

CHAPITRE I : LE CONTRAT DE CAUTIONNEMENT

Le cautionnement est une sûreté qui a des caractères principaux qui le distinguent des autres garanties personnelles. Aussi, il est important de d'abord cerner la notion même de cautionnement (section I). Cette précision étant faite, il y a lieu d'étudier les conditions de formation de ce contrat (section II), sa preuve (section III) ainsi que son extinction (section IV).

SECTION I : LA NOTION DE CAUTIONNEMENT

L'article 13 de l'acte uniforme portant organisation des sûretés définit le cautionnement comme « un contrat par lequel la caution s'engage envers le créancier qui accepte, à exercer une obligation présente ou future, contractée par le débiteur si celui-ci n'y satisfait pas lui-même ».

13

Si cette définition du législateur OHADA est exacte et claire, elle ne met cependant pas en relief les principaux caractères du cautionnement. On peut donc la compléter avec celle de Michel Cabrillac et Christian Mouly Christian selon laquelle « le cautionnement est une sûreté accessoire cr e e par un contrat unilatéral qui oblige la caution à exécuter la dette du débiteur principal et lui donne un recours en remboursement contre le débiteur ». Il ressort de ces définitions que le cautionnement est une opération triangulaire et impliquant trois types de relations :

- La première relation est un contrat entre un créancier et son débiteur. Ce dernier s'engageant à fournir une caution, exigeance à laquelle le créancier subordonne le plus souvent la conclusion du contrat.
- La deuxième relation existe entre le débiteur et la caution. Pour certains auteurs, le débiteur donne mandat à la caution pour payer en cas défaillance de sa part. Mais l'on peut plus simplement considérer que la caution assume envers le débiteur principal une obligation de faire : celle de répondre en cas de défaillance du débiteur des obligations de celui-ci envers le créancier. Mais la relation entre le débiteur et la caution ne résulte pas toujours d'un contrat. L'article 13 alinéa 2 de l'acte uniforme prévoit que l'on peut se rendre caution à l'insu de celui pour lequel on s'oblige, il s'agit alors d'une hypothèse de gestion d'affaires.
- La troisième relation qui concerne le contrat de cautionnement proprement dit existe entre le créancier et la caution.

A partir de cette opération triangulaire, plusieurs variétés de cautionnement peuvent se présenter. Leur présentation (paragraphe 1) pr c dera celle des caractères du cautionnement (paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : LES VARI TES DE CAUTIONNEMENT

On peut les distinguer suivant deux critères, à savoir : le contenu de l'engagement de la caution (**A**) d'une part, et le rôle joué par la caution (**B**), d'autre part.

A- DISTINCTIONS FONDÉES SUR LE CONTENU DE L'ENGAGEMENT DE LA CAUTION

En prenant comme critère le contenu de l'engagement de la caution, on peut par exemple opposer cautionnement personnel et cautionnement réel (1), cautionnement simple et cautionnement solidaire (2).

1- Cautionnement personnel et cautionnement réel.

Le cautionnement personnel qui correspond véritablement à la notion de cautionnement tel que régie par l'acte uniforme OHADA renvoie à l'engagement de la caution de payer la dette du débiteur principal. Elle devient elle-même personnellement débitrice, c'est-à-dire que si elle est amenée à payer la dette, comme le débiteur principal, elle pourra être poursuivie sur l'ensemble de ses biens meubles et immeubles, conformément à l'article 2092 du code civil.

Le cautionnement réel est une opération par laquelle une personne affecte un ou plusieurs biens à la garantie des obligations d'un tiers. Il est visé par l'article 22 alinéa 2 de l'acte uniforme qui énonce que « la caution peut limiter son engagement à la valeur de la réalisation du ou des biens sur lesquels elle a consenti une telle sûreté ». La nature juridique du cautionnement réel nourrit une vive controverse en doctrine, la pomme de discorde étant constituée par la question de savoir si le cautionnement réel qui s'analyse en une sûreté réelle constituée en garantie de la dette d'autrui recèle à quelque degré un engagement personnel du garant ou n'implique-t-il qu'un engagement *propter rem* ? Dans ce débat, le législateur OHADA, contrairement au droit positif français (Cf. Ch. Mixte, 02 déc. 2005, n°0.-18.210, D. 2006.61, obs. V. Avena-Robardet RTD civ 2006. 357, RTD Com. 2006, obs D. Legeais), a pris parti pour la conception personnaliste ou mixte qui enseigne que la caution réelle est personnellement obligée dans les limites de la valeur du bien grevé. Elle est donc doublement tenue : sur le fondement de la sûreté réelle par elle contractée, ce qui octroie un droit de préférence au créancier. D'autre part, en vertu d'un engagement personnel de caution limité à la valeur du bien grevé. Ce qui octroie au créancier un droit de créance limité à la valeur du bien. Enfin, parce que le cautionnement réel n'est pas l'addition de deux sûretés, mais une sûreté unique qui combine les deux techniques de la sûreté réelle (gage ou hypothèque) et du cautionnement, son régime juridique est dominé par le principe de la distributivité qui signifie que les règles du cautionnement sont applicables sauf lorsqu'elles sont incompatibles avec celles de la sûreté réelle considérée.

Le cautionnement réel doit être distingué du cautionnement personnel garanti par une sûreté réelle, cas de figure visé par l'article 22 (1) de l'AUS selon lequel : « la caution peut garantir son engagement en consentant une sûreté réelle sur un ou plusieurs biens ». Il s'agit ici, contrairement à l'hypothèse du cautionnement réel, d'une combinaison d'un cautionnement personnel et d'une sûreté réelle (le plus souvent une hypothèque) et qui vise à combiner les avantages de l'un et l'autre type de sûreté. On est en réalité en présence de deux contrats distincts produisant chacun ses effets, même s'ils peuvent matériellement être regroupés dans le même acte. Le garant s'engage personnellement comme caution et consent une hypothèque ou toute autre sûreté réelle pour garantir son engagement de caution qui apparaît de ce fait comme l'accessoire, non pas de la dette principale, mais de l'engagement de caution dont dépend sa validité.

2- Le cautionnement simple et le cautionnement solidaire

Le législateur OHADA, contrairement au code civil, a fait du cautionnement solidaire le principe. L'article 20 de l'acte uniforme dispose à cet effet que « le cautionnement est réputé solidaire ». La distinction cautionnement simple cautionnement solidaire intéresse les effets du cautionnement à l'égard du créancier (voir infra). On peut dès à présent souligner que lorsque le cautionnement est simple, la caution est un débiteur subsidiaire ou de second rang par rapport au débiteur principal. Cela a pour conséquence la reconnaissance au profit de la caution simple du bénéfice de discussion qui lui permet lorsqu'elle est assignée en paiement par le créancier, d'obliger ce dernier à discuter d'abord les biens du débiteur principal, c'est à dire à procéder d'abord aux mesures d'exécution forcée contre lui. Il ne pourra se retourner contre la caution que s'il n'obtient pas du débiteur principal le paiement des sommes dues. La caution simple jouit également du bénéfice de division qui signifie que s'il y a plusieurs cautions sur la même dette, la caution assignée pourra demander au créancier qu'il divise ses poursuites entre les différents cofid jusseurs.

En revanche, parce que dans le cautionnement solidaire, la caution est placée vis- vis du créancier au même plan que le débiteur principal, elle ne bénéficie ni du bénéfice de discussion elle doit payer sans que le créancier soit obligé de s'adresser au débiteur principal, ni de vérifier sa solvabilité, ni du bénéfice de division (le créancier pouvant le cas échéant assigner le cofid jusseur de son choix). La solidarité implique, outre ces effets principaux, d'autres effets secondaires de nature procédurale dominés par l'idée de représentation mutuelle entre différents codébiteurs solidaires.

B- LA DISTINCTION FONDEE SUR LE ROLE JOUE PAR LA CAUTION.

En partant du schéma triangulaire de base, la pratique a créé des figures complexes dans lesquelles le rôle des cautions n'est pas toujours identique, il s'agit de la certification de caution (1) envisagée par l'acte uniforme et de la sous-caution (2) qui ne l'est pas.

1- La certification de caution.

Consacrée par l'article 2014 du code civil et reprise par l'article 21 de l'acte uniforme, la certification de caution est la convention par laquelle une personne, le certificateur, s'engage envers le créancier à payer en cas de défaillance de la caution. Il s'agit donc de la caution de la caution, en ce sens que c'est l'obligation accessoire de la caution qui est garantie par un nouvel engagement également accessoire et non la dette du débiteur principal. Du point de vue du régime juridique, on peut par exemple relever les aspects suivants :

D'abord, il n'existe aucun lien de droit entre le certificateur de caution et le débiteur principal.   l'égard du certificateur, c'est la caution qui a la qualité de débiteur principal. Ensuite dans les rapports entre le certificateur et la caution, ce sont les règles du cautionnement qui s'appliquent. Aussi l'engagement du certificateur est-il simplement accessoire à celui de la caution certifiée et n'est efficace que dans la mesure où le cautionnement certifié est lui-même valable. En outre, contrairement à la caution de premier rang qui est réputée solidaire, l'article 21, alin  2 de l'acte

uniforme énonce que « sauf stipulation contraire, le ou les certificateurs sont des cautions simples de la caution certifiée ». Il bénéficie donc du bénéfice de discussion et s’il est amené à payer le créancier, le certificateur est subrogé dans les droits de celui contre la caution certifiée et contre le débiteur principal. Si la dette principale comporte plusieurs cautions et que le certificateur n’en a garantie qu’une seule, ce dernier ne pourra pas exercer un recours personnel contre les cautions non certifiées, mais pourra agir contre elles en qualité de subrogé aux droits du créancier. Enfin, le certificateur peut opposer au créancier le bénéfice de subrogation de l’article 29 alinéa 2.

