

Les Témoins Certificateurs Dans Le Cautionnement Ohada

Robert ASSONTSA

Maître de Conférences de Droit Privé et Sciences Criminelles

Maître-Assistant CAMES

FSJP-Université de Dschang

Nadine Mireille MEJUTOH

Master II en Droit et Carrières Judiciaires

Doctorante à la FSJP-Université de Dschang

Résumé :

En vue de rendre plus attractif le droit africain des sûretés, le législateur de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), depuis l'adoption de l'Acte Uniforme Portant organisation des Sûretés (AUS) en 1998 en passant par la réforme de 2010, a toujours pris en compte l'apport des tiers dans le mécanisme de constitution et de réalisation des sûretés. C'est dans ce sens qu'il a rendu nécessaire la contribution des témoins certificateurs pour la validité du cautionnement. L'intervention de ces tiers se justifie par l'illettrisme et l'incapacité physique de la caution concernée, l'objectif étant d'assurer à cette dernière un engagement libre et exempt de tout vice. Cette participation est traduite par la confirmation de l'identité et de la présence de ladite caution et surtout l'affirmation après vérification, de ce que celle-ci s'engage en toute connaissance de cause. Pour renforcer cette mission, le législateur a consacré un certain nombre de moyens civils et répressifs visant à sanctionner la défaillance des témoins certificateurs. L'insuffisance de ceux-ci commande à l'avenir de réduire la qualité de témoin certificateur aux seuls professionnels du droit, ce qui pourra justifier l'aggravation des sanctions à leur encontre en cas de faute.

Mots clés : témoins certificateurs, cautionnement, garant, tiers, sûretés, constitution, réalisation.

Abstract :

In order to make african securities law more attractive, the Organization for the Harmonization of Business Law in Africa legislator, from the adoption of the Uniform Act of 1998 organizing Securities to the 2010 reform, has always taken into consideration the contribution of third parties in the mechanism of creation and realization of securities interests. In this sense, the contribution of certifiers witnesses is necessary for the validity of the bond. The intervention of these third parties is due to the illiteracy and physical incapacity of the guarantor concerned and with the aim of ensuring him a free commitment. By confirming it identity, it presence and also the confirmation after checking, that he understands the

nature and the effects of the opération. This mission is reinforced by the consecration of a certain number of repressive measures in case of failure of the certifiers witnesses. However, it seems appropriate to further strengthen the protection of the illiterate guarantor by reducing the quality of certifier witness to the people who practice professions related to the law. This will justify the aggravation of the sanctions against these professionals in case of misconduct.

Keywords: witnesses, certifiers, surety-bond, deed, tierd parties, securities, constitution, realization.

1. Il est incontestablement admis que les sûretés permettent de palier aux faiblesses du droit de gage général dont dispose tout créancier chirographaire sur le patrimoine de son débiteur. En effet, « les sûretés ont cette redoutable vocation d'exposer les biens des constituants, débiteurs ou tiers non tenus à la dette, aux poursuites des créanciers pour ne pas dire à leur appétit »¹. S'engager comme garant n'est donc pas chose vénielle. Il s'agit d'un acte particulièrement grave pour le tiers garant². La définition de la notion de sûreté, et plus spécialement celle du cautionnement, est à cet égard singulièrement évocatrice au regard des obligations qu'elle crée.

2. La sûreté est « l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci et notamment qu'elles soient présentes ou futures, déterminées ou déterminables, conditionnelles ou inconditionnelles, et que leur montant soit fixe ou fluctuant »³. De façon plus concrète, la sûreté est l'une des exigences souvent imposée au débiteur pour obtenir du crédit.

¹ SAKHO (M.), « Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés : propos introductifs autour d'une refonte d'envergure du droit des sûretés », *Revue de l'ERSUMA*, n° spéc., nov.-déc., 2011, p. 79 et s.

² ZAMBO ZAMBO (D.J.), « Les paradoxes de l'écrit dans le cautionnement en droit OHADA », *RRJ*, n°4, 2019, p. 1633. La gravité de l'acte de cautionnement pour la caution s'explique par le fait que celle-ci engage son patrimoine et s'expose à la ruine.

³ Art. 1^{er} de l'AUS.

« Plus on a des sûretés à offrir, plus on aura de chances d'obtenir du crédit »⁴. C'est sans doute leur importance en matière de crédit qui justifie l'adoption par l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)⁵ d'un Acte Uniforme y relatif. Dans le contexte africain marqué par la prédominance du secteur informel, l'adoption entre autres⁶ de cet Acte Uniforme portant organisation des Sûretés (AUS) est venue contribuer à la formalisation du cadre des affaires. En tant qu'acte juridique aux conséquences graves, le législateur africain encadre généralement la constitution des sûretés par des formalités diverses et parfois prohibitives. Seulement, dans le but d'ouvrir la possibilité de se porter garant à tous, il n'hésite pas à trouver des palliatifs à certaines règles formelles nécessaires à la constitution de certaines sûretés⁷. C'est le cas en matière de

cautionnement, notamment en ce qui concerne la mention manuscrite⁸ exigée.

Le cautionnement quant à lui est « est un contrat unilatéral par lequel la caution s'engage envers un créancier à exécuter l'obligation au cas où le débiteur ne le ferait pas »⁹. En son article 13, l'AUS l'appréhende comme « un contrat par lequel la caution s'engage, envers le créancier qui accepte, à exécuter une obligation présente ou future contractée par le débiteur, si celui-ci n'y satisfait pas lui-même »¹⁰. Aux termes de cette définition, le contrat de cautionnement implique uniquement le créancier et la caution¹¹, le débiteur pouvant être absent¹² et même non informé du cautionnement de son engagement¹³. La signature de la caution et le cas échéance des témoins certificateurs et du créancier sont suffisantes, à l'exclusion de celle du débiteur principal qui n'est pas partie au contrat de cautionnement¹⁴. Comme toute sûreté, il s'agit d'un acte lourd de conséquences, notamment pour la caution. C'est donc pour la protéger que le législateur l'entoure d'un formalisme particulier¹⁵. À ce propos, l'article 14 de l'AUS prévoit que le cautionnement ne se présume pas et se prouve par un acte comportant la signature des parties ainsi que la mention écrite de la main de la caution, en toutes lettres et en chiffres,

⁴ KALIEU ÉLONGO (Y. R.), *Les sûretés personnelles dans l'espace OHADA*, coll. Vademecum, PUA, Yaoundé 2006, p. 7.

⁵ Le sigle OHADA signifie, Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires. Cette organisation a été créée par le Traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires à Port Louis (île Maurice) en date du 17 octobre 1993 entre quatorze (14) pays africains membres de la zone franc. Il s'agit du Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Congo Brazzaville les Comores, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée Équatoriale, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Tchad, le Togo auxquels se sont ajoutées plus tard la République démocratique du Congo. Ce qui fait un total de 17 pays aujourd'hui. L'objectif de cette organisation est d'harmoniser le droit des affaires dans les États membres, de promouvoir l'arbitrage pour le règlement des litiges et d'améliorer la formation des magistrats et auxiliaires de justice. Comme le disent si bien certains auteurs, il s'agit d'une organisation qui ne cesse d'interpeller. « Elle est surprenante pour certains, démesurées, pour d'autres, stupéfiante pour d'autres encore. Elle est aujourd'hui à la croisée des chemins et son avenir est préoccupant ». V. POUGOUE (P.-G.) et KALIEU ÉLONGO (Y. R.), *Introduction critique à l'OHADA*, PUA, Yaoundé, 2008 ; ISSA-SAYEGH (J.) et LOHOUES-OBLE (J.), *OHADA harmonisation du droit des affaires*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 1 et s.

⁶ C'est le cas de l'Acte Uniforme portant Droit Commercial Général (AUDCG) ; de l'Acte Uniforme portant Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Économique (AUDCG) et de l'Acte Uniforme portant Procédure Simplifiées de Recouvrement et Voies d'Exécution (AUPSRVE) pour ne citer que ceux-là.

⁷ Dans le contexte africain, il n'est pas rare de voir des parents, bien que âgés, prêts à soutenir leurs descendants dans leurs multiples projets. Il s'agira le plus souvent des parents analphabètes ou illettrés, mais aux patrimoines bien fournis. L'ingéniosité du législateur africain à accorder des voies palliatives de nature à permettre à de telles personnes de se porter garantes est donc à saluer.

