

L'étendue de l'obligation de la caution en droit OHADA

Par

Yvette Rachel KALIEU ELONGO

Agrégée des facultés de droit

Université de Dschang - Cameroun



Si à l'origine et par principe, le cautionnement est un acte gratuit, il est en même temps un acte grave pour au moins deux raisons. La première raison est que, en signant un acte de cautionnement, la caution engage en général tout son patrimoine présent et même futur¹. Il peut aussi engager le patrimoine de son conjoint lorsqu'il est dans un régime de communauté de biens. Il peut même engager ses héritiers puisque le cautionnement est transmis aux héritiers en cas de décès de la caution². La seconde raison est que, par sa nature, l'engagement de la caution est appelé à s'exécuter généralement dans le futur puisque ce n'est qu'en cas de défaillance du débiteur principal que la caution sera tenue de payer. Or, cette défaillance peut intervenir bien des années après la conclusion du contrat de cautionnement.

Ces « dangers » inhérents au cautionnement justifient les mesures prises par les législations contemporaines et même par la jurisprudence pour protéger la caution. Le droit français en particulier s'est en cela illustré par différentes constructions tendant à protéger la caution³, principalement la caution profane. Il en est ainsi de

¹ Sauf dans l'hypothèse d'un cautionnement réel.

² Il est vrai que seules les dettes déjà nées au moment du décès de la caution et qui constituent l'obligation de règlement sont transmises aux héritiers.

³ ANCEL (P.), *Droit des sûretés*, 5^e éd., Litec, Paris, 2008, p. 36, n° 68.

L'étendue de l'obligation de la caution en droit OHADA

Par

Yvette Rachel KALIEU ELONGO

Agrégée des facultés de droit

Université de Dschang - Cameroun



Si à l'origine et par principe, le cautionnement est un acte gratuit, il est en même temps un acte grave pour au moins deux raisons. La première raison est que, en signant un acte de cautionnement, la caution engage en général tout son patrimoine présent et même futur¹. Il peut aussi engager le patrimoine de son conjoint lorsqu'il est dans un régime de communauté de biens. Il peut même engager ses héritiers puisque le cautionnement est transmis aux héritiers en cas de décès de la caution². La seconde raison est que, par sa nature, l'engagement de la caution est appelé à s'exécuter généralement dans le futur puisque ce n'est qu'en cas de défaillance du débiteur principal que la caution sera tenue de payer. Or, cette défaillance peut intervenir bien des années après la conclusion du contrat de cautionnement.

Ces « dangers » inhérents au cautionnement justifient les mesures prises par les législations contemporaines et même par la jurisprudence pour protéger la caution. Le droit français en particulier s'est en cela illustré par différentes constructions tendant à protéger la caution³, principalement la caution profane. Il en est ainsi de

¹ Sauf dans l'hypothèse d'un cautionnement réel.

² Il est vrai que seules les dettes déjà nées au moment du décès de la caution et qui constituent l'obligation de règlement sont transmises aux héritiers.

³ ANCEL (P.), *Droit des sûretés*, 5^e éd., Litec, Paris, 2008, p. 36, n° 68.

l'interprétation de la mention manuscrite dans un but de protection de la caution, de l'instauration de la règle de la proportionnalité dans le cautionnement⁴, de la distinction faite entre caution profane et caution avertie, du développement contemporain de l'obligation d'information de la caution⁵ ou encore de l'élaboration des règles spécifiques pour le cautionnement donné par les personnes physiques⁶. Même s'il n'a pas repris toutes ces constructions, le souci de protection de la caution n'est pas absent dans les dispositions du droit uniforme des sûretés OHADA. La règle de la proportionnalité n'a pas été introduite dans le droit uniforme qui par contre a consacré l'obligation d'information de la caution⁷ et repris l'exigence de la mention manuscrite⁸.

Mais ces mesures de protection de la caution - qui ont été parfois jugées excessives⁹, s'avèrent quelquefois insuffisantes. L'on ne cesse en effet de relever les cas où la caution remet en cause pour diverses raisons l'engagement qu'elle a conclu¹⁰.

Dans tous les cas, quelque importantes qu'elles soient, ces mesures ne sauraient se substituer à une limitation de l'engagement de la caution tant dans sa durée que dans son étendue. Aussi, un ensemble de règles spécifiques contribuent à la délimitation de l'étendue de l'obligation souscrite par la caution. D'abord, il est admis que l'engagement de la caution ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur principal ni être contracté à des conditions plus onéreuses que l'obligation principale sous peine de réduction¹¹. Cette conséquence du caractère accessoire est

⁴ Le principe de proportionnalité est aujourd'hui expressément prévu par l'article L 341-4 du code français de la consommation.

⁵ Sur cet aspect particulier, lire ANCEL (P.), ouvrage précité, p. 53, n°s 119 et sv. En droit OHADA et ce depuis la réforme de 2010, en l'absence d'information de la caution, celle-ci n'est pas tenue des intérêts contractuels contrairement au droit antérieur où elle était libérée des intérêts conventionnels mais aussi des intérêts légaux.

⁶ On songe particulièrement ici aux modifications apportées au code français de la consommation par la Loi du 1^{er} août 2003.

⁷ Dont les modalités ont varié depuis la réforme de décembre 2010.

⁸ Voir *infra*.

⁹ Un auteur parle à ce propos « d'une sûreté fragilisée par la tendance à une protection excessive de la caution au détriment du créancier et surtout du propre crédit du débiteur ». (HOUTCIEFF (D.), « Les sûretés personnelles », in Commentaires de l'Ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, JCP éd. G., supplément au n°20, 7 mai 2006, p. 3.