2- Le sous-cautionnement

Le sous-cautionnement consiste pour une caution à se faire garantir par une tierce personne le remboursement de ce qu’elle peut avoir à payer en cas de défaillance du débiteur principal. Il s’agit donc d’une contre-garantie. On remarquera que le créancier est tiers à cette opération et ne bénéficie d’aucune action directe contre la sous-caution. En revanche, la caution y tient un double rôle, elle est caution dans les rapports avec le créancier, elle est cr anciere dans les rapports avec la sous-caution. En réalité l’engagement de la sous-caution est accessoire à l’obligation éventuelle de remboursement du débiteur principal envers la caution de premier rang et n’est donc tenue de s’exécuter que si la caution de premier rang a payé le créancier. Par ailleurs, la caution de premier rang subrogée dans les droits du créancier peut les faire valoir à l’encontre du débiteur principal et non de la sous-caution. Enfin, s’il y a plusieurs sous-cautions le recours en contribution se divise entre elles comme il se divise entre cofid jusseurs de premier rang et la sous caution qui a payé peut agir contre son cofid jusseur à concurrence de la part qui lui incombe.

Paragraphe 2 : Les caractères du cautionnement.

Le cautionnement a un caractère contractuel (A), mais il s’agit d’un caractère accessoire (B) et en principe subsidiaire (C). Les deux premiers caractères sont nécessaires alors que le dernier ne l’est pas.

B. LE CARACTERE CONTRACTUEL

Le principe du caractère contractuel ou conventionnel a une portée absolue et ne souffre donc d’aucune exception. Et même, lorsqu’on parle de cautionnement légal ou judiciaire on ne vise que la source de l’obligation du débiteur de fournir une caution et non pas celle de l’obligation de la caution. Ces précisions liminaires étant faites, il faut souligner que le cautionnement est un contrat distinct de l’obligation principale (I), un contrat unilatéral (II) on se demande s’il est un contrat solennel ou consensuel (III). Mais on sait qu’il peut être de nature civile ou commerciale (IV) ; à titre gratuit (V).

I. Le contrat de cautionnement est distinct de l’obligation principale

Le principe est que l’obligation de la caution résulte d’un contrat distinct conclu entre le créancier et la caution celle-ci s’engageant directement envers celui-là. Le débiteur principal n’y joue donc aucun rôle. Il en résulte un certain nombre de conséquences importantes dans la pratique. Ainsi, la caution poursuivie en paiement

par le créancier lui opposera les exceptions propres au contrat de cautionnement (vice de consentement, incapacité...). Mais elle n'est pas recevable à se prévaloir des exceptions tenant au contrat qui la lie éventuellement au débiteur principal car cet éventuel contrat ne fait pas partie du cautionnement. *A fortiori*, la caution ne pourra invoquer à l'encontre du créancier les vicissitudes de ses relations avec le débiteur principal.

II. Le cautionnement est un contrat unilatéral

Le cautionnement est un contrat unilatéral au sens de l'article 1103 du code civil. La raison est que le cautionnement fait naître une seule obligation principale, celle de la caution envers le créancier. Ce contrat reste d'ailleurs unilatéral même s'il n'est pas à titre gratuit puisque si d'aventure la caution reçoit une rémunération, celle-ci ne sera en aucun cas versée par le créancier et si cette rémunération est versée par le débiteur, elle est extérieure au contrat de cautionnement et donc sans incidence sur son caractère unilatéral.

Le caractère unilatéral du contrat de cautionnement entraine un certain nombre de conséquences :

D'abord le contrat de cautionnement n'est pas soumis à la formalité dite du double de l'article 1325 du C. Civ. et n'a pas à être établi en plusieurs exemplaires. Ensuite, la caution ne peut opposer au créancier l'exception d'inexécution (*exceptio non adimpleti contratus*).

Le caractère unilatéral du cautionnement n'interdit pourtant pas d'imposer au créancier des obligations comme le fait l'article 29 al 2 de l'AUS qui prévoit l'obligation pour le créancier de conserver les autres sûretés pour le paiement de la dette. Cependant, il peut exister de véritables exceptions au principe du caractère unilatéral du cautionnement à travers l'admission de véritables cautionnements synallagmatiques. Tel est le cas si la caution prend envers le créancier, de véritables engagements qui sont réellement la contrepartie de la garantie. Exemple : report de l'échéance ou réduction de la dette. Dans ce cas, l'exigence de la formalité du double est de rigueur.

III- LE CAUTIONNEMENT EST-IL UN CONTRAT SOLENNEL OU CONSENSUEL

Sous l'empire du code civil et en dépit des dispositions de l'article 2015, le cautionnement en sa qualité de contrat consensuel n'était soumis pour sa validité à aucune condition de forme. Sous l'empire du droit OHADA, l'ancien article 4 de l'AUS avait suscité un débat opposant deux tendances en doctrine. Certains auteurs tirant argument de ce que le caractère exprès était posé à peine de nullité, affirmaient qu'il s'agit d'un contrat solennel nécessitant pour sa validité d'être constaté par un écrit.   l'opposé, d'autres auteurs faisaient valoir que l'art 4 de l'AUS est un condensé des articles 2015 et 1326 du code civil dont on admet qu'ils posent l'exigence d'un écrit non *ad validatem*, mais *ad probationem*. Dans ce débat, la jurisprudence avait pris position pour la première thèse en consacrant le caractère solennel du contrat de cautionnement (CCJA, arrêt N 18 du 19 octobre 2003- *Juris*

OHADA n°4.2003-p.10. Mais en réformant l'acte uniforme, on peut s'interroger si le législateur OHADA a entendu ou non entériner la thèse de caractère solennel du cautionnement. La lecture de l'article 14 (1) du nouvel AUS permet d'en douter. En effet, après avoir supprimé la nullité attachée du caractère exprès du cautionnement, ce texte se contente d'énoncer que le contrat de cautionnement ne se présume pas et « *se prouve par un acte comportant la signature de la caution et du créancier* ». En attendant que la jurisprudence précise le sens à donner à ce texte, certains auteurs ont proposé de considérer que l'acte exigé lors de la conclusion du cautionnement et dont le non-établissement n'est plus sanctionné de nullité le serait *ad probationem*, ce qui ferait du cautionnement un contrat consensuel. Mais une étude récente vient de démontrer qu'en dépit de la lettre de l'article 14 de l'AUS, le cautionnement demeure un contrat solennel parce que l'écrit exigé par le législateur, dont l'absence prive en principe le contrat d'existence, a vocation à protéger les cautions réputées profanes dans l'environnement OHADA. Sur l'ensemble lire avec profit. D.J. Zambo Zambo, "Les paradoxes de l'écrit dans le contrat de cautionnement en droit OHADA", RRJ, n°4-2019.

IV- LA NATURE CIVILE OU COMMERCIALE DU CAUTIONNEMENT

Le principe est que comme n'importe quel contrat, le cautionnement peut être civil ou commercial. Un premier cas de commercialité est par exemple le cautionnement donné par un établissement bancaire pour garantir les obligations d'un de ses clients. Dans ce cas, le cautionnement est une opération de banque qui constitue un acte de commerce par nature. Le cautionnement peut aussi être commercial par sa forme lorsqu'il prend la forme de l'aval d'un effet de commerce. Le cautionnement peut encore être commercial en vertu de la théorie de la commercialité par accessoire dont on sait qu'elle enseigne qu'un acte normalement civil prend une coloration commerciale lorsqu'il est accompli par un commerçant dans l'exercice ou pour les besoins de son commerce. Enfin, la jurisprudence admet que le cautionnement d'une dette commerciale est lui-même commerciale même s'il est donné par un non commerçant dès lors que la caution a un intérêt d'ordre patrimonial dans l'opération commerciale cautionnée. L'intérêt de la distinction cautionnement civil et commerciale portait, sous l'empire, du code civil sur les règles particulière de la preuve commerciale notamment le principe de la liberté, et sur la présomption de solidarité du cautionnement commercial. Mais comme on l'a vu, en ces matières, le droit OHADA ne fait plus de différence et la distinction n'a plus d'intérêt.