⁸ KALIEU ÉLONGO (Y. R.), « La mention manuscrite dans le cautionnement OHADA », *Juridis Périodique* n° 55, juill.-août-sept. 2003, p. 109 et s.

⁹ MALAURIE (P.) et AYNÈS (L.), *Droit des sûretés*, 12^e éd. LGDJ, Paris 2018, p. 37.

¹⁰ Cette définition issue de la réforme de 2010 a élargi le champ d'application de cette garantie par la consécration expresse du cautionnement des obligations futures. V. CROCQ (P.) (dir.) *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés*, Lamy, Paris 2012, p. 73 et s.

¹¹ Art. 13 al. 2 de l'AUS.

¹² Le contrat de cautionnement est valablement formé en l'absence du débiteur. En effet, le débiteur est tiers à ladite convention qui est valablement conclue entre le créancier et la caution. Seulement, l'absence du débiteur à la constitution n'exclut pas son information. D'ailleurs il est nécessaire qu'il soit informé de l'opération. V. CROCQ (P.) (dir.) *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés*, Lamy, Paris 2012, p. 75 et s.

¹³ KALIEU ÉLONGO (Y. R.), *Les sûretés personnelles dans l'espace OHADA*, op. cit., p. 18 et s.

¹⁴ ZAMBO ZAMBO (D.J.), « Les paradoxes de l'écrit dans le cautionnement en droit OHADA », op.cit., p. 1644.

¹⁵ La protection de la caution ne s'arrête pas à la mise sur pied des dispositions législatives. Elle semble chère à la jurisprudence notamment celle de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) qui « a clairement pris position en consacrant la solution, de rupture, de la solennité du contrat de cautionnement, au nom, semble-t-il, d'un impératif devoir de protection des cautions, surtout dans un contexte sociologique encore marqué par l'illettrisme » : V. ZAMBO ZAMBO (D.J.), « Les paradoxes de l'écrit dans le cautionnement en droit OHADA », op.cit., p. 1626.

de la somme maximale pour laquelle elle s'engage¹⁶. L'alinéa 2 de ce texte prévoit en outre que « *la caution qui ne sait ou ne peut écrire, doit se faire assister de deux témoins qui certifient dans l'acte de cautionnement son identité et sa présence et attestent, en outre, que la nature et les effets de l'acte lui ont été précisés* ». In fine, il ajoute que la présence des témoins certificateurs dispense la caution de l'accomplissement de la mention manuscrite sus-évoquée. Cette disposition élabore ainsi un palliatif voire une protection pour la caution qui ne sait ou ne peut matérialiser la mention manuscrite, mais ne donne pas une définition de témoin certificateur.

3. De manière générale, un témoin est une personne en présence de qui se produit ou s'établit, par hasard ou à dessein, un fait ou un acte¹⁷. Considéré généralement comme « *les yeux et les oreilles de la justice* », le témoin est en droit pénal celui qui a eu connaissance d'une infraction parce qu'il a vu ou entendu et qu'il peut attester sous la foi du serment comme réels et exacts les faits qu'il a personnellement constatés¹⁸. En droit des sûretés par contre et précisément en matière de cautionnement, puisque l'AUS en exige deux, on dira qu'ils ne sont plus seulement ceux qui ont assisté à la scène ou l'ont vécue¹⁹, ils sont des certificateurs et donc n'interviennent pas de façon fortuite. Ils sont invités à l'opération, comme le dit un auteur²⁰, aux fins d'attester un fait après l'avoir vérifié. L'attestation ici renvoie à l'affirmation par des tiers, de l'existence d'un fait ou d'une obligation²¹. Concrètement, il s'agit d'affirmer d'une part, l'identité et la présence de la caution qui ne sait ou ne peut écrire de sa main. D'autre part, il est question d'affirmer que la nature et les effets de l'acte ont été précisés à cette dernière. Si l'on s'en tient au *Vocabulaire juridique* dirigé par CORNU, les témoins certificateurs doivent avoir vérifié ses dires. L'exigence de deux témoins est à ce point significative. Le législateur de l'AUS n'a pas souhaité abandonner la caution analphabète au bon vouloir d'une seule personne. Ce qui pouvait

apparaître comme un alourdissement se mue en une sorte de protection supplémentaire pour la caution.

Ainsi entendu, le témoin certificateur ne se confond pas avec le certificateur de caution au sens de l'article 21 de l'AUS. En effet, ces deux tiers interviennent dans des contextes différents et pour des buts différents. Le premier intervient pour accompagner la caution qui ne sait ou ne peut écrire, et le second pour s'adjoindre à la caution qui fournit une garantie jugée peu rassurante par le créancier. Dans ce dernier cas, le créancier exigera une autre caution qui s'engagera à son tour à garantir la solvabilité de la caution initiale. On parle de cautionnement au second degré puisque celui-ci donne au créancier deux cautions dont la seconde répond de la première²². De même, le témoin certificateur du cautionnement se distingue de la sous-caution. Cette dernière est un moyen de garantir le remboursement de ce que le débiteur principal doit ou devra à la caution qui a payé ou qui paiera éventuellement²³. C'est dire que la sous-caution garantit le recours que la caution aura contre le débiteur après paiement. Elle n'a donc aucune obligation envers le créancier²⁴.

4. Les éclairages qui précèdent instruisent à suffisance sur la question centrale de cette étude. Elle est en effet de savoir si le témoin certificateur, tel que présenté par l'AUS, contribue suffisamment à assurer à la caution la pleine mesure de son engagement ? En réponse à cette question, on peut retenir *a priori* que l'apport du témoin certificateur destiné à la garantie d'un engagement libre et en toute connaissance de cause de la part de la caution concernée reste relatif.

5. L'incertitude autour de la réponse provisoire ainsi donnée cristallise tout l'intérêt qu'il y a à conduire l'étude jusqu'à son terme pour en être définitivement fixé. À l'occasion, nous pourrions davantage être saisies des subtilités de la notion de témoin certificateur du cautionnement, autant dans son rôle que dans les insuffisances relatives à sa mission qui entravent l'optimisation de la protection due à la caution. L'analyse de ces insuffisances débouchera sur des pistes de solutions pour ajouter une plus-value à ladite protection. De la sorte, le cautionnement échappera aux nullités dont il est souvent frappé, car une caution qui ne peut ou ne sait écrire, bien informé, ne pourra contester la validité du contrat sur la base d'un vice de consentement. Le vœu étant en définitive celui de l'efficacité du cautionnement à protéger les parties prenantes en

¹⁶ Cette mention manuscrite joue un rôle crucial dans le cautionnement, pas seulement en rapport à la question de la formation à savoir la preuve de ce contrat, mais également elle concerne sa mise œuvre. Elle permet par ailleurs de faire la distinction entre la caution profane et commerciales ou intéressée, de distinguer les formes de cautionnements qu'ils soient souscrits par acte authentique ou par acte sous seing privé, de mettre en exergue la question de la cause du cautionnement. V. KALIEU ÉLONGO (Y. R.), « La mention manuscrite dans le cautionnement OHADA », préc., p. 110.

¹⁷ CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant dernière éd., PUF, Paris, 2012, p. 1008.

¹⁸ ZANGUE (A. L.), *Le témoin dans le procès pénal*, Mémoire de Master, Université de Dschang, 2020, p. 7.

¹⁹ SISCARD (M.), « Qu'est-ce qu'un témoin ? », *Les Cahiers de médiologie* n° 2, Paris, 1999, pp. 77-78.

²⁰ CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 368.

²¹ *Ibidem*, p. 248.

²² Au premier rang, la caution du débiteur principal dite caution certifiée et au second rang, le certificateur encore appelé caution de la caution certifiée. Le créancier devra alors poursuivre le débiteur principal et en cas de défaillance de ce dernier, il poursuivra la caution certifiée. S'il n'obtient pas satisfaction, il devra poursuivre le certificateur. V. CROCQ (P.) (dir.) *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés*, op. cit., p. 88 et s.

²³ KALIEU ÉLONGO (Y. R.), *Les sûretés personnelles dans l'espace OHADA*, op. cit., p. 18 et s.

