

LA PROTECTION DE LA CAUTION ILLETTREE

Par

Brou AKPOUE

Assistant à l'UFR Sciences juridique, administrative et politique de l'Université F.
HOUPHOUET BOIGNY d'Abidjan-Cocody
akpouebrou@yahoo.fr

Résumé.

La réforme du droit des sûretés en vue de le rendre plus attractif n'a pas suffisamment pris en compte la sécurité juridique de la caution illettrée. Elle a tout simplement confirmé la solution reprise au droit de certains pays de l'OHADA tels que le Sénégal, le Mali et la Guinée-Conakry. Pourtant, il apparaît possible de renforcer la protection de la caution en question. La révision des règles qui régissent la situation de celle-ci s'imposent.

Les sûretés répondent à un objectif de paiement du créancier et de palliatif à l'insolvabilité du débiteur¹. Deux raisons essentielles expliquent donc leur existence : l'une qui se révèle économique et l'autre qui s'avère juridique².

En ce qui concerne la cause économique de la conception des sûretés, elle s'analyse en un rapport étroit que ces dernières entretiennent avec le crédit³. Elles répondent à un objectif de conforter le créancier de tels débiteurs et, en définitive de renforcer le crédit - ou la confiance - d'un débiteur⁴.

Quant à la raison juridique de leur apparition, elles servent à corriger les faiblesses du créancier chirographaire⁵. Elle renforce alors la confiance du débiteur en comblant le recul de la force de la parole donnée et de l'honorabilité publique mais également en corrigeant les carences affectant les droits reconnus au créancier chirographaire⁶.

Imprégné de cette réalité, le législateur OHADA a élaboré des règles, contenues dans l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, qui régissent les garanties évoquées⁷. Il a, en corollaire, par une réforme du droit des sûretés, renforcé la sécurité juridique des acteurs

¹ A. SAKHO et I. NDIAYE, *Pratique des garanties et du crédit*, Revue africaine de banques, 1998, p. 4 ; J. -Ph. LEVY, « Les sûretés », D. ALLARD et S. RIALS (dir) *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1456.

² M. BOURSIN, V. BREMOND et M.-N. JOBARD-BACHELIER, *Droit des sûretés*, 3^e éd., Sirey, 2012, n° 2, p. 1.

³ *Eod. loc.*

⁴ *Eod. loc.*

⁵ *Eod. loc.*

⁶ *Eod. loc.*

⁷ F. ANOUKAHA et alii, *Sûretés*, Bruylant Bruxelles, 2002, p. 1.

économiques⁸. Ainsi, le droit des sûretés de l'OHADA facilite-t-il l'accès du crédit en réduisant les pertes potentielles dues au risque de non-paiement que pourrait subir le prêteur⁹. A cet égard, ce droit offre à ce dernier la certitude qu'il obtiendra la valeur économique du bien mis en garantie en cas de défaillance du débiteur¹⁰.

Cet aménagement du droit des sûretés a également tenu compte des enjeux économiques du droit des sûretés¹¹. Celui-ci représente un élément qui incite les prêteurs et les fournisseurs de crédits nationaux et étrangers à octroyer des financements qui engendrent, d'une part, le développement et la croissance des entreprises nationales et, d'autre part, l'accroissement des échanges¹². En contribuant à la création et à la croissance des entreprises, un régime juridique qui favorise le crédit, retentit positivement sur la prospérité économique de l'Etat¹³.

Le renforcement de la sécurité juridique des opérateurs économique a amené l'OHADA à protéger davantage le créancier en modifiant les règles établies par le Code civil à cette fin. Il n'a pas, pour autant, ignoré ceux qui se portent garants pour le débiteur. Il a également amélioré leur protection¹⁴. Ainsi, est-ce le cas de la

caution illettrée dont la situation a connu un aménagement heureux. En effet, si certains pays de l'OHADA, tels que la Guinée, le Mali, le Sénégal, ont réformé le droit des obligations en y prévoyant des règles spéciales de protections des analphabètes, d'autres tels que, la Côte d'Ivoire, se sont contentés de l'article 1326 du Code civil.

De telles mesures en faveur de la caution en question existaient déjà en 1997. Elles ont, tout simplement, été reprises par le nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés. Toutefois, elles n'existaient pas quand le droit des sûretés des pays de l'espace OHADA était pour l'essentiel constitué de règles héritées du colonisateur. Précisément, le Code civil - en ses articles 2011 à 2203 - ne prévoyait que des dispositions générales dans le but de régir les sûretés. Il ne prévoyait pas de normes spéciales en vue de protéger la caution illettrée. En d'autres termes, il n'existait pas de règles pour encadrer l'« inaptitude juridique » de celle-ci¹⁵.

En ce qui concerne les pays africains, seuls le Sénégal et le Mali, dans la zone franc, ont opéré des réformes de droit des sûretés¹⁶. Il s'en déduit que le droit des sûretés des pays de la zone OHADA se révélait obsolète.¹⁷ En outre, en dehors des pays africains précités, les autres - qui pourtant possèdent également un nombre important d'illettrés - n'ont pas prévu de solutions identiques. L'OHADA, s'appuyant alors sur le droit des pays ayant

⁸ P. CROCQ, « Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Dr. et patrimoine* 2010, n° 197, p. 52.

⁹ L. YONDO BLACK, « L'enjeu économique de la réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés : un atout pour faciliter l'accès au crédit », *Dr. et patrimoine* 2010, n° 197, p. 46.

¹⁰ *Eod. loc.*

¹¹ *Eod. loc.*

¹² *Eod. loc.*

¹³ *Eod. loc.*

¹⁴ L'OHADA a amélioré la protection réduisant les pertes potentielles dues au risque de non-paiement que pourrait subir le prêteur. Cf. *supra*, Introduction.

¹⁵ Y. KALIEU, « La mention manuscrite dans le cautionnement OHADA », ohada.com/ohadata, D-03-02.

¹⁶ F. ANOUKAHA et *alii*, *op. cit.*, n°6, p. 3.

¹⁷ *Eod. loc.*

opéré une réforme, prend en considération la sécurité juridique des cautions illettrées.

L'instauration de dispositions spéciales s'explique certes par le besoin de protéger des personnes mais également par le souci de favoriser le crédit. Cette sécurité juridique se comprend mieux lorsque l'on se rappelle que les populations africaines subsahariennes se trouvent, bon an mal an, à 59,7% illettrées¹⁸. L'Acte uniforme portant organisation des sûretés tient ainsi compte des réalités socio-économiques africaines¹⁹.

Aussi, l'explosion exponentielle et la spécialisation des lois et règlements ne facilitent-elle pas l'accessibilité des intellectuels *a fortiori* la compréhension de ceux-ci par les illettrés²⁰. Les subtilités du cautionnement ont alors conduit le législateur OHADA à prendre spécialement en compte la situation de ces personnes qui ne savent ni lire ni écrire.

De même, les personnes analphabètes représentent des acteurs essentiels dans les économies des pays africains. Elles se trouvent présentes notamment dans le secteur agricole et dans le commerce qui restent essentiels dans l'économie des pays de l'OHADA. Cela signifie donc qu'elles disposent de fonds qu'elles peuvent prêter ou se mettre à la disposition d'emprunteurs pour contribuer à l'investissement des

personnes vivant dans les pays membres de l'OHADA.

Pour ces raisons évoquées, l'article 14, alinéa 2 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés dispose que la caution qui ne sait ou ne peut écrire doit se faire assister de deux témoins qui certifient, dans l'acte de cautionnement, son identité et sa présence et attestent, en outre, que la nature et les effets de l'acte lui ont été précisés. La présence des deux témoins certificateurs dispense la caution de l'accomplissement des formalités prévues par le présent des formalités prévues par l'alinéa précédent (la signature d'acte de cautionnement).

Les termes de l'article 14 ne permettent pas de savoir la catégorie de personnes visées. S'agit-il de l'illettré ou de l'analphabète ? Le premier représente, selon le dictionnaire le Littré, une personne qui ne sait ni lire ni écrire. Le même ouvrage définit l'illettrisme comme l'état d'une personne qui malgré un passage à l'école ne peut lire et écrire. Le second correspond à une personne qui ne connaît pas l'alphabet.

La différence conceptuelle présente peu d'intérêt en droit. La doctrine²¹, qui s'intéresse à la protection des personnes qui ne savent ni lire ni écrire, n'opère pas la distinction entre l'analphabète et l'illettrée. Elle ne s'occupe que du handicap juridique de cette catégorie de personnes et d'en définir des remèdes²².

¹⁸ A. A. DIOUF, « Impossibilité morale et preuve écrite », in « Dire le droit en Afrique francophone », *Rev. Droit sénégalais*, p. 153.

¹⁹ M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », in « L'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Petites Affiches*, n° 205 du 13 octobre 2004, p. 4.

²⁰ R. DEGNI-SEGUI, *Introduction au droit*, EDUCI, Abidjan, 2009, p. 91.

