



IV - INTÉGRATION JURIDIQUE - DROIT INTERNATIONAL - DROIT COMPARÉ

IV.1. La mention manuscrite dans le cautionnement OHADA

Par



Yvette KALIEU

Chargée de cours

Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université de Dschang

Introduction

L'avènement de l'acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998, en ce qu'il uniformisait le droit applicable jusqu'alors dans les différents Etats membres et modernisait celui-ci¹ a été salué à juste titre par la doctrine. Les apports de ce nouveau « droit communautaire » n'ont pas manqué d'être relevés². En effet, le nouvel acte uniforme introduit quelques innovations en la matière. S'agissant des sûretés réelles, il y a la reconnaissance du droit de rétention comme une sûreté autonome ; il y a également la préemption de l'hypothèque dont on sait que l'absence avait donné lieu parfois à des contentieux naissant de la demande de levée de l'hypothèque³, l'institutionnalisation du registre du commerce et du crédit mobilier appelé à recevoir l'inscription des sûretés mobilières sans dépossession, pour ne signaler que ceux-là. Relativement aux sûretés personnelles, il y a surtout la consécration de la lettre de garantie⁴ comme une sûreté personnelle à côté du cautionnement. Pourtant, la reconnaissance de cette nouvelle sûreté ne saurait occulter les changements apportés au régime du cautionnement qui reste la sûreté de base.

Désormais, le cautionnement, que l'article 3 définit comme un contrat par lequel la caution s'engage, envers le créancier qui accepte, à exécuter l'obligation du débiteur si celui-ci n'y satisfait pas lui-même, est réputé solidaire à défaut de disposition contraire⁵ ; et surtout « (il) doit être constaté dans un acte comportant la signature des deux parties et la mention écrite de la main de la caution, de la somme maximale garantie ». Cette exigence qui ressort de l'article 4 peut paraître assez anodine et peu digne d'intérêt. Mais, pour qui connaît l'intérêt qui est aujourd'hui accordé, et ce depuis quelque temps, à la question de la mention manuscrite dans le cautionnement, cette disposition est « une petite révolution ». Cet intérêt sera désormais renouvelé pour la raison que l'exigence de la mention manuscrite apparaît ainsi expressément, pour la première fois semble-t-il, dans une réglementation relative au cautionnement.

Depuis quelques années, le contentieux sur la mention manuscrite dans le cautionnement est abondant⁶. Les divergences entre les différentes chambres de la Cour de cassation française, en particulier la chambre civile et la chambre commerciale ainsi que les revirements de jurisprudence, sont impressionnants⁷. Dès lors, que l'acte uniforme se soit intéressé à la question et lui ait consacré quelques dispositions expresses ne devrait pas laisser indifférent.



¹ Des seize pays membres de l'OHADA, seul le Sénégal avait procédé à un changement de la législation coloniale, alors que les autres pays restaient régis en la matière essentiellement par le Code civil de 1804.

² Voir entre autres : F. Anoukaha, *Le droit des sûretés dans l'acte uniforme OHADA*, PUA, 1998, 164 p. ; J. Issa Sayegh, "L'intégration juridique des Etats africains dans la zone franc" (IIème Partie), *Penant* 1997, n°824, p.125 et sv. not. p. 155 ; J. Lohoues-Oble, "L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique", *R.I.D.C.* n°3/ 1999, p. 553 et sv. not. p. 566.

³ J. Issa Sayegh, "L'intégration juridique...", op. cit. loc. cit.

⁴ Voir par ex. : Mba'Owono, "La lettre de garantie OHADA", *Penant*, 2001, p.56 et sv. Celle-ci reste encore régie dans d'autres systèmes comme le droit français par les dispositions générales du Code civil, en particulier l'article 1134.

⁵ Pour un auteur, les rédacteurs de l'acte n'auraient fait qu'entériner une pratique largement répandue en la matière (J. Issa Sayegh, "Actes Uniformes annotés", *Juriscopes*, 1999, p. 632).

⁶ Voir par ex. sur la question : M.N. Legrand, "Variations jurisprudentielles et législatives en matière d'engagement de la caution", *Rev. Jur. Com.* N°9/1990 ; C. Gavalda, "Des mentions manuscrites sur l'acte de caution", *Petites Affiches*, 6 mai 1991, n°54 ; M. Keita, "Nouvelles précisions sur la mention manuscrite des intérêts de la dette", *Petites Affiches*, 13 décembre 1999 ; N. Dutour et F. Vignal, "La mention manuscrite et l'acte authentique", *Defrénois*, 1998, art. 36740.

⁷ *Idem*.



La mention manuscrite joue un rôle central dans le cautionnement⁸. Elle ne concerne pas seulement la question de la formation et donc, de la preuve de ce contrat, elle concerne aussi sa mise en œuvre. Elle permet par ailleurs d'éclairer la distinction entre les cautions suivant qu'elles sont profanes, commerçantes ou « intéressées », de même que la distinction entre les différentes formes de cautionnements suivant qu'ils sont souscrits par acte authentique ou sous seing privé. Enfin, elle met en exergue la question de la cause dans le cautionnement.

Il paraît dès lors intéressant de s'interroger sur les apports réels de l'acte uniforme relativement à cette question de la mention manuscrite dans le cautionnement qui n'est pas elle-même sans incidence sur tout le régime du cautionnement. Ainsi, les apports de cette nouvelle législation peuvent être envisagés sous deux aspects d'égale importance que sont la mention manuscrite et la forme du cautionnement (I), la mention manuscrite et l'étendue du cautionnement (II).