²⁴ *Idem*.

général et la caution en particulier, l'opportunité de la réflexion sur le témoin certificateur se renforce ou devient malaisément questionnable. En effet, le cautionnement serait sans grande importance ou alors remplirait difficilement sa fonction si les cautions devaient, au moment de l'exécution, déclencher des contentieux parasites sur l'étendue de leurs engagements. Heureusement, le législateur de l'AUS a consacré les témoins certificateurs devant les accompagner dans leur mission. Il n'est cependant pas allé jusqu'aux confins de son œuvre, par exemple en ouvrant cette qualité à tous, même au profit de ceux qui sont dans l'impossibilité ou l'incapacité d'en mesurer la portée. L'exégèse des dispositions de l'AUS, de même que l'analyse des décisions rendues en la matière et la comparaison d'avec le droit français donnent le lieu de s'en apercevoir. C'est tout dire de nécessité de la contribution du témoin certificateur à la validité du cautionnement (I) bien qu'un renforcement de celle-ci fût indéniable pour la rendre optimale (II).

I- La nécessité de la contribution du témoin certificateur à la validité du cautionnement OHADA

6. Aux termes l'AUS, la certification par les témoins est nécessaire en matière de cautionnement lorsque la caution « *ne sait ou ne peut écrire* »²⁵. L'hypothèse est celle où la caution est particulièrement limitée et donc incapable de matérialiser la mention manuscrite exigée du fait des lacunes qu'elle présente. Le législateur laisse ainsi transparaître le double fondement justifiant l'intervention des témoins certificateurs dans le cautionnement OHADA (A), de même qu'il donne un début d'éclairage sur le processus de mise en œuvre de ladite intervention (B).

A- Le double fondement de l'intervention des témoins certificateurs dans le cautionnement OHADA

7. En droit OHADA des sûretés, le cautionnement ne se présume pas, quelle que soit la nature de l'obligation garantie. C'est pourquoi, « *il est possible d'énoncer que l'écrit fait partie intégrante du contrat de cautionnement en droit OHADA qui, à tous points de vue, n'admet pas en principe de cautionnement qui ne résulte pas d'un écrit* »²⁶. La preuve se fait 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 [...]* »²⁷. Il est donc de principe que la caution puisse esquisser de sa main, sa signature et surtout la mention de la somme maximale en chiffres et en lettres pour laquelle elle s'engage. Pour ne pas exclure les

personnes inaptes à remplir cette formalité, le législateur africain ajoute que : « *la caution qui ne sait ou ne peut écrire doit se faire assister de deux témoins [...]* »²⁸. Par l'expression « *la caution qui ne sait ou ne peut écrire* », il faut entendre une personne illettrée ou une personne physiquement inapte. C'est donc l'incapacité physique (1) et l'illettrisme²⁹ de la caution qui fondent l'intervention des témoins certificateurs (2).

1- L'incapacité physique de la caution

8. Encore appelée handicap physique, l'incapacité physique³⁰ peut constituer un obstacle à l'accomplissement de la mention manuscrite exigée dans le cautionnement OHADA. Il s'agit d'une incapacité à user de ses mains pour matérialiser la mention manuscrite exigée dans l'acte de cautionnement. Cette incapacité peut résulter de deux hypothèses.

9. La première hypothèse est celle dans laquelle la caution est consciente de son engagement et des conséquences qui s'y attachent. C'est le cas d'une personne qui jouit de toutes ses facultés et qui comprend les tenants et aboutissants de l'opération, mais qui ne peut matérialiser de sa main, la mention manuscrite exigée par le législateur de l'OHADA. Son incapacité se limite donc au plan physique et n'a donc rien à voir avec l'état intellectuel de la caution concernée.

Concrètement, les hommes de la santé envisagent cette situation à partir de la parésie qui est une paralysie partielle ou légère, se manifestant par une diminution de la force musculaire. Ici, la caution qui peut encore tenir le stylo avance vers la paralysie pouvant prendre la forme d'une hémiparésie³¹ ou d'une tétraplégie³². L'handicap physique est encore plus précise lorsque la caution souffre d'une impotence fonctionnelle. Celle-ci a pour conséquence la perte totale ou partielle des fonctions d'un membre ou d'un segment de membre, par suite d'une fracture ou d'une paralysie. Dans cette hypothèse, bien que consciente de la nature et des effets de l'acte, la

²⁸ V. *supra*, n° 2.

²⁹ L'illettrisme renvoie à l'état de celui qui, bien qu'ayant été scolarisé, a perdu l'usage habituel de la lecture et de l'écriture. V. BRAUCOURT-SAHLAS (C.) et LORIC (L.) (dir.), *Dictionnaire universel*, 4^e éd., Hachette, Paris 2002, p. 600.

³⁰ L'incapacité physique ne se confond pas avec l'incapacité juridique qui fait état d'une personne privée par la loi de la jouissance ou de l'exercice de certains droits. Cette dernière est dite d'exercice ou de jouissance. V. GUILLIEN (R.) et VINCENT (J.), *Lexique des termes juridiques*, 14^{ème} éd., Dalloz, 2003, p. 311.

³¹ Encore appelée hémiparésie, l'hémiparésie est un trouble neurologique qui se caractérise par la perte de force musculaire ou l'incapacité de bouger.

³² La tétraplégie est une atteinte des quatre membres et se caractérise par une paralysie engendrée par des lésions au niveau de la moelle épinière. Les conséquences de ces lésions peuvent être plus ou moins graves selon la localisation et l'étendue de la blessure.

²⁵ Art. 14 al. 2 de l'AUS.

²⁶ ZAMBO ZAMBO (D.J.), « *Les paradoxes de l'écrit dans le cautionnement en droit OHADA* », *op.cit.*, p. 1634.

²⁷ Art. 14 al. 1^{er} de l'AUS.

caution ne peut écrire de sa main du fait du handicap qui l'en empêche.

10. La seconde hypothèse correspond, non pas d'un handicap, mais à un état pathologique qui fait obstacle à la mobilité et à l'audition de la personne concernée, sans altération de son état intellectuel. Un auteur parle dans ce cas d'une maladie grave par exemple³³. Cette situation a lieu dans deux hypothèses : la première est celle de la caution consciente de la nature et des conséquences de son engagement mais qui ne peut remplir la condition relative à la mention exigée. La seconde est, en dehors de toute communication qui serait faite par écrit, celle d'une caution sourde, peut-être même muette, et donc incapable de comprendre de quoi il est question. Cette hypothèse fait référence à une caution qui a besoin d'un langage spécial pour l'inviter et même la convaincre de s'engager. Concrètement, c'est une caution qui ne peut s'engager à écrire la mention manuscrite exigée par ce qu'elle ne saisit pas le sens de l'opération pour laquelle elle est sollicitée et donc ne mesure pas la portée de ses engagements, à peu près comme si elle était illettrée.

2- L'illettrisme de la caution

11. L'inaptitude à déchiffrer et à rédiger un simple texte de la part de la personne qui souhaite s'engager comme caution peut être un obstacle à l'accomplissement de la mention manuscrite. On parle dans ce cas de la caution illettrée³⁴. Il s'agit d'une personne qui ne sait lire et écrire et dont la capacité de compréhension est limitée. L'ancien AUS laissait présumer que l'environnement dans lequel le droit OHADA était appliqué était dominé par l'illettrisme. C'est cette réalité sociologique implacable qui justifiait le formalisme de protection de la caution. De nos jours, s'il est certain que les choses ont évoluées sur ce terrain entre 1997 et 2010, année d'entrée en vigueur du nouvel AUS, il reste peu probable comme le souligne un auteur³⁵, que ce diagnostic soit devenu excessif au point d'inspirer, voire de justifier un changement radical. Concrètement, si est vrai que les limites de l'illettrisme ont été largement bousculées en Afrique, il n'en demeure pas moins vrai que cette tare constitue toujours une gangrène dans le contexte africain. Entre dans cette catégorie, la personne analphabète³⁶, c'est-à-dire celle qui n'a pas du tout été scolarisée et qui n'a donc pas eu l'occasion d'apprendre à lire et écrire, de la personne qui bien

qu'ayant été scolarisée, n'a pas acquis la lecture et l'écriture ou qui a perdu la maîtrise de la lecture et de l'écriture entre-temps. Dans tous les cas, il est question de la personne qui ne sait lire ni écrire parce qu'elle n'a pas été scolarisée tout simplement ou parce qu'elle a perdu la maîtrise de la lecture et de l'écriture jadis acquise.