²¹ Y. TANO, « L'inaptitude juridique de l'analphabète », *RID* 1986, n° 3-4, pp. 108 et s. ; J. ISSA-SAYEGH, « La certification des actes des personnes qui ne savent ou ne peuvent signer (droit sénégalais) », *Penant* 1991, n° 805, pp. 111 et s.

²² N. SILUE, *L'illettrisme et le droit*, mémoire DEA, Université de Cocody-Abidjan, 2000, p. 4.

Par ailleurs, dans le cadre de la protection de la caution illettrée prévue par l'article 14 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés, un auteur²³ propose une lecture de l'expression « qui ne sait ou ne peut écrire ». Cette conception invite à opérer une distinction entre l'analphabète et celui qui par suite d'une pathologie ne peut plus écrire²⁴.

Toutefois, il s'avère possible d'envisager une autre lecture. On peut penser que celui qui ne sait pas lire, ne sait pas écrire. Finalement, il ne peut pas écrire puisqu'il ne pas sait le faire.

Dans une telle hypothèse, le « ou » instaure une équivalence. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer à la détermination du rôle des témoins certificateurs opérée par le législateur communautaire, à travers l'article 14 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés. Ce texte énonce 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 ». En effet, si l'on peut comprendre qu'une personne lettrée qui a perdu l'usage de ses mains se fasse aider pour la signature d'un acte de cautionnement²⁵, en revanche l'on admettrait difficilement qu'il se fasse expliquer ledit acte. Même en considérant

que la caution soit devenue aveugle²⁶, dans une telle hypothèse, il s'agira de lui lire le contrat, pour qu'il comprenne par lui-même, que de l'éclairer. En réalité, dans les deux cas pathologiques, la caution a perdu des facultés physiques mais n'est pas pour autant devenu ignorant.

Cette dernière lecture de l'alinéa 2 de l'article 14 de l'Acte uniforme semble avoir été préférée par la jurisprudence²⁷. Suivant une décision de la Cour d'appel de Bobo-Dioulasso²⁸, la caution « qui ne sait ni lire ni écrire n'a pu inscrire lui-même les mentions ».

En définitive, il s'évince de notre analyse que la caution illettrée correspond à une personne qui ne sait lire ou ne peut écrire mais qui s'est portée caution.

A côté des imprécisions terminologiques évoquées qui n'influencent pas l'efficacité de la protection de la caution illettrée, l'on trouve les incertitudes quant au mode de désignation et à la responsabilité des témoins certificateurs qui peuvent retentir sur celle-ci. La désignation opérée par le débiteur ou même par le créancier peut dissimuler une fraude. De même, quand elle est réalisée par la caution, elle peut lui être préjudiciable. Car, elle peut choisir des personnes qui ne disposent pas de connaissances suffisantes en matière de cautionnement. Elles ne pourront donc pas l'éclairer.

Aussi, l'Acte uniforme portant organisation des sûretés n'indique-t-il pas

²³ Y. KALIEU, *ibid.*, n° 15.

²⁴ *Eod. loc.*

²⁵ P. NKOUMVONDO, « L'information de la caution dans le nouveau droit des sûretés des pays africains », ohada.com/ohadata, D-06-33.

²⁶ *Eod. loc.*

²⁷ CA Bobo-Dioulasso (Burkina-Faso), arrêt n° 67 du 18 août 2008, ohada.com/ohadata, J-10-123.

²⁸ *Ibid.*

de responsabilité contractuelle quant aux témoins. De la même manière, la mise en œuvre de la responsabilité civile délictuelle se limite à une responsabilité pour faute prouvée. Or, la mise en évidence d'une faute ou d'une négligence peut s'avérer extrêmement difficile pour une caution, surtout lorsqu'il « ne sait lire ou ne peut écrire »²⁹. Pourtant, l'on sait que la responsabilité possède une fonction moralisatrice³⁰. Alors, la protection de la caution illettrée dans le droit de l'OHADA est-elle efficace ? En d'autres termes, la protection de caution illettrée produit ou produira-t-elle l'effet recherché ?

La réponse à une telle question semble constituer la première étude plus détaillée sur la protection de la caution analphabète. Les études la concernant ne s'en préoccupent, en réalité, que de façon incidente³¹. Pourtant, les illettrés demeurent nombreux dans les pays africains subsahariens³² et ils disposent, pour certains, des moyens suffisants pour se porter garant en tant que caution. Cette analyse représente en conséquence un

²⁹ D'abord, la caution illettrée ne dispose pas de connaissances suffisantes pour se rendre compte d'une faute dans la certification opérée par les témoins. Ensuite, compte tenu de son inaptitude à la lecture et à l'écriture, elle ne peut se donner les moyens pour prouver la faute.

³⁰ C. THIBIERGE, « Libres propos sur l'évolution du droit de la responsabilité civile », *RTD civ.* 1999, p. 561.

³¹ B. MATOR, « Comparaison entre deux sûretés personnelles : le cautionnement et la lettre de garantie », *JCP G* 2004, n° 5 supplément n° 44, p. 22 ; I. FEVILIYE, « L'OHADA ou le droit au service de l'économie » *Rév. Congolaise de Droit des Affaires* 2010, édition spéciale, n° 2, p. 40.

³² M. FONTAINE, « Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », www.unidroit.org ; F. ONANA ETOUNDI, « Formalisme et preuve des obligations contractuelles dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », www.unidroit.org.

ensemble de solutions à des questions relatives à des personnes qui se trouvent importantes dans le développement du crédit, nécessaire à la croissance économique.

Cette importance du crédit conduit à rechercher l'efficacité de la protection de la caution analphabète (I). A l'évidence, le législateur communautaire a cherché à rendre le droit des sûretés attractif pour faire face à la concurrence mais en outre pour inciter les nationaux des pays membres à investir. Cependant, à l'analyse, l'on se rend compte que cette efficacité se trouve contrariée par quelques imprécisions (II).

I. Une efficacité recherchée de la protection

La protection de la caution illettrée consiste, pour l'essentiel, en la sécurisation de son consentement. En d'autres termes, elle est constituée par un ensemble des règles qui permettent d'obtenir un consentement de la caution illettrée exempt de vices. Il s'avère ainsi possible d'instrumentaliser les règles de droit commun du contrat (A) mais l'on peut surtout appliquer les normes de protection spéciales élaborées par l'OHADA (B).

A. Le recours au droit commun

L'instrumentalisation du droit commun consiste essentiellement en une mise à l'épreuve des règles qui régissent les vices du consentement. A cet égard, la violence se révèle rarissime. Quant au dol, il reste une hypothèse d'école. A vrai dire, il n'est admis comme cause de nullité du cautionnement que s'il provoque une

erreur sur la qualité substantielle portant sur l'objet.

On remarque alors, d'une part, que la violence et le dol sont difficilement admis (1) et, d'autre part, que seule l'erreur est régulièrement invoquée par les parties pour obtenir la nullité du cautionnement (2).

1. L'admission délicate de la violence et du dol

Le droit commun des contrats constitue une base importante dans la protection de la caution. Il s'avère possible d'instrumentaliser les règles de protection du consentement en vue de la sauvegarde des intérêts de la caution illettrée.

On peut envisager l'hypothèse d'une caution illettrée qui s'engage sous la pression physique ou verbale d'un tiers. Il paraît dans ce cas possible que ladite caution obtienne la nullité du cautionnement. Néanmoins, l'admission de la violence comme vice du consentement susceptible d'entraîner la nullité semble compromise pour la caution illettrée. Du moins, si les juges des Etats-parties exigeaient, comme leurs homologues en France³³, la preuve d'« éléments positifs » de la violence qui vicierait le consentement d'une caution illettrée, ils se refuseraient à admettre la nullité du cautionnement chaque fois que la lecture du contrat ne pourrait permettre de déterminer les effets d'un tel vice.

Au-delà de la violence, vice du consentement, l'on trouve des situations où l'erreur de la caution est provoquée par un

défaut d'information. Cela implique une obligation précontractuelle d'information à la charge du créancier. En réalité, cette obligation pèse plus sur le débiteur principal que sur le créancier. C'est en effet celui-là qui convainc la caution à s'engager dans l'intérêt de celui-ci. Théoriquement, le créancier ne peut donc pas être le débiteur d'une telle obligation. Toutefois, étant souvent le rédacteur du contrat, il est la personne la mieux indiquée pour expliquer le contenu du contrat à la caution³⁴.

Cependant, l'on peut parfaitement imaginer que la caution illettrée soulève le manquement à l'obligation de coopération³⁵ qui dérive de la bonne foi et qui implique, dans une vue solidariste³⁶, que les parties s'informent mutuellement des événements qu'ils ont intérêt à savoir

³⁴ P. NKOUMVONDO, *ibid.*, n° 25.

³⁵ J. CEDRAS, « L'obligation de négociation », *RTD Com.* 1985, p. 277 ; J. MESTRE, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD Civ.* 1986, p. 101.

