

# LA PROPORTIONNALITE DU CAUTIONNEMENT : ETUDE DE DROIT COMPARE ENTRE LE DROIT OHADA LE DROIT FRANCAIS ET LE DROIT ALLEMAND

## THE PROPORTIONALITY OF THE GUARANTEE: COMPARATIVE LAW STUDY IN OHADA LAW, FRENCH LAW AND GERMAN LAW

Dr Nelly Géraldine NYIA ENGON\*

**LT** Comparative law; Consumer protection; France; Germany; Guarantees; Guarantors; OHADA; Proportionality; Sureties; Uniform laws

La proportionnalité du cautionnement trouve l'une de ses formulations les plus explicites en droit français comme en droit allemand où elle est pleinement développée dans les relations entre professionnels et consommateurs à un point qu'elle peut être considérée comme une notion européenne. L'exemple le plus extrême en est le droit allemand où les auteurs de la réforme du Code civil (BGB) en vigueur depuis le 1er janvier 2002 ont voulu rendre le droit de la consommation transparent et accessible par sa codification civile au sein du BGB en estimant que le droit de la consommation était également le lieu de la lutte contre le déséquilibre structurel des parties.<sup>1</sup>

En droit allemand, la proportionnalité du cautionnement est régie aux articles du Code civil (BGB, §138, al.1er et §765). La principale caractéristique de la proportionnalité est qu'elle a une valeur constitutionnelle. La Cour constitutionnelle fédérale, le (*Bundesverfassungsgericht*) a effectué le contrôle de la proportionnalité en consacrant la notion de cautionnement immoral contraire aux bonnes mœurs.<sup>2</sup> En droit allemand des sûretés, cette notion sert d'instrument de lutte contre le déséquilibre structurel et les abus de puissance d'une partie au contrat de cautionnement.<sup>3</sup> A cet égard, le contrôle judiciaire de la proportionnalité du cautionnement se fonde sur un examen objectif de l'inadéquation entre les ressources patrimoniales

The proportionality of the guarantee finds one of its most explicit formulations in French and German laws where it is fully developed in the professionals and consumers relationships to the point that it can be considered as a European notion. The most extreme example is German law where the authors of the reform of the German Civil Code (BGB) in force since the 1 January 2002 achieved the consumer law transparent and accessible by its civil codification within the BGB considering that consumer law should be regarded as the place of remedying structural imbalance of the parties.

In German law, the proportionality of the guarantee is governed by the articles of the Civil Code (BGB, § 138, para.1 and § 765). The main feature of the proportionality is that it's a constitutional value. The Federal Constitutional Court, the (*Bundesverfassungsgericht*) carried out the control of proportionality by enshrining the concept of immoral guarantees. Under German sureties law, this concept serves as an instrument to tackle structural imbalance and abuse of power by one party of the guarantee contract. In this respect, judicial review of the proportionality of the guarantee is based on an objective examination of the inadequacy between the financial resources of the guarantor and the amount of his commitment, and, more generally, on a subjective examination of the circumstances of the conclusion of the guarantee contract from which the creditor may take advantage of the situation.

\* Docteur en Droit Privé Communauté Université Grenoble ALPES (France)  
Enseignant -Chercheur à la FSJP de l'Université de DOUALA Recrutement  
spécial DR/PHD Phase n°1 (2020).

de la caution et l'étendue de son engagement, et de manière plus globale, de l'examen subjectif des circonstances de la conclusion du contrat de cautionnement dont l'établissement de crédit a tiré avantage au détriment de la caution.<sup>4</sup>

In this respect, the BGB provides a set of rules governing the guarantee of individuals when subscribed a guarantee (*Bürgschaft*) within the framework of a commercial contract or a loan agreement. The legal requirement of proportionality is governed by specific rules of law of guarantees (§ 765 BGB). The fundamental difference with French law is the first place of transposition in the consumer code of European directives governing the protection of consumers. The legal requirement of proportionality of the guarantee is enshrined in art.L. 341-4 of the Dutreil law n° 2003-721 of 1 August 2003, which became arts L. 332-1 and L. 343-4 of the C. cons. In German law, the rules governing the proportionality of the guarantee are codified in the general part of the law of obligations where the legal requirement of proportionality is relied to the general clause of art. §138 para.1 BGB which sets up the breach of good morals as a fundamental norm of social morality acting against immoral guarantees (*übermäßige Sicherungsgeschäfte*).