¹⁰ En effet et comme l'affirme si bien un auteur : « Beaucoup de cautions supportent difficilement, lorsqu'elles sont assignées, l'idée d'avoir à payer une dette qui n'est pas la leur, d'autant plus qu'elles ne se sont pas toujours rendues compte, au moment de leur engagement de la portée exacte de celui-ci [...] » (ANCEL (P.), « Droit des sûretés », précité, p. 36. Dans le même sens, FRANK (R.) affirme que : « Le cautionnement a parfois généré des situations d'une particulière gravité pour les cautions qui ne s'étaient pas suffisamment rendues compte des suites juridiques de leur engagement » (FRANK (R.), « Le rôle de la volonté et la protection de la caution en droit français et allemand », Études RIEG (A.), Bruylant Bruxelles, 2000, p. 317 et sv. spéc. p. 318.

¹¹ Article 2290 al. 1 nouveau C. civ. français ; article 17 al. 3 nouveau AUS.

ensuite renforcée par l'interdiction qui est faite au débiteur d'aggraver l'engagement de la caution par une convention postérieure au cautionnement¹². À cette règle, s'ajoute une troisième. Le cautionnement peut être contracté pour une partie seulement de la dette et sous des conditions moins onéreuses¹³.

Mais, il ne s'agit que de règles générales qui encadrent l'obligation de la caution. La question de l'étendue de l'obligation de la caution va bien au-delà et impose à la caution de déterminer au moment de la conclusion du contrat, au moment où elle s'engage, l'étendue de son engagement¹⁴. Le cautionnement dont l'étendue n'est pas déterminée n'est pas pour autant nul¹⁵. La loi attache une conséquence particulière à l'indétermination du montant de l'engagement de la caution en le limitant dans ce cas, à ce qui est dû par le débiteur principal.

S'il est important pour la caution de connaître ce à quoi elle s'engage - ce qui va presque de soi - il est nécessaire, pour les tiers également, de connaître l'étendue de l'engagement de la caution. Ainsi en est-il du créancier qui doit être en mesure de déterminer l'étendue des garanties consenties et qui peut, dans certains cas, exiger des garanties supplémentaires s'il estime l'engagement de la caution insuffisant pour couvrir les risques du crédit. Ainsi en est-il aussi des autres cautions, c'est-à-dire les cofidéjusseurs qui ont intérêt à connaître l'étendue de l'engagement des autres.

Sans être tout à fait une préoccupation nouvelle, que ce soit en droit OHADA ou dans d'autres législations, la question de l'étendue du cautionnement, autrement dit, celle de l'étendue de l'obligation de la caution n'en est pas moins importante. Il n'est pas sans intérêt de scruter les solutions du droit positif de l'OHADA pour mieux les comprendre et en déceler éventuellement les particularités, les spécificités par rapport aux règles de droit commun principalement celles du droit français. En effet, le droit OHADA s'est résolument engagé vers une uniformisation du régime du cautionnement dont certains aspects se révèlent, s'affirment au travers des règles relatives à l'étendue de l'obligation de la du cautionnement. On constate alors qu'il y a un encadrement rigoureux de l'étendue de l'obligation de la caution à travers la généralisation du cautionnement déterminé (I). Dans le même temps, une plus grande flexibilité est introduite dans la preuve de l'étendue de l'obligation de la caution (II).

¹² L'article 17 alinéa 4 AUS dispose à cet effet que : « *Le débiteur principal ne peut aggraver l'engagement de la caution par une convention postérieure au cautionnement* ».

¹³ Article 18 nouveau de l'AUS.

¹⁴ Il est vrai que ce que la caution sera tenue finalement de payer peut être différent de ce qu'elle s'est engagée à payer. Cela s'explique par l'influence de différents éléments tels que la survenance des faits qui réduisent l'obligation du débiteur principal ou l'éteignent, l'influence du caractère solidaire ou non du cautionnement, l'existence ou non d'une pluralité de cautions, etc.

¹⁵ Voir supra. Lire également les dispositions du code civil français (article 2290) et de l'AUS.

I. L'encadrement de l'étendue de l'obligation par la généralisation du cautionnement déterminé

Construite de longue date, la distinction entre le cautionnement déterminé et le cautionnement indéterminé est une distinction importante dont il convient d'abord de rappeler la portée traditionnelle (A). Il s'agira ensuite d'apprécier le choix fait par le législateur OHADA de remettre en cause cette distinction en optant pour la généralisation du cautionnement déterminé (B).

A. La portée traditionnelle de la distinction entre le cautionnement déterminé et le cautionnement indéterminé

Parmi les classifications possibles du cautionnement, il y a celle qui prend en compte l'étendue de l'engagement de la caution. Il n'est donc pas surprenant que la distinction entre le cautionnement dit déterminé et le cautionnement dit indéterminé se soit progressivement imposée dans l'étude du cautionnement. On y recourt très souvent lorsqu'il s'agit de préciser la mesure de l'obligation de la caution par rapport à celle du débiteur principal¹⁶.

Cette distinction signifie, en simplifiant¹⁷, que l'engagement que prend la caution de payer la dette du débiteur principal en cas de défaillance de ce dernier peut être limité ou illimité dans son montant - et parfois dans sa durée¹⁸ - par rapport à cette dette principale. Parce que le cautionnement a un caractère accessoire, le montant garanti par la caution s'il ne peut jamais être supérieur à la dette garantie peut être soit le montant même de la dette, soit un montant inférieur. La liberté contractuelle permet à la caution de moduler son engagement.

