique la rédaction d'un écrit.

⁴¹⁶ R. NEMEDEU, art. préc., p. 63 et s. ; D. LEGEAIS, *op. cit.*, n°330 ; PH. SIMLER, *Cautionnement : garanties autonomes, garanties indemnitaires*, préc., n°898.

⁴¹⁷ C.-A. MICHEL, *th. préc.*, n°288. L'auteur souligne que les délais de grâce sont d'ordre public, et que le garant autonome devrait donc en demander le bénéfice.

⁴¹⁸ J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, préc., n°489 ; J.-D. PELLIER, *th. préc.*, n°98 ; PH. DUPICHOT, *th. préc.*, n°365 ; D. LEGEAIS, *op. cit.*, n°330 ; C.-A. MICHEL, *th. préc.*, n°287 et s. *Contra* : PH. SIMLER, *Cautionnement : garanties autonomes, garanties indemnitaires*, préc., n°897 : l'auteur qualifie la délégation et la garantie autonome de « fausses jumelles ».

⁴¹⁹ Com. 12 décembre 1984, n°83-15.839, *Bull. civ. IV*, n°344.

⁴²⁰ P. CROCQ, « Droit des sûretés », *Recueil Dalloz*, juillet 2005 / septembre 2006.

174. Tempérament. Les domaines de la délégation et de la garantie autonome ne se recoupent pas totalement : tandis que le garant doit nécessairement prendre un engagement de payer envers le créancier, l'engagement du délégué pourrait avoir pour objet une obligation de faire, de ne pas faire ou de donner⁴²¹. Dans cette hypothèse, qui devrait être rare en pratique, la délégation simple certaine serait véritablement originale⁴²².

B. L'impact des aménagements conventionnels sur l'originalité de sa technique

175. La modification du régime des exceptions. Madame BOURASSIN et Monsieur FROMENT soulignent que si, dans le cadre d'une délégation simple certaine, les parties rendent opposables certaines exceptions, la sûreté mise en œuvre est originale et constitue l'équilibre parfait entre cautionnement et la garantie autonome⁴²³. Ce faisant, les parties organiseraient une sorte de cautionnement à première demande⁴²⁴. Il est cependant difficile d'imaginer comment les parties pourraient rendre certaines exceptions opposables tout en définissant l'engagement nouveau du délégué sans faire référence aux relations préexistantes entre les parties. En l'état actuel du droit, cette possibilité ne semble pas ouverte.

176. La modification des règles de hiérarchie des poursuites. Les parties pourraient stipuler que l'engagement du délégué est subsidiaire par rapport à celui du délégant. Dans cette hypothèse, la délégation simple certaine semble retrouver son originalité. Cette forme de délégation serait le vrai juste milieu entre le cautionnement et la garantie autonome, puisque le délégué serait engagé à titre subsidiaire envers le créancier mais ne pourrait lui opposer aucune exception tirées de l'engagement du délégant. Ce faisant, elle consisterait en une sorte de garantie autonome allégée et échapperait à tout risque de requalification en garantie autonome.

177. Conclusion : le rejet de l'analyse de la délégation comme archétype des sûretés personnelles. Ces développements sur l'originalité de la délégation employée à des fins de garantie conduisent à rejeter l'opinion émise par un éminent auteur, qui fait de la délégation la matrice du droit des sûretés personnelles⁴²⁵.

D'après Monsieur LIBCHABER, la malléabilité du mécanisme de la délégation fait qu'elle pourrait accueillir en son sein l'ensemble des sûretés personnelles, au point d'en constituer

⁴²¹ J.-D. PELLIER, th. préc., n°95 ; L. AYNÈS, th. préc., n°58.

⁴²² J.-D. PELLIER, *ibid.*, n°98.

⁴²³ M. BOURASSIN et L. FROMENT, art. préc., n°17.

⁴²⁴ Un tel cautionnement à première demande (*Bürgschaft auf erstes Anfordern*), forme particulière de cautionnement solidaire dont l'essence demeure son caractère accessoire, est admis en Allemagne.

⁴²⁵ R. LIBCHABER, art. préc., n°12 et s. V. également : L. ANDREU, th. préc., n°26 et s. ; S. LAFONT, art. préc.

l'archétype. En effet, il a été observé que la garantie autonome constitue l'une des espèces de la délégation simple certaine, et plus précisément celle dans laquelle l'engagement que prend le délégué est un engagement de payer⁴²⁶.