I. La mention manuscrite et la forme du cautionnement.

Traditionnellement, la référence n'est faite à la mention manuscrite dans le cautionnement qu'en tant qu'elle constitue un moyen de preuve parmi d'autres de l'existence de cette convention. Mais depuis les années 1990, les données du problème ont changé en France où le droit positif a fait de la mention manuscrite plus qu'un moyen de preuve et parfois une condition de validité du cautionnement. Il n'est donc pas surprenant de poser le problème en terme d'influence de la mention manuscrite sur la forme du cautionnement. La mention manuscrite, lorsqu'elle est exigée, fait-elle du cautionnement un contrat formaliste et donc solennel, ou alors celui-ci demeure-t-il malgré tout un contrat consensuel ?

C'est ce débat que le droit uniforme OHADA vient relancer en ce qu'il exige expressément la mention manuscrite lorsqu'il est fait référence à la formation du cautionnement au point où celle-ci devient une exigence autonome de ce contrat (A). Pourtant, l'incertitude plane sur les conséquences de cette exigence qui semble d'ailleurs avoir été généralisée à toutes les formes de cautionnement (B).

A. L'exigence de la mention manuscrite dans l'acte de cautionnement.

L'article 1326 C. Civ. exige que le débiteur inscrive de sa main le montant en chiffres et en lettres de la

⁸ Ceci est propre au système juridique français car, même dans d'autres systèmes romano-germaniques comme en droit allemand, la question n'a pas la même importance. Voir en ce sens, F. Rainer, *Le rôle de la volonté et la protection de la caution en droit français et allemand*, Etudes A. Rieg, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 317 et sv. not. 323.

somme à laquelle il s'engage lorsque l'engagement est unilatéral. Cette disposition ressort elle-même d'un ensemble de dispositions relatives à la preuve des actes juridiques. Les auteurs se mettent d'accord pour dire qu'elle s'applique au cautionnement en ce que celui-ci constitue un engagement unilatéral, mais sans en faire une règle propre à ce contrat. Le nouveau droit des sûretés de l'OHADA, détache, quant à lui, l'exigence de la mention manuscrite des dispositions générales relatives à la preuve pour en faire une exigence autonome du droit du cautionnement qu'il faut présenter (1) avant d'en envisager la portée (2). Par ailleurs, pour renforcer l'importance de cette mention, la nouvelle législation prévoit des formalités de substitution lorsque la caution ne sait ni lire ni écrire (3).

1. La mention manuscrite, exigence autonome du cautionnement OHADA.

Après avoir prévu en son alinéa 1 que « Le cautionnement ne se présume pas, quelle que soit la nature de l'opération garantie. A peine de nullité, il doit être convenu de façon expresse entre la caution et le créancier », l'alinéa 2 de l'article 4 de l'acte uniforme ajoute : « (il) doit être constaté dans un acte comportant la signature des deux parties et la mention, écrite de la main de la caution, de la somme maximale garantie, en toutes lettres et en chiffres ». Ainsi, la mention manuscrite, qui relève en principe de la théorie générale de la preuve des engagements unilatéraux, devient une exigence autonome du contrat de cautionnement. Il s'agit d'une nouveauté en matière de cautionnement.

Malgré l'importance qui a été accordée à la mention manuscrite ces dernières années, et en dépit des controverses jurisprudentielles sur son rôle, il ne faisait pas de doute que l'article 1326 C. Civ. sur lequel elle était fondée était une règle générale de preuve qui recevait seulement une interprétation particulière en matière de cautionnement lorsqu'elle était combinée avec l'article 2015 C. Civ. qui prévoit que le cautionnement ne se présume pas et doit être exprès. En tant que règle de preuve des engagements unilatéraux, la mention manuscrite ne peut donc se substituer à elle seule aux autres modes de preuve que sont l'écrit, le commencement de preuve par écrit ou les présomptions⁹.

Le législateur communautaire ne s'en est pas tenu à ces principes généraux. Il a fait le choix de se référer directement dans l'acte uniforme à l'exigence de la mention manuscrite. On peut penser que le souci a été celui de mettre fin ou d'éviter les divergences d'interprétation que suscite depuis plusieurs années déjà la mention manuscrite dans le cautionnement¹⁰.

⁹ Tout au moins lorsque le cautionnement constitue un acte civil.
¹⁰ Voir supra, note n°5.



Cette raison n'est certainement pas la seule et d'autres aussi ont joué en faveur de ce choix. Mais il convient de s'interroger sur la portée de cette exigence.

2. La portée de l'exigence au regard de la nature du cautionnement.

La mention manuscrite semble faire, dans la nouvelle législation, double usage avec le caractère exprès de l'engagement exigé à peine de nullité et dans une certaine mesure avec la nécessité d'un écrit signé des deux parties, ce qui amène à se demander s'il s'agit d'une exigence de preuve ou de validité. Autrement dit, le cautionnement devient-il un contrat solennel ou reste-il consensuel ?