Le cautionnement déterminé ou limité¹⁹ est envisageable dans deux hypothèses différentes. La première hypothèse correspond au cas où la somme cautionnée est limitée dans son montant. Dans ce cas, l'engagement de la caution qui est nécessairement limitée le sera de deux façons : soit parce que la caution s'engage à payer la totalité de la dette du débiteur principal qui est connue d'avance, soit parce que la caution a limité son engagement à un certain montant par rapport à cette dette. Autrement dit, « la caution n'entend garantir qu'une fraction de

¹⁶ Les cautionnements illimités se seraient développés avec le cautionnement professionnel et les cautionnements intéressés alors que le cautionnement limité reste attaché au caractère gratuit et amical du cautionnement.

¹⁷ Bien que d'apparence simple, elle comporte des subtilités. Voir not. sur cet aspect, ANCEL (P.), *ouvrage précité*, p. 71.

¹⁸ Les questions liées à l'étendue du cautionnement par rapport à sa durée ne seront pas abordées dans le cadre de cette contribution.

¹⁹ Il est volontiers présenté par certains auteurs comme la forme traditionnelle de cautionnement, celle qui a été, à l'origine, régie par le Code civil. En ce sens, ANCEL (P.), *Droit des sûretés*, *précité*, p. 34.

la dette »²⁰. Il peut arriver aussi que la limitation concerne uniquement les modalités de l'engagement de la caution qui sont différentes de celles du débiteur principal²¹. La seconde hypothèse correspond au cas où la dette principale étant indéterminée, la caution choisit de limiter définitivement son engagement c'est-à-dire décide de ne payer qu'une partie de la dette principale qui sera éventuellement due. Sa garantie est limitée à une certaine somme par rapport à un montant qui lui est indéterminé au jour de l'engagement. Parce que le cautionnement est limité, la caution ne paiera qu'une partie de la dette née ou à naître. Cela s'explique dès lors que le cautionnement n'est qu'un engagement accessoire. Rien n'impose en effet « une identité entre l'obligation principale du débiteur et l'obligation accessoire de la caution »²². L'acte de cautionnement devra alors indiquer la somme garantie qui est généralement une somme maximale.

Par contre, le cautionnement indéterminé ou illimité n'est envisageable que dans l'hypothèse d'une dette principale indéterminée et lorsque la caution n'a pas limité son engagement. Il arrive très souvent que la dette principale soit indéterminée et même indéterminable. C'est le cas des dettes futures dont le principe du cautionnement est désormais admis en droit OHADA²³. Cette hypothèse correspond aussi à ce que l'Acte uniforme qualifie de « cautionnement général des dettes du débiteur principal » autrement appelé en doctrine cautionnement « omnibus »²⁴. Sont ainsi qualifiés le cautionnement donné pour le solde débiteur du compte courant d'une entreprise ou le cautionnement de toutes les dettes du débiteur à l'égard d'un créancier donné tel que le cautionnement des dettes qui seraient dues par tel locataire à son bailleur ou par telle société à l'égard de telle banque.

Lorsque le cautionnement est illimité, la caution devra payer exactement ce qui est dû par le débiteur principal défaillant. C'est du moins, la solution de principe, la solution traditionnelle. C'est précisément dans ce cas que le cautionnement doit être qualifié de cautionnement indéterminé ou illimité. S'il présente des avantages en terme notamment de souplesse de la garantie, les dangers de ce type de cautionnement sont connus.

Telle que présentée, la distinction entre le cautionnement déterminé et le cautionnement indéterminé paraît irréductible. Tel le roseau, elle pourrait plier de

²⁰ Selon la formule utilisée par COM (D.) in *L'étendue du cautionnement*, PUAM, 1999, p. 33.

²¹ Il peut arriver aussi que la limitation concerne uniquement les modalités de l'engagement de la caution qui s'engage selon des modalités différentes de celles du débiteur principal. Il ne s'agit cependant pas d'une limitation de l'étendue du cautionnement *stricto sensu*. Sur ces modalités du cautionnement, lire par exemple COM (D.), *L'étendue du cautionnement*, *op. cit.*, p. 32 et sv.

²² COM (D.), *L'étendue du cautionnement*, *op. cit.*, p. 32.

²³ Voir à cet effet l'article 13 AUS.

²⁴ Cette forme de cautionnement serait, selon un auteur, ignorée du code civil (en ce sens, ANCEL (P.), *précité.*, p. 34).

temps en temps, mais sans jamais rompre. Pourtant, par touches successives, la distinction a été remise en cause au cours des dernières années. De dérogation en dérogation, le législateur - français en l'occurrence²⁵ a réduit progressivement la liberté de la caution de consentir des cautionnements indéterminés²⁶. La raison doit être trouvée dans les dangers propres à ce type de cautionnements surtout lorsqu'ils sont consentis par les cautions profanes. Le principe demeure cependant que le cautionnement peut toujours être consenti pour un montant indéterminé - et même pour une durée indéterminée.

Cette évolution vers le cantonnement des cautionnements illimités a certainement inspiré le législateur OHADA qui est allé plus loin dans la restriction de leur domaine en généralisant tout simplement le cautionnement déterminé.

B. La généralisation du cautionnement déterminé en droit OHADA

Le législateur OHADA a fait preuve d'assez d'audace en généralisant le cautionnement déterminé compte non tenu de la qualité de la caution. Le cautionnement, tel que régi par l'AUS, ne peut désormais être souscrit que pour un montant déterminé au moment de la conclusion du contrat. Sans être expressément formulée, cette exigence ressort des dispositions du texte consacrées au cautionnement. La solution participe aussi pleinement de l'uniformisation du régime du cautionnement entreprise en droit OHADA²⁷, c'est-à-dire de la volonté affirmée des rédacteurs d'élaborer un régime spécifique du cautionnement qui fait fi des clivages traditionnels entre les règles du droit civil et du droit commercial.