Cependant, il n'est pas possible de considérer que la délégation embrasse l'ensemble des sûretés personnelles nommées. D'abord, il faut constater que la technique de la délégation engendre souvent des garanties, notamment lorsque le délégué est débiteur du délégant. Elle ne permet de constituer une sûreté personnelle que dans des cas rares en pratique. Ensuite, la délégation génère parfois des sûretés personnelles qui ne sont pas nommées par le Code civil, comme c'est le cas pour la délégation simple certaine dans laquelle le délégué s'engage à faire, à ne pas faire ou à donner. Enfin, sa technique ne permet pas d'embrasser toutes les sûretés personnelles nommées, car elle ne peut pas rendre compte de la lettre d'intention, qui est une sûreté indemnitaire reposant sur un mécanisme éminemment original par rapport à celui de la délégation, fondé sur la responsabilité contractuelle⁴²⁷

⁴²⁶ J.-D. PELLIER, th. préc., n°95.

⁴²⁷ J.-D. Pellier, *ibid*, n°99.

Bibliographie

I. Traités, manuels, ouvrages généraux et dictionnaires

- P. ANCEL et O. GOUT, *Droit des sûretés*, coll. Objectif droit – Cours, 8^e éd., LexisNexis, 2019
- L. AYNES, P. CROCQ et A. AYNES, *Droit des sûretés*, coll. Droit civil, 15^e éd., L.G.D.J, 2021
- M. BOURASSIN et V. BREMOND, *Droit des sûretés*, coll. Sirey Université, 7^e éd., Sirey, 2019
- M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC ET PH. PETEL, *Droit des sûretés*, coll. Manuel, 10^e éd., LexisNexis, 2015
- G. CORNU (dir.), Association Henri CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., PUF, Quadrige, 2020
- J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil – Les obligations, t. 3 : Le rapport d'obligation*, coll. Université, 9^e éd., Sirey, 2015
- J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, coll. Traité de droit civil, L.G.D.J, 2005
- M. JULIENNE, *Régime général des obligations*, 3^e éd., L.G.D.J, 2020
- D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, coll. Manuel – droit privé, 14^e éd. L.G.D.J, 2021
- J. FRANÇOIS, *Les obligations – Régime général*, t. 4, coll. Traité de droit civil, 5^e éd., Economica, 2020
- J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, t. 7, coll. Droit civil, Economica, 2004
- Ph. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, coll. Droit civil, 11^e éd., L.G.D.J, 2020
- S. PIEDELIEVRE, *Droit des sûretés*, coll. Cours magistrat, 3^e éd., Ellipses, 2022
- Y. PICOD, *Droit des sûretés*, coll. Thémis, 3^e éd., P.U.F., 2016
- M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, t. 7 : obligations – deuxième partie*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954
- PH. SIMLER ET PH. DELEBECQUE, *Les sûretés – La publicité foncière*, coll. Précis, 7^e éd., Dalloz, 2016

F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Droit civil – Les obligations*, coll. Précis, 12^e éd., Dalloz, 2018

Ph. THERY, *Sûretés et publicité foncière*, coll. Droit fondamental. Droit civil., P.U.F., 1988

II. Thèses, monographies et ouvrages spéciaux

P. ANCEL, *Les sûretés personnelles non-accessoires en droit français et en droit comparé*, th. dactyl., Dijon, 1982 (accessible en ligne).

P. ANCEL, *Cautionnement et autres garanties personnelles : état du droit français*, Rapport de recherche pour le compte du Ministère de la Justice, 1996, n°227.

L. ANDREU, *Du changement de débiteur*, th., R. MARTIN (préf.), coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, Dalloz, 2010

S. ATSARIAS, *La protection des garants des dettes d'entreprise*, th., Fr. MACORIG-VENIER (préf.), coll. Thèses - Bibliothèque du droit des entreprises en difficultés, L.G.D.J., 2018

L. AYNES, *L'autonomie de la cession de contrat en droit privé français*, th. dactyl., Ph. MALAURIE (dir), Assas, 1981

N. BARGUE, *Essai sur la notion de garantie*, th., P. JOURDAIN (dir.), Sorbonne, 2008

M. BILLIAU, *La délégation de créance – Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations*, th., J. GHESTIN (préf.), coll. Thèses – Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., 1989

N. BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles*, th. S. PORCHY-SIMON (préf.), coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2009