³⁶ Une partie de la doctrine estime que le contrat ne constitue plus « le choc frontal des intérêts antagonistes mais comme la rencontre inscrite dans le temps de deux aspirations convergentes à collaborer, ce qui suppose une entente minimum entre les parties, sorte d'*affectio contractus* ». cf. C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation des contrats », *RTD Civ.* 1997, p.36. Une position inspirée des analyses de DEMOGUE. En effet, proposant une autre conception des relations commerciales, ce dernier écrivait que « les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme la société civile ou commerciale ». cf. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, II, *effets des obligations*, t. VI, Librairie Artur Rousseau, Rousseau et Cie, 1931, n° 3, p. 8-9. Le savant auteur décrivait ainsi ce que l'on allait dénommer le solidarisme contractuel. Cf. L. GRYNBAUM, « La notion de solidarisme contractuel », in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.) *Le solidarisme contractuel. Mythe ou réalité ?*, Economica, 2004, p. 37.

³³ Colmar, 3^e ch. civ. A, 5 févr. 1996, *JCP G* 1997, II, 22793, n. H. VRAY ; *JCP N* 1997, II, p. 615, n. J.-F. PILLEBOUT.

en vue de l'exécution du contrat³⁷. Une telle obligation signifie, dans notre cas, que le créancier qui détient des informations sur la nature et le contenu de l'engagement de la caution illettrée doit les lui communiquer. Dans cette hypothèse, il s'avèrera indispensable de démontrer que le créancier détenait des informations qui si elles avaient été sues de cette dernière, elle n'aurait pas consenti. La jurisprudence ivoirienne³⁸, considère que le créancier manque à son obligation de contracter de bonne foi, chaque fois qu'il n'exécute pas son obligation d'informer le débiteur.

L'obligation d'informer était conçue de façon spécifique et en fonction des contrats³⁹. Toutefois, la jurisprudence⁴⁰ l'a étendue à d'autres situations. Ainsi, impose-t-elle une obligation d'informer en faveur des personnes défavorisées, notamment en faveur des illettrés en vue d'établir un équilibre entre les parties au contrat⁴¹.

Il apparaît difficile quant aux personnes non professionnelles mais possibles en ce qui concerne les professionnelles telle que les banques. Celles-ci restent en mesure d'obtenir des informations sur le débiteur principal. Toutefois, ces professionnels, même animés d'une bonne foi, peuvent être contrariés par le secret bancaire.

Pourtant, l'information obtenue représente un appui essentiel dans l'appréciation de l'objet de la convention par la caution illettrée. Malheureusement,

l'on trouve des cas où la caution se trouve victime d'une erreur sur l'objet de l'engagement.

On aurait pensé immédiatement au dol, vice du consentement comme un moyen de protection de la caution présentant un « handicap intellectuel ». Précisément, il apparaît, *a priori*, plus facile que la caution illettrée peut être déterminée à s'engager par des manœuvres, dissimulées derrière des écrits qu'il ne peut découvrir. De façon générale, les cautions sont promptes à prouver les manœuvres évoquées⁴².

Certes, il n'apparaît pas nécessaire de vouloir revenir sur la comparaison entre des vices du consentement, devenu classique⁴³, mais il importe de souligner les risques que court une telle caution à évoquer le dol pour obtenir la nullité du contrat de cautionnement.

D'abord, il lui sera imposé de prouver l'existence de manœuvres frauduleuses l'ayant déterminée à s'engager comme caution. Une telle opération proche de la preuve d'une faute civile se révèle déjà difficile pour les instruits *a fortiori* pour l'illettré. En effet, si à la lecture du contrat de cautionnement, l'on découvre que les prestations ne sont nullement déséquilibrées, il peut alors s'avérer impossible d'obtenir la nullité du cautionnement. Il n'en ira autrement que si la disproportion entre les prestations se trouve énorme. Il peut en être ainsi lorsque l'engagement d'une caution se trouve sans

³⁷ Y. PICOD, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP G* 1988, I, 3318.

³⁸ CA Abidjan, 25 avril 1980, *Annonces Hebdo*, n° 21.

³⁹ Y. TANO, art. préc., p. 92.

⁴⁰ CA Abidjan, 25 avril 1980, préc.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² M. CABRILLAC, Chr. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., Litec, Paris, 2010, pp. 75-76.

⁴³ Cf. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, Paris, 2013, n° 255, p. 280.

rapport réel avec son patrimoine et son revenu.

Certains tribunaux⁴⁴ répugnent à admettre le dol comme cause de nullité du cautionnement. Ainsi, la Cour Suprême de la Côte d'Ivoire a-t-elle décidé, dans un arrêt du 14 mars 2002⁴⁵, que la caution personnelle ne peut invoquer le dol, dès lors qu'elle s'est engagée sans contrainte physique, ni morale et qu'elle a délibérément signé les différents actes sous seing privé et notariés. La Cour suprême confirme ainsi la ligne jurisprudentielle tracée par les tribunaux de fonds. Suivant ces derniers, de façon générale, le fait de traiter avec un analphabète ne constitue pas à lui seul une manœuvre dolosive⁴⁶. On peut déduire de cette jurisprudence⁴⁷ qu'il importe que la caution illettrée démontre que son cocontractant a dissimulé des informations dans les écrits qu'il ne pouvait déceler du fait de son « inaptitude intellectuelle ».

De même, selon des auteurs⁴⁸, les tribunaux hésitent à considérer les manœuvres, même frauduleuses, comme déterminantes. Habités par un souci de protéger le cautionnement, ils appliquent de façon orthodoxe l'article 1116 du Code civil pour refuser le dol qui n'émane pas du créancier en tant que cocontractant⁴⁹. Ainsi, en va-t-il, en droit français, lorsque la Cour de cassation énonce que le silence

gardé par le débiteur principal sur son insolvabilité n'entraîne pas la nullité du cautionnement⁵⁰. Il n'en va autrement que s'il existe une complicité entre le tiers et le cocontractant. Dans ce cas, la caution victime de dol qui veut intenter une action en nullité doit se placer sur le terrain de l'erreur⁵¹. De même en cas de dol du tiers, la victime ne pourra obtenir que des dommages-intérêts par l'exercice d'une action en responsabilité civile délictuelle⁵².

On peut toutefois envisager l'hypothèse où, d'une part, il existe une complicité entre le tiers et le cocontractant et, d'autre part, une caution illettrée, qui demande la nullité du cautionnement. Dans ce cas, elle doit se placer sur le terrain de l'erreur, dans laquelle elle a été induite, considérée isolément. Dans une telle hypothèse, s'inspirant de la jurisprudence française⁵³, les juges des pays de l'OHADA peuvent décider que « l'erreur provoquée par le dol d'un tiers au contrat peut entraîner la nullité de celui-ci lorsqu'elle porte sur la substance même de l'engagement ».

Par ailleurs, l'on peut envisager le cas où il existe une complicité entre celui à qui profite le dol et l'auteur. Dans une telle situation, l'on peut, par analogie, estimer que le cautionnement sera annulé. Suivant la jurisprudence française, dès lors que le contractant bénéficiaire du dol se trouve

⁴⁴ Cour suprême de Côte d'Ivoire, chambre judiciaire, 14 mars 2002, arrêt n° 243/02, *Actualités juridiques*, n° 37/2003, p. 12 ; ohada.com/ohadata, J-04-62.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ CA Abidjan, 30 avril 1976, *RID* 1988, n° 3-4, p. 31.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ M. CABRILLAC, Chr. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, préc.

⁴⁹ *Eod. loc.*

⁵⁰ Cass. com. 22 juill. 1986, *D.* 1987, somm. comm., p. 445, obs. L. AYNES.

⁵¹ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations*. t.I. *L'acte juridique*, 16^e éd., Sirey, 2014, n° 215, p. 223 ; A. BENANBANT, *Droit des obligations*, 14^e éd., LGDJ, 2014, n° 88, p. 73 ; Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, 13^e éd. LexisNexis, 2014, n° 199, p. 150.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 1996, *Bull. civ.* I, n° 288 ; *JCP G* 1996, IV, 1997.

complice ou instigateur de l'auteur des manœuvres alors la sanction de la nullité pourra être prononcée⁵⁴.

Il s'évince de cette analyse que l'instrumentalisation du dol et de la violence, vices du consentement dans la protection de la caution illettrée se révèle contrariée. Il ne reste plus alors qu'une dernière voie pour préserver les intérêts de la caution illettrée : une action en nullité du contrat pour erreur.

2. L'annulation du cautionnement pour erreur

La caution analphabète peut évoquer l'erreur-obstacle qui est généralement analysée comme une absence de consentement. Elle constitue une erreur grave qui empêche la formation même du contrat⁵⁵.