Tout en maintenant donc le cautionnement limité lorsque la dette principale est déterminée, le législateur a imposé cette forme de cautionnement lorsque la dette principale est illimitée.

En effet, le droit uniforme, sans nier l'existence des cautionnements illimités, leur apporte des restrictions importantes. L'article 19 AUS²⁸ a prévu des

²⁵ Conforté en cela par certaines solutions jurisprudentielles et positions doctrinales.

²⁶ Cette limitation participe surtout d'un souci de protection des cautions profanes.

²⁷ L'une des particularités du cautionnement OHADA est l'uniformisation du régime de cette sûreté marquée par l'absence de distinction faite entre le cautionnement donné par les personnes physiques et les personnes morales commerçantes ou les personnes physiques intéressées, autrement dit entre le cautionnement civil et le cautionnement commercial. Sur cette uniformisation, on pourra utilement lire, POUGOUE (P.-G.) et KALIEU ELONGO (Y. R.), *Introduction critique à l'OHADA*, PUA, 2008, n°109 et sv. ; NGNINTEDEM (J.C.), Les mutations du cautionnement en droit OHADA du droit civil au droit des affaires, *RDAI/IBLJ* n°6, 2012, p. 679 et sv. not. p. 682. Selon cet auteur, « sans véritablement remettre en cause la distinction droit civil/droit commercial, le législateur OHADA a entrepris de supprimer le traitement qu'impliquait la qualité de commerçant et de non commerçant ».

²⁸ Qui reprend en cela les dispositions de l'ancien article 9 AUS qui elles-mêmes s'inspiraient des règles du droit commun.

restrictions à la conclusion de tels engagements²⁹. D'abord, il est prévu que ce cautionnement ne s'entend, sauf clause contraire, que de la garantie des dettes contractuelles directes. Ainsi, la caution ne serait pas tenue par exemple des dommages-intérêts de nature délictuelle ou de l'indemnité d'occupation due par le locataire après la résiliation du bail. Ensuite, ce type de cautionnement ne couvre pas, sauf clause contraire, les dettes du débiteur principal antérieures à la signature de l'acte. C'est dire que le cautionnement général ne garantit que les dettes postérieures à la conclusion du contrat, ce qui, dans le cas par exemple de la garantie d'un compte courant dont le principe est l'indivisibilité, impose de déterminer le solde provisoire antérieur à l'engagement de la caution. Si ces deux limites ne sont pas à proprement parler des mesures nouvelles en ce qu'elles reprennent en les systématisant des solutions construites depuis plusieurs années déjà par la jurisprudence, il n'en est pas de même pour la dernière. L'article 19 précité prévoit surtout que l'engagement doit être conclu sous peine de nullité pour une somme maximale librement déterminée³⁰. C'est ici qu'apparaît nettement cette option du droit OHADA pour la généralisation du caractère déterminé du cautionnement. L'étendue du cautionnement devra donc être nécessairement déterminée dans l'acte de cautionnement au moment de la conclusion du contrat. Il faudra toujours qu'un montant maximum soit fixé.

Pour autant, cette généralisation du caractère déterminé du cautionnement est loin d'être absolue et mérite d'être relativisée. L'article 19 précité prévoit en effet que le montant garanti peut être renouvelé dès qu'il est atteint. L'obligation de préciser dans l'acte de cautionnement le montant maximum garanti n'interdit pas, en pratique, que l'engagement de la caution soit indéterminé parce qu'il pourra le renouveler. Ce renouvellement peut être fait autant de fois que cela est nécessaire, mais il doit être exprès. Il ne saurait donc y avoir de reconduction tacite et toute clause contraire est réputée non écrite. On n'est pas loin d'un cautionnement « *revolving* » et il est tentant d'en déduire que le législateur a surtout généralisé les modalités de constitution du cautionnement indéterminé sans remettre véritablement en cause le principe de ce cautionnement.

Toutefois, cette forme de cautionnement est essentiellement révocable même si le montant garanti n'est pas atteint. La caution reste donc maître de son engagement et peut décider à tout moment de le continuer ou d'y mettre fin. Cette

²⁹ Sur ces restrictions, voir également MARTOR (B.), « Comparaison de deux sûretés personnelles : le cautionnement et la lettre de garantie », in JCP éd. Entreprise et affaires, n° 44 du 28 octobre 2004, suppl., n°5 L'OHADA Dix années d'unification du droit des affaires en Afrique, p. 21 et sv., MINKOA SHE (A.), *Droit des sûretés et des garanties du crédit dans l'espace OHADA*, t.1, Les garanties personnelles, éd. Dianoïa, Paris, 2010, p. 94 et sv.

³⁰ Cette sanction de la nullité doit être rapprochée de celle prévue en droit français en cas de non respect du caractère déterminé des cautionnements souscrits par les personnes physiques en faveur des professionnels lorsqu'ils sont passés par acte sous seing privé.

révocabilité peut surprendre s'agissant d'un engagement dont le montant est déterminé. Elle induit que le cautionnement dont le montant est déterminé n'est pas nécessairement un cautionnement limité dans le temps et qu'il pourrait être conclu pour une durée indéterminée. Les dettes garanties pouvant « *tarder à naître* », la caution dispose de la possibilité de mettre fin à son engagement lorsqu'elle le souhaite.

En généralisant l'exigence du cautionnement déterminé, le droit OHADA se démarque du droit français. En effet, bien que son domaine se soit progressivement restreint³¹, le principe du cautionnement indéterminé ou illimité y reste maintenu³². Lorsque ce type de cautionnement est admis, l'exigence de la mention manuscrite doit être néanmoins respectée. Mais il ne pourrait s'agir, comme l'a bien qualifié un auteur que d'une « *mention de substitution* »³³ dont le but est de montrer « *de manière explicite et non équivoque* » que la caution a clairement conscience de la nature et de l'étendue de son engagement.