Le cautionnement ne se présume point, il doit être exprès. Tel est ce que prévoit l'article 4 al.1 de l'acte uniforme et l'article 2015 précité. Selon la doctrine, le caractère exprès « s'oppose simplement à ce que le cautionnement soit implicite. La caution ne doit pas s'engager sans l'avoir voulu »¹¹. Par ailleurs, il est admis que exprès ne signifie pas formel ou solennel, qu'il n'est pas exigé de formule spécifique. « Exprès s'oppose à tacite (il) signifie seulement que le consentement de la caution ne peut être déduit de son silence, ou d'une attitude passive ; il doit résulter d'actes positifs ce qui, pratiquement, implique la rédaction d'un écrit »¹². Dès lors, que l'acte uniforme impose le caractère exprès du cautionnement à peine de nullité n'a rien de bien surprenant. Plusieurs hypothèses sont possibles. Ou le caractère exprès du cautionnement est simplement exigé comme dans le Code civil, ce qui ne constitue qu'une règle d'interprétation qui interdit par exemple au juge de déduire l'existence du cautionnement de certains faits comme la seule présence de la caution auprès des parties, la déclaration d'une personne affirmant apporter sa garantie morale sans prendre d'engagement dans l'acte, le silence de la caution, etc. Dans ce cas, la sanction de la nullité n'ajoute rien. Ou alors le cautionnement peut être tacite, ce qui pourrait conduire à de nombreux excès. Ou encore le cautionnement doit être formel, auquel cas le caractère exprès doit être complété par l'indication de la forme requise.

La formule « A peine de nullité, il doit être convenu de façon expresse entre la caution et le créancier » est donc susceptible malgré son apparente précision de donner lieu à des difficultés d'interprétation quant à la nature du cautionnement, contrat consensuel ou solennel. Cela est d'autant plus vrai que toute la littérature sur la mention manuscrite découle du caractère exprès du cautionnement. Parce que c'est un

principe d'interprétation et parce que le cautionnement est un acte unilatéral, on a pensé que la preuve de son existence - et de son contenu dans une certaine mesure - devait être donnée à la lumière de la combinaison des deux textes que sont les articles 2015 et 1326 du Code civil.

La législation uniforme va encore beaucoup plus loin car elle exige, en plus du caractère exprès, que le cautionnement soit constaté dans un écrit signé des deux parties. « Le cautionnement doit être constaté dans un acte comportant la signature des deux parties ». Quelle est la valeur de cet écrit et celle des signatures surtout celle du créancier ? Dans le régime habituel, l'écrit n'est qu'un moyen de preuve parmi d'autres du cautionnement. Celui-ci peut être prouvé par d'autres moyens même si en pratique il est vrai, non seulement l'écrit est exigé au-dessus d'une certaine somme puisqu'il s'agit d'un acte juridique, mais aussi, le cautionnement se présente généralement sous la forme d'un écrit¹³ soumis à la signature de la caution. L'exigence de la signature des deux parties est aussi singulière car, par nature, le cautionnement est un contrat unilatéral et la signature exigée doit être celle de la caution précédée de la mention manuscrite car « cette formalité particulière répond (...) au souci de protéger le débiteur, non contre un engagement irréfléchi, mais contre la fraude du créancier : le contrat étant unilatéral, il n'existe qu'un seul exemplaire remis au créancier ; on pourrait craindre que celui-ci ne modifie le chiffre de l'obligation »¹⁴. L'exigence des deux signatures a-t-elle pour effet de changer le contrat unilatéral en engagement synallagmatique ? On en doute. Celui qui mérite protection et doit en principe signer, c'est le débiteur qu'est la caution.

En définitive, on se demande si l'exigence du caractère exprès sanctionnée du reste par la nullité n'est qu'une formule générale, auquel cas l'écrit n'en est qu'une application particulière non exigée à peine de nullité puisque, à défaut de cet écrit, il suffit de prouver le caractère exprès de l'engagement ou alors, le caractère exprès ne concerne que l'interprétation du contrat et l'écrit est une condition de forme essentielle et dans cette hypothèse, elle est exigée à peine de nullité par un raisonnement a fortiori. C'est, semble-t-il, l'interprétation adoptée par certains auteurs. Le doute subsiste d'autant que des formalités de substitution sont prévues pour pallier l'absence de mention manuscrite.

3. La place des formalités de substitution à l'absence de mention manuscrite.

Il aurait été vain d'accorder à la mention manuscrite un rôle important dans la formation du cautionnement

¹¹ D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, 2ème éd., LGDJ, 1999, n°156.

¹² P. Malaurie et L. Aynès, "Sûretés. Publicité foncière", *Cuissas*, 1998, n°203.

¹³ Imprimé, contrat-type.

¹⁴ P. Malaurie et L. Aynès, *préc.*, n°205, p.64.



sans tenir compte de ce que dans la pratique, beaucoup de cautions, parce qu'elles ne savent ni lire ni écrire, ne peuvent respecter cette formalité. Or, tel que cela ressort aussi bien de l'acte uniforme que du Code civil, seule la caution peut elle-même apposer la mention, et personne ne pourrait le faire à sa place. C'est dans cet esprit qu'une formalité de substitution a été imaginée pour s'assurer que la caution a pris conscience de la nature et de l'étendue de son engagement - car tel est en fait l'objectif de la mention manuscrite. A cet effet, il ressort de l'article 4 al.3 que « La caution qui ne sait ou ne peut écrire doit se faire assister de deux témoins qui certifient, dans l'acte de cautionnement son identité et sa présence et attestent, en outre, que la nature et les effets de l'acte lui ont été précisés. La présence des témoins certificateurs dispense la caution de l'accomplissement des formalités prévues par l'alinéa précédent ». Cette disposition justifie d'une certaine manière de l'importance de la mention manuscrite puisqu'il ressort du texte que la caution est dispensée, dans ce cas, des formalités exigées que sont l'apposition de la mention et la signature de l'acte.