V- LE CAUTIONNEMENT EST-IL UN CONTRAT A TITRE GRATUIT OU A TITRE ONEREUX

Cette détermination est importante puisque d'une part, les deux catégories d'actes ne sont pas soumises au même régime juridique, et d'autre part, si le cautionnement est une donation, le régime des libéralités doit lui être appliquée (toute les donations doivent se faire par acte authentique). Si cette question se pose en réalité, c'est parce qu'on sait que le cautionnement est un contrat unilatéral. Dès lors qu'il est un contrat unilatéral, on se demande si le cautionnement est un acte à titre gratuit. Tout

contrat unilatéral n’étant pas nécessairement un acte à titre gratuit. En réalité, il faut distinguer entre le cautionnement proprement dit et des rapports caution débiteur principal.

S’agissant du cautionnement proprement dit, celui-ci se présente *a priori* comme un acte neutre : d’une part, la caution n’est animée d’aucune intention libérale envers le créancier. D’autre part, la caution n’attend de lui aucun avantage. Malgré ce caractère neutre, la question reste débattue en doctrine. Certains auteurs en l’absence de contrepartie due par le créancier considèrent qu’il s’agit d’un acte à titre gratuit. D’autres considèrent qu’il ne peut s’agir d’un acte à titre gratuit, car il n’y a pas d’acte à titre gratuit sans intention libérale ou sans avantage gratuit, le cautionnement devant alors par élimination être classé dans la catégorie des contrats à titre onéreux surtout que la caution ne paye jamais plus qu’il n’est d  au créancier.

S’agissant en revanche, des rapports caution-débiteur principal, le cautionnement peut être gratuit si la caution ne stipule à son profit aucune rémunération et si elle n’obtient aucun avantage matériel, même éventuel. Il ne constitue cependant pas une libéralité puisque la caution dispose d’un recours contre le débiteur si elle venait à payer. Si néanmoins la caution renonce à ce recours, le cautionnement gratuit devient une libéralité. A l’inverse si la caution se fait rémunérer par le débiteur du service qu’elle lui rend, leur accord est à titre onéreux.

B- LE CAUTIONNEMENT EST UN CONTRAT ACCESSOIRE

Le caractère d’accessoire de l’obligation principale est l’essence même du cautionnement si bien que si on le supprime, on crée autre chose qu’un cautionnement. Le caractère accessoire emporte quatre conséquences. D’abord, seule une obligation principale valable peut être cautionnée (I). Ensuite, la caution poursuivie par le créancier lui opposera toutes les exceptions inhérentes à la dette (II). En outre, l’engagement de la caution ne peut excéder l’engagement du débiteur principal (III). Enfin l’interruption de la prescription à l’égard du débiteur principal produit l’effet sur la caution.

I- EXIGENCE D’UNE OBLIGATION PRINCIPALE VALABLE

L’art 17 al 1 de l’AUS qui est le si ge de cette exigence pose en réalité un principe (1) et une exception (2). La doctrine s’accorde pour reconnaitre que ce texte ne s’oppose pas au cautionnement des dettes futures.

1- le principe

Selon les dispositions de l’article 17 (1) « le cautionnement ne peut exister que si l’obligation principale garantie est valablement constituée ». Ce texte qui reprend peu ou prou l’art 2012 du code civil est en réalité libéral et permet de tirer deux principales conséquences. La première est que toute obligation est susceptible d’être cautionnée à condition qu’elle soit valablement constituée. S’agissant de la nature de l’obligation, si les obligations de somme d’argent sont la terre d’élection du cautionnement (les plus courantes en pratique), rien n’interdit de cautionner une obligation de faire ou de ne pas faire. L’exécution de la caution ne pouvant se faire que par équivalent dans ce cas.

S'agissant de la source, l'obligation peut être contractuelle ou délictuelle. Mais la question du cautionnement des obligations délictuelles ou quasi-délictuelles, si elle ne soulève aucun problème lorsqu'une telle obligation est effectivement née, ne pose le problème de savoir si la caution peut valablement couvrir les conséquences pécuniaires d'un délit futur. Pour la doctrine, parce que le cautionnement des conséquences pécuniaires d'un délit futur est un acte qui constitue une provocation à commettre l'infraction, il serait nul parce que contraire à l'ordre public. En revanche, aucun principe d'ordre public ne peut être invoqué en matière quasi-délictuelle, l'engagement de la caution devant dans ce cas être tenue pour valable. Pour la jurisprudence, la chambre commerciale et la chambre civile de la Cour de cassation se contredisent sur la question. La première considère que le cautionnement de la dette délictuelle au moment de la signature du contrat est nul (cf. Cass Com du 17 Janvier 1995 n°125 D). La seconde admet la validité d'un tel cautionnement (cf. Cass Civ 1^{ère}, 08 octobre 1996, Bull Civ. I n° 342, 13 mai 1998, D. Aff. 1998, p.1127).

La deuxième conséquence a trait aux effets attachés à la nullité de l'obligation principale. Ici, le principe est que le cautionnement ne peut pas survivre à la disparition de l'obligation principale que la nullité soit absolue ou relative. Mais comme la cause de disparition de l'obligation principale n'affecte pas le cautionnement, il n'est pas nul, mais caduc (vice d'impossibilité). Le droit positif reconnaît largement à la caution le droit d'invoquer la nullité de l'obligation principale qu'elle soit absolue ou relative (cf. art 17 (1) *in fine* et l'art 17 (2)).

2. L'exception à l'exigence d'une obligation principale solvable

L'art 17 (1) de l'AUS reconnaît *expressis verbis*, la possibilité de cautionner les engagements d'un incapable. Le législateur OHADA a donc opté pour la solution qui a prévalu sous l'empire de l'art 2012 du code civil. Mais pour être admise, l'exception de l'art 17 (1) doit être connue de la caution qui doit donc donner sa garantie malgré l'annulation possible de l'obligation principale pour incapacité du débiteur.

3- Le cautionnement des dettes futures

Le cautionnement des dettes non encore nées est possible puisque l'antériorité de l'engagement de la caution est normalement dans l'ordre des choses, la fourniture de la garantie étant un préalable à l'octroi de l'avantage escompté. Le caractère futur de l'obligation est par exemple évident dans l'hypothèse très fréquente où, à la naissance d'une société commerciale, une banque consent à celle-ci une couverture du crédit en compte courant à condition que le principal associé se porte caution en garantie du paiement du solde. La dette principale est future dans ce cas puisque son exigibilité est affectée par un terme suspensif et son existence est incertaine puisque le solde du compte courant peut ne pas être débiteur et s'il l'est, le montant du débit est inconnu. Il convient de préciser que dans le cautionnement des dettes futures, l'engagement de la caution présente un caractère dualiste. En effet, la caution a, dès la signature du contrat, une obligation de couverture qui est l'obligation de prendre à sa charge, au fur et à mesure de leur naissance, les dettes dont le débiteur principal viendrait éventuellement à être tenu envers le créancier bénéficiaire du cautionnement. Par la suite, chaque fois qu'une dette naît effectivement à la charge du débiteur principal, la

caution est tenue d'une obligation de règlement qui est l'obligation de payer cette dette si le débiteur ne la paye pas lui-même. On peut donc dire selon l'heureuse formule de Christian Mouly que : « le cadre fixé par l'obligation de couverture sera rempli par l'obligation de réglementer au fur et à mesure que les dettes garanties naîtront ». Précisons pour finir que l'obligation de couverture et l'obligation de règlement sont relativement indépendantes l'une l'autre, et ont chacune leur vie propre (voir infra).

II- LA CAUTION POURSUIVIE EN PAIEMENT LUI OPPOSERA TOUTES LES EXCEPTIONS INHERENTES A LA DETTE PRINCIPALE

Cette règle est posée par l'article 2 (1) de l'AUS qui dispose que : « toute caution ou tout certificateur de caution peut opposer au créancier toutes les exceptions inhérentes à la dette qui appartient au débiteur principal et tendent à réduire, éteindre ou différer la dette ». Sous réserve des dispositions particulières à l'instar des articles 17 et 23 (3) et 23 (4). Ainsi, donc, tout ce qui affecte non seulement l'existence et l'étendue de l'obligation principale a une incidence sur le cautionnement. La règle de l'opposabilité des exceptions inhérentes à la dette consacre donc un véritable droit au profit de la caution qui est recevable à s'en prévaloir même en cas d'abstention ou de renonciation du débiteur principal.

21

III- L'ENGAGEMENT DE LA CAUTION NE PEUT EXCEDER CELUI DU DEBITEUR PRINCIPAL

Trois règles découlent de ce principe. La première posée par l'art 17 (3) de l'AUS est que l'obligation de la caution ne peut être plus lourde ou plus onéreuse que celle du débiteur principal. On dit que la caution ne peut être tenue *in duriores causam* (plus lourdement) que le débiteur principal. La deuxième règle est que lorsque l'obligation de la caution dépasse dans son montant ou ses modalités celle du débiteur principal, le cautionnement n'est pas nul, mais seulement réductible à concurrence de l'obligation principale. La troisième règle est que si l'obligation de la caution ne peut pas être plus onéreuse, elle peut en revanche, selon l'art 18 (3), être moins lourde que celle du débiteur principal.