Ainsi, le BGB présente plusieurs dispositions relatives à la protection de cautions personnes physiques en cas de souscription d'un cautionnement (*Bürgschaft*) dans le cadre de contrat commercial ou de contrat de prêt avec un consommateur.<sup>5</sup> L'exigence légale de proportionnalité est régie par des dispositions spécifiques au droit du cautionnement (§765 BGB). La différence essentielle avec le droit français est que les directives communautaires européennes relatives à la protection des consommateurs sont transposées au code de la consommation. L'exigence légale de proportionnalité du cautionnement est consacrée par la loi Dutreil n° 2003-721 du 1er août 2003 à l'art.L. 341-4 devenu les arts L. 332-1 et L. 343-4 du C. cons.<sup>6</sup> En droit allemand, les règles relatives à la proportionnalité du cautionnement se trouvent codifiées à la partie générale du droit des obligations où l'exigence légale de proportionnalité s'effectue en application de la clause générale de l'art.§138 al.1er BGB qui érige la contrariété aux bonnes mœurs en une norme fondamentale de la morale sociale qui permet la remise en cause de sûretés excessives (*übermäßige Sicherungsgeschäfte*).<sup>7</sup>

Yet exceptionally, OHADA law stands out remarkably from the previous national laws because it resists of the erosion of a legal requirement of proportionality of the guarantee. This assertion is based on the OHADA uniform law codified in the Uniform Act institutes sureties, which has entered into force on the 16 May 2011 and has been adopted the 15 December 2010 and which does not provide a set of rules governing proportionality of the guarantee. According to the doctrine, "the idea that the guarantee must be proportionate to the guarantor's assets seems foreign to the philosophy of the OHADA uniform act". In other words, OHADA does not provide a uniform law to protect consumers against the conclusion of the guarantee inadequate to the income of the guarantor. The silence of the OHADA uniform law on this question is surprising in view of the objectives set by the authors of the reform of the sureties law in 2010, in particular a high degree of precision of the legal rule in view of reinforcing legal security in the current practice of business transactions for which the guarantee represents a personal surety privileged.

De manière exceptionnelle, le droit OHADA<sup>8</sup> se singularise remarquablement par rapport aux droits nationaux qui précèdent en ce qu'il résiste à l'érosion d'une exigence légale de proportionnalité du cautionnement. Cette assertion procède du droit uniforme OHADA codifié à l'Acte uniforme portant organisation des sûretés OHADA (AUS) entré en vigueur le 16 mai 2011<sup>9</sup> et adopté le 15 décembre 2010 qui n'a pas prévu de règles légales régissant la proportionnalité.<sup>10</sup> D'après la doctrine, « l'idée selon laquelle le cautionnement doit être proportionné au patrimoine de la caution paraît étrangère à la philosophie de l'acte uniforme OHADA ». <sup>11</sup> En d'autres termes, le droit des sûretés OHADA ne dispose pas de régime de protection destiné à lutter contre les engagements de caution en inadéquation aux biens et revenus de la caution.<sup>12</sup> Le silence du droit uniforme OHADA sur cette question étonne au regard des objectifs fixés par les auteurs de la réforme de l'AUS de 2010 notamment un haut degré de précision de la règle de droit en vue du renforcement de la sécurité juridique dans la pratique courante des affaires dont le cautionnement représente une sûreté personnelle privilégiée.<sup>13</sup>

Conformément à l'objectif poursuivi par la réforme du droit des sûretés OHADA,

« l'accès au financement et le développement du crédit sont déterminés en grande partie par la capacité d'un débiteur à offrir librement une garantie fiable aux prêteurs dans le but d'accéder plus facilement au crédit et à des conditions raisonnables ». <sup>14</sup>

D'un point de vue économique, le législateur OHADA a favorisé un équilibre entre la protection des intérêts de la caution et l'efficacité de la garantie du cautionnement pour les créanciers, établissements de crédit en prévoyant une exigence de solvabilité de la caution lors de la conclusion du contrat de cautionnement. Dans l'esprit du droit des sûretés OHADA, l'exigence de solvabilité n'a pas été affectée de manière privilégiée pour la protection de personnes physiques lorsqu'elles souscrivent un engagement de caution. Cette mesure s'articule avec cohérence avec la politique économique que promeut le droit des sûretés OHADA en faveur de l'efficacité du crédit. <sup>15</sup>

L'exigence de solvabilité de la caution est une mesure destinée à accroître les chances de recouvrer la créance de manière préventive et d'affecter de manière curative le patrimoine solvable de la caution au règlement du prêt. <sup>16</sup> Ainsi, la logique consumériste de protection de cautions personnes physiques développée par le droit comparé est difficilement applicable au droit des sûretés OHADA en ce sens que la proportionnalité constitue une condition de validité du cautionnement en droit français et en droit allemand, alors qu'en droit des sûretés OHADA, cette condition n'est pas requise non seulement parce que le créancier peut renoncer à la solvabilité de la caution mais aussi parce que la caution ne peut dénoncer son engagement du fait de son insolvabilité au jour de la conclusion du contrat de cautionnement et au moment où elle est appelée à régler le montant du cautionnement. <sup>17</sup> La caution pourra se prévaloir des dispositions internes des Etats parties de l'OHADA notamment à la théorie des vices du consentement sur l'erreur sur la nature de son engagement afin de se décharger du contrat de cautionnement. <sup>18</sup>