On ne trouve pas de disposition semblable dans le Code civil, peut-être pour la simple raison que la mention manuscrite n'y est pas considérée comme un élément devant nécessairement figurer dans l'acte de cautionnement. Le législateur communautaire semble l'avoir emprunté aux législations nationales et en particulier au droit sénégalais¹⁵. Cette formalité et en particulier la présence des deux témoins est par ailleurs à rapprocher assez curieusement de l'article 2127 du Code civil¹⁶ qui exige pour la constitution de l'hypothèque, un acte authentique passé devant deux notaires ou un notaire et deux témoins¹⁷. L'hypothèse visée n'est pas seulement celle de la caution analphabète, mais aussi celle de la caution qui ne peut écrire par exemple par suite d'un état pathologique qui l'en empêche telle la personne atteinte d'une maladie grave. Si la logique veut que la caution « incapable » prenne elle-même l'initiative de trouver des certificateurs, ne peut-on pas imaginer que cette obligation puisse aussi incomber au créancier ? On peut aussi penser que lorsque l'acte est passé sous forme authentique, il reviendrait au notaire dans son rôle de conseil d'attirer l'attention du débiteur sur la nécessité de se faire assister et même de lui fournir si nécessaire des certificateurs.

Bien qu'il ait voulu innover dans le but de mettre fin au contentieux relatif à la mention manuscrite dans le cautionnement, en faisant de celle-ci une exigence

autonome, l'acte uniforme n'a pas clos le débat sur le contenu et le rôle de la mention manuscrite du fait peut-être qu'il a trop généralisé cette exigence.

B. Les conséquences de la généralisation de la mention manuscrite.

Que la mention manuscrite soit érigée en exigence autonome dans le contrat de cautionnement est une chose. Mais en faire une exigence applicable à tous les cautionnements, quelle que soit leur nature ou leur forme, est une autre chose que l'on ne peut admettre sans réserves. Cette généralisation pour laquelle l'acte uniforme a opté rend du même coup incertaine la portée réelle de la mention manuscrite. A défaut de précision contraire, il apparaît que la mention concernerait aussi bien les cautionnements souscrits par acte sous seing privé que les cautionnements authentiques (2), les cautionnements civils ou commerciaux (1).

1. L'exigence de la mention manuscrite indépendamment du caractère civil ou commercial du cautionnement.

Quels que soient les reproches encourus au sujet de l'interprétation et du sens à donner à l'article 2015 combiné ou non avec l'article 1326 du Code civil, l'unanimité se fait en général sur l'objectif visé qui est la protection des « cautions profanes », expression qui renvoie elle-même aux cautions civiles¹⁸. En effet, la gravité du cautionnement, engagement unilatéral, n'apparaît dans toute son intensité que lorsque la caution est une personne physique et son acte un acte civil, désintéressé. Ceci explique donc que, traditionnellement, l'exigence de la mention manuscrite, tout au moins dans sa portée et les mentions qui doivent y figurer, soit limitée à cette seule catégorie. Autrement dit, l'interprétation protectrice de l'article 2015 ne vaut que pour elle, et comme il s'agit d'une règle de preuve, celle-ci ne s'applique pas aux commerçants c'est-à-dire à ceux pour qui le cautionnement est un acte de commerce et qui ont la qualité de commerçant. Qu'il s'agisse du cautionnement bancaire, du cautionnement souscrit par une personne pour les besoins de son activité commerciale, c'est, du moins en droit français, l'article 109 du Code de commerce¹⁹ prévoyant la liberté de preuve en matière commerciale qui s'applique²⁰.



¹⁸ « Sensible à la nécessité de protéger les cautions profanes contre un engagement irréflecti, la première chambre civile de la Cour de cassation (...) a transformé le rôle de la mention manuscrite (...) : la mention est devenue le moyen de s'assurer que la caution, lorsqu'elle s'engage par un acte sous seing privé, a pris conscience de la nature et de l'étendue de son engagement », P. Malaurie et L. Aynès, op. cit., n° 205, p. 64. Voir aussi, D. Legeais, op. cit., n° 157 et sv.

¹⁹ Devenu l'article du nouveau code

²⁰ M. Cabrillac et C. Mouly, *Droit des sûretés*, 5ème éd., Litec, 1999, p. 91, n° 107-5.

¹⁵ J. Issa Sayegh, *Code annoté*, préc., p. 628.

¹⁶ Tel qu'il était applicable dans la plupart des Etats de l'OHADA avant l'avènement de l'acte uniforme.

¹⁷ Sur l'application concrète de cette disposition, voir notre thèse : *Les garanties conventionnelles du fournisseur de crédit en droit camerounais*, Montpellier I, 1995, p. 78.



Rien a priori ne permet de penser que cette limite du domaine de la mention ne soit pas également présente dans la réglementation du cautionnement OHADA. Puisque le cautionnement est un acte civil par essence, toute réglementation de cette sûreté est censée faite pour le cautionnement civil et ce n'est que par exception expressément prévue que cette réglementation serait applicable hors de son domaine. Cela aurait été vrai si l'acte uniforme OHADA relatif au droit des sûretés ne faisait pas lui-même partie d'un ensemble de dispositifs relatifs à l'harmonisation du droit des affaires. Ces objectifs affichés de l'OHADA ne font-ils pas perdre au cautionnement son caractère essentiellement civil ? Le problème n'est pas propre au cautionnement ni même au droit des sûretés, il touche en réalité au domaine même de l'harmonisation, au concept de droit des affaires utilisé par les rédacteurs du traité surtout que les nouvelles législations sont appelées à se substituer aux législations anciennes applicables dans les différents Etats membres.