IV- L'extension des effets de l'interruption de prescription de la caution

L'article 2250 du code civil étend à la caution l'interruption de la prescription dans les rapports avec le débiteur principal parce que la caution est obligée à ce que doit le débiteur principal. En revanche, l'interruption de la prescription à l'égard de la caution est sans effet sur l'obligation principale. Ce qui est favorable au garant.

C- LE CARACTÈRE SUBSIDIAIRE DU CAUTIONNEMENT

Dire que l'obligation de la caution est subsidiaire (  ne pas confondre avec accessoire) signifie que la caution est normalement un débiteur de secours qui n'est tenu de payer qu'en cas de défaillance du débiteur principal. Cela se traduit par le bénéfice de discussion et permet de distinguer le cautionnement de la solidarité passive où l'engagement du débiteur est principale, et le créancier a le choix sur le débiteur à

poursuivre. Mais la présomption de solidarité du cautionnement efface presque complètement son caractère subsidiaire.

SECTION II : LA FORMATION DU CAUTIONNEMENT

Contrat distinct de l'obligation principale, le cautionnement est aussi soumis aux conditions de validité du contrat de droit commun (Paragraphe I) auxquelles il faut parfois ajouter des conditions spécifiques tenant à la solvabilité et au domicile de la caution (Paragraphe II). Mais c'est son caractère accessoire qui permet de déterminer l'étendue du cautionnement (Paragraphe III).

PARAGRAPHE 1 : LES CONDITIONS DE VALIDITE DU DROIT COMMUN DES CONTRATS

22

Les quatre conditions de fond auxquelles est soumise la validité d'un contrat en droit positif camerounais soulèvent des difficultés d'inégale importance. On peut le mesurer en étudiant tour à tour le consentement (A), la capacité (B), la cause et l'objet (B).

A- LE CONSENTEMENT

Si, dans la pratique, l'existence même du consentement est rarement discutée, l'article 14 (2) de l'AUS prenant des précautions suffisantes en cas d'illettrisme de la caution, l'intégrité de ce consentement nourrit souvent le contentieux. En plus d'exister, le consentement doit en effet être exempt de vices, c'est-à-dire éclairé (I) et libre (II).

I- UN CONSENTEMENT ECLAIRE

Le consentement est éclairé lorsqu'il n'a pas été donné par erreur. Cette erreur peut être spontanée (erreur proprement dite) ou provoquée, c'est-à-dire en cas de dol. S'agissant de l'erreur proprement dite, elle est surtout invoquée dans deux hypothèses.

La première hypothèse met en scène l'ignorance de la situation financière du débiteur principal que la caution peut croire à tort bonne. La Cour de cassation française a d'abord admis l'erreur de ce chef : Cass. civ. 1^{ère}, 1 mars 1972, D.1973. 733, 1^{ère} espèce, note Ph. Malaury. Par la suite, elle a instauré une solution plus rigoureuse en admettant cette erreur à la condition que la caution démontre qu'elle avait fait de la solvabilité actuelle du débiteur la condition de son engagement : Cass. com 04 jan. 1994, Bull Civ. IV, n°15.

La seconde hypothèse concerne la croyance erronée en l'existence d'autres sûretés, surtout dans la mesure où la caution pourra bénéficier par subrogation de telles sûretés au cas où elles existeraient et l'article 29 (1) prévoit la décharge de la caution lorsque le créancier a laissé perdre pendant la vie du cautionnement les autres sûretés dont la dette garantie était assortie.

Quant à l'erreur provoquée ou dol il peut être dû à des manœuvres du débiteur qui trouve une personne qui accepte de se porter caution pour lui sans lui révéler sa véritable situation. En de telles hypothèses, on doit refuser d'admettre la présence d'un dol. L'article 1116 du C. civ exige en effet que les manœuvres dolosives émanent de

l'une des parties au contrat. Or le débiteur n'est pas partie au contrat de cautionnement, tout comme un cofid jusseur. En revanche, lorsque les manœuvres émanent du créancier, aucun obstacle ne s'oppose à la qualification de dol, conformément au droit commun en la matière.

II- UN CONSENTEMENT LIBRE

On sait que lorsque le consentement est extorqué par la violence, le contrat est nul en vertu des articles 1111 *et sq* du C. civ. Mais cette règle trouve difficilement à s'appliquer en matière de cautionnement, d'autant plus que la jurisprudence considère que la violence susceptible de vicier le consentement ne résulte pas de la seule pression des circonstances économiques (violence morale) qui, dans la pratique, dans la pratique oblige souvent par exemple le dirigeant social à cautionner les dette de sa société envers une banque qui menace de lui couper les vivres. Mais cette violence économique est en principe rejetée, sauf en cas de menaces ou de pressions intolérables : cf. CA/Littoral, arrêt n 42/C du 19 jan. 1996, 3  espèce, CCEI Bank c/ Afrique Constructions S.A, RDC Aff. n  juin 2000, p.130.

B- LA CAPACITE ET LE POUVOIR

Parce que le cautionnement, surtout non professionnel est toujours un acte dangereux, le législateur a senti la nécessité de poser des règles sévères pour gouverner la capacité (I) et le pouvoir en la matière (II).

I- La capacité de la caution

La sévérité ici résulte de ce que le cautionnement qui n'est expressément rattaché ni à la catégorie des actes conservatoires, ni à celle des actes d'administration et moins encore à celle des actes de disposition, est précisément traité comme cette dernière catégorie, en raison des conséquences possibles. Or on sait que l'acte de disposition est interdit à l'incapable agissant seul, mais aussi à son représentant , tuteur ou administrateur légal. Ces règles s'appliquent donc à la caution.

II- Le pouvoir de se porter caution

Une personne peut se trouver engagée comme caution sans avoir elle-même signé l'acte de cautionnement. Trois cas de figure sont envisageables : la caution a donné mandat ; la caution est fournie par une société engagée par les actes du dirigeant ; la caution peut être une personne mariée sous le régime de la communauté.

S'agissant d'abord du mandat de se porter caution, il est parfaitement admis que la caution peut se faire représenter par une personne ayant reçu un mandat spécial. Et parce que le mandataire ne saurait engager la caution au-delà des termes figurant dans la procuration, la caution est fondée à demander l'annulation du cautionnement si le contrat n'est pas conforme aux termes du mandat.

S'agissant ensuite du cautionnement fourni par une société, il est tout à fait concevable. Mais l'esprit lucratif qui anime les sociétés s'accommode mal avec la gratuité de principe du cautionnement. C'est pourquoi le législateur soumet un tel cautionnement à des règles restrictives (par exemple : principe de spécialité de l'objet

des personnes morales, autorisation préalable du conseil d'administration dans les sociétés anonymes sous peine d'inopposabilité du cautionnement à la société) ou prohibitives telles que l'interdiction à peine de nullité de garantir les dettes personnelles des associés par un cautionnement souscrit par la société.

S'agissant enfin du pouvoir d'un époux commun en bien de se porter caution, il convient de distinguer la situation du mari de celle de la femme. Pour le mari, parce que l'article 1422 du C. civ. Interdit au mari de faire des donations sans le consentement de la femme et que le cautionnement, même consenti à titre gratuit n'est pas en principe une donation, le mari peut se porter caution et engager la communauté sans le consentement de la femme. Mais cette solution est de plus en plus écartée, ce qui est à approuver, pour inconventionalité des dispositions du Code civil avec la CEDEF. Pour la femme, on sait sur le fondement de l'article 1426 du C. civ., que la femme ne peut engager la communauté qu'avec le consentement du mari. Si elle s'engage comme caution sans le consentement du mari, le créancier ne pourra saisir les biens communs, ni inscrire une sûreté conservatoire sur un tel bien.

24

C- LA CAUSE DU CAUTIONNEMENT

On sait que notre droit distingue entre la cause objective et la cause subjective. La cause objective est la contrepartie en considération de laquelle l'obligation est souscrite. Mais le cautionnement étant un contrat unilatéral, la cause de celui qui s'engage ne peut par définition être trouvée dans l'engagement de l'autre partie et on peut hésiter entre deux solutions. Selon une première analyse, on peut considérer que la cause de l'obligation de la caution se trouve dans ses rapports avec le débiteur principal : elle s'engage pour lui rendre service, pour faciliter son activité commerciale ou pour obtenir une rémunération. Selon une seconde analyse consacrée par la Cour de cassation, et approuvée par la doctrine, la cause du cautionnement se trouve dans les rapports du débiteur principal avec le créancier et consisterait dans le crédit accordé par le créancier ou plus généralement dans l'existence de la dette garantie : cf. Cass. civ. 1^{ère} 8 nov. 1972, D.1973, 753, Aff. Lempereur.

La cause subjective quant à elle prend en compte les mobiles qui ont conduit la personne à s'engager. Elle est d'application aisée au cautionnement puisqu'il suffit de contrôler qu'elle est licite, c'est-à-dire que les intentions de la caution et du créancier ne sont pas contraires à la morale ou à l'ordre public.