M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, th., M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BREMOND (préf.), coll. Thèses – Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J., 2006

H. CAPITANT, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, 3^e éd., Dalloz, 1927 (accessible en ligne)

P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, 2006 (accessible en ligne)

G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018

- P. CROCQ, *Propriété et garantie*, th., M. GOBERT (préf.), coll. Thèses – Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J, 1995
- O. DESHAYES, TH. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, 2^e éd., LexisNexis, 2018
- PH. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, th., M. GRIMALDI (préf.), coll. Thèses, Editions Panthéon-Assas, 2005
- C. FAVRE-ROCHEX, *Sûretés et Procédures collectives*, th., M. GRIMALDI (dir.), Assas, 2019 (accessible en ligne)
- J. FRANÇOIS, *Les opérations juridiques triangulaires attributives (Stipulation pour autrui et Délégation de créance)*, th. dactyl., Y. LEQUETTE (dir.), Assas, 1994
- E. GAUDEMET, *Étude sur le transport de dettes à titre particulier*, th. A. GHOZI (préf.), coll. Les introuvables, Editions Panthéon-Assas, 2014
- P. GIDE, *La novation et le transport des créances en droit romain*, th., L. Larose, 1879 (accessible en ligne)
- A. GOUEZEL, *La subsidiarité en droit privé*, th., P. CROCQ (préf.), coll. Recherches juridiques, Economica, 2013
- F. GUERCHOUN, *Pratique du cautionnement et autres sûretés personnelles*, coll. Encyclopédie Delmas pour la vie des affaires, Delmas, 2008
- F. HUBERT, *Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français*, th., Poitiers : Société française d'impression et de librairie, 1899
- CH. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, th., C. LARROUMET (préf.), coll. Doctorat & Notariat, Défrénois, 2009
- M. JULIENNE, *Le nantissement de créance*, th., L. AYNES (préf.), coll. Recherches juridiques, Economica, 2012
- Ch. LACHIEZE, *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes*, th., J. HAUSER (préf.), coll. Doctorat et notariat : Thèses, La Baule : imprimerie de la mouette, 2002
- C. LARROUMET, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, th. dactyl., Bordeaux, 1968

- D. LEGEAIS, *Les garanties conventionnelles sur créance*, th., Ph. REMY (préf.), Economica, 1986
- I. METIDJI, *La délégation imparfaite*, th., M. GRIMALDI (dir.), Assas, 2006
- C.-A. MICHEL, *La concurrence entre les sûretés*, th., P. DUPICHOT (préf.), coll. Thèses – Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J, 2018
- P. PARTYKA, *Approche épistémologique de la notion de qualification en droit privé français*, th., M.-L. MATHIEU (dir.), Atelier national de reproduction des thèses, 2004
- J.-D. PELLIER, *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation : contribution à l'étude du concept de coobligation*, th., PH. DELEBECQUE (dir.), coll. Thèses - Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J, 2012
- R. PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, th. dactyl., R. LE BALLE (dir.), Université de Paris, 1947
- J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet du Code civil*, M. MASSENET (préf.), coll. Voix de la Cité, Editions confluence, 2004
- M. RANOUIL, *Les recours entre coobligés*, th., P. JOURDAIN (dir.), coll. Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc, IRJS Editions, 2014
- P. D. SENE, *La notion de novation*, th., M. BILLIAU (dir.), Reims, 2006 (accessible en ligne)
- I. SERANDOUR, *La cause dans la délégation*, th., TH. REVET (préf.), coll. Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc, IRJS Editions, 2014
- PH. SIMLER, *Cautionnement : garanties autonomes, garanties indemnitaires*, coll. Traités, 5^e éd., LexisNexis, 2015
- F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th. dactyl., R. LE BALLE (dir.), Université de Paris, 1955

III. Encyclopédies

- M. BILLIAU, « La délégation », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, mai 2018
- P. CROCQ, « Droit des sûretés », *Recueil Dalloz*, juillet 2005 / septembre 2006
- M. MIGNOT, « Synthèse-Délégation », *JurisClasseur Notarial Formulaire*, fasc. 10, mai 2021

D. POROCCHIA, F. RIZZO et J.-D. PELLIER, « Les garanties intrinsèques au régime général des obligations », *JurisClasseur Banque – Crédit – Bourse*, fasc. 780, décembre 2019

IV. Articles et contributions

A.-S. BARTHEZ, « L’avenir des sûretés personnelles alternatives », *RDBF*, 2016, n°4