Au-delà de ce problème de politique juridique, il y a aussi un problème de technique juridique, et on peut opter pour deux solutions différentes. Soit on considère que la mention manuscrite est désormais une exigence de forme sans tenir compte de sa finalité protectrice, auquel cas elle est nécessaire dans tout type de cautionnement. Soit on estime que la mention manuscrite garde une finalité, protectrice auquel cas, la règle n'est valable que pour les cautionnements civils donnés par les profanes. Les cautionnements commerciaux, à défaut de disposition leur étendant cette règle, seraient soumis à d'autres règles²¹. Mais cette interprétation ne semble pas pouvoir être soutenue, parce que ce qui est vrai pour la mention manuscrite ou pour la forme du cautionnement devrait l'être aussi pour d'autres dispositions comme par exemple l'étendue du cautionnement. Devra-t-on dire que l'article 9 qui impose désormais que le cautionnement général soit limité à un certain montant est applicable uniquement au cautionnement civil ? Il en est de même de la solidarité entre les cautions qui devient la règle dans le cautionnement.

Le danger d'imposer la mention manuscrite comme condition de validité des cautionnements commerciaux est certain car, en l'absence de cette mention, on pourra invalider des cautionnements alors que la caution a par ailleurs pleinement conscience de la nature et de l'étendue de son engagement. C'est le cas des cautions commerciales, c'est aussi le cas des cautions données par les dirigeants de société que la pratique dénomme cautionnements intéressés²². A leur égard, la jurisprudence et la doctrine n'ont pas donné une même

portée à la mention manuscrite et surtout à l'absence de cette mention, pourtant cette disposition s'applique au dirigeant de société qui cautionne les dettes de sa société. « D'une part, dès lors que le dirigeant n'est pas un commerçant, l'article 109 C.Com (...) doit être écarté au profit du droit commun de la preuve. D'autre part, le cautionnement étant un engagement unilatéral (...), la formule du « bon pour » devient obligatoire. L'article 1326 s'appliquera donc à la plupart des dirigeants de société »²³. Elle pourrait favoriser les cautions de mauvaise foi qui vont l'utiliser pour se soustraire à leurs engagements²⁴ en même temps qu'elle va « détourner les créanciers du cautionnement et favoriser le développement des garanties indépendantes »²⁵.

Si la généralisation de la règle est susceptible d'être discutée s'agissant du cautionnement commercial, par contre, elle l'est moins semble-t-il, s'agissant du cautionnement authentique.

2. Le rôle de la mention manuscrite dans le cautionnement authentique.

Le problème est celui de savoir si la mention manuscrite est nécessaire même pour le cautionnement passé par acte authentique. En effet, l'une des limites traditionnelles au domaine de la mention manuscrite tient à ce que l'on admet que celle-ci ne s'impose que si le cautionnement est souscrit par acte sous seing privé et que, s'il est fait par acte authentique, la présence du notaire est suffisante et rend inutile l'exigence²⁶. Il est vrai qu'il ne s'agit que d'une tendance doctrinale et jurisprudentielle qui n'a aucun fondement juridique. Il est vrai aussi que ce principe admet aujourd'hui une exception notable - bien que discutée - s'agissant des cautionnements souscrits en garantie du paiement des loyers en matière de baux d'habitation²⁷. Toutefois, l'interprétation traditionnelle ne vaut que tant que la



²³ T. Hassler, "Le dirigeant caution des dettes de sa société et l'article 1326 du Code civil", Petites Affiches, n°38 du 29 mars 1995.

²⁴ M. Behar-Touchais, "Cautionnement des dettes sociales par un dirigeant", RJDA 1/1991, p.10 : « C'est dire que, si cette jurisprudence protectrice se concevait pour les cautions candides, dont certains signent des actes de cautionnement sans se rendre compte qu'elles s'engagent vraiment à quelque chose, l'excès de protection des dirigeants sociaux prêtait le flanc à la critique ».

²⁵ D. Legeais, ouvrage préc., n°162.

²⁶ N. Dutour et F. Vignal, "La mention manuscrite et l'acte authentique", Defrénois, n°4, 28 février 1998, p.218-222 ; T. Tarrow, "Le contrat de cautionnement des obligations résultant du bail à usage d'habitation", Administrer, n°331, mars 2001, p.8 et sv. not. p.14 : « Nombreux sont les auteurs qui ont souligné que les mentions imposées par le législateur dans l'acte authentique sont en contradiction avec la définition même de l'authenticité, que l'acte authentique compte tenu de ses qualités intrinsèques et extrinsèques ne peut s'adapter aux mentions manuscrites imposées par le législateur ».

²⁷ N. Dutour et F. Vignal, préc. ; G. Rouzet, "La mention manuscrite : une monstruosité juridique", Droit et Patrimoine, juillet / août 1995, p.46 ; T. Tarrow, "Le contrat de cautionnement des obligations résultant du bail à usage d'habitation", Administrer, n°331, mars 2001, p.8.