D- L'OBJET DU CAUTIONNEMENT

On sait que lorsqu'on parle de l'objet dans le contrat, on vise soit l'objet du contrat lui-même (sens large), soit l'objet de l'obligation (sens étroit). S'agissant de l'objet du contrat, il est simple puisqu'il s'agit de la garantie fournie. Il ne peut soulever de problème autre que celui de la qualification de l'acte. Quant à l'objet de l'obligation de la caution, le rechercher c'est répondre à la question *quid debitur* (que doit la caution) ? La réponse est donnée par l'article 13 AUS : payer la dette principale si le débiteur ne le fait pas. En application du droit commun, cet objet doit exister (ce qui nous renvoie au caractère accessoire), il doit être déterminé ou déterminable (problème de l'étendue de l'engagement, infra). Il doit enfin être licite.

PARAGRAPHE 2 : LA SOLVABILITE ET LE DOMICILE DE LA CAUTION

Ils seront étudiés séparément.

A- LA SOLVABILITE DE LA CAUTION

En principe, la solvabilité n'est pas une condition de validité du cautionnement. Toutefois, dans le cas où le débiteur s'est conventionnellement engagé à fournir une caution ou dans les cas au demeurant exceptionnels d'un cautionnement légal ou judiciaire, il faut éviter que le débiteur ne vide cette obligation de tout contenu en présentant le premier venu. Le législateur OHADA a dès lors prévu dans ces hypothèses particulières que « la caution doit présenter des garanties de solvabilité appréciées en tenant compte des éléments de son patrimoine », art. 15 (2).

25

B- LE DOMICILE DE LA CAUTION

Toujours dans le cas où le débiteur s'est conventionnellement engagé à fournir une caution ou dans les cas d'un cautionnement légal ou judiciaire, l'article 15 (1) de l'AUS énonce que la caution fournie « doit être domiciliée ou faire élection du domicile dans le ressort territorial de la juridiction où elle doit être fournie, sauf dispense du créancier ou de la juridiction compétente ».

PARAGRAPHE 3 : L'ETENDUE DU CAUTIONNEMENT

C'est en réalité l'étendue de l'obligation de la caution et deux questions méritent d'être abordées : quelle est la dette ou quelles sont les dettes garanties par la caution (A) ? Quel est le montant de l'engagement de la caution (B) ?

B- LA DETERMINATION DES DETTES GARANTIES PAR LA CAUTION

Elle dépend de ce que la caution a garanti une ou plusieurs dettes déterminées (I) ou qu'elle garantit un ensemble de dettes indéterminées (II).

IV- Le cautionnement d'une ou plusieurs dettes déterminées

Classique, cette hypothèse ne pose pas de difficultés particulières. En effet, le cautionnement intervient ici à l'occasion d'un crédit déterminé qui est octroyé au débiteur. Il peut même s'agir de plusieurs dettes cautionnées par un acte unique.

V-Le cautionnement de dettes indéterminées

Deux cas de figure sont possibles. Le cas du cautionnement des dettes indéterminées envers un créancier déterminé (1) sera examiné avant celui du cautionnement des dettes indéterminées envers des créanciers indéterminés (2).

1- Le cautionnement des dettes indéterminées envers un créancier déterminé

La caution peut couvrir les dettes indéterminées d'un débiteur envers un créancier déterminé. Ce type de cautionnement peut être donné d'une manière tout à fait général et couvrir par exemple toutes les dettes d'une société envers une banque, auquel cas on parle de cautionnement *omnibus* ou illimité. Mais il peut aussi être restreint à la garantie d'un certain type d'engagements ou du solde débiteur d'un compte courant.

2- Le cautionnement des dettes indéterminées envers des créanciers indéterminés

Une caution peut tout aussi bien garantir toutes les dettes d'un débiteur envers tous ses créanciers à l'instar d'un père qui, voulant aider son fils à mettre en bonne voie une activité professionnelle, accepte de garantir toutes les dettes se rattachant à cette activité. Un tel engagement peut être suivi de contrat particulier de cautionnement avec les différents créanciers, ce qui nous renvoie au cas pr c dent à savoir celui du cautionnement des dettes indéterminées envers les créanciers déterminés. Mais en l'absence de ces contrats particuliers, l'engagement général de la caution, parfaitement valable, peut néanmoins profiter au créancier par le mécanisme de la stipulation pour autrui. Dans ces hypothèses, la vraie question qui se pose est de savoir quelle est l'étendue de l'obligation de couverture sur le double plan matériel (a) et temporel(b).

a- L'étendue matérielle de l'obligation de couverture

Il s'agit de répondre à la question quelles catégories de dettes sont couvertes ? La réponse à cette question ne pose aucune difficulté si l'étendue du cautionnement a été restreinte à une catégorie particulière d'engagements. En revanche, les difficultés se concentrent dans le cautionnement *omnibus* ou cautionnement général. Mais dans la pratique, la détermination des dettes garanties est généralement le fait d'une clause qui les décrit. Mais le législateur a limité à l'article 19 (1) de l'AUS l'étendue de ces cautionnements en excluant d'une part les dettes délictuelles ou en, rapport avec une activité totalement nouvelle du débiteur et d'autre part les dettes contractuelles indirectes.

b- L'étendue temporelle de l'obligation de couverture

La question à laquelle on répond ici est de savoir pendant combien de temps la caution garantit- elle les dettes du débiteur principal envers le créancier ? L'article 19 (3) dispose à cet effet « sauf clauses contraires, le cautionnement général ne garantit pas les dettes du débiteur principal antérieures à la date du cautionnement ». Le texte signifie entre autres, que l'obligation de couverture qui a un caractère successif peut être à durée déterminée ou indéterminée.

Dire que l'obligation de couverture est à durée indéterminée signifie que le cautionnement est illimité dans le temps. C'est de loin la formule la plus avantageuse pour la caution. En effet, l'absence de limitation de durée ne signifie nullement que la caution sera tenue *ad vitam eternam*, ou pendant toute la vie de la société cautionnée, ou encore avant l'atteinte du plafond du cautionnement. Parce qu'un principe général de notre droit déduit de l'article 1780 code civil, interdit des engagements perpétuels, l'article 19 (2) *in fine* de l'AUS énonce que : « tous les engagements du débiteur

garanti nés avant la révocation, restent garantis par la caution » Autrement dit, l'obligation de règlement survit à l'extinction de l'obligation de couverture.

Dire en revanche que l'obligation de couverture est à durée déterminée signifie que le cautionnement est limité dans le temps. Cette formule, contraignante pour la caution, est à déconseiller. Il est en effet admis que la caution qui s'engage pour une durée déterminée perd son droit de révocation unilatéral : elle garantit les crédits accordés jusqu'au terme fixé. Et à cette échéance, la caution n'est pas lib r e puisqu'elle prend en charge les dettes nées avant : c'est donc l'obligation de couverture qui s'éteint à l'arrivée du terme et non celle de règlement.

B- LE MONTANT DES ENGAGEMENTS DE LA CAUTION

27

Le principe est celui de l'exigence d'un montant défini incluant le principal et les accessoires. C'est ce qui ressort des dispositions de l'article 19 (1), selon lesquelles le cautionnement *omnibus* « doit être conclu, sous peine de nullité, pour une somme maximale librement déterminée entre les parties incluant le principal, les intérêts, et autres accessoires ».

SECTION III : LA PREUVE DU CAUTIONNEMENT

L'étude de l'objet de la preuve (Paragraphe I) pr c dera celle de ses modes (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'OBJET DE LA PREUVE

Il est triple et concerne l'existence de l'engagement de la caution poursuivie (A), l'étendue de cet engagement (B) et le caractère simple ou solidaire du cautionnement (C).

A- LA PREUVE DE L'EXISTENCE DU CAUTIONNEMENT

Le principe est posé par l'article 14 (1) de l'AUS qui dispose que « le cautionnement ne se présume pas quel que soit la nature de l'obligation garantie. Il se prouve par un acte comportant la signature de la caution et du créancier ». On peut déduire de ce texte que le cautionnement est un contrat qui ne se prouve que par écrit, à l'exclusion de tous les autres modes de preuves, réserve faite du serment et de l'aveu judiciaires qui sont des modes de preuve exceptionnels et, pour cette raison, sont toujours admis en droit positif. En revanche, le cautionnement ne peut pas se déduire des circonstances ou de simples présomptions et les termes obscurs ou ambigus s'interprètent en faveur de la caution.

B- LA PREUVE DE L'ÉTENDUE DE L'ENGAGEMENT DE LA CAUTION

Dans le cas du cautionnement d'une dette déterminée, la question se pose de savoir si l'engagement de la caution s'étend aux accessoires de la dette garantie. Selon l'article 18 (1) de l'AUS « sauf clauses contraires, le cautionnement d'une obligation s'étend outre le principal et dans la limite de la somme marginale garantie, aux

accessoires de la dette aux frais de recouvrement de la créance, y compris ceux postérieures à la dénonciation qui est faite à la caution ». Dans le cas du cautionnement d'un ensemble de dettes, on sait déjà que l'article 19 (1) prescrit l'indication de la somme maximale garantie qui inclut le principal, les intérêts et autres accessoires. Il reste que le juge doit vérifier le respect des règles limitant l'étendue des cautionnements *omnibus* (voir supra).