M. BLANCHET, « La délégation, pour le meilleur et pour le pire », *RDBF*, 2021, n°2

M. BOURASSIN et L. FROMENT, « Clair-obscur sur la novation et la délégation », *JCP N* 2015, n°47, p. 1250

P. CATALA, « La délégation dans l’avant-projet de réforme du droit des obligations », in *Études offertes au Doyen Philippe SIMLER*, LexisNexis, 2006

Ph. CHAUVIRE, « La délégation dans le projet d’ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal. éd. gén.*, 2015, p. 11

A. DANIS-FATOME, « La délégation de créance. Essai d’une typologie nouvelle », *D.* 2012, p. 2469

A. DANIS-FATOME, « La délégation (le régime de l’opposabilité des exceptions) (Projet, art. 1348, al. 2) », in M. LATINA et G. CHANTEPIE (dir.) *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2016

F. DEBOISSY, « Le dirigeant contraint d’emprunter pour le compte de sa société (ou les vertus fiscales de la délégation imparfaite) », *JCP E* 1996, I, 579

PH. DUPICHOT, « La réforme du cautionnement, entre rénovation et réanimation », *D.* 2022, p. 231

V. FORTI, « Délégation incertaine et aménagement conventionnel de l’opposabilité des exceptions (observations comparatives sous l’article 1336, alinéa 2, du Code civil) », *RDC*, 2019, p. 140

J. FRANÇOIS, « Les opérations sur la dette », in *dossier La réforme des contrats, quelles innovations ?*, *RDC*, 2016, n°112, p. 45

P.-Y. GAUTIER, « Éloge du syllogisme - Libres propos », *JCP G*, 2015, n°36

A. GHOZI, « La délégation de créance réformée », in *Les coutures du droit : Mélanges en l’honneur de Philippe THERY*, coll. *Mélanges*, L.G.D.J., 2022, p. 267

- C. GINESTET, « La qualification des sûretés », *Défrénois*, 1999, n°2, p. 80
- A. GIRARD-GRILLO, « le vénérable droit des obligations au service des professionnels : l'exemple de la délégation de créance », *Dr. et patrimoine*, 1999, n°71, p. 62
- D. HOUTCIEFF, « De la paralysie de la créance du délégant : petite métaphysique d'une pragmatique sanction », in *Liber Armoricum CHRISTIAN LARROUMET*, Economica, 2010, p. 227
- M.-L. IZORCHE, « Réflexions sur la distinction », in *Mélanges C. MOULY*, Litec, 1998, t. 1, p. 53
- A. JOINVILLE, « La délégation imparfaite et l'Administration fiscale », *JCP N*, 1994, n°37, p. 3082
- P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, LexisNexis, p. 303
- M. JULIENNE, « Le transport des créances et des dettes par novation et délégation », in L. ANDREU et V. FORTI (dir.) *Le nouveau régime général des obligations*, Dalloz, 2016, p. 109
- CH. LACHIEZE, « La délégation-sûreté », *D. 2006*, p. 324
- S. LAFONT, « Pour une nouvelle classification des sûretés personnelles », *RDLC* 2009, n°57
- M. LAROCHE, « Cautionnement et procédures collectives, une couture difficile à ajuster », in *Mélanges en l'honneur de Philippe THERY : Les coutures du droit*, L.G.D.J., 2022
- D. LEGEAIS, « Une symphonie inachevée », *RDBF*, 2005
- D. LEGEAIS, « De l'efficacité des garanties », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, L.G.D.J., 2015, p. 427
- D. LEGEAIS, « La règle de l'accessoire dans les sûretés personnelles », *Dr. et patrimoine*, 2001, n°92, p. 64
- R. NEMEDEU, « La délégation imparfaite dans son mécanisme de sûreté », *RLDC* 2005, n°18, p. 63.
- M.-L. NIBOYET, « Une illustration du concept de droit civil des affaires : La délégation du locataire, à titre de garantie », in *Dialogues avec Michel JEANTIN – Prospectives du droit économique*, Dalloz, 1999, p. 71
- J.-D. PELLIER, « La nature de la délégation imparfaite », *D. 2014*, p. 92
- J.-D. PELLIER, « La poursuite de la construction d'un régime de sûretés pour autrui », *D. 2014*, p. 1054