²¹ Ex : liberté de preuve.

²² Sur la question, voir : B. Bouloc, "Le cautionnement du dirigeant de société", Rev. Jur. Com. 1992, n°4 ; M. Keita, "Le dirigeant-caution et la qualité de commerçant", Petites Affiches, n°102 du 24 mai 1999.



mention manuscrite n'est pas considérée comme une règle propre au cautionnement. Mais, à partir du moment où celle-ci devient une exigence autonome quelle que soit par ailleurs sa justification, peut-on encore conserver cette interprétation ? On peut en douter.

Aussi bien avant qu'après l'OHADA, la mention manuscrite dans le cautionnement n'est pas sans influence sur l'étendue des engagements qui naissent de ce contrat.

II. La mention manuscrite et l'étendue du cautionnement.

Qu'elle soit considérée comme une règle de preuve ou de forme, la mention manuscrite permet également de mesurer l'étendue de l'engagement de la caution²⁸. Telle qu'elle ressort de l'acte uniforme, la mention manuscrite n'a pas failli à ce principe. Ainsi, c'est d'elle que résultera en définitive l'indication en chiffres et en lettres de la somme maximale garantie. Bien qu'elles semblent plus précises que certaines dispositions habituelles, les nouvelles dispositions suscitent deux principales interrogations relatives à l'étendue du cautionnement. La première est celle de la compatibilité de la mention manuscrite avec l'existence des cautionnements illimités (A). La seconde concerne l'indication dans la mention manuscrite des intérêts et des accessoires de la dette (B).

A. La mention manuscrite et le cautionnement illimité.

Ce qui marque de prime abord la question du cautionnement illimité est que la terminologie est variable. On parle de cautionnement illimité, de cautionnement indéterminé ou même de cautionnement omnibus. Mais la question de fond reste la même, quelle que soit l'expression utilisée. Celle-ci est de savoir dans quelle mesure l'obligation ou la nécessité d'inscrire le montant de la dette garantie dans l'acte de cautionnement est compatible avec l'existence de cautionnements indéterminés ou illimités dans leur montant.

En même temps que l'on reconnaît son utilité, on admet que le cautionnement illimité en ce qu'il consiste pour la caution à garantir sans limitation de montant les dettes du débiteur à l'égard du créancier est un acte dangereux pour celle-ci. Cette gravité est encore plus à signaler lorsque le garant est une personne physique

et que les sommes qu'il garantit sont les dettes d'une certaine importance, comme par exemple le cautionnement du compte courant d'une entreprise. La solution adoptée par l'acte uniforme (2) semble être suffisamment démarquée de celles admises en droit comparé et plus précisément en droit français (1).

1. Les solutions admises en droit comparé.

Si un certain courant doctrinal avait semblé soutenir que la mention manuscrite n'est pas nécessaire lorsque la dette garantie est indéterminée²⁹, la tendance majoritaire était favorable à ce que, même dans ce cas, la mention manuscrite puisse être respectée. C'est dans ce sens que devait se prononcer dès 1970, la jurisprudence française³⁰ qui est demeurée constante sur la question. La solution actuellement admise est que, dans l'impossibilité de respecter à la lettre la formule de l'article 1326 C.Civ., la mention exigée ici est celle qui doit permettre que la personne qui s'engage prenne connaissance sous une forme quelconque « mais de façon explicite et non équivoque de la nature et surtout de l'étendue de l'engagement qu'elle prend ou contracte ».

Il est vrai que l'interdiction générale du cautionnement illimité des dettes illimitées est une mesure difficile à prendre. Seul un souci très accru de protection des cautions peut justifier une telle mesure. Le législateur français ne l'a imposé - de manière indirecte d'ailleurs - que pour certaines catégories de cautions, les cautions dites profanes et pour la garantie des seuls crédits aux consommateurs. Comme l'a dit un auteur, « c'est par le biais d'un formalisme protecteur de la caution que la validité du cautionnement se trouve subordonnée à sa limitation (...) ». C'est donc de manière insidieuse mais néanmoins certaine que le législateur prohibe le cautionnement illimité en montant... »³¹. L'article L. 313-7 du Code de la consommation qui concerne les cautions personnes physiques de certaines opérations de crédit limitativement définies va d'ailleurs suffisamment loin, puisqu'il exige non seulement que la limitation ressorte d'une mention manuscrite³² mais en plus impose les



²⁸ D. Com, *L'étendue du cautionnement*, PUAM, 1999, 148 p. ; P. Simler et P. Delebecque, *Droit civil. Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 3ème éd., 2000, n°107 : « Au-delà de son traditionnel rôle probatoire, la mention manuscrite prescrite par l'article 1326 est érigée en élément exclusif de mesure de l'étendue de l'engagement de la caution ».

²⁹ P. Simler et P. Delebecque, op. cit., n°102, note1.

³⁰ Civ.1, 3, mars 1970, D. 1970, p.403, note Etesse ; Bull. civ. I, n°80.

³¹ D. Com, ouvrage précité, n°36.

³² Sur la portée de cette mention comme condition ad validitatem du cautionnement, voir entre autres, R. Frank, *Rôle de la volonté et la protection de la caution en droit français et allemand*, Etudes A. Rieg, Bruylant Bruxelles, 2000, p.317 et sv.



termes mêmes de cette mention³³. Des dispositions semblables existent en matière de bail d'habitation³⁴.

Le législateur OHADA semble être allé à contre-courant de ces principes.