Il convient pourtant de relativiser l'ampleur du changement intervenu en droit OHADA par rapport aux règles en vigueur en droit français. À bien observer, on retrouve dans les dispositions de l'Acte uniforme des emprunts faits au droit positif français et particulièrement aux règles spéciales applicables au cautionnement donné par les personnes physiques.

La généralisation du cautionnement déterminé une fois admise et avec les réserves qui viennent d'être formulées, on peut néanmoins s'interroger sur l'intérêt d'une telle solution et particulièrement sur l'opportunité de son extension à toutes les cautions surtout les cautions professionnelles tels que les établissements de crédit. Le législateur OHADA semble avoir raisonné en prenant en compte uniquement la caution personne physique et sans tenir compte des autres cautions qui peuvent être des personnes morales ayant pour certaines la fourniture de caution comme activité³⁴. Si l'on se situe par ailleurs du côté du débiteur, une autre préoccupation apparaît. Le renouvellement ne risque-t-il pas d'être source de frais

³¹ Les réformes récentes ont progressivement imposé surtout lorsque le cautionnement est consenti par une personne physique en faveur d'un créancier professionnel, que le cautionnement souscrit le soit pour un montant déterminé, la sanction en cas de non respect étant la nullité de l'engagement pris (article. En ce sens : « ANCEL (P.), précité, p. 41, n°82.

³² PIETTE (G.), *Droit des sûretés*, 5ème éd. Gualino, 2011, p. 46 et sv. selon qui « *les cautionnements indéfinis sont expressément autorisés par l'article 2293 C.Civ. Cependant, leur domaine est limité aux cautionnements souscrits par acte authentique, à ceux conclus envers des créanciers non professionnels ou encore à ceux conclus par des personnes morales* ».

³³ ANCEL (P.), précité, p. 45, n° 94. Voir également SIMLER (Ph.), *Cautionnement et garanties autonomes*, 3^e éd., Litec, Paris, 2000, n°391 selon qui cette mention se justifie par l'impossibilité d'appliquer littéralement la mention manuscrite telle que prévue à l'article 1326 C. civ.

³⁴ Or, il est évident de plus en plus que si le cautionnement non professionnel (amical et familial) n'a pas perdu de sa place, le cautionnement professionnel - même dans le cadre des pays de l'OHADA - s'est progressivement développé et constitue une activité habituelle des banques.

supplémentaires ? D'autres interrogations surgissent aussi comme celle des effets du non-renouvellement. La sanction est-elle la résiliation automatique ou peut-on envisager une autre sanction ?

Quoi qu'il en soit des difficultés et des limites que peut susciter la généralisation du cautionnement déterminé, le droit OHADA a le mérite d'une uniformisation du régime du cautionnement que l'on ne retrouve pas encore dans d'autres législations où de nombreux régimes spécifiques continuent à côtoyer le régime de droit commun.

À la rigueur dans l'encadrement de l'étendue du cautionnement s'oppose la flexibilité admise relativement aux règles de preuve de l'étendue du cautionnement.

II. La flexibilité du régime de preuve de l'étendue de l'obligation de la caution

Le contentieux du cautionnement est l'un des plus importants que génère la mise en œuvre des sûretés personnelles. Ce contentieux se cristallise souvent autour de la question de la preuve du cautionnement et tout particulièrement de la preuve de son étendue³⁵. Or, la preuve du cautionnement fait bien souvent appel à la mention manuscrite. Règle de preuve des engagements unilatéraux tel que le prévoit l'article 1326 CCiv.³⁶, la mention manuscrite a connu un destin « *tout particulier* » en matière de cautionnement depuis quelques années. L'interprétation particulière qui en a été faite par la jurisprudence française a été reprise dans la réglementation du cautionnement organisée par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés³⁷. Il est vrai que, contrairement au droit français où cette interprétation particulière tend spécialement à assurer la protection des cautions profanes³⁸, en droit OHADA, les mesures de protection mises en place ne semblent pas avoir été limitées à une catégorie précise de cautions. Elles se trouvent désormais dégagées autant des règles du droit commun de la preuve des actes civils que du régime de liberté de preuve de droit commercial.

³⁵ Ceci ne signifie nullement qu'il n'y a pas parfois nécessité de prouver la nature ou les caractères du cautionnement. Voir en ce sens : MINKOA SHE (A.), *Droit des sûretés et des garanties du crédit dans l'espace OHADA*, t.1, Les garanties personnelles, éd. Dianôia, Paris, 2010, p. 94 et sv.

³⁶ Tel qu'applicable au Cameroun.

³⁷ Sur la mention manuscrite en droit OHADA, lire : KALIEU (Y.), « La mention manuscrite dans le cautionnement OHADA », www.ohada.com, ohadata D-03-02 ; *Juridis Périodique*, juil.-août-sept. 2003, p. 109 et sv. ; KALIEU ELONGO (Y.), « Cautionnement », in *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, P. et sv.

³⁸ Certes, le cautionnement, sûreté personnelle est un contrat régi par les règles de droit civil ; mais il est apparu ces dernières années que le contrat était davantage souscrit dans le cadre de relations commerciales, ce qui a abouti à la difficile et délicate distinction entre le régime des cautionnements dits civils ou profanes et celui des cautionnements dits commerciaux. Cette distinction n'a pas perdu de sa vigueur avec la réforme du droit des sûretés intervenue en France en mars 2006.

En faisant désormais de la mention manuscrite un élément de preuve de l'étendue du cautionnement (A), l'Acte uniforme suscite une interrogation, celle de savoir comment assurer la preuve du cautionnement en cas d'absence ou d'insuffisance de la mention. N'est-ce pas un retour annoncé aux règles classiques de preuve (B) ?