La caution illettrée peut également se prévaloir d'une erreur sur les qualités substantielles. Une telle erreur correspond à une erreur sur l'objet de l'obligation de la caution. Précisément, il s'agit d'une erreur sur les qualités attendues par une des parties. Elle représente, selon la jurisprudence, une erreur « de nature telle que sans elle une des parties n'aurait pas contracté »⁵⁶. Ainsi, est-ce le cas lorsque la caution pensait souscrire une obligation purement morale sans incidences sur son patrimoine⁵⁷. Dans ce cas, il importe de

considérer que la caution illettrée n'aurait pas contracté si elle avait su la portée de son engagement⁵⁸.

Toutefois, l'admission de l'erreur sur les qualités substantielles, comme cause nullité du cautionnement, ne se trouve pas automatique. La preuve d'une telle erreur s'avère parfois délicate. En effet, l'on part de l'idée que la compréhension de l'objet du cautionnement est aisée et ne peut prêter à confusion⁵⁹. Il s'agit de payer à la place d'un autre, si celui-ci ne s'exécute pas⁶⁰. La jurisprudence française⁶¹ tient alors compte de certaines circonstances particulières. Il en va ainsi de la considération de la situation intellectuelle de la caution⁶². En effet, la Cour de cassation⁶³ a admis la nullité du cautionnement au bénéfice de deux agriculteurs illettrés.

Il importe de préciser que cette jurisprudence⁶⁴ n'est pas applicable dans l'ensemble des pays de l'OHADA dans la mesure où il s'agit de décisions se situant après les indépendances⁶⁵. Néanmoins, il semble les juges des pays évoqués peuvent très bien se référer au contenu des jugements et arrêts dans l'hypothèse d'une interprétation des règles de l'Acte

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ M. BOURSIN, V. BREMOND et M.-N. JOBARD-BACHELIER, *op. cit.*, n° 250, p. 250.

⁶⁰ *Eod. loc.*

⁶¹ Cass. 1^{re} civ., 25 mai 1964, *Bull. civ.*, I, n° 269.

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ En effet, à l'indépendance, la plupart des pays membres de l'OHADA ont décidé de se détacher du droit du colonisateur. Ainsi, l'article 133 de la Constitution de Côte d'Ivoire indique que la législation en vigueur reste applicable en ce qu'elle n'a rien de contraire à la présente Constitution. De pareilles dispositions existent dans d'autres constitutions. Par exemple, art. 108 de la Constitution du Sénégal.

⁵⁴ Cass. com. 27 nov. 1972, *Gaz. pal.* 1973, I, p. 259, n. P. DELAISI.

⁵⁵ Paris, 30 nov. 2006, JCP 2007. II. 10069, note H. KENFACK. L'illettrisme permet d'annuler une promesse de vente conclue alors que la partie qui pensait conclure un pacte de préférence.

⁵⁶ Cass. civ., 28 janv. 1913, S. 1913, I, 487.

⁵⁷ CA Bobo-Dioulasso (Burkina-Faso), arrêt n° 67 du 18 août 2008, *ibid.*, n° 27.

uniforme portant organisation des sûretés de l'OHADA. En effet, les règles ont été élaborées en suivant le modèle français que constitue le Code civil.

On remarque en définitive que la portée de l'application du droit commun en vue de la protection de la caution illettrée paraît élargie. Car, le dol dont l'évocation présente plus d'avantages pour les plaideurs que celle de l'erreur est réfutée au profit de celle-ci⁶⁶. Le législateur OHADA a en conséquence amélioré la protection de la caution illettrée en créant des règles spéciales à cette fin.

B. L'instauration d'une protection spéciale

La recherche de solutions en vue de la sécurité juridique conduit à penser à l'instrumentalisation des mentions manuscrites prévues par le Code civil en son article 1326 et reprises par l'Acte uniforme en son article 14, alinéa 2. Cependant, comme celui qui ne sait pas lire ne sait pas écrire⁶⁷, il est évident que la caution illettrée se trouve incapable de rédiger les mentions manuscrites obligatoires. Cette inaptitude à la mention écrite a alors été corrigée, d'un côté, par une dispense accordée à la caution illettrée (1) et d'un autre côté par l'assistance de la

caution illettrée par deux témoins certificateurs (2).

1. La dispense accordée à la caution illettrée

Le cautionnement est présenté comme un contrat consensuel. En d'autres termes, il se conclut par la simple manifestation de volonté sans une autre forme particulière. Toutefois, il importe de se conformer aux exigences de l'article 14 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés. Ce texte instaure un formalisme protecteur de la caution. Reprenant, une énonciation de l'article 1326 du Code civil, cette disposition de l'Acte uniforme sur le droit des sûretés indique que « le cautionnement ne se présume pas, quelle que soit la nature de l'obligation garantie. A peine de nullité, il doit être convenu de façon expresse entre la caution et le créancier ».

On peut penser que l'article 14 proclame ainsi le caractère solennel du cautionnement. Cependant, il n'en est rien. L'emploi de l'expression « se prouve » dans l'alinéa 1^{er} du texte évoqué, en lieu et place de la formulation « doit être constaté » de l'article 14 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés de 1997, précise davantage le caractère consensuel⁶⁸. Cela mettra fin à la controverse qui existait quant au caractère consensuel ou solennel du

⁶⁶ L. GRYNBAUM, *Droit civil, les obligations*, Hachette Supérieur, coll. HU Droit, 2005, n° 151, p. 69. Les erreurs indifférentes (erreur sur la valeur, sur les motifs, sur un élément accessoire) peuvent être sanctionnées par la nullité, quand elle est précédée d'un dol. Par ailleurs, l'erreur est toujours considérée comme excusable, donc cause de nullité, quand elle a été provoquée par un dol. Enfin, les manœuvres dolosives sont plus faciles à prouver que l'erreur elle-même, car des faits matériels sont plus faciles à démontrer qu'un processus intellectuel.

⁶⁷ Cf. *supra*, Introduction.

⁶⁸ M. BRIZOUA-BI, « Le nouveau visage des sûretés personnelles dans l'espace OHADA », *Dr. et patrimoine* 2010, n° 197, p. 60. Même avant la réforme de 2010, les tribunaux considéraient que la preuve du cautionnement s'opère par un écrit. Cf. TPI Gagnoa (Côte d'Ivoire), jugement n° 79 du 04 juin 2003, *Juris Ohada*, n° 3/2004, juillet-octobre 2004, p. 41. Le tribunal considère qu'un procès verbal d'audition de témoin le créancier ne suffit pas à rapporter la preuve d'un cautionnement.

cautionnement⁶⁹. Il s'agit d'éviter que le cautionnement soit tacite⁷⁰. Il faut en revanche que les parties à la convention expriment leur consentement sans équivoque⁷¹.

Cette condition, prévue également à l'article 2015 du Code civil constitue une suite logique de celle inscrite à l'article 1202 du même code, en matière de solidarité passive⁷². Selon cette disposition, la solidarité ne se présume pas. Il apparaît donc évident que le cautionnement doit être exprimé de façon expresse⁷³. Les mentions manuscrites restent indispensables pour exprimer l'engagement en matière de cautionnement. Cependant, le formalisme manuscrit s'avère inutile lorsque le cautionnement se trouve dans un acte notarié⁷⁴.

On explique ce caractère exprès de cette convention par le fait que le cautionnement engendre des conséquences énormes pour que l'on le déduise de comportements ou d'une promesse d'engagement.

⁶⁹ Sur la controverse, cf. F. ANOUKAHA et *alii*, *op. cit.*, n° 28, p. 14.

⁷⁰ *Eod. loc.*

⁷¹ J. ISSA-SAYEGH, « La liberté contractuelle dans le droit des sûretés OHADA », ohada.com/ohadata, D-05-06 ; du même auteur, « Présentation des dispositions sur le droit des sûretés », ohada.com/ohadata, D-06-09.

⁷² Cf. M. BOURSIN, V. BREMOND et M.-N. JOBARD-BACHELIER, préc.

⁷³ CA Abidjan, ch. civ. et com., 16 janv. 2004, *Doc. CNDJ, CATx* 2004-3.

⁷⁴ *Ibid.* Une telle décision contribue à l'attractivité du droit des sûretés de l'OHADA. Ailleurs, sous d'autres cieux, l'on dénote la satisfaction d'une partie de la doctrine quant aux décisions des tribunaux qui maintiennent leur position sur l'inutilité de respecter le formalisme de l'article 1326 du Code civil. J.-P. DECORPS, « De l'influence de la responsabilité du notaire sur la rédaction des actes qu'il reçoit », *Mél. J.-L. AUBERT*, Paris, Dalloz, 2005, p. 89.

L'article 14 de l'Acte uniforme énonce par ailleurs que le cautionnement doit être constaté dans un acte revêtu de la signature des parties, en plus des mentions manuscrites de la caution relativement à la somme garantie.

Ces premières parties du texte évoqué visent, de toute évidence, les contractants ayant obtenu un certain niveau d'instruction à l'école occidentale. En effet, il apparaît important de savoir lire et comprendre une convention avant d'y consentir. On peut alors comprendre que les personnes illettrées ne sont pas concernées par cette disposition. Pourtant, elles demeurent nombreuses dans l'espace OHADA. En effet, l'illettrisme se trouve très présent dans la majorité des pays africains⁷⁵. Pour cette raison, le législateur communautaire a dispensé les personnes illettrées des mentions manuscrites.