12. La difficulté se complexifie lorsque l'analphabétisme³⁷ de la caution est doublé de son incapacité physique. Dans ce cas, on est en présence d'une caution incapable de matérialiser la mention manuscrite du fait d'une incapacité physique et intellectuelle. C'est le cas d'une personne qui souffre d'un handicap ou d'une pathologie qui la rend incapable d'user de ses membres pour écrire, à l'exemple d'un tétraplégique³⁸, et qui en plus est illettrée du fait de n'avoir été scolarisée ou pour n'avoir pas la maîtrise de la lecture et de l'écriture.

13. Dans le souci de protéger la caution en général et celle profane en particulier, le législateur communautaire a opté comme certains de ces homologues nationaux à l'instar du législateur sénégalais³⁹, pour l'introduction des tiers garants du consentement de la caution sous le qualificatif de témoins certificateurs. Cette intervention se fait suivant un processus qu'il est à présent utile de décrire.

B- Le processus d'intervention des témoins certificateurs

14. L'intervention des témoins certificateurs exige qu'ils soient sollicités (1). Réalisée avec succès, une telle sollicitation leur permet de mettre en œuvre leur office (2).

1- La sollicitation des témoins certificateurs

15. Qui du créancier et du débiteur ou même de la caution est habilité à solliciter l'intervention des témoins certificateurs. En retenant que « la caution qui ne sait ou ne peut écrire doit se faire assister de deux témoins »⁴⁰, l'article 14 alinéa 2 de l'AUS laisse penser qu'il revient à la caution illettrée de choisir et donc de solliciter l'intervention des témoins devant l'accompagner. C'est du moins ce que souligne un auteur⁴¹ en ces mots : « si la logique veut que la caution « incapable » prenne elle-même l'initiative de trouver des certificateurs [...] ». Dans ce contexte, elle peut tout aussi bien, par ignorance, choisir des personnes non initiées comme elle. Le résultat serait identique à celui de l'hypothèse où il n'y aurait pas eu de témoins certificateurs. Il s'induit en conséquence

³³ KALIEU ÉLONGO (Y-R), « La mention manuscrite dans le cautionnement OHADA », préc., p. 112.

³⁴ Un illettré est une personne « qui ne sait ni lire ni écrire ou ne le sait qu'imparfaitement ». V. BRAUCOURT-SAHLAS (C.) et LORIC (L.) (dir.), *Dictionnaire universel*, op. cit., p. 600.

³⁵ ZAMBO ZAMBO (D.J.), « Les paradoxes de l'écrit dans le cautionnement en droit OHADA », op.cit., p. 1656.

³⁶ *Ibidem*, p 53 : un analphabète est une personne qui ne possède pas les rudiments de la lecture et de l'écriture nécessaires à son insertion sociale.

³⁷ L'analphabétisme étant l'état d'une personne analphabète, v. BRAUCOURT-SAHLAS (C.) et LORIC (L.) (dir.), *Dictionnaire universel*, op. cit., p. 53.

³⁸ V. supra, n° 9.

³⁹ Art 20 du Code des obligations civiles et commerciales sénégalais. Le texte dispose que : « la partie illettrée doit se faire assister de deux témoins lettrés qui certifient dans l'écrit son identité et sa présence : ils attestent en outre que la nature et les effets de l'acte lui ont été précisés ».

⁴⁰ Art. 14 al. 2 de l'AUS.

⁴¹ KALIEU ÉLONGO (Y. R.), « La mention manuscrite dans le cautionnement OHADA », préc., p. 112.

que la caution illettrée ne peut choisir son semblable⁴². Les témoins choisis doivent donc être aptes à la certification. L'utilisation du verbe « doit » traduit non pas une prérogative de la caution mais une obligation qui pèse sur elle à peine d'invalidité du cautionnement ainsi conclu. Ce choix législatif n'est pas sans intérêt. Il est indiscutable que la caution seule est à même de choisir les personnes auxquelles elle place sa confiance. Pour autant, doit-on conclure que l'initiative est de ce fait retirée au créancier ou au débiteur ? *A priori*, une réponse affirmative pourrait être de portée restrictive en la matière.

16. D'emblée, l'intérêt pour la caution de choisir d'elle-même ses certificateurs peut être repris pour le compte du débiteur comme du créancier. À ce propos, le créancier comme le débiteur peuvent inviter les témoins certificateurs. Ils sont en effet tous bénéficiaires de l'engagement de la caution et ont intérêt à ce que ses conséquences soient attestées auprès de celle-ci par une personne de leur choix, le créancier pour sa créance et le débiteur pour sa dette. On dirait d'ailleurs qu'il y va de l'intérêt de la caution d'être déchargée de ce fardeau. Il faut cependant craindre une entente collusoire destinée à faire signer à la caution un engagement au-dessus de ses capacités. Cette crainte est toutefois loin d'éteindre le débat à tout jamais sur la possibilité offerte ou non au débiteur et au créancier de jouer cette partition. L'interrogation du processus du cautionnement est de ce point de vue fondamentale, avec à la clé, l'entrée en jeu des deux protagonistes.

17. Le débiteur, pour garantir son engagement envers le créancier, est contraint par ce dernier à lui fournir une caution. Sauf que celle-ci s'avère illettrée et donc ne peut valablement agir que si elle se fait accompagner de deux témoins certificateurs. Logiquement, le débiteur qui l'a introduite dans l'acte devrait encore rechercher les personnes devant l'assister. Il est à craindre, comme il vient d'être dit⁴³, que soucieux d'obtenir satisfaction, il recherche des personnes par affinité ou plus simplement détermine ces personnes à certifier l'acte sans réellement en expliquer à la caution les tenants et les aboutissants de son engagement. De plus, rien ne l'empêche de ramener des illettrés à la certification du cautionnement donné par une caution illettrée. Dans cette hypothèse, la caution s'engage sans une réelle volonté, à moins qu'elle fasse partie de la catégorie de personnes physiquement inaptes à formaliser la mention manuscrite, mais intellectuellement à même de mesurer la portée de son engagement.

Le créancier, plus diligent, peut s'engager en premier à fournir des témoins certificateurs⁴⁴. Dans

cette tâche, ayant intérêt à ce que l'opération soit valide, il serait le mieux à même de choisir des certificateurs avertis. Mais, jusqu'à présent, rien ne l'empêche de ramener des personnes toutes aussi profanes. Bien que peu probable, cette hypothèse illustre comme les précédentes, les implications de l'imprécision du législateur africain quant à la qualité des personnes appelées à assister la caution illettrée et par ricochet la fragilité de sa protection actuelle.

18. À la fin, que les témoins certificateurs interviennent suite à la sollicitation du débiteur ou du créancier ou encore de la caution, le risque que cette dernière s'engage sans comprendre la portée de son engagement reste présent. N'était-il pas plus convenable, les trois protagonistes ayant intérêt à l'opération, que les témoins certificateurs fussent choisis de façon concertée, peu important l'initiateur de la sollicitation ? Cette solution aurait l'avantage de prémunir le créancier et le débiteur contre d'éventuelles contestations tout en les rassurant du succès de l'opération envisagée. Une telle concertation offrirait le précieux avantage d'éclairer les témoins certificateurs sur le contenu de leur office.

2- L'office des témoins certificateurs

19. En contemplation de la définition donnée des tiers certificateurs, il s'évince qu'il doit s'agir des personnes majeures qui accompagnent la caution qui ne sait ou ne peut écrire dans le but d'assurer dans l'acte de cautionnement l'exactitude de son identité, sa présence ainsi que la pleine conscience des conséquences attachées à son engagement. En effet, « la caution ne doit pas s'engager sans l'avoir voulu »⁴⁵. C'est donc dire que la « caution doit pouvoir comprendre clairement l'objet de la garantie et ses conséquences afin de pouvoir juger efficacement de l'intérêt du contrat de cautionnement. La décision se fonde alors bien sur l'information »⁴⁶. Mais, à qui incombe cette obligation d'information⁴⁷ ? Concrètement, il s'agit d'une obligation d'information mise à la charge des témoins certificateurs pourtant tiers au contrat de cautionnement, où d'une obligation de confirmation de la bonne exécution de l'obligation générale d'information de la caution par le créancier⁴⁸ ?

puisse, en plus d'attirer l'attention du débiteur sur la nécessité de se faire assister, lui fournir des témoins certificateurs. V. KALIEU ÉLONGO (Y. R.), « La mention manuscrite dans le cautionnement OHADA », préc., p. 112.