PH. PETEL, « Les sûretés personnelles dans le nouveau droit des entreprises en difficulté », *Cah. dr. entr.*, 2009, IV, n°20

PH. SIMLER, « La délégation du maître de l'ouvrage prévue par la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance », *RD. Imm.* 1996

PH. SIMLER, « Unité ou pluralité des sûretés personnelles », in Y. BLANDIN et V. MAZEAUD (dir.) *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, Dalloz, 2019, p. 87

PH. SIMLER, « L'énigmatique sort de l'obligation du délégué envers le délégant tant que l'opération de délégation n'est pas dénouée », in *Mélanges offerts à Jean-Luc AUBERT, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p. 295

Ph. SIMLER, « Les solutions de substitution au cautionnement », *JCP N*, 1990, n°42

Ph. THERY, « La différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sociétés », *Dr. et patrimoine*, 2001, n°92, p. 53

L. THIBIERGE, « Délégation : l'inopposabilité des exceptions en question(s) », *Dr. et patrimoine*, 2014, n°242

A.-M. TOLEDO, « Cautionnement et financement de projet », *Dr. et patrimoine*, 2003, n°117, p. 64.

M. VASSEUR, « Les garanties indirectes du banquier », *Rev. jurisp. Com. n° Spécial, L'évolution du droit des sûretés*, février 1982, p. 104

V. Notes de jurisprudence

L. ANDREU et M. JULIENNE, « La délégation incertaine renforcée », note. sous Cass. com., 11 avr. 2012, n°11-13.068, *LPA 2012*, n°193 p. 10

R. LIBCHABER, « Vaine recherche de sûretés personnelles nouvelles : l'insaisissable porte-fort de l'exécution », note sous Cass. com. 13 déc. 2005, n°03-19.217, *RJDA*, 2006, p. 787

J.-D. PELLIER, « La consécration de l'inopposabilité des exceptions en matière de délégation », note sous Cass. 3^{ème} civ., 7 juin 2018, n°17-15.981, *D. 2018*, p. 1624.

Table des matières

REMERCIEMENTS	- 7 -
SOMMAIRE	- 8 -
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISEES	- 9 -
INTRODUCTION.....	- 10 -
I. <i>L'évolution historique de la compréhension de la délégation</i>	<i>- 11 -</i>
II. <i>La difficile conceptualisation de la délégation.....</i>	<i>- 14 -</i>
III. <i>La mobilisation de la délégation dans le contexte de crise des sûretés personnelles</i>	<i>- 16 -</i>
PREMIERE PARTIE : LA CARACTERISATION DE L'EFFET DE GARANTIE PRODUIT PAR LA DELEGATION.....	- 21 -
TITRE 1 ^{ER} : L'IDENTIFICATION DE L'EFFET DE GARANTIE PRODUIT PAR LA DELEGATION	- 21 -
<i>Chapitre 1^{er} : L'effet de garantie subsidiaire produit par la délégation novatoire</i>	<i>- 21 -</i>
Section 1. L'effet novatoire produit à titre principal	- 22 -
Section 2. L'effet de garantie produit à titre subsidiaire.....	- 23 -
<i>Chapitre 2nd : L'effet de garantie significatif produit par la délégation simple</i>	<i>- 24 -</i>
Section 1. L'effet de garantie produit à titre accessoire.....	- 25 -
§1 La délégation incertaine greffée sur deux rapports fondamentaux	- 26 -
I. L'engagement nouveau du délégué calqué sur sa propre dette	- 26 -
II. L'engagement nouveau du délégué calqué sur la dette du délégant	- 27 -
§2 La délégation certaine greffée sur deux rapports fondamentaux	- 29 -
Section 2. L'effet de garantie recherché à titre exclusif	- 29 -
TITRE 2 ND : LA QUALIFICATION DE L'EFFET DE GARANTIE PRODUIT PAR LA DELEGATION.....	- 32 -
<i>Chapitre 1^{er} : L'opportunité de la distinction entre garantie et sûreté</i>	<i>- 32 -</i>
Section 1. Le contenu théorique de la distinction	- 32 -
§1 La définition doctrinale des termes de la distinction	- 34 -
I. L'adoption d'une définition conceptuelle de la notion de sûreté	- 34 -
II. L'adoption d'une définition fonctionnelle de la notion de garantie	- 35 -
§2 La recherche de critères de distinction	- 36 -
Section 2. L'impact pratique de la distinction sur le régime applicable	- 37 -