2. La position adoptée par la législation OHADA : l'article 9 de l'acte uniforme.

Le nouveau droit des sûretés aborde le problème d'une manière tout à fait originale qui ne fait apparaître la question de la mention manuscrite que de façon indirecte. En effet, il ressort de l'article 9 que le principe est désormais celui de l'interdiction du cautionnement indéterminé de dettes indéterminées du débiteur, et que la caution doit préciser, à peine de nullité, la somme maximale garantie. Sans que le texte ne le dise expressément, ce montant déterminé devra donc être soumis à la condition de la mention manuscrite de l'article 4. Mais la solution qui est nouvelle par sa généralité n'est pas aussi nette qu'on peut le penser, si l'on s'en tient aux termes mêmes de l'article 9 précité qui parle simplement de « somme maximale librement déterminée par les parties » sans préciser que la caution devra écrire cette somme dans les termes de la mention manuscrite de l'article 4.

On peut d'ailleurs s'interroger sur l'opportunité d'une interdiction générale des cautionnements illimités dans le cadre de l'OHADA. Il faut se rappeler en effet que, si le cautionnement reste normalement un acte civil et que sa réglementation d'ensemble s'inspire de cette idée, les actes uniformes OHADA, à la suite du Traité instituant cette organisation, visent l'harmonisation du droit des affaires. Or, sur ce point bien précis, l'acte uniforme sur les sûretés semble n'avoir pas pris l'exacte mesure de cet objectif. En effet, parce qu'elle est désormais l'unique réglementation, ce texte est appelé à régir toutes les formes de cautionnements civils ou commerciaux, onéreux ou à titre gratuit. S'il est vrai que le cautionnement illimité s'avère dangereux pour les cautions civiles profanes, il n'en est pas de même pour les cautions professionnelles qui ne consentent d'ailleurs leur garantie que contre rémunération. Ainsi, l'interdiction des cautionnements illimités qui apparaît des termes de l'article 9 semble excessive, dans le cadre d'une

« législation des affaires », surtout si elle est assortie de la sanction de nullité du cautionnement.

Heureusement, les rédacteurs de l'acte ont apporté quelques tempéraments à cette nouvelle règle en prévoyant la possibilité de renouvellement de la somme sans limitation dans le temps. Certes, ce renouvellement devrait être exprès et aucune clause l'interdisant ne devrait figurer au contrat, mais ces quelques modalités ne tempèrent que très peu cette solution qui apporte un contrepoids de taille au principe qui serait désormais que le cautionnement doit être limité.

B. La mention manuscrite et la question des intérêts et accessoires de la dette.

La question des intérêts et des accessoires dus par la caution entre nécessairement dans le champ de l'étendue de l'engagement du cautionnement, car la caution est tenue suivant les termes de son engagement de les payer ou non. Elle intéresse par ailleurs le problème de la mention manuscrite, puisque c'est très souvent parce qu'elle se sera engagée par une mention manuscrite à le faire que la caution devra assumer la charge des intérêts et des accessoires de la dette du débiteur³⁵.

Le problème se pose de savoir si la caution est tenue des accessoires de la dette lorsque la mention manuscrite n'indique que le montant du principal. Allant presque à l'encontre de la règle traditionnelle « *Accesorium sequitur principal* », la jurisprudence française et en particulier la chambre civile a développé la tendance suivant laquelle, quand bien même la référence serait faite dans le corps de l'acte aux accessoires de la dette, la caution n'y serait pas tenue lorsqu'elle n'a pas inscrit de sa main que son engagement couvrirait les intérêts et les accessoires³⁶. La règle posée par l'article 2016 C.Civ. dont il ressort que le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette a été ignorée aussi bien pour ces types de cautionnement que pour les cautionnements limités. La solution de la première chambre civile est néanmoins opposée à celle de la chambre commerciale qui a une conception plus réaliste des intérêts. Elle l'avait clairement affirmé notamment dans un arrêt du 16 mars 1999³⁷ dont elle a d'ailleurs repris récemment la solution³⁸.



³³ B. Pacaud et P.A. Girard, "96ème congrès des notaires, Le patrimoine au 20ème siècle. Solidarité familiale et solidarité juridique", J.C.P. Not. n°5, p.237 ; P. Hegner, *La caution personnelle : moyens de défense et de riposte*, Ed. REZELFED, 1997, 3ème éd., p. 315 et sv. Selon certains auteurs pourtant, l'exigence est en fait limitée aux cautionnements souscrits par acte sous seing privé parce que, s'agissant de ceux souscrits par acte authentique, la mention n'est pas exigée et, par conséquent, le cautionnement pourrait être souscrit pour un engagement illimité. En ce sens, D. Com, ouvrage précité, n°37; T. Tarroux, "Le contrat de cautionnement des obligations résultant d'un bail à usage d'habitation", Administrer, n°331, mars 2001, p.8.

³⁴ T. Tarroux, "Le contrat de cautionnement des obligations résultant d'un bail à usage d'habitation", précité.

³⁵ P. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, 2ème éd., PUF, 1998, n°32 ; D. Grimaud, *Le caractère accessoire du cautionnement*, PUAM, 2001, p.124 et sv.

³⁶ L'arrêt qui a inauguré cette tendance est Civ.1, 22 juin 1983, Bull. civ. I, n°182, Defrénois 1984, art.33251, p.367. V. aussi, P. Simler et P. Delebecque, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 3ème éd., Dalloz, 2000, n°104.