A l'inverse du droit uniforme OHADA, la proportionnalité du cautionnement en droit français comme en droit allemand revêt une fonction contentieuse considérable qui confère au juge un pouvoir de contrôle destiné à sanctionner le manquement à l'exigence légale de proportionnalité. Mais bien qu'ayant légiféré sur l'exigence légale de proportionnalité du cautionnement, le droit français comme le droit allemand enregistrent un contentieux abondant sur cette question qui ne permet pas toujours d'atteindre le seuil de sécurité et de prévisibilité juridiques nécessaires à la cohérence d'ensemble du régime de la proportionnalité.

In line with objective pursued by the authors of the OHADA reform law of sureties,

“access to financing and the development of credit are determined to a large extent by the capacity of a debtor to freely offer a reliable guarantee to lenders in order to have easier access to credit and on reasonable conditions”.

From an economic point of view, the OHADA legislator has favoured a balance between the protection of the guarantor's interests and the effectiveness of the guarantee for creditors, credit institutions, by requiring a solvent guarantor at the time of the conclusion of the contract. In the spirit of OHADA law of sureties, the solvency requirement has not been given priority for the protection of the private individuals guarantors. This measure is consistent with the economic politic promoted by OHADA sureties law in favour of the efficiency of credit.

The requirement of the solvent guarantor is a measure intended to increase the chances of recovering the debt guarantee in a preventive manner and to allocate the solvent assets of the guarantor to the payment of the loan in a curative manner. Thus, the consumerist logic of protection of private individuals guarantors developed by comparative law is hardly applicable to OHADA sureties law in the sense that proportionality constitutes a condition of validity of the guarantee in French and German laws, whereas in OHADA law of sureties, this condition is not required not only because the creditor can waive the solvency of the guarantor but also because the guarantor cannot withdraw from his commitment because of his insolvency at the time the contract was concluded and at the time of the execution of his commitment. The guarantor should look for a better protection in the internal rules of the OHADA national law relating to the theory of the commitment's nature in order to be discharge of the contract.

Whereas, the proportionality of the guarantee in French and German laws has an important judicial function which confer to the judge a power of control in order to sanction the breach of the legal requirement of proportionality. But although having legislated on the legal requirement of proportionality of the guarantee, French law as well as German law record a consistent litigation on this question which does not always allow to reach the threshold of legal security and predictability necessary to the overall coherence of the proportionality legal regime.

In French law, the control of the proportionality of the guarantee is based on the legal provisions of arts L. 332-1 and L. 343-4 of the C. cons. This control is carried out according to a sovereign margin of appreciation of the judge, who does not always express the same solution from one jurisdiction to another. According to the doctrine, "no criterion of disproportion, no parameter is proposed, so that the solutions leave an impression of great approximation and appear appreciably different according to the species and the jurisdictions". This legal uncertainty explains the choice of a future reform of the law of securities conceived in a logic of evolution and progression in relation to the current positive law.

Moreover, the proportionality of the guarantee highlights important differences in the above-mentioned legislations both with regard to its concept and in terms of its judicial function through the control of proportionality. In this sense, two trends can be underlined. The first is OHADA law of sureties which concerning proportionality draws its substance from the effectiveness of the guarantee in accordance with its objectives which is the promotion of the development of economic transactions in order to encourage investment. This solution is far from being unanimously accepted in context where the authors of the reform of the uniform law of sureties have endeavoured to achieve the definition and scope of surety than the proportionality. This solution of OHADA uniform law calls, according to the doctrine, for a reform "*de lege feranda* of the specific provisions establishing a rule of proportionality" to ensure a high level of the protection of individuals guarantors.

The second, is the French and German laws, whose codification of the proportionality of the guarantee is rigorously protective of the interests of guarantors. However, in French law, a preliminary draft reform of the law of sureties made by the Henri Capitant Association proposes to clarify and simplify the law of sureties and, in particular, the rules governing the legal requirement of proportionality by promoting a certain rationality of the rule of law. Through this reform, the Henri Capitant Association wishes to incorporate into the French civil Code, solutions from case law and doctrine in order to unify the regime of the proportionality of the guarantee. In this perspective, the draft reform introduces some changes without substantially perform the regime of the proportionality of the guarantee.