Le législateur OHADA a été, nul doute, inspiré par l'article 1326, alinéa 2 du Code civil qui offre une protection aux personnes illettrées en instaurant une dispense en faveur de cette catégorie de personnes⁷⁶. Il s'agit, de toute évidence, d'une des rares dispositions législatives protectrices des illettrés.

⁷⁵ Cf. *supra*, Introduction.

⁷⁶ D. MAJANSKI, *La signature et les mentions manuscrites dans les contrats*, Presses universitaires de Bordeaux, 2000, p. 176. Il s'agit ici de la rédaction initiale de l'article 1326 du Code civil. Toutefois, en France, cette disposition protectrice des illettrés a été supprimée compte tenu du niveau de formation et surtout de la baisse du taux d'illettrisme. Cf. J. ISSA-SAYEGH, « La certification des actes des personnes qui ne savent ou ne peuvent signer (droit sénégalais) », p. 111. Cette formulation, rappelons-le, a été léguée aux anciennes colonies françaises et conservée ou améliorée par celles-ci.

On trouve l'origine de ce texte dans les déclarations royales du 30 juillet 1730 et du 22 septembre 1733 qui avaient déclaré nuls, billets, autres promesses ou quittances, sous signatures privées si le corps de l'écriture n'était pas de la main du signataire ou si au moins la somme ou la quantité de denrées, des marchandises ou effets n'était pas écrite de toutes lettres de sa main⁷⁷. La déclaration de 1733 exemptait cependant de cette exigence « les actes nécessaires pour le commerce ou faits par des gens occupés aux arts et métiers ou à la culture des terres qu'il serait difficile et souvent impossible d'assujettir à l'observation de cette nouvelle formalité »⁷⁸. Les dernières personnes de la liste étaient, celles nombreuses à l'époque qui ne savaient ni lire ni écrire⁷⁹.

La formulation de l'article 1326 du Code civil⁸⁰ a été reprise par la plupart des pays francophones de l'OHADA où le taux d'illettrisme reste encore élevé⁸¹. Finalement, cette disposition a été maintenue par l'Acte uniforme OHADA

portant organisation des sûretés en son article 14, alinéa 2. De même, ce texte prévoit l'assistance de la caution analphabète par deux témoins certificateurs en vue du renforcement de la sécurité juridique de la caution illettrée.

2. L'assistance de la caution illettrée

La solution proposée par l'OHADA se rapproche de celle des incapables. En effet, tenant compte de leur « inaptitude juridique »⁸² et empruntant au droit de certains pays de l'OHADA, notamment le Sénégal, une règle protectrice des illettrés de façon générale⁸³, le législateur OHADA impose que la caution illettrée soit assistée de deux témoins certificateurs. Ces derniers, attestent que la nature et les effets de l'acte ont été précisés à cette caution⁸⁴.

Une disposition qui rappelle les mesures de protection d'une catégorie d'incapables juridiques. Il s'agit notamment d'assistance lors de la conclusion de certains actes par les mineurs dans le droit des Etats-parties de l'OHADA. Précisément, elle invite à penser à la conclusion de contrat de travail par le mineur de 16 ans qui est assisté par son représentant légal à cette occasion⁸⁵. La similitude, aussi grande soit-elle, ne permet pas de considérer l'analphabète comme un incapable juridique. Si l'illettré est assisté lors de la conclusion de certains actes juridiques cela ne signifie pas qu'il ne peut pas donner un consentement libre

⁷⁷ Y. TANO, art. préc., p. 108.

⁷⁸ *Eod. loc.*

⁷⁹ D. MAJANSKI, *ibid.*

⁸⁰ L'article 1326 du Code civil tel que repris par les législations des pays anciennement colonisés par la France dispose que : « le billet ou la promesse sous seing privé par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit ; ou du moins il faut qu'outre sa signature, il ait écrit de sa main un bon ou un approuvé, portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose.

Exempté dans le cas où l'acte émane de marchands, artisans, laboureurs, vigneron, gens de journée et de service ».

⁸¹ J. ISSA-SAYEGH, « La certification des actes des personnes qui ne savent ou ne peuvent signer (droit sénégalais), art. préc., p. 111 ; K. M. AGBENOTO, *Le cautionnement à l'épreuve des procédures collectives*, th. Lomé-Le Mans, 2008, n° 488, p. 245

⁸² Y. TANO, art. préc.

⁸³ J. ISSA-SAYEGH, « Commentaire de l'Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant organisation des sûretés », *Juriscope* 2012.

⁸⁴ P. NKOU MVONDO, *ibid.*, n° 25.

⁸⁵ Cf. art. 31 de la loi n° 70-483 du 3 août 1970 sur la minorité en Côte d'Ivoire qui énonce qu' « à partir de 16 ans, le mineur conclut son contrat de travail et le rompt avec l'assistance de son représentant légal ».

et éclairé. Il se trouve seulement inapte à comprendre des écrits.

Une telle disposition constitue certainement une avancée dans la protection de la caution illettrée. Elle représente une solution à l'erreur sur la nature de l'obligation que pourrait commettre celle-ci lors de son engagement. En effet, si les certificateurs attestent que la nature et les effets ont été précisés à la caution, cela signifie que le débiteur de l'obligation d'information l'a exécutée en présence de ceux-là. Car, l'information comporte des éléments essentiels qui permettent à la caution de donner un consentement libre et éclairé⁸⁶.

Cette solution se révèle spécifique⁸⁷ parce qu'elle apparaît propre au droit de l'espace OHADA mais également en ce qu'elle présente une vertu prophylactique. Car, à l'inverse des solutions, proposées par le Code civil, elle permet d'éviter un contrat nul.

Les solutions proposées en 1804 se révèlent, dans l'ensemble, curatives. Elles ne s'avèrent nécessaires que si l'on constate qu'il existe un vice du consentement. Or, les règles posées par l'article 14 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés s'inscrivent dans une perspective de prévention. Elle permet à la caution illettrée de donner un consentement inévitablement libre et éclairé. Cette disposition lui évite ainsi une souffrance morale et matérielle. Pour

⁸⁶ L'information doit porter à titre d'exemple sur le contenu de l'obligation de la caution.

⁸⁷ Le caractère spécifique de la protection de la caution illettrée est affirmé par la doctrine africaine. Cf. J. ISSA-SAYEGH, « Commentaire de l'Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant organisation des sûretés », Juriscope 2012.

autant, l'efficacité de cette protection de la caution illettrée n'est pas suffisante, elle apparaît nettement inachevée.

Une efficacité contrariée de la protection

En application de l'article 4 de l'ancien Acte uniforme portant organisation des sûretés, la jurisprudence⁸⁸ annulait le cautionnement lorsque les mentions n'ont pas été inscrites de la main de la caution qui ne sait ni lire ni écrire. On est alors tenté de penser que la protection prévue par le texte évoqué se trouve satisfaisante. Néanmoins, l'efficacité de la protection de la caution illettrée recherchée par l'OHADA apparaît contrariée. En effet, outre que l'instrumentalisation du droit commun comporte des difficultés à surmonter, les règles spéciales élaborées par l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés revêtent un mérite compromis⁸⁹. Précisément, ces difficultés causent la fébrilité de la protection de la caution analphabète (A). Pourtant, ces normes particulières devraient corriger les lacunes du droit commun. Des auteurs⁹⁰ recommandent des améliorations en vue du renforcement de la sécurité juridique de la caution qui ne sait ni lire ni écrire (B).

A. La fragilité de la protection

La protection de la caution illettrée prévue par l'Acte uniforme apparaît fragile. Cette fébrilité se caractérise par la désignation des témoins certificateurs par la caution illettrée. Car, laissée à l'initiative de la caution, elle pourrait constituer une cause de lenteur et d'entente

⁸⁸ CA Bobo-Dioulasso (Burkina-Faso), arrêt n° 67 du 18 août 2008, *ibid.*, n° 27.

⁸⁹ Cf. *infra*, I, A.

⁹⁰ P. NKOU MVONDO, *ibid.*, n° 25.

frauduleuse entre le débiteur principal et les témoins.

Par ailleurs, l'acte uniforme portant organisation des sûretés ne précise pas le régime de responsabilité des témoins. On peut certes déduire que les règles de droit commun de la responsabilité civile délictuelle s'appliquent en cas de dommage subi par la caution illettrée, mais l'on aurait pu envisager une responsabilité civile contractuelle pour renforcer la protection de la caution illettrée. Ce silence sur la responsabilité contractuelle représente, à l'évidence, un obstacle à l'efficacité de la protection de la caution illettrée.

On remarque en définitive que la protection de la caution illettrée prévue par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés pourrait être contrariée, d'un côté, par la délicate désignation des témoins certificateurs par ladite caution (1) et, d'un autre côté, par le défaut de responsabilité contractuelle desdits témoins (2).