⁴⁵ LEGEAS (D.), *Sûretés et garanties du crédit*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1999, n° 156.

⁴⁶ HABBASSI-MEBARKIA (S.), *La protection de la caution*, op. cit., p. 91.

⁴⁷ L'information est de nos jours une des modalités importantes du droit des affaires. Lire dans ce sens, KENFACK TADADJIO (G.), *Le droit à l'information en droit OHADA des voies d'exécution*, mémoire de Master, Université de Dschang, 2016, p. vi et s.

⁴⁸ L'intérêt de cette question réside dans le fait que l'obligation d'information de la caution mise à la charge du créancier aux termes de l'article 24 et s. de l'AUS, s'inscrit dans le cadre des effets du cautionnement et dont d'un

⁴² NKOU MVONDO (P.), « L'information de la caution dans le nouveau droit des sûretés des États africains », *Ohadata D-06-33*, n° 41.

⁴³ V. *supra*, n° 16.

⁴⁴ La possibilité pour le créancier de ramener des témoins certificateurs est aussi envisageable que celle de penser, dans le cadre d'un cautionnement souscrit par un acte authentique, que le notaire, dans son rôle de conseiller,

L'interrogation ci-dessus posée est d'un intérêt certain. Celui-ci réside dans le fait que le législateur de l'OHADA n'institue pas de façon explicite une obligation d'information précontractuelle du créancier au bénéfice de la caution même profane. D'ailleurs, un auteur reconnaît que bien que l'information soit également requise lors de la formation du contrat de cautionnement, « *c'est beaucoup plus en cours de contrat que le législateur a tenu à préciser le contenu de cette obligation. Il s'agit pour le créancier de mettre la caution au courant de tout élément qui pourrait alourdir la charge de l'engagement souscrit* »⁴⁹. Des supputations sont alors possibles au sujet de la personne tenue de l'obligation d'information.

20. À première vue, on pourrait penser que le législateur africain⁵⁰ met une obligation d'information à la charge des certificateurs pourtant tiers au contrat de cautionnement. Une analyse approfondie de l'article 14 alinéa 2 permet cependant de penser qu'il n'en est rien. En effet, d'après ce texte, les deux témoins « *certifient* » dans l'acte de cautionnement, l'identité et la présence de la caution, d'une part. Le verbe *certifier* utilisé par le législateur signifie attester⁵¹ un fait après l'avoir vérifié. Concrètement, il s'agit pour ces tiers de vérifier et de confirmer l'identité et la présence de la caution. D'autre part, les tiers attestent en outre que la nature et les effets de l'acte ont été précisés à la caution. Ce qui revient à l'affirmation après vérification⁵² de ce que la caution s'engage en connaissance de cause. D'évidence, et bien que rien ne leur interdit, leur rôle est, non de donner des informations, mais d'attester que celles-ci ont été communiquées à la caution par la personne

cautionnement valide en amont. Pourtant dans d'autres contrées, il est clairement affirmée l'existence d'une obligation d'information précontractuelle à la charge du créancier. C'est cette obligation qui doit donc être exécuter par le créancier généralement professionnel face à une caution profane. V. HABBASSI-MEBARKIA (S.), *La protection de la caution op. cit.*, p. 92 et s. De plus, le législateur français va plus loin dans la protection de la caution personne physique face au professionnel. En effet, il ressort du nouvel article 2300 du Code civil que : « *si le cautionnement souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné, au revenu et au patrimoine de la caution, il est réduit au montant à auteur duquel elle pouvait s'engager à cette date* ». V. DANOS F. « Absence d'effet extinctif à l'égard du cofidejussor de la compensation opérée entre la dette de la caution et sa créance de dommage-intérêts à l'encontre du créancier fautif », *Recueil Dalloz*, 2023, p. 1106.

⁴⁹ ANOUKAHA (F.), *Le droit des sûretés dans l'espace OHADA, op. cit.*, p. 51 et s.

⁵⁰ Art. 14 al. 2 de l'AUS.

⁵¹ Le verbe attester découle du mot attestation qui renvoie à l'affirmation par un tiers de l'existence d'un fait ou d'une obligation. V. CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 248.

⁵² *Idem.*

tenue. Jurisprudence⁵³ et doctrine⁵⁴ sont d'avis que cette personne devrait être obligatoirement le créancier. Tout porte en effet à croire qu'il s'agit du point de départ de l'obligation générale d'information mise à sa charge et qu'il lui appartient de l'exécuter en présence des certificateurs⁵⁵. Ces tiers devraient alors idéalement, en leur qualité de témoin, assister à l'information de la caution par le créancier et au final, devront en leur qualité de certificateur, attester, c'est-à-dire affirmer dans l'acte de cautionnement, la véracité et de la bonne exécution de cette obligation d'information. À défaut de l'exécuter devant les témoins certificateurs, ceux-ci devraient au moins vérifier si la caution a conscience de la nature et des effets attachés à son engagement, le tout avant toute certification. La mission ainsi assignée aux certificateurs est d'une telle importance que son accomplissement en violation des prescriptions devrait donner lieu à l'application des sanctions sévères. Or, en ne sélectionnant pas ceux qui pouvaient accéder à cette fonction, le législateur a du même coup banaliser cette intervention par des sanctions douces qui frappent les contrevenants. Aussi est-il nécessaire de repenser la qualité de témoin certificateur en vue du renforcement de sa contribution.

II- Le renforcement de la contribution du témoin certificateur dans le cautionnement OHADA

21. La contribution des témoins certificateurs du cautionnement conclu sous l'égide du droit des sûretés de l'OHADA est renforcée par une panoplie des moyens mis en place par le législateur africain

⁵³ Cass. civ. 1^{er}, 26 nov. 1991, *Bull. civ.* I n° 331, D. 1992, IR 6.

⁵⁴ V. NKOUMVONDO (P.), « L'information de la caution dans le nouveau droit des sûretés des États africains », *préc.*, n° 19 et s.

⁵⁵ Dans le contexte français, on parle de devoir de renseignement et de mise en garde qui peut se subdiviser en trois : le devoir d'information ou de renseignement qui consiste à communiquer une information à son cocontractant une information de manière compréhensible ; le devoir de conseil qui consiste à attirer son attention sur l'opportunité » et les conséquences pratiques de l'acte qu'il s'apprête à conclure et le devoir de mise en garde qui oblige à lui dévoiler les risques et les dangers de l'acte et à n'accepter de traiter avec lui que s'il est en mesure de les assumer réellement. Pour le devoir de miser en garde précisément, il impose une prise en compte prioritairement de l'intérêt de la caution par le créancier, allant jusqu'à lui imposer de ne pas contracter lorsque le risque, en particulier de surendettement est élevé, de manière à ce que la caution assumerait une dette excessive par rapport à ses moyens. « *Il est aujourd'hui jugé que dans certaines circonstances, le créancier professionnel commet une faute s'il n'attire pas l'attention de la caution non avertie sur l'absence de viabilité de l'opération financée* (Cass. Com., 23 juin 1998, *bull. civ. IV*, n°208) » V. MALAURIE (P.) et AYNÈS (L.), *Droit des sûretés*, 10^e éd., L.G.D.J., Paris, 2018, p.186.

(A). Seulement, l'efficacité de ces moyens de protection de la caution reste limitée. Ce qui invite à la recherche d'autres moyens de renforcement à l'effet d'optimiser la protection due à la caution et particulièrement la caution profane (B).

A- Les moyens de renforcement consacrés

22. Les moyens consacrés pour renforcer la contribution des témoins certificateurs dans le cautionnement en droit de l'OHADA se traduisent essentiellement à travers la sanction de la défaillance de ces derniers⁵⁶. Cette sanction est d'abord civile⁵⁷ (1), bien que le comportement préjudiciable puisse donner lieu à des incriminations pénales spécifiques en rapport avec le monde des affaires. Il fallait s'y attendre car le droit pénal reste comme le souligne la doctrine, est « *un complément nécessaire à l'efficacité des normes uniformes* »⁵⁸ (2).