Similarly, one of the difficulties occurred in German law concerning the proportionality is the condition for the application of the concept of immoral guarantee.

En droit français, le contrôle de la proportionnalité du cautionnement procède des dispositions légales des arts L. 332-1 et L. 343-4 du C. cons. Ce contrôle s'effectue suivant une marge d'appréciation souveraine du juge, qui d'une juridiction à une autre n'exprime pas toujours la même solution. D'après la doctrine, « aucun critère de la disproportion, aucun paramètre n'est proposé, de sorte que les solutions laissent une impression de grande approximation et paraissent sensiblement différentes selon les espèces et les juridictions ». <sup>19</sup> Cette insécurité juridique explique le choix d'une réforme future du droit des sûretés conçue dans une logique d'évolution et de progression par rapport au droit positif actuel.

De plus, la proportionnalité du cautionnement met en exergue d'importantes différences dans les législations ci-dessus nommées tant au regard de sa notion qu'au niveau de sa fonction contentieuse à travers le contrôle de la proportionnalité. En ce sens, deux tendances peuvent être mises en exergue. La première, celle du droit des sûretés OHADA qui puise en matière de proportionnalité sa substance dans l'efficacité du cautionnement inhérent à l'objet même de l'OHADA qui est de favoriser l'essor des activités économiques afin d'encourager l'investissement. <sup>20</sup> Cette solution est loin de recueillir l'unanimité dans un contexte où les auteurs de l'AUS se sont attelés à rendre perfectible la définition et l'étendue du cautionnement à l'exclusion de la proportionnalité. Cette solution du droit uniforme OHADA appelle d'après la doctrine une réforme « *de lege feranda* des dispositions spécifiques instaurant une règle de proportionnalité » dans le dessein d'assurer une meilleure protection des cautions, personnes physiques.

La seconde, celle du droit français et du droit allemand dont la codification de la proportionnalité du cautionnement se révèle rigoureusement protecteur des intérêts des cautions. Pour autant, en droit français, un avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant propose de clarifier et de simplifier le droit du cautionnement et notamment les règles relatives à l'exigence légale de proportionnalité en favorisant une certaine rationalité du droit. <sup>21</sup> Par cette réforme, l'Association Henri Capitant souhaite incorporer au code civil français, des solutions jurisprudentielles et doctrinales afin d'unifier le régime de la proportionnalité de l'engagement de caution. <sup>22</sup> Dans cette perspective, l'avant-projet de réforme apporte quelques modifications techniques et de légistique juridiques sans pour autant innover de manière substantielle dans le régime de la proportionnalité du cautionnement. <sup>23</sup>

Dans le même ordre d'idées, l'une des difficultés que pose la proportionnalité en droit allemand réside dans la mise en œuvre de la notion de cautionnement contraire aux bonnes

mœurs. En effet, du fait de la complexité des éléments d'appréciation auxquels la notion se réfère l'évolution de la jurisprudence fait prévaloir le recours au contrôle objectif du contenu de l'engagement de caution au détriment de l'examen subjectif des circonstances de la conclusion du cautionnement. En vue d'une application homogène du droit, la jurisprudence allemande a entrepris de faciliter l'application de l'exigence légale de proportionnalité en prévoyant de manière casuistique des groupes d'affaires aux conditions déterminées afin de contrôler la proportionnalité du cautionnement. Toutefois, la notion de cautionnement contraire aux bonnes mœurs s'avère dans son principe fluctuant et complexe et ne participe pas toujours à la prévisibilité et à la sécurité juridiques dans certains cas d'espèce.<sup>24</sup> En somme, la principale caractéristique de la proportionnalité du cautionnement est sa nature variable.

Toutefois, le droit des sûretés OHADA se distingue par sa préférence pour l'efficacité du cautionnement par rapport au droit comparé français et allemand qui privilégie la protection des droits des consommateurs de manière générale et celle des cautions personnes physiques en particulier. Dès lors, la question substantielle qui se pose consiste à savoir dans quelle mesure l'exigence légale de proportionnalité développée en droit comparé est compatible avec le droit des sûretés OHADA et parallèlement comment le droit uniforme OHADA peut constituer une source d'inspiration pour une relecture de la proportionnalité du cautionnement en droit français et en droit allemand. Dans le cadre de cette analyse, la définition de la proportionnalité du cautionnement constitue une précision importante même si la mise en œuvre fonctionnelle par le contrôle judiciaire de la proportionnalité du cautionnement s'avère obscure.

### LA DEFINITION DE LA PROPORTIONNALITE DU CAUTIONNEMENT

S'agissant de cette définition, son contenu n'a pas été déterminé par le droit du cautionnement de manière expresse. Ainsi, il convient dans un premier temps d'analyser la notion à l'aune des éléments d'appréciation de la proportionnalité.