§1	L'assignation par les textes de régimes distincts	- 37 -
I.	La réunion accidentelle des catégories	- 37 -
II.	Le morcellement des textes au gré de la distinction	- 37 -
§2	La portée pratique des restrictions textuelles	- 39 -

Chapitre 2nd : L'analyse, au prisme de la distinction, de l'effet de garantie de la délégation .- 43

Section 1.	La délégation novatoire	- 43 -
Section 2.	La délégation simple	- 44 -
§1	La délégation simple greffée sur deux rapports fondamentaux	- 45 -
§2	La délégation simple greffée sur un rapport fondamental délégant-déléataire	- 47 -

SECONDE PARTIE : LA MOBILISATION DE LA DELEGATION A TITRE DE GARANTIE
 - 49 -

TITRE 1^{ER} : L'INTERET SUSCITE PAR LE REGIME DE LA DELEGATION DANS LA PERSPECTIVE DE SON UTILISATION A TITRE DE GARANTIE - 49 -

Chapitre 1^{er} : Un régime lacunaire - 49 -

Section 1.	Le régime civil de la délégation	- 49 -
§1	La formation de la délégation	- 49 -
§2	Les effets de la délégation	- 51 -
I.	Le régime des exceptions	- 51 -
II.	Le dénouement de la délégation	- 54 -
Section 2.	Le traitement de la délégation par le droit des procédures collectives	- 58 -
§1	L'impact de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre le délégant	- 59 -
I.	Le sort de la délégation conclue avant l'état de cessation des paiements du délégant	- 59 -
II.	Le sort de la délégation conclue en période suspecte par le délégant	- 60 -
§2	L'impact de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du délégué	- 62 -
I.	Le sort de la délégation conclue avant l'état de cessation des paiements du délégué	- 62 -
II.	Le sort de la délégation conclue en période suspecte par le délégué	- 63 -

Chapitre 2nd : L'adéquation du régime de la délégation à son utilisation à titre de garantie .- 64

Section 1. L'intérêt inégal des parties au recours à la délégation comme technique de garantie -
64 -

§1 L'opportunité manifeste de la garantie procurée au créancier - 65 -

§2 L'atteinte variable portée par la délégation aux intérêts du délégué - 66 -

I. La délégation greffée sur deux rapports fondamentaux - 66 -

II. La délégation greffée sur un rapport fondamental délégant-délégataire - 67 -

Section 2. L'adaptation du régime de la délégation à son utilisation à des fins de garantie - 69 -

§1 La modification conventionnelle du régime des exceptions - 69 -

§2 La modification conventionnelle de l'ordre des poursuites du délégataire - 73 -

TITRE 2ND : LA POSSIBILITE DE L'UTILISATION DE LA DELEGATION A DES FINS DE GARANTIE - 75 -

Chapitre 1^{er} : L'encadrement du pouvoir des volontés individuelles en matière de garanties - 75 -

Section 1. La possibilité théorique de la création de nouvelles garanties personnelles - 75 -

Section 2. L'encadrement pratique de la création de nouvelles garanties personnelles - 77 -

§1 La requalification des garanties alternatives artificielles - 77 -

§2 La force d'attraction exercée par les sûretés personnelles modèles - 79 -

Chapitre 2nd : L'originalité discutée de la délégation utilisée à des fins de garantie - 81 -

Section 1. L'originalité affirmée du régime de la délégation - 81 -

§1 La comparaison avec les institutions de droit des obligations à effet de garantie .. - 82 -

§2 La comparaison avec les sûretés personnelles nommées - 84 -

Section 2. L'originalité discutée de la technique de la délégation - 85 -

§1 L'originalité de la délégation simple avec contribution à la dette du délégué - 86 -

I. La délégation greffée sur deux rapports fondamentaux - 86 -

II. La délégation greffée sur un unique rapport fondamental - 87 -

§2 L'originalité de la délégation simple sans contribution à la dette du délégué - 88 -

I. La délégation simple incertaine - 88 -

II. La délégation simple certaine - 92 -

BIBLIOGRAPHIE - 96 -

I. Traités, manuels, ouvrages généraux et dictionnaires - 96 -

II. Thèses, monographies et ouvrages spéciaux - 97 -

III. Encyclopédies - 99 -

IV. Articles et contributions - 100 -

V. *Notes de jurisprudence* - 102 -

TABLE DES MATIERES - 103 -