A. La mention manuscrite, élément de preuve de l'étendue du cautionnement

L'Acte uniforme portant organisation des sûretés adopté en 1997, avait changé le visage du cautionnement en en faisant un contrat formaliste. Non seulement l'acte de cautionnement devait être écrit et comporter la signature des deux parties³⁹, mais surtout, il devait comporter la mention manuscrite consistant en l'inscription par la caution de la somme garantie en chiffres et en lettres⁴⁰. Le défaut de cette mention était sanctionné par la nullité⁴¹ compte non tenu de la qualité de la caution⁴². Les auteurs⁴³ en avaient déduit, à juste titre, que la mention manuscrite était devenue une condition de validité du cautionnement. Ils avaient été en cela suivis par les juges de fond⁴⁴ et par le juge suprême de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage⁴⁵.

D'élément de formation du contrat qu'il était donc jusqu'à lors, la mention manuscrite n'en est plus désormais qu'un élément de preuve. C'est l'une des

³⁹ Celle de la caution et du créancier et pas uniquement celle du créancier ce qui est rare pour un contrat unilatéral.

⁴⁰ L'article 4 AUS de 1997 était ainsi rédigé : « *Le cautionnement ne se présume pas quelle que soit la nature de l'obligation garantie. À peine de nullité, il doit être convenu de façon expresse entre la caution et le créancier. 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 [...]* ».

⁴¹ Il est vrai que l'étendue de cette sanction a donné lieu à quelques controverses en doctrine entre les tenants de la conception dite extensive et ceux de la conception dite restrictive de la nullité.

⁴² « *En effet, dérogeant aux règles traditionnelles de la vie commerciale, le législateur OHADA a institué l'exigence de la mention manuscrite indépendamment du caractère civil ou commercial du cautionnement [...]* » NGNINTEDEM (J. C.), article précité, p. 682.

⁴³ MINKOA SHE (A.), ouvrage précité, p. 92 ; ANOUKAHA (F.), *Le droit des sûretés dans l'acte uniforme OHADA*, PUA, 1998, p.35 et sv., KALIEU ELONGO (Y.), *Les sûretés personnelles dans l'espace OHADA*, PUA, Yaoundé, 2006.

⁴⁴ Voir par ex. TPI de Yaoundé Centre administratif, ord. n°794/C du 8 juillet 2004, affaire TIOMA Hélène, Kamche SARL c/ Mme Chembou Annie et autres, ohada.com/ohadata J-04-418. CA Littoral, arrêt n°055/CE du 1er juin 2011, affaire Fadoul Michel Zouhair c/ La société SDV Cameroun SA, inédit. Dans cette affaire, le juge a refusé d'annuler le contrat parce que la mention manuscrite ne faisait pas défaut dans l'acte de cautionnement contrairement à ce que soutenait la caution.

⁴⁵ CCJA, Arrêt n°18/2003 du 19 octobre 2003, Société Afrocom c/ Caisse de Stabilisation et de Soutien des Prix des Productions Agricoles (CSPPA), Recueil de Jurisprudence de la CCJA n°2, juil.-déc. 2003, p. 30 ; ohada.com/ohadata J-04-119 ; *Les grandes décisions de la Cour commune de Justice et d'arbitrage de l'OHADA*, L'harmattan, 2010, p. 257 et sv., obs. BATOUAN BOUYOM (J.-A.).

modifications majeures apportées au régime du cautionnement par la réforme de 2010⁴⁶. Cette interprétation de la nouvelle fonction de la mention manuscrite est déduite de l'article 14 nouveau AUS aux termes duquel « [...] Il (le cautionnement) se prouve par un acte comportant la signature de la caution et du créancier ainsi que la mention, écrite de la main de la caution, en toutes lettres et en chiffres, de la somme maximale garantie couvrant le principal, les intérêts et autres accessoires ». Cette disposition doit être complétée par l'article 18 AUS qui dispose : « *sauf clause contraire, le cautionnement d'une obligation s'étend, outre le principal, et dans la limite 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* ».

Faire de la mention manuscrite une simple règle de preuve comme le suggère l'article 14 précité ne va pas véritablement de soi lorsque l'on prend en compte l'esprit du cautionnement OHADA. La règle peut susciter quelques hésitations surtout en ce qui concerne les cautionnements des dettes indéterminées. L'article 19 AUS qui reprend *mutatis mutandis* les dispositions de l'article 9 ancien dispose : « [...] Il doit être conclu, sous peine de nullité, pour une somme maximale librement déterminée entre les parties, incluant le principal, les intérêts et autres accessoires ». Même s'il n'est pas fait expressément référence à la mention manuscrite dans cette disposition, l'on peut dire que le cautionnement ne sera valablement conclu que si la somme ainsi « *librement déterminée* » est portée par la caution elle-même dans l'acte de cautionnement. C'est dire que la mention manuscrite ne saurait, comme pour le cautionnement limité être réduit à une règle de preuve. Il s'agirait d'un formalisme renforcé que l'on peut rapprocher du formalisme imposé en matière de droit de la consommation en France⁴⁷. Mais, il est vrai que cela peut se discuter. Cette rédaction de l'article 19 de l'AUS si elle était compatible avec l'ancien article 4 qui posait le principe de mention manuscrite comme condition de validité ne l'est plus nécessairement avec l'article 14 qui fait de la mention manuscrite un simple élément de preuve.

Quoi qu'il en soit, la mention manuscrite sert de preuve du montant garanti et des accessoires de la dette compris dans la garantie.