1- La sanction civile

23. La responsabilité du témoin certificateur dans le cautionnement est avant tout délictuelle et fondée sur la faute. Cette dernière s'analyse en une violation d'une obligation préexistante ou en une violation d'une règle de droit⁵⁹. Il s'agit donc d'une application du Code civil qui précise que « *tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* »⁶⁰. La faute dont il est question ici consiste en la mauvaise exécution par les témoins certificateurs de la mission qui leur incombe. C'est le cas, des témoins qui certifient le cautionnement sans s'assurer de ce que la caution a été suffisamment édictée sur la nature et les effets de son engagement. Il s'agit de l'hypothèse où la certification est réalisée alors que la caution s'est engagée en méconnaissance de cause. La situation est précisément celle où les témoins certificateurs admettent que la caution a connaissance de la nature et de la portée de son engagement alors qu'il n'en est rien. De même, la faute peut découler d'une information erronée qui au lieu d'éclairer la caution sur la nature et les effets de

son engagement, laisse plutôt penser à un engagement purement moral. Dans ces cas, la caution qui s'engage alors qu'elle se serait abstenue si elle avait été suffisamment informée va demander la nullité du cautionnement pour vice de consentement⁶¹. Comme le précise une doctrine, « *la naissance du contrat de cautionnement est le produit de la rencontre des volontés en amont et l'échanges de volontés en aval* »⁶². C'est dire qu'en l'absence de la rencontre de volontés, il n'y a point de cautionnement.

24. La décision d'annulation du contrat de cautionnement pour vice de consentement résultant de la mauvaise exécution de la mission des témoins certificateurs est alors présentée comme la preuve de la faute commise par ceux-ci et fonde le lien de causalité du préjudice qui en résulte. Ce qui justifie la réparation qui sera décidée et prononcée par le juge. Cette réparation couvre en premier lieu le dommage causé. Elle peut également couvrir les intérêts dus en raison de ce manquement. Dans tous les cas, il revient au juge d'évaluer le montant de la réparation en fonction des éléments de la cause mis à sa disposition par les parties.

Dans certains cas, la faute des témoins certificateurs tombe sous le coup des textes

⁵⁶ Il est à noter que le législateur ne s'est pas évertué à définir une incrimination spécifique en rapport à la défaillance des témoins certificateurs du cautionnement. Face au mutisme de l'AUS quant à la question, il convient de scruter les droits nationaux à effet de trouver de bribes de réponses qui convergent dans ce sens.

⁵⁷ En raison du rattachement tout naturel du droit des sûretés au droit civil.

⁵⁸ TCHANTCHOU (H.) et AKOUETE AKUE (M.), « L'état du droit pénal dans l'espace OHADA », *Revue de l'ERSUMA*, n° spéc., nov.-dec., 2011, p. 22 et s. Ces auteurs reconnaissent que la répartition de compétences dans le cadre de l'OHADA, bien qu'originale du fait de la partition édulcore du principe de la légalité criminelle, demeure de mise en œuvre embarrassante Au regard l'intrusion tant du législateur de l'OHADA que ceux nationaux dans leurs champs de compétences respectives.

⁵⁹ HABBASSI-MEBARKIA (S.), *La protection de la caution*, Thèse de Doctorat, Université de Valenciennes et du Hainaut-Cambresis, 2016, p. 47.

⁶⁰ Art. 1382 du Code civ. applicable au Cameroun.

⁶¹ Globalement donc, la faute des témoins certificateurs peut découler d'un dol ou d'une erreur. En effet, à la suite des conditions exigées par l'article 1108 du Code civil qui fixe les conditions générales de validité de tout contrat, l'article 1109, ajoute qu'il n'y a point de consentement valable s'il a été donné par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol. L'erreur dont on parle ici doit porter sur la substance même de la chose objet du contrat. Elle sera donc écartée et en conséquence, sans effet toutes les fois qu'elle tombe sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention. La violence étant rarement invoquée en la matière (MALAURIE (P.) et AYNÈS (L.), *Droit des sûretés*, 12^e éd., L.G.D.J., Paris, 2018, p. 110), ce qui n'est pas le cas du dol. Le dol ne peut en principe résulter des manœuvres du débiteur du fait qu'il ait dissimulé sa véritable situation financière au moment de la conclusion du cautionnement. Déjà que le Code civil exige que les manœuvres soient pratiquées par une partie au contrat et dans le but de déterminer l'autre à contracter. Le débiteur étant tiers au contrat de cautionnement. Le dol est donc inopérant dans cette hypothèse. C'est d'ailleurs la position du droit français en la matière (cass.com. 13 nov.2002, Bull. civ. IV, n° 161, D. 200, note ROMAN (B.), p. 185). Donc on ne saurait parler du dol émanant des manœuvres du tiers débiteur dans ce cadre. L'hypothèse de la violence exercée sur la caution par les certificateurs ou même par le débiteur est peu probable. La situation la plus probable est la certification par les témoins sans vérification de la bonne information de la caution, ce qui conduit à l'erreur. V. MINKOA SHE (A.), *Droit des sûretés et des garanties du crédit dans l'espace OHADA op. cit.*, t. 1, p. 70.

⁶² HABBASSI-MEBARKIA (S.), *La protection de la caution, op. cit.*, p. 48.

répressifs, c'est-à-dire recoupe les éléments constitutifs⁶³ d'une infraction⁶⁴ et justifie de ce fait l'intervention du juge pénal.

2- La sanction pénale

25. Il est à remarquer que bien que la répartition des compétences pénales dans le cadre de l'OHADA paraisse originale, leur mise en œuvre demeure problématique⁶⁵. En effet, aux termes de l'article 5 alinéa 2 du Traité fondateur de l'OHADA⁶⁶, les Actes Uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale, les États-parties devant déterminer les sanctions y afférentes⁶⁷. Seulement, ces incriminations ne sont pas toujours complètes et totales, d'où la nécessité de recourir au droit national en vertu du principe de subsidiarité de celui-ci par rapport au droit communautaire⁶⁸. En matière de sûretés, l'insuffisance de ces incriminations ne fait aucun doute. Le manquement à leur obligation par les témoins certificateurs dans le cautionnement en est un exemple.

26. À l'exploration cependant des normes nationales, il est possible d'obtenir la condamnation des témoins certificateurs défaillants. Il est clair qu'en tant que témoins, les certificateurs du cautionnement ne risquent aucune condamnation dans la mesure où

⁶³ Les éléments constitutifs d'une infraction font référence aux données matérielles ou psychologiques prévues par un texte d'incrimination. La réunion de ces éléments constitue l'infraction, v. CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 850.

⁶⁴ Comme le Code pénal français, celui camerounais ne donne pas une définition explicite du mot infraction. Le législateur s'est contenté d'une classification en crime, délit et contravention. Elle est entendue comme un « comportement actif ou passif (action ou omission) prohibé par la loi et passible, selon sa gravité, d'une peine principale, soit criminelle soit correctionnelle soit de police, éventuellement assortie des peines complémentaires ou accessoires ou de mesures de sûreté ». V. CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 1175.

⁶⁵ TCHANTCHOU (H.) et AKOUETE AKUE (M.), « L'état du droit pénal dans l'espace OHADA », *Revue de l'ERSUMA*, n° spéc., nov- dec. 2011, p. 26.

⁶⁶ Traité du 17 oct. 1993 signé à Port Louis (îles Maurice), révisé le 17 oct. 2008 au Québec (Canada).

⁶⁷ C'est dans cette logique que la troisième partie de l'Acte Uniforme portant Droit des Sociétés Commerciales et des Groupements d'Intérêts Économiques est consacrée à la définition des infractions pénales. C'est également le cas de certaines dispositions des Actes Uniformes sur le droit commercial Général, de celui sur les Procédures Collectives d'apurement du passif et même du droit des sûretés.

⁶⁸ TCHANTCHOU (H.) et AKOUETE AKUE (M.), « L'état du droit pénal dans l'espace OHADA », préc., p. 29. Ces auteurs estiment que tout fait qui entre dans la sphère du punissable d'un État doit être incriminé car dans le cadre national, le droit interne bouche les trous d'impunités laissés par le droit communautaire. Les normes nationales ont donc pour mission, non pas de suppléer la législation communautaire, mais de l'exécuter et de la compléter en cas de vide juridique.

l'infraction de faux témoignage est nécessairement consommée au cours d'une procédure judiciaire⁶⁹. En revanche, ils peuvent être poursuivis pour faux certificat⁷⁰ ou contrefaçon de certificat⁷¹.