#### La notion

Le droit des sûretés OHADA n'a pas consacré une exigence légale de proportionnalité du cautionnement de manière expresse. A l'inverse, le droit français comme le droit allemand retiennent le principe d'une exigence légale de proportionnalité de l'engagement de cautions qui tient son enracinement dans la protection des consommateurs personnes physiques lorsqu'ils se portent cautions pour

According to the elements of assessment to which the concept refers, the evolution of case law gives prior referred to an objective control of the content of the guarantee than the subjective examination of the circumstances of the conclusion of the guarantee. With a view to a uniform application of the law, German case law has undertaken to facilitate the application of the legal requirement of proportionality by providing a groups of cases law with specific conditions for the judicial control of the proportionality of the guarantee. However, the concept of immoral guarantee may be considered as a variable and complex principle and does not always contribute to predictability and legal certainty in certain cases law.

Finally, the main characteristic of the proportionality of the guarantee is its variable nature. However, OHADA law of sureties seems to stand out by its preference for the effectiveness of the guarantee in comparison to French and German laws, which favour the protection of the rights of consumers in general and of private persons in particular. Consequently, the substantial question that arises is to determine whether the legal requirement of proportionality developed in comparative law can be consistently followed by OHADA law and, at the same time, how OHADA uniform law can constitute a source of inspiration for a critical rereading of the proportionality of the guarantee in French and German laws. In the context of this analysis, the definition of the proportionality of the guarantee constitutes an important clarification even if its functional implementation in jurisdiction led to uncertain decisions.

### THE DEFINITION OF THE PROPORTIONALITY OF THE GUARANTEE

The content of this definition has not been expressly determined in the law of sureties. Thus, the notion must first be analysed under the factors assessing the proportionality.

#### The notion

OHADA uniform law of sureties has not expressly enshrined a legal requirement of proportionality. Conversely, both French and German laws codified the principle of a legal requirement of proportionality rooted in the protection of individual consumers in their relationship with professional creditors. This, contrary to OHADA law, marks a major difference to comparative law because of the absence a uniform law protecting consumers.

un créancier professionnel. Ce qui contrairement au droit de l'OHADA marque une différence majeure du fait de l'absence d'un droit uniforme protégeant les consommateurs dans leur relation avec des professionnels.

Indeed, the OHADA law of sureties is structurally conceived for the development of business law and to fulfil this objective the OHADA legislator has adopted a uniform technique of codification of the law with effects is to bypassing the specific distinction establish on the basis of the quality of parties who exercise a commercial activity thought compartmentalising the internal legislations of the States parties in order to regroup in the uniform law of sureties, according to a hybrid approach, the rules relating to commercial law, civil law and consumer law. However, a preliminary draft Uniform Act on Consumer Contracts is currently being studied by the institutional structures of OHADA, the adoption of this text is actually uncertain in regard of the many criticisms it has received.

Moreover the absence of OHADA uniform consumer law, the reform of uniform sureties law of 15 December 2010 is not completely indifferent to the principle of proportionality of the guarantee. In fact, the scope of application the proportionality is confined to following rules of art.17, paras 3 and 4, which state that:

“The surety's commitment may not be contracted under conditions that are more onerous than the principal obligation, under penalty of reduction to the extent of the principal obligation, nor exceed what is due by the principal debtor at the time of the legal proceedings. The principal debtor may not aggravate the guarantor's commitment by an agreement subsequent to the guarantee”.

The rights laid down in art.17 attached the principle of proportionality of the guarantee of OHADA to “contractual justice” which refers to the idea of a “balance between the principal contract and the guarantee contract”. the principle of proportionality of the guarantee limits its application by reference to the extent of the debt due to the creditor by the principal debtor and not under the financial resources of the guarantor. Compared to French and German laws, OHADA uniform law of the sureties defines the proportionality indirectly and implicitly with the principal contract binding the creditor to the principal debtor. Thus, the notion of proportionality is one of the well-established consequences of the accessory nature of the guarantee to the principal contract according to the Latin traditional adage “*Accesorium sequitur principale*”.