1. La délicate désignation des témoins par la caution illettrée

L'article 14 de l'Acte uniforme OHADA impose la présence de deux témoins certificateurs du cautionnement donné par l'analphabète en vue de protéger ce dernier. En revanche le mode de leur désignation peut fragiliser cette sécurité juridique.

La lecture de l'article 14 permet de comprendre que la caution illettrée est la personne habilitée à indiquer les témoins qui l'assisteront lors de la conclusion du cautionnement. Car, selon le texte évoqué, « la caution qui ne sait ou ne peut écrire

doit se faire assister de deux témoins ». L'usage de l'expression « doit se faire » invite à penser qu'il s'agit d'une obligation mise à la charge de la caution illettrée⁹¹.

En théorie, une telle charge se comprend puisque la personne qui s'engage à payer à la place d'une autre se trouve la mieux placée pour apprécier la teneur de son obligation mais en outre ses propres intérêts. Elle est alors seule à même de déterminer des personnes capables de l'éclairer et de défendre ses intérêts. En outre, il s'agit de relations de confiance⁹² qui exigent une certaine connaissance des témoins certificateurs. De même, l'obligation mise à la charge de la caution illettrée évite de l'infantiliser. Il importe, à cet égard, de rappeler que l'assistance des personnes qui ne savent ni lire ni écrire se rapproche de celle du mineur de moins de 16 ans qui conclut un contrat de travail, dans la plupart des pays membres de l'OHADA. Dans le cadre de la protection du mineur⁹³, la désignation des personnes susceptibles de représenter ce dernier est opérée par la loi et, dans certains cas sous ordre de la loi par le conseil de famille. Il s'ensuit qu'en permettant à une personne autre que la caution de désigner les témoins certificateurs, l'on assimilerait la protection de celle-ci à celle du mineur non émancipé.

⁹¹ J. ISSA-SAYEGH, « La certification des actes des personnes qui ne savent ou ne peuvent signer (droit sénégalais) », art. préc., p. 120.

⁹² Rappelons que la caution était, à l'origine, un service d'ami. Cela permet de déduire que l'acte de cautionnement et tout ce qui l'entoure requiert un minimum de confiance.

⁹³ Sur la protection du mineur, cf. A.-M. H. ASSI-ESSO, *Droit civil, Les personnes*, T1, 3^e éd., Abidjan, UIBA, 2008, coll. Précis de droit ivoirien.

Toutefois, en pratique, la caution illettrée est-elle en mesure de désigner des personnes capables de déceler les subtilités d'un cautionnement quand l'on sait qu'elle se trouve, elle-même, intellectuellement limitée?

Il semble possible, en réalité, que la caution qui « ne sait lire ou ne peut écrire » s'en remette au débiteur principal ou même au créancier qui déterminera les témoins certificateurs. On peut ainsi redouter un concert frauduleux entre les témoins certificateurs et le débiteur et même entre ceux-là et le créancier⁹⁴.

Dans une première hypothèse, pour l'instant théorique mais qui reste davantage probable, l'usage de manœuvres frauduleuses peut provenir des témoins certificateurs et du débiteur. Celui-ci peut susciter ou proposer des témoins à la caution. Dans un tel cas, les personnes proposées ne porteront à la connaissance de la caution que les informations voulues par le débiteur. Il s'ensuit que l'on peut redouter que les témoins n'expliquent pas correctement le sens de l'acte de cautionnement à la caution illettrée. Plus loin, l'on pourrait aboutir à un cautionnement disproportionné. Ce dernier ne peut être découvert que par des personnes pouvant lire un contrat. Il s'en déduit que la caution illettrée ne peut pas lire un contrat pour le comprendre et, en définitive, en déceler la disproportion des obligations qu'il peut comporter.

Dans une seconde hypothèse, également théorique, la caution peut s'en remettre au créancier, surtout lorsqu'il

s'agit de professionnel, pour lui trouver des témoins certificateurs. Dans ce cas, l'on peut craindre des manœuvres frauduleuses orchestrées par le créancier. Ce dernier peut, compte tenu de ses intérêts, user de moyens ruineux pour décider une personne analphabète à contracter⁹⁵. On peut par conséquent penser que le créancier pourrait s'entendre avec les témoins certificateurs pour fournir des informations qui consolident ses intérêts et non ceux de la caution.

Il ne pourra pas en conséquence engager une action en responsabilité civile, qui reste en tout état de cause limitée à la responsabilité délictuelle, contre les témoins convaincus de manœuvres frauduleuses.

2. Le défaut de responsabilité contractuelle des témoins

L'Acte uniforme portant organisation des sûretés ne prévoit ni la responsabilité contractuelle ni la responsabilité délictuelle des certificateurs impliqués dans une fraude. Certes, dans une telle hypothèse, l'on peut parfaitement imaginer que l'on use des voies existantes en droit commun pour obtenir l'annulation du cautionnement. Il s'avère possible d'évoquer l'erreur pour priver le cautionnement de tout effet si les témoins se trouvent convaincus de complicité de dol⁹⁶. Dans ce cas, l'action en

⁹⁴ Cf. CA Bobo-Dioulasso (Burkina-Faso), arrêt n° 67 du 18 août 2008, *ibid.*, n°27.

⁹⁵ *Ibid.* En effet, la pratique permet de penser que le créancier peut, en considération de ses intérêts, se rendre auteur de manœuvres frauduleuses en vue de déterminer une personne illettrée à s'engager comme caution. Dans ce cas traité par cette cour d'appel, la caution illettrée démontre qu'elle s'est trouvée victime de manœuvres frauduleuses opérées par le banquier dispensateur de crédit en vue de la déterminer.

⁹⁶ Cf. *supra*, I, A, 1.

responsabilité civile ne se révélerait possible que si la caution se rendait compte de la fraude. Or, elle se trouve intellectuellement limitée par son illettrisme⁹⁷.

De la même manière, l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés ne prévoit pas la possibilité d'engager la responsabilité contractuelle des témoins certificateurs. On peut penser que cela est, nul doute, dû au fait qu'ils sont considérés comme tiers au cautionnement.

Cependant, il apparaît possible d'en douter. Certes, en application du principe de l'effet relatif des contrats, les conventions n'ont d'effets qu'entre les parties. La doctrine⁹⁸ considère le principe évoqué comme une conséquence de l'autonomie de la volonté. En d'autres termes, seules les personnes ayant consenti à un engagement s'en trouvent tenues. Quelle est alors la situation de personnes qui ne consentent pas à un acte mais dont les informations ou conseils déterminent une autre à conclure ledit acte ?

Pour répondre à cette préoccupation, l'on peut parfaitement imaginer deux situations. La première correspond à l'hypothèse où les certificateurs se contentent d'expliquer le cautionnement et ses effets à la caution illettrée. L'article 14 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés indique le contenu de la certification. Il s'agit pour les certificateurs d'attester que la nature et les effets de l'acte ont été précisés à la caution illettrée.

On suppose alors que celle-ci a accepté le cautionnement parce qu'elle a été éclairée par les témoins évoqués.

Dans ce cas, les éventuels incidents ne pourront être mis à la charge des certificateurs. Il n'en ira autrement que si l'on démontre que les certificateurs ont retenu des informations qui si elles avaient sues de la caution, l'auraient empêchée de contracter. Dans une telle situation, l'on pourrait retenir la responsabilité des témoins pour faute sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. En effet, l'hypothèse rejoint le dol du tiers qui est sanctionné par le versement de dommages et intérêts au contractant dont le consentement a été vicié⁹⁹. Il s'avère impossible d'obtenir la nullité du cautionnement en invoquant le dol car les témoins représentent des tiers. Pourtant, ce refus de sanctionner le tiers contraste avec les Principes Unidroit¹⁰⁰. En effet, il y est admis que le dol du tiers représentant ou qui participe à la conclusion du contrat avec l'accord de l'autre partie mais en outre que le dol d'une personne sans lien avec le cocontractant peut donner lieu à la nullité du contrat dès lors que l'autre partie avait eu ou aurait dû avoir connaissances des faits pertinents¹⁰¹. De la même façon, le dol d'un tiers devrait être admis lorsque dès lors qu'il profite au cocontractant de la victime¹⁰².

Dans une deuxième hypothèse, les conseils ou les informations donnés par les témoins en vue d'expliquer le cautionnement déterminent le

⁹⁷ Certes, il ne suffit pas instruit pour déceler une fraude dans un contrat mais la situation de la caution peut-être plus compliquée.

⁹⁸ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 485, p. 543.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *op. cit.*, n° 99, p. 152.

¹⁰¹ Art. 3.2.8 (Principes Unidroit).