Le Code pénal gabonais définit le faux certificat en son article 240 comme étant toute « altération frauduleuse de la vérité de nature à causer un préjudice et accompli par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée, qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques ». Il incrimine alors l'établissement en toute conscience, d'un certificat ou une attestation de nature publique ou privée faisant état des faits matériellement inexacts⁷². L'article 315 du Code pénal camerounais dispose pour sa part qu'« est puni d'un emprisonnement d'un (1) mois à un (1) an, celui qui contrefait ou falsifie un certificat privé ou émet un certificat, falsifié ou faux ». L'alinéa 2 de ce texte double la peine ci-dessus « en cas de contrefaçon, fabrication ou usage d'un certificat médical ou d'une écriture privée non prévue par l'article 314⁷³ ». Ces dispositions pourraient logiquement s'appliquer en cas d'émission par les témoins certificateurs de déclarations fausses dans l'acte de cautionnement. Ces déclarations doivent avoir pour but de déterminer la caution à s'engager sans en comprendre ni mesurer la portée de son

⁶⁹ Voir à ce titre les art. 164 du Code pénal camerounais ; 124 à 130 de la loi n° 10.001 du 06 janvier 2010 portant Code pénal de la République centrafricaine ; 128 à 132 du décret du 30 janvier 1940 modifié et complété, portant Code pénal de la RDC ; 160 à 166 du Code pénal de la République Togolaise ; 240 de la loi n° 042/2018 du 05 juillet 2019 portant Code pénal de la République gabonaise .

⁷⁰ Art. 246 al 1 et 3 de la loi n° 042/2018 du 05 juillet 2019 portant Code pénal de la République gabonaise ; 172 du Code pénal de la République Togolaise ; 418 de la loi n°/640 du 31 juillet 1981 instituant le Code pénal ivoirien.

⁷¹ Art. 315 du Code pénal applicable au Cameroun.

⁷² Art. 240 du Code pénal gabonais.

⁷³ Cet article intitulé « faux en écriture privée ou de commerce » dispose : « (1) Est puni d'un emprisonnement de trois (3) à huit (8) ans et d'une amende de cinquante (50 000) à un million (1 000 000) de francs, celui qui contrefait ou falsifie une écriture privée portant obligation, disposition ou décharge soit dans la substance, soit dans les signatures, dates ou attestations ;

(2) La peine est un emprisonnement de cinq (5) à dix (10) ans et l'amende de cent mille (100 000) à deux millions (2 000 000) de francs s'il s'agit soit : a) d'une écriture de commerce ou de banque ; b) d'un écrit attestant un droit foncier ; c) du mandat de signer l'un des écrits visés en (a) et (b) ; d) d'un testament ;

(3) Est puni des peines prévues aux alinéas 1 et 2 ci-dessus, celui qui fait usage soit : a) d'un des écrits susvisés ; b) d'un écrit périmé en le présentant comme toujours valable ; c) d'un écrit se référant à une autre personne en se faisant passer pour cette personne ».

engagement⁷⁴. L'élément matériel⁷⁵ de cette infraction se trouve dans l'acte de cautionnement dans la mesure où la certification se fait nécessairement par écrit. L'élément moral découle du faux consistant en une altération de la vérité, à savoir la validation intentionnelle de la méconnaissance par la caution de la nature et des conséquences liées à son engagement. De façon générale, il faut que l'action réalisée soit contraire à ce que prévoit l'article 14 alinéa 2 de l'AUS.

27. Il est clair que la mauvaise exécution de leur mission par les témoins certificateurs dans le cadre du cautionnement met à mal l'opération ainsi conclue et donc détourne ladite sûreté de son essence, d'où l'importance des sanctions y afférentes. Seulement, ces sanctions ne sont pas assez dissuasives, d'une part parce que le législateur ouvre la qualité de témoin certificateur à toute personne, fût-elle professionnelle ou profane, lettrée ou illettrée, et d'autre part en ce qu'elles contribuent à fragiliser la protection due à la caution, spécialement celle profane. Ces imperfections laissent poindre la nécessité d'envisager d'autres moyens de renforcement de la protection de la caution.

B- Les moyens de renforcement envisageables

28. La protection actuellement consacrée au profit de la caution par l'AUS semble peu rassurante au regard de la possibilité de certification par des témoins également profanes. La conséquence est la légèreté des sanctions applicables en cas de défaillance de ces témoins. Pourtant, il est possible pour le législateur d'optimiser cette protection en limitant la qualité de témoin certificateur aux professionnels du droit (1), ce qui justifiera l'aggravation des sanctions en cas de défaillance (2).

1- La restriction de la qualité de témoin certificateur aux professionnels du droit

29. Contrairement au droit malien et sénégalais⁷⁶ qui confie expressément la certification aux personnes lettrées⁷⁷, le législateur africain, au grand regret de la doctrine⁷⁸, n'a pas trouvé d'inconvénient à laisser la charge de la certification du cautionnement OHADA à toute personne, sans distinction. Mais

⁷⁴ Pour rappel, l'article 74 al. 2 du Code pénal applicable au Cameroun dispose qu'« est pénalement responsable, celui qui, volontairement, commet les faits caractérisant les éléments constitutifs d'une infraction avec l'intention que ces faits aient pour conséquence la réalisation de l'infraction ».

⁷⁵ L'élément matériel de l'infraction fait référence à l'acte matériel ou l'abstention qui forme la base de l'infraction.

⁷⁶ Art. 20 du Code des obligations civiles et commerciales sénégalais.

⁷⁷ L'art. 274 du régime général d'obligation applicable au Mali dispose que « la partie illettrée doit se faire assister de deux témoins lettrés qui certifient dans l'écrit, son identité et sa présence ; ils attestent en outre que la nature et les effets de l'acte lui ont été précisés ».

⁷⁸ NKOU MVONDO (P.), « L'information de la caution dans le nouveau droit des sûretés des États africains », préc., n° 43.

alors, suffit-il d'être lettré pour comprendre les rouages du cautionnement au point de se porter garant d'en enseigner et d'éduquer la caution illettrée ? La réponse à cette interrogation laisse penser que les législateurs malien et sénégalais qui confient la tâche aux personnes lettrées ne sont pas allés au bout de la protection visée par leurs textes. Bien que lettré, un certificateur non averti ne sera pas toujours doté de toutes les ressources pour éclairer la caution profane. C'est pourquoi le rôle de témoin certificateur devrait être tenu par des personnes averties qui non seulement maîtrisent les rouages de l'opération de cautionnement, mais aussi et surtout la gravité des conséquences d'un engagement erroné de la caution. La référence est alors faite aux professionnels du droit, singulièrement le notaire, les conseillers juridiques et les experts⁷⁹.

30. La certification par le notaire a le mérite de palier à la fraude que peut organiser une des parties à la convention de cautionnement et par conséquent, limite les risques d'annulation de ladite convention. En effet, en plus d'avoir des connaissances suffisantes en droit, le notaire a le privilège d'authentification⁸⁰ des actes⁸¹. Il est donc la personne indiquée pour vérifier que la caution qui ne sait ou ne peut lire est consciente de la nature et des effets de son engagement⁸². Il est d'autant plus indiqué que l'acte qu'il établira fera foi comme tous ses actes, jusqu'à inscription en faux. En effet, un auteur estime que les conditions particulières de passation des actes authentiques, dominés par un formalisme aigu, sont de nature à protéger suffisamment la caution surtout que l'accomplissement par le notaire de son devoir de conseil garantit également la protection de la caution dont l'office devrait, le cas échéant, lui mettre la « puce à l'oreille » à propos de la nature et des effets de son engagement. Certes, l'on pourrait reprocher à cette exigence son coût et le frein qu'elle constituerait à la célérité des affaires, mais à la réalité, ce dernier argument ne serait pas solide dans la mesure où le notaire n'a pas besoin d'un temps relativement long pour certifier un contrat de cautionnement. En revanche, le coût de l'intervention du notaire peut s'avérer être un obstacle de poids. Cependant, il ne constitue pas un obstacle insurmontable dans la mesure où certaines cautions ne trouvent pas d'inconvénient à le supporter, encore que rien

⁷⁹ *Ibidem*, n° 45.