En effet, le droit OHADA du cautionnement est structurellement conçu pour servir le développement du droit des affaires et pour ce faire, le législateur OHADA a adopté une technique d'unification ayant pour effet de contourner la distinction propre à la qualité professionnelle des parties qui exercent une activité commerciale par le décloisonnement des législations internes des Etats parties afin de regrouper dans l'AUS, selon une approche hybride, les règles relatives au droit commercial, au droit civil, et au droit de la consommation.<sup>25</sup> Pour autant, un avant-projet d'Acte uniforme sur le contrat de consommation (AUCC) est en cours d'étude auprès des organes institutionnels de l'OHADA, une incertitude existe quant à son aboutissement au regard de nombreuses critiques dont il fait l'objet.<sup>26</sup>

Nonobstant l'absence de dispositions légales sur cette question, le droit des sûretés OHADA revisité le 15 décembre 2010 n'est pas complètement étranger au principe de proportionnalité du cautionnement. En effet, l'AUS fait référence à la proportionnalité du cautionnement lorsqu'il dispose à l'art.17, als 3 et 4 modifiés que :

« L'engagement de la caution ne peut être contracté à des conditions plus onéreuses que l'obligation principale, sous peine de réduction à concurrence de celle-ci, ni excéder ce qui est dû par le débiteur principal au moment des poursuites. Le débiteur principal ne peut aggraver l'engagement de la caution par une convention postérieure au cautionnement ».

Il ressort de manière substantielle du texte ci-dessus reproduit que la proportionnalité du cautionnement en droit uniforme OHADA est une mesure de « justice contractuelle »<sup>27</sup> qui renvoie à l'idée d'un « équilibre entre le contrat principal et le contrat de garantie ».<sup>28</sup> L'exigence de proportionnalité du cautionnement est définie en référence à l'étendue de la dette due au créancier par le débiteur principal<sup>29</sup> et non pas par rapport à la situation patrimoniale et/ou ressources financières personnelles de la caution. En comparaison du droit français et du droit allemand, le droit des sûretés OHADA définit la proportionnalité du cautionnement de façon indirecte et implicite essentiellement à la mesure du contrat principal. En ce sens, la proportionnalité est l'une des conséquences bien établie du caractère accessoire du cautionnement au contrat principal suivant l'adage traditionnelle « *Accesorium sequitur principale* ».

Par cette mesure, le législateur OHADA a généralisé le cautionnement déterminé en introduisant la règle de l'art.19 de l'AUS suivant laquelle « sous peine de nullité le cautionnement doit être conclu suivant une somme maximale librement déterminé entre les parties, incluant le principal, les intérêts et autres accessoires ». En d'autres termes, la dette garantie devra toujours être fixée dans l'acte de cautionnement. La caution s'engageant à régler ce montant déterminé.<sup>30</sup> Pour autant, le créancier n'est pas tenu de s'assurer que l'engagement souscrit par la caution est en inadéquation par rapport à son patrimoine.<sup>31</sup> Le choix du législateur OHADA s'explique dans la mesure où les auteurs de la réforme de l'AUS du 15 décembre 2010 ont privilégié l'efficacité du cautionnement vis-à-vis du créancier afin d'anticiper d'éventuelles contestations de la caution lorsqu'elle est appelée à honorer son engagement de caution.

### L'appréciation de la proportionnalité

De ce qui précède, le droit des sûretés OHADA s'accorde au moins avec le droit français et le droit allemand sur l'idée que la proportionnalité du cautionnement est un instrument au service de la recherche d'un équilibre contractuel.<sup>32</sup> Mais de façon limitée, en droit français comme en droit allemand, la proportionnalité est un instrument de modération au service du droit des sûretés qui permet d'une part de prévenir le risque d'endettement des personnes physiques, en évitant qu'elles se portent caution de crédit de manière excessive,<sup>33</sup> et, d'autre part, de sanctionner de manière curative les engagements de caution illégaux.<sup>34</sup> Cette protection est conforme à un choix de politique juridique de protection de cautions personnes physiques au travers de l'exigence légale de proportionnalité du cautionnement a été initiée à la fin des années 1980 pour lutter contre une pratique courante des banques de conclusion de contrats en inadéquation aux ressources patrimoniales des cautions.<sup>35</sup>

En droit civil allemand, le principe de proportionnalité (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*) est une illustration singulière d'une conception du droit privé prônée par Savigny, l'existence d'affinités et d'une zone de proximité entre le droit public et le droit privé.<sup>36</sup> En droit allemand, les tribunaux de droit civil sont tenus en matière de proportionnalité du cautionnement de se référer aux décisions rendues par les juridictions supérieures s'agissant de la contrariété aux clauses générales relatives aux bonnes mœurs.<sup>37</sup> Dans cette perspective, le principe de proportionnalité dans les contrats de cautionnement a été développé par la Cour constitutionnelle fédérale allemande en application de l'art.§138 aux termes duquel :

« (1) Est nul tout acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs. (2) Est nul notamment tout acte

A main purpose of the OHADA legislator is to establish limit guarantee to prevent abuse demands for unlimited payment of guarantee by introducing the rule of art.19 of the OHADA uniform law of surety which states that: "under penalty of nullity, the guarantee must be concluded for a maximum sum freely determined between the parties, including the principal, interest and other accessories". In other words, the guaranteed debt must always be fixed in the terms of contract. The guarantor undertakes to pay this determined amount. However, the creditor is not obliged to ensure that the guarantor's commitment undertaking is adequate to its patrimonial resources. This approach of the OHADA legislator is connected to the reform of sureties which have privileged the interest of creditor by the effectiveness of the guarantee in order to handle some contestations of the guarantor when he is called to honour his commitment.