¹⁰² *Ibid.*

consentement de la caution illettrée. Dans un tel cas, les certificateurs se seront comportés comme des parties au contrat, précisément au cautionnement. Toutefois, l'on ne peut pas retenir la responsabilité contractuelle des témoins certificateurs dans la mesure où ils n'ont pas consenti directement au cautionnement. En outre, l'on ne peut également les poursuivre sur la base du cautionnement. En effet, les témoins certificateurs n'ont pas consenti au contrat. On ne peut pas alors les considérer comme des cofidélitateurs. L'on considère en effet que le cautionnement, parce qu'il peut engendrer une solidarité, ne se présume pas. Il doit être exprès en vue de la protection du consentement de la caution.

On remarque alors que les normes spéciales favorables à la protection de la caution illettrée revêtent une efficacité qui peut s'effriter à l'épreuve de la pratique. Un tel échec pourrait être causé par la détermination réservée du statut juridique des témoins certificateurs. Il apparaît alors indispensable de penser à une réorientation de la sécurité juridique de la caution illettrée. Il s'agira précisément de renforcer de la protection de la caution illettrée.

B. Le nécessaire renforcement de l'efficacité de la protection

L'Acte uniforme portant organisation des sûretés ne précise pas les qualités des témoins qui assistent la caution illettrée. On peut déduire des dispositions de l'article 14 de l'Acte évoqué qu'il s'agit, comme en droit malien¹⁰³ et sénégalais¹⁰⁴,

¹⁰³ L'article 274 du régime général des obligations du 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

de personnes lettrées, majeures ou mineures émancipées et jouissant de leurs droits civils qui peuvent rédiger la certification¹⁰⁵. Cependant, peuvent-ils la comprendre ? Pas si sûr dans la mesure où le texte évoqué ne précise pas qu'il doit s'agir d'experts en cautionnement. En outre, l'OHADA a institué dans l'intérêt de la caution une obligation d'information du créancier de toute défaillance du débiteur dans le paiement ou l'évolution de la dette lorsque le cautionnement est défini avec la faculté pour la caution de révoquer son engagement. De même, l'Acte uniforme détermine les fonctions de témoins certificateurs mais ne prévoit pas l'assistance de ces derniers dans la mise en œuvre de cette faculté. Doit-on conclure que la caution illettrée en a été privée?

On pourrait alors recourir à une certification devant notaire (1) mais également l'on pourrait solliciter l'appui d'un expert en droit du cautionnement. (2).

1. Le recours à une certification devant notaire

L'introduction d'un acte notarié obligatoire s'avérera nécessaire pour éviter la fraude¹⁰⁶. Certes, l'apport économique d'une telle mesure paraît incertain mais elle apparaît essentielle pour la protection d'un « juridiquement inapte » que représente la caution illettrée.

en outre que la nature et les effets de l'acte lui ont été précisés ».

¹⁰⁴ C. cass., 20 février 2002, Khady Dia Diallo c/ La Société sénégalaise de l'amiante Olment dite Senac – Falou Dieng, <http://www.juricaf.org/arret/SENEGALCOURDECASSATION-20020220-492002>.

¹⁰⁵ J. ISSA-SAYEGH, « La certification des actes des personnes qui ne savent ou ne peuvent signer (droit sénégalais) », art. préc., p. 120.

¹⁰⁶ P. NKOU MVONDO, *ibid.*, n° 25.

La portée économique d'une telle innovation paraît réservée dans la mesure où elle peut constituer un obstacle à la célérité des affaires¹⁰⁷. Or, sous l'impulsion des rapports *doing business*¹⁰⁸, l'établissement de règles par l'OHADA doit répondre à l'objectif de rendre économiquement attractif le droit des pays africains membres¹⁰⁹. Il s'agit alors d'assouplir les conditions de la constitution des sûretés en vue de réduire le coût de ces dernières pour faciliter l'octroi de crédit¹¹⁰. Cela signifie, en matière de cautionnement, que les règles établies doivent permettre d'atteindre une certaine efficacité. En d'autres termes, l'on doit aboutir à la protection de la caution et, par la même occasion, à l'obtention rapide de crédit,

¹⁰⁷ La certification des actes des analphabètes devant notaire existe dans la loi et en jurisprudence dans le droit sénégalais. L'on trouve des traces dans la jurisprudence. Cf. C. cass., 20 février 2002, Khady Dia Diallo c/ La Société sénégalaise de l'amiante Olment dite Senac – Falou Dieng, *ibid.*, n° 104. Toutefois, il semble qu'elle a été écartée, dans le droit de l'OHADA, compte tenu de son attractivité économique réservée.

¹⁰⁸ E. MACKAAY, « La valeur des rapports Doing business aujourd'hui », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, N° Spécial IDEF - Mars 2014, *L'interpénétration des systèmes juridiques : de l'ignorance à la confrontation et à la coexistence harmonisée*.

¹⁰⁹ P. CROCQ, art. préc., p. 56 ; P.-G. POUGOUE, « Doctrine OHADA et théorie juridique », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, Numéro Spécial - Novembre/Décembre 2011, *Doctrine*. L'OHADA est selon un auteur devenu un modèle attractif pour les Etats et un gage de sécurité pour les entreprises nationales et les investisseurs. Cf. B. MATORS, « L'intégration juridique au service de l'émergence du continent africain », ohada.com/ohadata, D-13-56.

¹¹⁰ M. SAKHO, « Le nouvel Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés : Propos introductifs autour d'une refonte d'envergure du droit des sûretés », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, Numéro Spécial - Novembre/Décembre 2011, *Législation*.

nécessaire à l'investissement. Il s'ensuit que la certification, devant notaire pouvant ralentir la bonne marche des affaires, ne paraît pas indiquée.

Dans le même ordre d'idées, un acte notarié peut s'avérer onéreux. Se posera alors la question de la personne qui paiera les frais de notaire. Logiquement, l'on pensera, en premier lieu, au débiteur. Toutefois, l'on suppose que celui-ci veut emprunter des fonds parce qu'il dispose d'un compte déficitaire. Il s'ensuit qu'une telle charge pourrait aggraver sa situation financière.

De la même manière, l'on peut parfaitement imaginer, en second lieu, que la caution illettrée supporte la charge des frais de notaire. En effet, rappelons qu'à l'origine le cautionnement représentait un acte de bienfaisance ou, en d'autres termes, un service d'ami. Cependant, la caution illettrée se trouve dans la catégorie des cautions profanes qui « ignorent les subtilités de l'activité »¹¹¹ de cautionnement. Bien plus, il s'agit de personne qui ne sait lire et, qui ne peut comprendre par lui-même le droit savant. Il peut en conséquence se refuser à admettre une telle charge. Il s'en déduit qu'un tel acte peut se révéler, en définitive, prohibitif.

On comprend alors pourquoi l'Acte uniforme portant organisation des sûretés exclut la certification devant notaire qui se trouvait présent dans les textes qui l'ont, sans doute, inspiré. En effet, le décret du 13 octobre 1934 sur le statut des notaires en AOF¹¹² et les législations de certains

¹¹¹ Sur les subtilités du cautionnement, cf. M. CABRILLAC et *alii*, *op. cit.*, n° 51, p. 45.

¹¹² JORF du 4 nov. 1934, p. 11053.

pays francophones de l'OHADA¹¹³, qui semblent constituer la source d'inspiration du législateur communautaire, prévoyaient l'assistance de l'analphabète et la certification des actes de ce dernier devant notaire.

Toutefois, l'attractivité du droit ne s'avère indispensable que dans le cadre des investissements¹¹⁴ mais surtout pour répondre à la concurrence des droits¹¹⁵. Or, le cautionnement donné par une caution illettrée semble intéresser essentiellement les opérateurs nationaux, même si l'on peut considérer que le droit doit être incitatif pour les prêteurs nationaux.

Il importe par ailleurs de tenir compte de la fonction majeure du droit des sûretés: la sécurité juridique. En d'autres termes, l'on ne doit pas oublier que ce droit, comme tout autre droit, répond à un objectif de prévisibilité, de certitude, de stabilité des situations juridiques ; qualités qui permettent d'établir la confiance des acteurs de la vie sociale et, notamment, de l'activité économique¹¹⁶.

L'OHADA élabore des règles qui tendent à rendre le droit des sûretés des

pays africains membres plus attractif¹¹⁷. Ce droit doit, en d'autres termes, inciter les prêteurs et les fournisseurs de crédit à octroyer des financements nécessaires au développement, à la croissance des entreprises nationales et à l'accroissement des échanges¹¹⁸.

La certification devant notaire peut réduire les risques de fraudes. La protection accordée par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés à la caution illettrée est essentiellement basée sur la preuve par témoignage spécifique qui se distingue des modes de preuve des conventions des systèmes traditionnels africains¹¹⁹.

Un acte notarié pourra renforcer cette sécurité juridique, si l'on considère que « l'acte notarié fait pleine foi, à l'égard de tous, de ce que l'officier public a accompli ou constaté personnellement conformément à ses fonctions »¹²⁰.

Outre le caractère authentique de son acte, le notaire possède des connaissances juridiques qui lui permettent de découvrir des subtilités dans un cautionnement. Il apparaît possible de mettre à sa charge une

¹¹³ Cf. *supra*, Introduction.