En premier lieu, la mention manuscrite sert à prouver le montant du cautionnement souscrit par la caution. La mention devra alors porter l'indication de la somme maximale garantie écrite en chiffres et en lettres. Cette exigence de

⁴⁶ Dans le même sens : DIARRAH (B.S.), « Les innovations introduites dans l'acte uniforme portant organisation des sûretés », *Revue de droit uniforme africain*, n° 005/2ème trimestre 2011, p. 4 ; MOUSSA (S.), « La révision des sûretés personnelles en droit OHADA », *Revue de droit uniforme africain*, n° 005/2ème trimestre 2011, p. 8 et sv. spéc. p. 9 qui affirme nettement que « Aucun doute n'est plus permis [...] : le cautionnement est un contrat consensuel qui est parfait par le seul échange des consentements ». Également NGNINTEDEM (J.C.), article précité, p. 682.

⁴⁷ En ce sens : JULIENNE (M.) et ANDREW (L.), *Le cautionnement, la mention manuscrite et le droit de gage général*, Dalloz, 16 janvier 2014, p. 127.

l'indication du montant en lettres et en chiffres ne semble pas s'accommoder d'une limitation du montant de l'engagement qui ne serait pas chiffrée. C'est le cas lorsque l'engagement de la caution est exprimé en un certain pourcentage de la dette principale⁴⁸.

En second lieu, la mention manuscrite sert à prouver l'étendue de la couverture relativement aux accessoires⁴⁹ de la dette. Comme l'affirme un auteur : *« lorsqu'on est en présence du cautionnement d'une dette déterminée, le problème que soulève la preuve de l'étendue du cautionnement est celui de l'extension ou non de la garantie aux accessoires de la dette »*⁵⁰.

À y regarder de près, le régime des accessoires est variable selon que la dette principale est déterminée ou non. Sur ce point précisément, l'on observe une légère modification des dispositions de l'AUS à l'issue de la réforme de 2010. Il n'est plus nécessaire depuis cette réforme que la mention manuscrite indique les éléments compris dans le cautionnement principalement les accessoires et frais de recouvrement⁵¹. Lorsque le cautionnement souscrit est un cautionnement limité, il s'étend automatiquement aux accessoires de la dette en l'absence de clause contraire. La caution qui entend limiter son engagement au seul principal de la dette doit le préciser dans l'acte de cautionnement. À défaut, elle sera automatiquement tenue des accessoires. On en déduit le caractère désormais facultatif de la mention des intérêts et accessoires. Il s'agit là d'un net recul par rapport au droit antérieur⁵² et d'une diminution de la protection des intérêts des cautions, particulièrement les cautions personnes physiques. L'article 8 ancien de l'AUS prévoyait que l'engagement de la caution peut s'étendre aux accessoires à condition que cela résulte d'une mention écrite de la main de la caution. À défaut de mention manuscrite, la caution n'était pas tenue. Désormais, à défaut de mention, elle sera tenue. À l'inverse, lorsqu'il s'agit du cautionnement d'une dette indéterminée c'est-à-dire le cautionnement général des dettes du débiteur - pour reprendre l'expression de l'AUS - la mention relative à la couverture des intérêts n'est pas nécessaire. La raison est que ce cautionnement, - dont le montant doit

⁴⁸ Par exemple, la caution s'engage à garantir la moitié, le tiers, le 1/5^{ème} ou toute portion de la dette principale.

⁴⁹ Cette notion d'accessoires peut donner lieu à des difficultés de détermination. Selon un auteur, la notion d'accessoire couvre les éléments suivants : intérêts de retard, clause pénale, dommages-intérêts dus en cas d'inexécution, frais de justice (en ce sens, MINKOA SHE (A.), *Droit des sûretés et des garanties du crédit*, précité, p. 92).

⁵⁰ MINKOA SHE (A.), *Droit des sûretés et des garanties du crédit*, précité, 94.

⁵¹ Le texte ne mentionne pas expressément les intérêts. Est-ce une omission surtout si l'on compare cette disposition à l'article 14 AUS ?

⁵² Voir cependant pour une position contraire, ISSA SAYEGH (J.), note sous article 18 AUS in OHADA actes uniformes annotés et commentés, Juriscope 2012, p. 867. L'auteur ne semble pas avoir pris en compte la modification intervenue dans la rédaction de cet article.

être déterminé - s'étend automatiquement aux accessoires, aucune clause contraire n'étant admise.

La mention manuscrite ne se limite pas à l'indication du montant cautionné et des accessoires inclus dans la garantie. Elle s'étend aussi à l'indication des différentes modalités de l'obligation⁵³.

En admettant que la mention manuscrite ne soit qu'un mode preuve du cautionnement, on admet implicitement que l'on pourrait prouver autrement l'étendue du cautionnement en l'absence ou en cas d'insuffisance de la mention⁵⁴.

B. La preuve en cas d'absence ou d'insuffisance de la mention manuscrite : le retour aux règles classiques de preuve ?

Il arrive que la mention manuscrite soit absente - ce qui est rare - ou que la mention portée par la caution soit incomplète⁵⁵. Lorsque la mention manuscrite n'est pas complète, particulièrement lorsqu'elle ne comporte pas l'indication en lettres et en chiffres de la somme maximale garantie, elle ne vaut pas preuve du cautionnement. La solution est classique comme l'est également le principe qui veut qu'une telle mention puisse servir de commencement de preuve par écrit pouvant être complété par d'autres éléments. On recourt habituellement aux éléments extrinsèques de preuve tels que connus en jurisprudence. La qualité de dirigeant de la caution, son intervention à l'opération de crédit sont par exemple des éléments extrinsèques qui sont pris en compte par les juges pour compléter la mention insuffisante⁵⁶.