### The assessment of the proportionality

Indeed the solutions adopted both in OHADA uniform law, French and German laws range from a reference to the place of the proportionality of guarantee as an instrument for a contractual balance of set of rules. While French and German laws received the proportionality as an instrument of moderation of the guarantee to prevent the risk of indebtedness of individuals guarantors by avoiding excessive commitments, and, to sanction in a curative way illegal surety guarantee. The main purpose of these rules is to protect individual guarantors through the legal requirement of proportionality of the guarantee originally conceived at the end of the 1980s to fight against a common practice of banks to conclude contracts inadequate to the financial resources of guarantors.

In German civil law, the principle of proportionality (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*) is a singular illustration of a conception of private law advocated by Savigny, the existence of affinities and a zone of proximity between public law and private law. In German law, the civil law jurisdictions are binding to the higher courts in matters of proportionality of the guarantee with regard to the infringement of general clauses relating to good morals. In this context, the principle of proportionality of guarantee contracts has been developed by the German Federal Constitutional Court in accordance with art.138, according to which:

“(1) Any legal act that violates good morals is void. (2) In particular, any legal act by which a

person is promised or granted, either to himself or to another person, in return for a service, property benefits that are grossly disproportionate to that service [...] is void”.

And art.§765(1) BGB which specifies that: “By the contract of guarantee the guarantor obliges himself towards the creditor of a third party to answer for the execution of the debt which is incumbent on the latter”. According to these provisions, German law differs essentially from French law because of its consideration of equity (*Billigkeitsentscheidung*) applied to the proportionality of the guarantee based on contractual morality. In German civil law, the concept of morality is considered to be “a powerful weapon for the moralisation of legal life” and “a control of contractual justice”. It is assessed “according to the sense of conveniences that all right-thinking people have”.

This view of German law is also present in French law where a certain doctrine admitted apart from the instrumentalist approach of proportionality, a finalist approach of this principle by considering that the proportionality of guarantee presupposes a subjective criterion depends on moral value of parties subject to the requirement of the “imperative of contractual ethics”. This “imperative of contractual ethics” which calls for a duty of temperance in the contractual relationship prohibits the beneficiary obtains inadequate guarantee to the financial resources of the guarantor. Thus, the principle of good faith is one of the essential components of proportionality without however being confused with it.

In French law, the duty of loyalty and good faith is not totally excluded in the guarantee. It has a valuable place among the obligations of information and advice incumbent to the contractual parties in general and to the credit institution in particular. Indeed, the duty of loyalty and good faith presupposes “a duty to collaborate which is at least to warn his contracting party of useful events to be known and to facilitate the good execution of the contract”. Thus, the duty of loyalty and good faith is an obligation due to the guarantor by the professional creditor on the amount and duration of the guarantee. The creditor is liable in the event of characterised disloyalty and may be ordered to pay damages, in particular when he fails to inform the heirs of the deceased guarantor on the existence of a guarantee and their right of termination the contract.

juridique par lequel une personne se fait promettre ou accorder, soit à elle-même, soit à une autre personne, en contrepartie d’une prestation, des avantages patrimoniaux en disproportion flagrante avec cette prestation [...] ».

Et de l’art.§765(1) BGB qui précise que : « Par le contrat de cautionnement la caution s’oblige envers le créancier d’un tiers à répondre de l’exécution de la dette qui incombe à celui-ci. ».<sup>38</sup> Par ces dispositions, le droit allemand diffère essentiellement du droit français en ce qu’il se réfère aux considérations d’équité (*Billigkeitsentscheidung*) pour la proportionnalité du cautionnement en se fondant sur la morale contractuelle.<sup>39</sup> En droit civil allemand, la notion de bonnes mœurs est considérée comme étant « une puissance arme de moralisation de la vie juridique »<sup>40</sup> et « un contrôle de justice contractuelle ».<sup>41</sup> Elle s’apprécie « selon le sentiment des convenances qu’ont toutes les personnes pensant juste et bien ».<sup>42</sup>