C- LA PREUVE DU CARACTÈRE SIMPLE OU SOLIDAIRE DU CAUTIONNEMENT

On sait selon les dispositions de l'article 20 al. 2 de l'AUS que le principe est que le cautionnement est réputé solidaire. Ce principe qui vise les rapports entre la caution et le débiteur principal signifie donc que la preuve à apporter le cas échéant est celle du caractère simple de l'engagement selon l'art. 20 al 2. Cependant, aucune forme n'est requise pour constater le caractère simple du cautionnement qui peut se déduire de l'attitude des parties comme par exemple, lorsqu'elles maintiennent expressément les bénéfices de discussion et de division.

Dans les rapports entre cautions ou encore entre cautions le cautionnement est réputé simple, la solidarité devant être expressément stipulée (art. 28). Enfin, s'agissant du cas des certificateurs de caution, l'article 21 al. 2 dispose que « sauf stipulation contraire, le ou les certifications de caution sont simples de la caution certifiée ».

PARAGRAPHE II : LES MODES DE PREUVE

Le cautionnement doit être prouvé par écrit (A). Il est en outre soumis à quelques exigences particulières (B). Certains cautionnements étant même soumis à des règles de preuve spécifique (C).

A- LE PRINCIPE DE LA PREUVE ÉCRITE

Le principe retenu par le droit OHADA est celui de la preuve préconstituée qui signifie que l'écrit devant servir de preuve au cautionnement est établi avant tout contentieux, c'est-à-dire au moment de la mise en place du contrat. C'est le sens à donner à l'article 14 (1) de l'AUS. L'écrit exigé pourra être un simple acte sous seing privé, comportant la signature des deux parties ou, le cas échéant, celle des témoins certificateurs en application de l'article 14 al.2. Le cautionnement étant un contrat unilatéral. La formalité du double n'est pas en principe exigée (voir supra).

B- LES EXIGENCES COMPLÉMENTAIRES RELATIVES A L'ACTE DE CAUTIONNEMENT

Il s'agit d'abord de l'exigence d'une mention manuscrite posée par l'article 14 al. 1 de l'AUS qui dispose que l'acte comporte « la mention écrite de la main de la caution en toutes lettres et en chiffres de la somme maximale garantie ». Le texte précise qu'en cas de différence entre les sommes en lettres et en chiffres, le cautionnement vaut pour les sommes exprimées en lettres. Si la caution est illettrée, cette exigence est satisfaite par les témoins.

Le défaut de mentions manuscrites devrait en dépit du mutisme actuel du législateur OHADA sur la question et en attendant que la jurisprudence se prononce, devrait s'analyser en une cause de nullité de l'acte, sauf possibilité de régularisation comme le recommande la doctrine (D.J. Zambo Zambo, article préc.).

En tout cas l'écrit qui en est dépourvu ne sera pas retenu comme preuve. Il s'agit ensuite de la nécessité d'indiquer la somme maximale garantie. Cette exigence concerne surtout, l'hypothèse où la caution a souscrit un engagement *omnibus* et est requise à peine de nullité.

Il s'agit enfin de l'annexion de l'acte constitutif de l'obligation principale à la convention de cautionnement. Cette formalité qui trouve sa source dans l'article 18 al. 2 de l'AUS ne se justifie que si le cautionnement est constitué par un acte séparé. Son non-respect n'invalide pas le cautionnement, mais dans ce cas, le contrat de cautionnement ne constitue qu'un commencement de preuve par écrit qui peut être corroboré par d'autres éléments tels qu'une reconnaissance de la dette principale.

29

C- LE CAUTIONNEMENT SOUMIS A DES RÈGLES DE PREUVE PARTICULIÈRES

Il s'agit des cautionnements souscrits par acte authentique qui devraient faire disparaître les exigences relatives à la mention manuscrites, la protection de la caution étant suffisamment assurée par les conditions particulières de passation de l'acte et le devoir du conseil du notaire. Enfin la doctrine suggère d'tendre les exigences de l'art. 14 (1) au mandat de se porter caution.

SECTION IV L'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT

Cette extinction peut résulter de l'extinction de la dette principale. On parle de l'extinction par voie accessoire (Paragraphe I). Elle peut aussi résulter d'une cause qui est propre au cautionnement. On parle dans ce cas de l'extinction par voie principale (Paragraphe II).

PARAGRAPHE I : L'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT PAR VOIE ACCESSOIRE

On sait que l'article 29 al. 1 permet à la caution ou certificateur de caution d'opposer au créancier toutes les exceptions inhérentes à la dette. On en déduit que la caution est privée du droit d'opposer au créancier les exceptions purement personnelles au débiteur. Et parce que la règle de l'article 29 bénéficie à toutes les exceptions, le principe peut être formulé que : toute cause d'extinction de la dette principale aura le même effet sur l'obligation de la caution, conformément à l'article 36 de l'AUS. De fait, on constate que certaines causes d'extinction emportent satisfaction du créancier (A), alors que d'autres n'ont pas cette vertu (B).

A- L'EXTINCTION PAR SATISFACTION DU CRÉANCIER

Le créancier reçoit satisfaction de manière directe ou indirecte. Lorsque l'obligation principale est payée (I), éteinte par dation (II) ou compensée (III).

I- LE PAIEMENT DE L'OBLIGATION PRINCIPALE

Le paiement de la dette garantie, mode normal d'extinction de celle-ci, va évidemment bénéficier à la caution, mais à une double condition. Prem irement, le paiement doit être libératoire, c'est-à-dire procurer la satisfaction au créancier, ce qui exclut le paiement nul. Deuxièmement, il doit avoir été fait par le débiteur principal lui-même.

Mais au-delà, la véritable question que soulève le paiement a trait à son imputation en cas de paiement partiel. On sait que le paiement partiel, non totalement satisfaisant ne peut être opposé au créancier. Mais si le créancier accepte, la caution est dégagée à due concurrence. Des difficultés apparaissent cependant dans deux hypothèses.

Dans une première hypothèse, une partie seulement de la dette est cautionnée alors que le débiteur n'effectue qu'un paiement partiel. Exemple : soit une dette de 100 cautionnée à hauteur de 50 avec un paiement partiel de 50 fait par le débiteur. Selon que ce paiement sera imputé sur la fraction de la dette cautionnée ou non, la caution sera déchargée ou pas. La loi et l'usage étant muets sur la question, la règle supplétive de la volonté des parties est que le paiement s'impute d'abord sur la fraction non cautionnée de la dette, car dit-on en doctrine, la sûreté doit subsister tant que la dette n'est pas éteinte.

Dans une seconde hypothèse, celle de l'imputation du paiement partiel en cas de pluralités de dettes dont une seule est cautionnée et les autres non. Exemple : « A » est débiteur de « B » d'une dette de 100 cautionnée par « C » et d'une seconde dette de 120 non cautionnée. A effectue un paiement de 150. Selon qu'on n'impute sur la dette cautionnée ou sur la seconde, C sera libéré, ou au contraire sera débiteur à hauteur de 70. Dans ce cas et sauf dispositions contraires de la volonté des parties, l'article 1253 du C. Civ. donne la solution (supplétive) en classant les possibilités d'imputation :

- c'est d'abord le débiteur en payant qui peut désigner la dette qu'il éteint ;
- si le débiteur ne fait pas de précision, il appartient au créancier de le faire, mais seulement dans la quittance ;
- sinon en application de l'article 1256 du code civil, le paiement doit être imputé sur celles des dettes que le débiteur avait le plus intérêt à acquitter. Et Christian Mouly a montré que la dette la plus onéreuse est la dette cautionnée, que le cautionnement soit rémunéré ou pas, puisque dans ce dernier cas, le recours personnel de l'article 32 de l'AUS permet à la caution de réclamer au débiteur puisqu'il n'est d  au créancier.

II- LA DATION EN PAIEMENT

Mode d'extinction des obligations et donc par hypothèse du cautionnement, la dation en paiement consiste pour le créancier à recevoir en guise de paiement une

chose autre que celle convenue initialement. Mais si d’aventure ce mode de paiement est nul, soit parce que le débiteur n’était pas propriétaire de la chose remise ou qu’il n’en avait pas la libre disposition, le débiteur n’est guère libéré. On aurait pu s’attendre en pareille hypothèse que le cautionnement recouvre son efficacité. Mais il n’en est rien puisque l’article 32 al 2 de l’AUS dispose par faveur pour la caution que « une dation en paiement lib re définitivement la caution même si le créancier est ensuite évincé de la chose acceptée par lui. Toute clause contraire est réputée non écrite ».

III- LE PAIEMENT PAR COMPENSATION

On sait qu’il y’a compensation lorsque deux personnes sont réciproquement cr ancit re débitrice l’une de l’autre. Elle se produit de plein droit si les deux dettes sont certaines, liquides, et exigibles. Elles s’éteignent alors à concurrence de la plus faible. Si des dettes compensées étaient garanties par un cautionnement, il semble logique que la compensation éteignant la dette principale, le fasse également pour le cautionnement. L’article 1294 C.Civ va même plus loin et permet à la caution de se prévaloir de la compensation à l’encontre du créancier même si le débiteur ne le fait pas ou y renonce.