On constate qu'on est passé d'un formalisme très protecteur avec l'exigence de la mention manuscrite à une liberté quasi totale de preuve avec le risque de sacrifier les cautions personnes physiques.

Il y a lieu toutefois se demander si l'on peut admettre la liberté de preuve en matière de cautionnement. C'est poser autrement le problème du caractère consensuel du cautionnement en droit OHADA. En droit français, il est

⁵³ Ces modalités peuvent être variables d'un cautionnement à l'autre. Sur ces modalités, lire notamment COM (D.), *L'étendue du cautionnement*, *op. cit.*, p. 34 et sv.

⁵⁴ En droit français, la mention manuscrite est désormais le seul mode de preuve pour certaines formes de cautionnement en particulier le cautionnement souscrit par les personnes physiques en faveur des créanciers professionnels (article L 341-2 du Code de la consommation). Le contenu de cette mention est d'ailleurs imposé à peine de nullité, ce qui a fait dire à certains auteurs qu'il s'agit d'un « *formalisme fermé* ». En ce sens : JULIENNE (M.) et ANDREW (L.), *Le cautionnement, la mention manuscrite et le droit de gage général*, Dalloz, 16 janvier 2014, p. 127.

⁵⁵ La mention peut être considérée comme incomplète par exemple en l'absence d'indication du montant en lettre ou des modalités de l'engagement ou encore en cas de contradiction entre les montants en lettres et en chiffres du cautionnement.

⁵⁶ Cette solution est constante. Voir par ex. ALBIGES (C.), DUMOND-LEFRAND (M.P.), *Droit des sûretés*, Hypercours, Dalloz, 2007, p. 62, n° 120.

expressément admis que le cautionnement civil en deçà d'un certain montant peut être prouvé par tout moyen parce qu'il est un contrat consensuel. On pouvait douter de l'application de cette solution en droit OHADA avant la réforme de 2010 où le principe était celui du caractère formaliste du cautionnement. Le doute s'est éloigné avec la réforme intervenue. N'y a-t-il pas lieu en l'état actuel du droit positif de revenir au droit commun de la preuve ? Ce retour au droit commun impose logiquement de distinguer selon qu'il s'agit d'un cautionnement commercial ou d'un cautionnement civil⁵⁷. Il est vrai que le législateur depuis 1997 a souhaité dépasser ce clivage en réglementant une seule forme de cautionnement, même si cette réglementation est faite, aux dires d'un auteur, d'une « *juxtaposition des règles civiles et commerciales* »⁵⁸. Au risque d'un sacrifice excessif des cautions civiles, la distinction en apparence abandonnée entre les cautions civiles et commerciales devrait trouver à s'appliquer.

Ainsi, lorsqu'il s'agit d'un cautionnement civil, il doit être fait application de l'article 1326 C.Civ.⁵⁹ qui impose, pour la preuve des engagements unilatéraux, la mention manuscrite de la caution⁶⁰. Cette mention jouera alors le rôle qui est véritablement le sien, celui d'assurer la protection de celui qui s'oblige contre des engagements excessifs et irréfléchis. Cependant, l'exigence de la mention manuscrite qui implique en pratique la rédaction d'un écrit ne s'impose que si la somme cautionnée est au-delà d'un certain montant⁶¹. Par contre, lorsqu'il s'agit d'un cautionnement commercial, la liberté de preuve qui est de règle en matière commerciale sera appliquée. Celle-ci est expressément consacrée en droit uniforme par l'article 5 de l'AUDCG tel que révisé.

Pour conclure, l'on aura noté que sans être au cœur des bouleversements introduits dans le cautionnement par le droit uniforme OHADA depuis 1997, la question de l'étendue du cautionnement n'en reflète pas moins quelques-uns des aspects. L'étude de l'étendue du cautionnement est révélatrice du choix fait par le droit OHADA de favoriser les cautionnements limités dans leur montant pas seulement pour les cautions civiles, mais pour toutes les autres cautions. Elle est révélatrice aussi du changement de cap opéré relativement à la question de la mention manuscrite à la faveur notamment de la réforme de 2010. La mention

⁵⁷ Il est vrai que l'AUS n'a réglementé qu'une seule forme de cautionnement. Le problème pourrait alors se poser du critère de distinction à utiliser. Normalement, il y a lieu de faire ici application des règles classiques tenant notamment à la qualité des parties et à la finalité de l'acte (en ce sens, NGNINTEDEM (J.C.), article précité, p. 686.

⁵⁸ NGNINTEDEM (J.C.), article précité, p. 680.

⁵⁹ Ou de toute autre disposition équivalente de droit interne des États membres.

⁶⁰ Dans le même en droit français, lire ALBIGES (C.), DUMOND-LEFRAND (M.P.), *Droit des sûretés*, précité, p. 59, n° 113. Il convient cependant de noter qu'en droit français la formalité de la mention manuscrite ne s'impose pas lorsque le cautionnement est souscrit par acte notarié.

⁶¹ Article 1341 C. civ.

manuscrite doit désormais être vue comme un élément à finalité probatoire auquel peuvent donc se substituer d'autres éléments de preuve allant jusqu'à une liberté de preuve si le cautionnement est commercial.

Révélatrice de cette autonomie, de cette démarcation du cautionnement par rapport au droit commun telle que voulue que les rédacteurs de l'AUS, l'étendue du cautionnement pourrait paradoxalement en receler également quelques failles. Ainsi, la flexibilité des moyens de preuve de l'étendue du cautionnement que suggère désormais le rôle probatoire de la mention manuscrite pourrait conduire - et la logique le commande fortement - à réintroduire dans le cautionnement OHADA la distinction entre le cautionnement civil et le cautionnement commercial que l'on croyait surmontée à la faveur d'un régime uniforme et presque cohérent de cette sûreté.