¹¹⁴ L. YONDO BLACK, « L'enjeu économique de la réforme de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés », *Dr. et patrimoine* 2010, n° 197, p. 46.

¹¹⁵ Sur la nécessité de rendre le droit compétitif dans la concurrence des droits. Cf. B. du MARAIS, « Attractivité économique du droit : le droit français peut-il survivre dans la compétition internationale », *Dr. et patrimoine* 2008, n° 170, p. 32 ; P. de MONTALIVET, « La « marketisation » du droit. Réflexions sur la concurrence des droits », *D.* 2013, chron., p. 2923.

¹¹⁶ J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 13^e éd., 2010, n° 3, pp. 2-3.

¹¹⁷ M. BRIZOUA-BI, « L'attractivité du nouveau droit OHADA des hypothèques », *Dr. et patrimoine* 2010, n° 197, p. 36 ; D. H. LABITHEY, « Quel droit des sûretés réelles pour l'OHADA », *Rév. Congolaise de Droit des Affaires* 2011, n° 76, p. 40.

¹¹⁸ L. YONDO BLACK, « L'enjeu économique de la réforme de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés », art. préc., p. 46.

¹¹⁹ Sur les modes de preuve de systèmes traditionnels, cf. H. O. LEGRE, *Les conventions indigènes et la législation coloniale*, éd. NETER, Abidjan, 1994, p.

¹²⁰ J. ISSA-SAYEGH, « La certification des actes des personnes qui ne savent ou ne peuvent signer (droit sénégalais) », art. préc., p. 124.

obligation d'information¹²¹, qui est déjà instaurée par les tribunaux en d'autres matières. Finalement, il peut, par son contrôle, éviter un contrat lésionnaire. Cela signifie que la présence de l'officier public évite d'aboutir à un contrat dans lequel il existe un déséquilibre économique structurel des prestations des parties.

Il apparaît évident qu'un acte notarié n'exclut pas des vices du consentement. On peut y découvrir une erreur sur les qualités substantielles. Il en va ainsi lorsque les témoins certificateurs se sont trompés sur l'étendue de l'engagement de la caution illettrée.

Le recours à un acte notarié paraît contrarié dans la mesure où il peut se révéler onéreux et constituer un obstacle à la célérité des affaires. En tout état de cause, les législations qui le prévoyaient, la jurisprudence¹²² ne lui accordait qu'une importance bien limitée en matière de preuve. En effet, selon elle, la présence de témoins lettrés dans un acte notarié à elle seule ne garantit pas la sincérité de l'engagement de l'analphabète ; mais encore fallait-il que les témoins attestent que la nature et les effets de l'engagement de se porter caution ont été précisés à la partie illettrée par eux-mêmes ou par un tiers¹²³. De même, si malgré le contrôle du notaire, la caution découvrait un vice dans l'acte de cautionnement, il s'avérerait difficile d'intenter une action en responsabilité contre ce dernier. Une telle action nécessiterait de préciser le statut juridique du notaire lorsqu'il contrôle la

¹²¹ Sur l'obligation d'information, cf. J.-P. DECORPS, art. préc., pp. 85 et s.

¹²² C. cass., 20 février 2002, Khady Dia Diallo c/ La Société sénégalaise de l'amiante Olment dite Senac – Falou Dieng, *ibid.*, n°104.

¹²³ *Ibid.*

certification des témoins. Intervient-il en tant qu'officier ministériel ou en tant que mandataire ?¹²⁴ Dans le premier cas, l'on engagerait sa responsabilité contractuelle¹²⁵ et, dans le second cas, l'on initierait une action en responsabilité délictuelle¹²⁶.

Toutes ses difficultés conduisent alors à envisager de confier l'assistance et le contrôle des actes de la caution illettrée à un autre expert juriste. Il peut s'agir d'un conseil juridique, notamment d'un avocat.

2. Le recours à un expert du cautionnement

En vue du renforcement de la protection de la caution illettrée, l'on peut envisager d'améliorer la qualité des témoins certificateurs. On pourrait alors choisir des personnes lettrées mais qui disposent de connaissances juridiques solides¹²⁷. Précisément, l'on peut exiger qu'il soit un expert en cautionnement¹²⁸.

Le choix de personnes initiées au cautionnement peut, à l'image de la désignation de témoins opérée par le notaire, engendrer une corporation de témoins certificateurs professionnels et rémunérés¹²⁹. Cela peut s'avérer dangereux¹³⁰. En effet, la rémunération peut devenir onéreuse ; surtout si le droit de la déterminer appartient aux témoins seuls.

¹²⁴ Sur la question, cf. Ripert et Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, tome II, n°55 et 343.

¹²⁵ Cass. req., 16 fév. 1910, *D.* 1921, 1, p.183.

¹²⁶ Cass. civ., 8 mai 1944, *S.* 1945, 1, p. 88.

¹²⁷ P. NKOU MVONDO, *ibid.*, n° 25.

¹²⁸ *Eod. loc.*

¹²⁹ J. ISSA-SAYEGH, « La certification des actes des personnes qui ne savent ou ne peuvent signer (droit sénégalais) », art. préc., p. 210.

¹³⁰ *Eod. loc.*

Toutefois, la désignation d'experts en cautionnement permettra de prévenir un contrat déséquilibré. On évitera ainsi le défaut d'informations en défaveur de la caution qui pourra aboutir à l'annulation du cautionnement. Il en ira ainsi si la caution évoque son erreur provoquée par une information au rabais fournie par les témoins certificateurs.

Le recours à un conseil autre qu'un notaire permet de surmonter les obstacles à la célérité des affaires. Si l'on considère que la certification devant un notaire ralentit la marche des affaires, la désignation d'un expert juriste tel qu'un avocat se révèle nécessaire en tant que remède.

Dans le même ordre d'idées, la certification opérée par un avocat permettrait de corriger les tares du recours aux témoins certificateurs. Elle pallierait notamment la lenteur que pourrait engendrer la recherche de ces derniers par la caution illettrée. Celle-ci étant profane, pourrait peiner à trouver les certificateurs qui peuvent lui expliquer le contenu et l'étendu de son obligation parce qu'ils possèdent des connaissances en matière de cautionnement.

De la même manière, l'intervention d'un avocat pourrait éviter un concert frauduleux entre le débiteur principal et les deux témoins. Rappelons que, si la caution illettrée compte tenu de son « inaptitude juridique » permet au débiteur de trouver les témoins, il n'est pas exclu que celui-là s'entende avec ceux-ci pour dissimuler des informations essentielles qui, si elles

étaient connues, empêcheraient la caution de s'engager¹³¹.

De même, à la différence du notaire¹³², la responsabilité de l'avocat reposerait sur les règles qui régissent le mandat. En d'autres termes, la responsabilité contractuelle de cet expert juridique pourrait être engagée si malgré son intervention, l'on décelait une disproportion entre les obligations dans le cautionnement.

En outre, l'article 25 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, dans l'intérêt de la caution, instaure une obligation d'information à la charge du créancier de toute défaillance du débiteur dans le paiement ou l'évolution de la dette lorsque le cautionnement est défini avec la faculté pour la caution de révoquer son engagement¹³³. Si l'on considère l'inaptitude de l'analphabète à comprendre le cautionnement, l'on peut déduire qu'il ne peut également saisir le sens des implications d'un tel acte. Aussi, l'assistance d'un expert juridique constitue un moyen, pour la caution illettrée, de bénéficier du droit de définir le cautionnement avec une faculté de révoquer son engagement. L'avocat en tant qu'expert et mandataire pourrait être l'interlocuteur du créancier qui est ainsi obligé.

On pourrait nous reprocher le coût souvent élevé des honoraires des avocats qui peut constituer un frein au cautionnement conclu par un illettré. Néanmoins, comme il a été indiqué plus haut, dans le cas des notaires, la caution

¹³¹ Cf. *supra*, II, A, 2.

¹³² Cf. *Supra*, II, B, 1.

¹³³ I. FEVILIYE, *ibid.*, n° 31.

est, avant toute autre considération, un service d'ami¹³⁴. On peut alors estimer que celui qui décide de se porter caution peut très bien payer des honoraires. En outre, il s'avère nécessaire d'aménager le texte, pour fixer de façon forfaitaire des honoraires des experts qui interviennent dans la formation du cautionnement.

*
* *

En définitive, la protection de la caution illettrée se révèle peu efficace. Elle se trouve contrariée par des imprécisions perceptibles dans le texte de l'OHADA. Il importe alors de réformer les textes pour une prise en compte suffisante de la protection de la personne illettrée qui s'engage en tant que caution. Précisément, il s'agira de réviser la responsabilité civile des témoins certificateurs pour un renforcement de la sécurité des personnes qui ne savent ni lire ni écrire mais qui s'engagent en tant que caution. En attendant, il appartient au juge d'interpréter les règles de façon à considérer davantage l'« inaptitude juridique » de la caution illettrée.

¹³⁴ Cf. *supra*, II, B, 1.