³⁷ Com. 16 mars 1999, J.C.P. 1999, éd. E, p.1057, note D. Legeais, Banque et Droit 1999, p.35, note F. Jacob ; M. Keita, "Nouvelles précisions sur la mention manuscrite des intérêts de la dette cautionnée", Petites Affiches, n°274 du 13 décembre 1999.

³⁸ Dans un arrêt du 03 avril 2002, D. 2002, n°19, AJ, 1547, Obs. V. Avena-Robardet.



Pour sa part, l'acte uniforme OHADA a résolu la question à l'article 8 qui dispose : « Le cautionnement d'une obligation peut s'étendre, outre le principal, et dans la limitation de la somme maximale garantie, aux accessoires de la dette et aux frais de recouvrement de la créance, y compris ceux postérieurs à la dénonciation qui est faite à la caution à la condition que cet engagement résulte d'une mention manuscrite de la caution conformément aux dispositions de l'article 4 ci-dessus ».

La remarque qui peut être faite à propos de cette disposition est que, contrairement à l'article 2016 précité, la référence n'est plus faite au cautionnement indéfini³⁹. Alors, de deux choses l'une : soit on considère que l'exigence est désormais la même, que le cautionnement soit défini ou indéfini, soit on considère à la suite de ce qui a été dit précédemment que l'acte uniforme ne consacrant plus que le cautionnement déterminé, il était inutile de faire référence au type de cautionnement. Ces exigences sont toutefois sans incidence sur le fait que la prise en charge des accessoires et frais doit résulter d'une mention

³⁹ Sur la distinction du sort des accessoires selon que le cautionnement est défini ou indéfini, voir D. Com, ouvrage précité, n° 22 et sv. ; n° 39 et sv.

manuscrite de la caution. Les difficultés ne sont pourtant pas entièrement résolues. Il faut par exemple envisager l'hypothèse où la mention manuscrite est insuffisante en ne faisant pas paraître la référence aux accessoires, alors que ceux-ci apparaissent clairement dans l'acte imprimé de cautionnement. A défaut de l'avoir expressément prévu, on peut penser que l'absence de référence ne rend pas nul le cautionnement et que l'acte peut alors valoir commencement de preuve par écrit.

En définitive, on peut dire que la nouvelle législation OHADA introduit des innovations en matière de mention manuscrite. Certains apports sont certains, d'autres le sont moins. Mais, il ne s'agit pour le moment que d'une lecture des textes. Or, si l'on se rappelle le rôle important joué ailleurs par la jurisprudence pour délimiter les contours et le régime du cautionnement, on peut espérer que les juges africains contribueront eux aussi à la mise sur pied du régime du cautionnement. Mais en attendant, c'est d'abord aux praticiens de se mettre à la page et d'exiger désormais que la caution, tout en prenant conscience de l'importance de son engagement, s'habitue à porter les mentions exigées si cela n'était pas déjà entré dans les mœurs. Espérons que, comme bien souvent, il est possible que la pratique ait précédé la loi.

IV.2. La dynamique de la sanction des gouvernants dans les pays du tiers-monde : des pas décisifs ou des pas de Sisyphe ?

Par

BELINGA Zacharie Gaudard

Enseignant F.S.J.P

Université de Ngaoundéré

Introduction

Il est généralement admis qu'aucune société humaine ne peut fonctionner ni subsister sans un minimum d'ordre, le « chaos est la loi de la nature, l'ordre est le rêve des hommes » précise Henri Adams¹. C'est alors des normes qui sont appelées à établir les droits et les devoirs des uns et des autres², la liberté des uns s'arrêtant là où commence celle des autres. C'est au pouvoir politique, cet ensemble de mécanismes de régulation des actions collectives de la société³, de faire ces normes et de veiller à leur application⁴. La question qui s'est toutefois souvent

posée est celle de savoir « qui fait les lois ? » Autrement dit pourquoi où plus précisément comment certains sont-ils appelés à exercer le pouvoir et d'autres à obéir ? Le débat est vieux ; depuis l'époque de la théorie dite théocratique de la souveraineté de Jacques Benigne Bossuet, Saint Thomas d'Aquin, Saint Paul en passant par les monarchomaques⁵ jusqu'à la conception de l'origine sociale du pouvoir⁶ tenue par l'Abbé de Sieyès, Jean Jacques Rousseau... L'avantage de cette théorie sociale du pouvoir se situe à un double niveau. Non seulement on croit ou on sait que le pouvoir ne vient pas de Dieu ; si tel était le cas, celui qui l'exerce serait également choisi par Dieu, à qui il rendrait

¹ Henri Adams cité par Grawitz (M) : *Méthodes des sciences sociales*, Paris. Dalloz, 7e édition, 1996. P.31

² Pensée bien connue.

³ Lapierre (JW) *Vivre sans Etat*. Paris collection Esprit. PP 280 et S.

⁴ Charles secondat Baron de la Brede et de Montesquieu est l'un des penseurs de la division du travail politique, voir infra.

⁵ Ces auteurs (Théodore de Beze, Thibault...) estiment qu'il faut confier le pouvoir à un monarque absolu, cependant éjectable s'il détourne ce privilège.

⁶ C'est la théorie dite démocratique de la souveraineté. V ROUSSEAU (J.J.) : *Du contrat social*, Paris. G.F. Flammarion, 1966, 3e livre, Chap XIV.