⁸⁰ C'est la signature et le cachet du notaire instrumentaire qui authentifie l'acte.

⁸¹ L'acte authentique ou public est celui qui est reçu par un officier public ayant le droit d'instrumenter tant en considération du lieu que de la nature de l'acte et suivant les formalités requises. V. ZAMBO ZAMBO (D.J.), « Les paradoxes de l'écrit dans le cautionnement en droit OHADA », *op.cit.*, p. 1638.

⁸² La certification par le notaire est davantage importante pour le cautionnement souscrit sous seing privé. En effet, présence du notaire et surtout de son rôle de conseiller. V. KALIEU ÉLONGO (Y. R.), « La mention manuscrite dans le cautionnement OHADA », préc. p. 113.

n'empêche le débiteur qui est vraiment dans la nécessité du crédit de supporter les frais d'intervention du notaire certificateur.

De plus, si le législateur de l'OHADA pouvait instituer une obligation d'information précontractuelle à la charge du créancier, la certification deviendrait une vérification par le notaire, de la bonne exécution de cette obligation d'information, ce qui allégerait les frais y afférents qu'on hésiterait à mettre à la charge du créancier qui a en plus rempli son devoir. Il est vrai, l'institution d'une nouvelle obligation d'information précontractuelle à la charge du créancier rimer davantage avec la nouvelle mouvance qui fait du cautionnement une convention bilatérale⁸³⁸⁴, mais on en oublie que c'est le débiteur qui a besoin du crédit. Au moins, la certification se réduirait, non pas à la recherche de l'information, mais en la confirmation de la bonne exécution de cette obligation par devant un témoin averti. Cette confirmation peut tout aussi bien être faite par l'huissier de justice. Il s'agira d'une sorte d'attestation appuyée par son sceau. Ce procédé souffrirait sans doute des mêmes reproches faites à la certification faite par le notaire, mais toujours est-il qu'il aura le mérite de limiter les risques de fraude et donc d'annulation du cautionnement projetée.

31. Enfin, en plus des acquis de la certification par le notaire ou l'huissier de justice, le recours à un avocat, comme à un expert, peut être conseillé afin d'éviter le risque lié à la célérité des affaires. L'avocat étant un juriste professionnel, décèlera mieux les subtilités que cache un cautionnement conclu par une personne illettrée et donc, pourra plus sereinement édifier cette dernière. Cependant, le reproche majeur fait au recours à cette certification reste comme pour les autres professionnels, le coût des honoraires souvent élevés. Dans tous les cas, les palliatifs proposés pour ces derniers restent de mise pour le paiement de ses honoraires.

32. Avec la certification des professionnels du droit sus-évoqués, l'optimisation de la protection due à la caution profane gagnerait d'autant en efficacité que les sanctions applicables à ceux-ci pourront être plus sévères en cas de défaillance.

2- L'aggravation des sanctions encourues

33. Le recours à la certification par des initiés devrait justifier une aggravation de la sanction si ceux-ci s'enlisent dans des partenariats frauduleux avec une des parties au cautionnement ou s'ils se rendent coupables des infractions qu'ils sont supposés prévenir ou d'une quelconque légèreté dans l'exécution de leur mission. Ils devraient alors répondre plus durement sur un triple plan.

34. Sur le plan civil, en plus de la réparation du préjudice enduré, l'évaluation des dommages et intérêts devrait prendre en considération leur qualité

de professionnel, d'expert et par conséquent le modèle de droiture dont ils doivent faire montre. En outre, la certification par l'avocat peut s'assimiler à un mandat et donc justifier l'introduction d'une responsabilité contractuelle de ce dernier. Par ailleurs, si le notaire et l'huissier de justice, en tant qu'officier public, ne sont pas susceptibles d'encourir une responsabilité contractuelle à l'égard des usagers, ils devront au-delà des sanctions disciplinaires, subir une aggravation des peines pénales⁸⁵.

35. Sur le plan pénal, l'article 89 du Code pénal Camerounais fait de la qualité de fonctionnaire, une cause d'aggravation de la responsabilité pénale⁸⁶. En tant qu'officier public, le notaire et l'huissier de justice sont concernés par ce texte. Les qualités visées constituent une circonstance aggravante de la responsabilité pénale contre ceux d'entre eux qui, hors les cas où la loi règle spécialement les peines encourues pour des crimes et délits par eux commis, se sont rendus coupables d'autres crimes ou délits qu'ils sont chargés de prévenir ou de réprimer. Lorsque ces circonstances sont avérées, le maximum de la peine est doublé⁸⁷. L'huissier de justice et le notaire qui se rendent coupables des fausses certifications subissent la sanction relative à l'infraction de faux dans un acte. De plus, le serment que ces auxiliaires de justice prêtent avant toute entrée en fonction les lie et le législateur tire les conséquences au plan pénal.

36. Enfin sur le plan disciplinaire, en leur qualité d'officier public et ministériel, le notaire et l'huissier de justice participent à l'accomplissement du service public de la justice et peuvent par conséquent engager leurs responsabilités de par des agissements qui ne cadrent pas avec l'éthique et la déontologie de leur profession. La responsabilité disciplinaire qui en résulte est donc une conséquence de sa faute personnelle et s'insère dans le cadre de leur relation avec l'administration⁸⁸.

37. En définitive, les tiers contribuent, chacun à sa manière, à l'efficacité des sûretés en droit de l'OHADA. L'intervention des témoins certificateurs est encore plus marquée car leur contribution est déterminante pour l'avenir du cautionnement. Elle tire

⁸⁵ Aux termes de l'article 89 du Code pénal applicable au Cameroun, la qualité d'officier public national, étranger ou international est une cause d'aggravation de la responsabilité pénale.

⁸⁶ Il s'agit du fonctionnaire national, étranger ou international, d'officier public national, étranger ou international ou d'agent national, étranger ou international, chargé d'un service public.

⁸⁷ Art. 89 al. 2 du CP applicable au Cameroun.

⁸⁸ V. décret n° 95/034 du 24 févr. 1995 portant statut et organisation de la profession de notaire au Cameroun, la loi n° 90/059 du 19 déc. 1990 relative à la profession d'avocat au Cameroun et le décret n° 79/448 du 05 nov. 1979 modifié par celui du n° 85/238 du 22 févr. 1985 portant règlementation des fonctions et fixant le statut des huissiers de justice.

⁸³ ZAMBO ZAMBO (D.J.), « *Les paradoxes de l'écrit dans le cautionnement en droit OHADA* », *op.cit.*, p. 1644.

⁸⁴ Bien qu'elle soit en déphasage avec la conception classique qui voyait dans le contrat de cautionnement, un acte unilatéral.

son fondement de l'illettrisme ou de l'incapacité physique de la caution à matérialiser de sa main, la mention manuscrite exigée. Les témoins certificateurs qui l'accompagnent ont alors une tâche précise à accomplir, à savoir assister la caution pour confirmer dans l'acte de cautionnement, son identité, sa présence et surtout affirmer que cette dernière a conscience de la nature et des effets de son engagement. Cette mission capitale pour un tel engagement est renforcée par des sanctions tant civiles que pénales applicables aux certificateurs défaillants. Malheureusement, l'analyse a donné de constater que la contribution de ces tiers à la protection de la caution profane, singulièrement, n'est pas optimale. Pour davantage renforcer cette contribution et par contre-coup, la protection de la caution, il est apparu que le législateur africain aurait gagné à restreindre la qualité de témoin certificateur aux seuls professionnels du droit. Cette restriction aurait le mérite d'assurer à la caution un engagement en toute connaissance de cause. L'information de la caution profane sera d'autant plus assurée que les sanctions encourues par ces professionnels seront plus sévères en cas de défaillance. Il reste toutefois à se demander si la protection due à la caution, et principalement à celle illettrée ou analphabète, se résume à l'assurance d'une bonne certification par les témoins. La solution, en droit africain, est à coup sûr celle de la redécouverte de cette sûreté dans ses mécanismes généraux, en faisant comme le législateur français, un détour en droit de la consommation⁸⁹.

⁸⁹ BAZIN (É), « De la protection de la caution en droit de la consommation », *Droit et procédures* n° 4, avr. 2014, p. 74 et s.