31

B- L’EXTINCTION SANS SATISFACTION DU CRÉANCIER

Cela s’opère en cas de remise de dette (I), de novation (II), de confusion (III), de prescription (IV) ou encore de nullité, résolution ou résiliation (V).

I- LA REMISE DE DETTE CONSENTIE PAR LE CRÉANCIER

La remise ou la décharge conventionnelle accordée au débiteur principal lib re les cautions qu’elle soit totale ou partielle. La caution étant dans cette dernière hypothèse déchargée par la même mesure. Cette solution qui repose sur le caractère accessoire du cautionnement connait cependant des altérations dans le cadre des procédures collectives d’apurement du passif. L’acte uniforme y relatif prévoyant par exemple à l’article 18 (3) « les co-obligés ou les personnes ayant consenties une sûreté personnelle ou affectée ou cédée un bien en garantie ne peuvent se prévaloir des délais et remises du concordat préventif ».

II- LA NOVATION

Selon l’article 36 al. 3 de l’AUS « la novation de l’obligation principale par changement d’objet lib re la caution. Toute clause contraire étant réputée non écrite ». Ce texte précise que la novation qui ne se présume pas et qui s’opère, soit par changement de débiteur, de créancier, soit par changement d’objet, de cause, de certaines modalités de la dette ou de sûreté dont celle-ci était assortie profite à la caution si elle éteint l’obligation principale. Elle cependant laisse survivre le cautionnement, si la caution accepte de reporter sa garantie sur la nouvelle dette, mais il s’agit dans ce cas d’un nouveau contrat de cautionnement avec toutes les conséquences que cela implique.

III- LA CONFUSION

On sait qu'il y'a confusion lorsque les qualités de créancier et de débiteur se rencontrent dans la même personne. Ainsi, la confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal profite-elle à ses cautions. En revanche, lorsque la société cr anciere ou débitrice garantie fusionne avec une tierce société ou fait l'objet d'une scission, on assiste à la création d'une ou plusieurs personnes morales nouvelles, et la caution reste tenue pour les dettes transmises à la ou aux nouvelle (s) sociétés, mais non celles nées postérieurement à l'opération.

IV- LA PRESCRIPTION

La prescription de l'obligation principale emporte l'extinction du cautionnement qu'il soit simple ou solidaire. Même la renonciation du débiteur principal ne saurait faire renaître l'obligation de la caution. Les délais de prescriptions sont variables trente ans par principe en droit commun. Cinq ans en matière commerciale ou en cas d'actes mixtes, deux ans en matière de vente commercial.

32

V- NULLITÉ, RÉSOLUTION OU RÉSILIATION DE L'OBLIGATION PRINCIPALE

La nullité, la résolution et la résiliation sont des exceptions inhérentes à la dette dont peut se prévaloir la caution. On sait qu'il n'en va autrement que pour la nullité de l'obligation, principale pour incapacité. Parce que le contrat frappé de nullité ou de résolution est anéanti rétroactivement, la garantie dont il est assorti disparaît également. Elle devient en réalité rétroactivement caduque. En revanche, la résiliation n'ayant aucun caractère rétroactif, la caution reste tenue des dettes nées avant cet  v nement.

PARAGRAPHE II : L'EXTINCTION PAR VOIE PRINCIPALE

Bien qu'il soit accessoire, l'engagement de la caution repose sur un contrat distinct de celui qui donne naissance à l'obligation principale. L'engagement de la caution peut donc disparaître alors que celui du débiteur principal subsiste, mais les causes d'extinction varient selon qu'on envisage l'obligation de couverture (A) et l'obligation de règlement (B).

B- L'EXTINCTION DE L'OBLIGATION DE COUVERTURE

Son étude invite à préciser les causes d'extinction (I) et les conséquences qui en résultent (II).

I- LES CAUSES D'EXTINCTION DE L'OBLIGATION DE COUVERTURE

L'obligation à exécution successive de couvrir les dettes futures prend naturellement fin à l'arrivé du terme (1). Elle peut également s'éteindre dans les cas

précis, en cas de résiliation unilatérale (2) du contrat de cautionnement, à la suite du décès de la caution (3), ou encore à la suite de la disparition de la personnalité juridique du débiteur ou du créancier (4).

1- L'arrive du terme

Lorsque l'obligation de couverture porte sur les dettes à naître jusqu'à une date ou un  v nement déterminé, le principe est que la survenance du terme convenu y met fin. Mais la caution reste tenue de l'obligation de règlement. La question se pose néanmoins de savoir si en l'absence de terme expressément convenu ou stipulé, il est possible d'ériger en terme implicite certains  v nements. La doctrine y est favorable, contrairement à la jurisprudence qui refuse de consacrer la théorie des termes implicites.

2- La résiliation unilatérale

Elle est possible dans deux cas. Prem rement, lorsque le cautionnement est à durée indéterminée. Deuxièmement, lorsque la caution s'est contractuellement réservée l'exercice à titre anticipé de cette faculté. Mais dans le premier cas, parce que la caution ignore souvent cette faculté, l'article 25 de l'AUS oblige le créancier à rappeler dans le mois qui suit le terme de chaque semestre civil à la caution la faculté de révocation et l'éclairer sur l'état de la dette en principal et en accessoires.

3- Le décès de la caution

Aux termes de l'article 36 alinéa 4 de l'AUS, « les engagements de la caution simple ou solidaire passent à ses héritiers uniquement pour les dettes nées antérieurement au décès de la caution ». Ce texte entérine la solution dégagée par la Cour de cassation française dans l'affaire CONSORTS ERNAULT, Civ Com. du 29 Juin 1982, Bull 4, 258, D. 1983, p. 360, note Christian Mouly. Dans cette affaire, la Cour de cassation a délaissé la solution qui avait jusque-là cours et qui faisait passer les engagements de la caution à ses héritiers dans leur intégralité. Si d'aventure des créanciers malins inséraient dans leurs contrats des clauses prévoyant que les héritiers seront tenus même pour les dettes postérieures au décès de la caution (leur auteur), de telles clauses devraient être considérées comme nulles parce qu'elles constituent des pactes sur successions futures interdits par l'article 1130 du Code civil.

4- La disparition de la personnalité juridique du créancier ou du débiteur

Cette disparition peut résulter du décès s'il s'agit des personnes physiques **(a)** ou d'une fusion ou scission, s'il s'agit de personnes morales **(b)**.

a- Le décès du créancier ou du débiteur

On sait qu'au moment du décès du débiteur principal, aucune dette ne peut plus naître dans son patrimoine de son chef, qui se trouve ainsi gel . Il est donc logique que l'obligation de couverture s'éteigne, l'obligation de règlement survivant pour les dettes antérieures au décès du débiteur. Dans l'hypothèse symétrique du décès du créancier, on admet également que l'obligation de couverture est éteinte, mais que la caution demeure tenue de son obligation de règlement envers les héritiers du créancier. Cette

solution s'explique elle aussi par le fait qu'à compter du décès d'une personne (le créancier), son patrimoine ne peut plus enregistrer aucune créance nouvelle car il est gelé. Le principe est donc qu'une garantie souscrite au profit d'un créancier déterminé ne peut être invoquée par un autre et c'est ce qui explique l'extinction de l'obligation de couverture.

b- La scission ou la fusion de la société débitrice ou créancière

L'article 191 de l'AU sur les Sociétés Commerciales et le Groupement Intérêt économique énonce que la fusion ou la scission entraîne la dissolution, sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires. Ce texte impose l'analogie avec le décès des personnes physiques qui entraîne aussi la dévolution universelle du patrimoine et les conséquences pour la caution d'une société concernée par une telle situation sont alors les mêmes que dans le cas de la personne physique

34

II- LES CONSÉQUENCES DE L'EXTINCTION DES CONDITIONS DE COUVERTURES

Les causes d'extinction entraînant l'extinction de l'obligation de couverture laissent néanmoins survivre l'obligation de règlement et il faut préciser la portée de ce maintien (1), les choses étant plus délicates lorsque la caution s'est engagée à garantir le solde d'un compte courant (2).

1- La portée du maintien de l'obligation de règlement

L'obligation de règlement subsiste pour les dettes nées antérieurement sans qu'il importe que celles-ci ne soient devenues exigibles que postérieurement. Lorsque le cautionnement est garanti par plusieurs cautions solidaires et que l'une d'entre elles résilie le contrat, cette décision n'a aucune incidence sur les droits du créancier contre les autres cautions.

2- L'extinction du cautionnement d'un compte courant

On sait qu'en raison du principe d'indivisibilité, le solde d'un compte courant n'est exigible qu'à la clôture définitive du compte. Or, entre l'extinction de l'obligation de couverture et l'exigibilité solde, le compte peut continuer à fonctionner. La détermination de l'obligation de règlement doit être faite de manière à ce que la caution ne subisse pas la continuation du compte, postérieurement à l'extinction du cautionnement (obligation de couverture). Mais ni le code civil, ni le droit OHADA ne traitent de cette question.

La doctrine autorise, notamment monsieur le doyen A. Minkoa She, invite alors à se référer aux principes posés par la Cour de cassation française. Ils ont été déterminés par un arrêt de principe du 22 Novembre RTDCom 1973, p. 309, obs. Michel Cabrillac et Rive Langes J.L. Ils sont au nombre de trois et permettent de déterminer l'étendue de l'obligation de règlement.

Premier principe : au jour de l'extinction de l'obligation de couverture, il est établi un solde provisoire qui tient compte des opérations en cours, c'est-à-dire jusque-

la menées. Ce solde provisoire n'est pas exigible car le compte n'est pas encore clôturé. Il est donc susceptible d'évoluer à la baisse.

Deuxième principe : il faut considérer le montant du solde provisoire comme un plafond. Les avances ultérieures du créancier (banque) qui viendront grossir le solde sont indifférentes de la caution. Il faut donc toujours rechercher si le solde définitif, même inférieur au solde provisoire, ne résulte pas de ces avances.

Troisième principe : la dette de la caution diminue par l'effet des remises effectuées par le débiteur principal et inscrite au crédit du compte. Il peut donc arriver que la caution n'ait aucune obligation de règlement à assumer, alors que le solde provisoire et le solde définitif soit débiteurs.

Exemple : au jour de l'extinction de l'obligation de couverture, le débit du compte courant montre que le débiteur principal doit 1.500.000 FCFA. Cette dette de 1.500.000 Cfa constitue le solde provisoire qui n'est pas encore exigible puisque le compte n'est pas clôturé.   la clôture du compte, le solde définitif est de 1.000.000, considérons alors deux hypothèses :

Première hypothèse : entre l'extinction de l'obligation de couverture et la clôture du compte, le débiteur a effectué des remises pour 500.000 FCFA. Ce qui donne un solde définitif de $-1.500.000 + 500.000 \text{ FCFA} = 1000000 \text{ FCFA}$.

Deuxième hypothèse : entre la résiliation du cautionnement et la clôture du compte, le créancier (la banque) a consenti de nouvelles avances pour 1000.000 FCFA et le débiteur a effectué des remises pour 1.500.000.

Ce qui donne un solde définitif de : $-- 1\ 500\ 000 + 1\ 500\ 000 - 1000.000 = -- 1000.000 \text{ FCFA}$.

Quelle obligation de règlement va peser sur la caution dans l'un et l'autre cas ?

Dans le premier cas, la caution assumera une obligation de règlement 1000000 déterminé comme suit : $- 1.500.000(\text{solde provisoire}) + 500.000 (\text{remise}) = - 100.000$.

Dans le deuxième cas, la caution ne doit rien, car en effet, les nouvelles avances ($- 1000.000$) ne comptent plus alors que les remises (1.500.000) comptent ce qui donne : $- 1.500.000$ (qui équivaut à une solde provisoire) $+ 1.500.000$ ( quivalent à la remise) $= 0$.

B- L'EXTINCTION DE L'OBLIGATION DE REGLEMENT

L'article 37 de l'acte uniforme énumère un certain nombre de causes d'extinction. La doctrine considère que ce texte est lacunaire et qu'il faut prendre comme base l'article 2034 du code civil qui disposé que « l'obligation qui résulte du cautionnement s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations ». Il suffit donc d'appliquer le droit commun (I), étant entendu que la faute ou le fait du créancier peut aussi libérer la caution (II).

I- L'application du droit commun

Il s'agit de l'application de l'article 1234 et il importe d'examiner les effets de libération de la caution à l'égard du débiteur principal (1) et des cofid jusseurs (2).

1- les effets de libération de la caution à l'égard du débiteur principal

Lorsque le débiteur principal est libéré, la caution l'est aussi, mais l'inverse n'est pas vraie, à moins que la caution ne soit lib r e parce qu'elle a satisfait le créancier. Dans ce cas, le débiteur principal libéré à l'égard du créancier s'expose au recours de la caution. Ces principes se vérifient aussi bien en ce qui concerne la remise de dette, la compensation et la confusion.

S'agissant de la remise dette, l'article 37 al. 2 de l'acte uniforme prévoit que le débiteur n'est pas libéré si une telle remise est accordée à la caution.

S'agissant de la compensation, l'article 37 al. 1 de l'acte uniforme prévoit que la caution est seule lib r e lorsque « sur poursuite dirigée contre elle, la caution excipe de la compensation pour une créance personnelle ». Elle dispose cependant d'un recours contre le débiteur principal à hauteur du paiement effectué par voie de compensation.

S'agissant enfin de la confusion, elle peut se produire dans deux hypothèses : soit que la caution acquiert la qualité de créancier héritage, fusion), auquel cas, l'article 37 (3) prévoit que la caution est lib r e et non le débiteur principal qui peut être poursuivi. Soit alors que la caution et le débiteur principal deviennent une même personne. Parce que cette situation ne doit pas nuire au créancier, le principe est que les deux obligations, celle de la caution et du débiteur principal vont subsister. Ce qui peut présenter un intérêt pour le créancier lorsqu'il bénéficie d'un cautionnement réel ou d'un certificateur, c'est le sens de la solution retenue par l'article 38 de l'acte uniforme.

2- Les effets de la libération de la caution à l'égard des cofid jusseurs

En principe, la libération de l'une des cautions ne lib re pas les autres, à moins qu'elles aient fait de l'obligation de la première, la condition de leur propre engagement. Mais on admet que l'obligation des cofid jusseurs à l'égard du créancier est diminuée de la part de la caution lib r e.

II- La libération de la caution par la faute ou le fait du créancier

Dans certains cas, la faute du créancier, décharge la caution. C'est l'hypothèse du bénéfice de subrogation ou de cession d'actions (1). Elle peut aussi permettre à la caution d'engager la responsabilité civile du créancier, diminuant autant sa dette (2). Enfin les créanciers sont tenus d'une obligation d'information de la caution dont le non-respect est sanctionné (3).

2- Le bénéfice de subrogation ou de cession d'action

Aux termes de l'article 29 (2) de l'acte uniforme « la caution simple ou solidaire est déchargée quand la subrogation aux droits et garanties du créancier ne peut s'opérer, en sa faveur, par le fait du créancier. Toute clause contraire est réputée non écrite ». Ce texte signifie que lorsque la dette garantie est assortie en plus du cautionnement d'autres sûretés, le créancier ne doit pas laisser perdre ces sûretés à peine de perdre ses droits contre la caution. En dépit des termes restreint de l'article 29 alinéa 2, le bénéfice de subrogation ou de cession d'actions peut être invoqué par

toutes les cautions personnelles ou réelles. Il bénéficie également, lorsque les conditions sont remplies, aux certificateurs de caution ou à la sous-caution. Notons enfin que la règle est d'ordre public et aucune caution ne peut en principe y renoncer. Mais la règle ne jouera qu'à trois conditions :

Il faut qu'il y ait effectivement perte des droits et garanties de telle sorte que la caution ne peut plus être subrogée dans un droit appartenant au créancier. Sont par conséquent visées, les garanties de toute sorte auxquels il faut ajouter tout autre droit préférentiel susceptible de conférer à son titulaire une facilité plus grande dans la perception de la créance que le droit de gage général. La règle joue que la perte concerne le droit ou son assiette matérielle. La règle ne concerne cependant pas les garanties postérieures à l'engagement de la caution.

Il faut un fait du créancier, la notion de fait signifiant faute *lato sensu*. Elle peut être constituée par une omission ou un acte positif, compromettant l'existence de sa garantie ou de sa valeur économique ; émaner du créancier lui- même d'un mandataire ou d'un préposé.

Il faut un préjudice éprouvé par la caution. La caution devrait en conséquence demeurer tenue, s'il est prouvé que la sûreté aurait été de toute façon inefficace. Exemple (l'hypothèse perdue était de dernier rang et que la valeur de l'immeuble était absorbée par les hypothèques précédemment constituées.

S'agissant de l'étendue de la décharge, il ressort de l'article 29 al. 3 que la décharge de la caution est mesurée au préjudice qu'elle subit.

2- La responsabilité civile ordinaire du créancier

Cette responsabilité s'est développée surtout s'agissant des banquiers. A l'égard de la caution, la responsabilité de la banque cr anc re est délictuelle et s'analyse, soit en soutien abusif de crédit qui crée une apparence de santé financière. Soit, inversement, en une rupture abusive de crédit provoquant un jugement d'ouverture en provoquant une débâcle qu'on aurait peut-être pu éviter. Dans tous les cas, si la caution parvient à établir la faute de la banque (créancier) et qu'elle obtient des dommages et intérêts, elle demandera une compensation entre la dette de cautionnement et le montant des dommages et intérêts.

3- Le non-respect de l'obligation légale d'information

On sait que cette obligation prévue par l'article 25 de l'acte uniforme pèse sur le créancier bénéficiaire d'un cautionnement *omnibus*. En cas de manquement, l'article 25 prévoit que le créancier est privé du droit de percevoir les intérêts échus depuis la date de la précédente information, jusqu'à celle de la communication de la nouvelle information. Cette sanction peut se cumuler avec les autres et se compensera, augmentée le cas échéant de dommages et intérêts, avec la dette résultant du cautionnement.