Cette approche du droit allemand est également présente en droit français où une certaine doctrine défend, à côté de l’approche instrumentaliste de la proportionnalité, une approche finaliste de ce principe en considérant que la proportionnalité du cautionnement comporte un critère subjectif liée à une valeur morale des contractants en ce qu’elle est une illustration singulière de l’exigence de « l’impératif d’éthique contractuelle ».<sup>43</sup> Cet « impératif d’éthique contractuelle » qui appelle un devoir de tempérance dans la relation contractuelle des parties proscrit au créancier la souscription de cautionnement en inadéquation aux ressources patrimoniales de la caution personne physique.<sup>44</sup> En ce sens que, le principe de bonne foi figure parmi les composantes essentielles de la proportionnalité sans toutefois se confondre à celle-ci.<sup>45</sup>

En droit français, le devoir de loyauté et de bonne foi n’est pas totalement élué en matière de cautionnement. Il tient une place précieuse au titre des obligations d’information et de conseil mises à la charge des parties au contrat en général et du créancier professionnel dispensateur de crédit en particulier.<sup>46</sup> En effet, le devoir de loyauté et de bonne foi suppose « un devoir de collaboration qui se résume au moins à avertir son contractant des événements utiles à connaître et à faciliter la bonne exécution de celui-ci ».<sup>47</sup> De sorte que, le devoir de loyauté et de bonne foi prend les contours d’une obligation d’information en mettant à la charge du créancier professionnel le devoir de communiquer au garant des informations relatives au montant et à la durée du cautionnement. Le créancier engage sa responsabilité en cas de déloyauté caractérisée et peut être condamné à régler des dommages et intérêts, notamment lorsqu’il omet d’informer les héritiers du garant

disparu de l'existence d'un cautionnement et de la faculté de résiliation de celui-ci.<sup>48</sup>

De plus, en droit français, le devoir de loyauté et de bonne foi constitue « un instrument de rééquilibrage de contrats dont les prestations réciproques des parties sont jugées inégales du fait de leurs qualités, positions contractuelles, puissances économiques ». Du point de vue de la proportionnalité, la bonne foi emprunte en droit du cautionnement les contours, « d'une obligation de dissuader la caution de s'engager dans des conditions totalement déséquilibrées aux moyens dont elle dispose ». Ce qui constitue en soi, une forme d'ingérence du créancier dans la vie patrimoniale de la caution qui trouve sa limite dans le devoir de mise en garde de la banque qui consiste seulement à éclairer la caution sur les conséquences de son acte afin qu'elle s'engage en pleine connaissance de cause. En d'autres termes, le créancier est tenu de mettre en garde la caution profane sur les risques de conclusion du cautionnement afin de prévenir un endettement excessif. A défaut, le créancier professionnel encourt une sanction, la réparation du préjudice subi sur le fondement de la perte d'une chance de ne pas souscrire un engagement de caution mais la caution a davantage intérêt à mettre en œuvre le dispositif de la loi Dutreil afin d'obtenir la décharge intégrale de son engagement.

En comparaison avec le droit des sûretés de l'OHADA, le droit uniforme africain a prévu des mesures protectrices en faveur du garant<sup>49</sup> au nombre duquel figure l'obligation d'information de la caution sur l'évolution de la dette dont les modalités se révèlent plus avantageuses que le droit français auquel il s'inspire. Dans l'AUS, l'obligation d'information de la caution sur l'évolution de la dette garantie s'effectue tous les six mois suivant l'art.25<sup>50</sup> alors qu'en droit français, l'obligation d'information est annuelle. De même le législateur OHADA a prévu comme en droit français l'information de la caution par le créancier de la défaillance du débiteur principal dans le paiement de sa dette. Cette information doit s'effectuer dans le mois de la mise en demeure de payer adressée au débiteur principal (AUS, l'art.24).

Cette mesure du droit des sûretés OHADA est très avantageuse par rapport au droit français parce qu'elle s'applique à tout contrat de cautionnement, aux cautions personnes physiques ou morales qui exercent une activité professionnelle ou pas alors qu'en droit français, elle est uniquement prévue dans le cadre limité des crédits à la consommation.<sup>51</sup> En outre, le législateur OHADA a également prévu un régime propre de protection pour les dirigeants de sociétés commerciales qui souhaitent se porter cautions au nom de la société commerciale. Dans ce cas, le cautionnement est encadré par le conseil

Furthermore, in French law, the duty of loyalty and good faith constitutes "an instrument for rebalancing contracts in which the reciprocal performances of the parties are judged to be unequal because of their qualities, contractual positions, and economic power". From this view, the duty of good faith in the proportionality of the guarantee takes the form of "an obligation to dissuade the guarantor to avoid agreement which are totally inadequate to his patrimonial situation". This gives to the creditor to interfere in the financial life of the guarantor which finds its limit in the bank's duty to clarify the consequences of the contract. In other words, the creditor is required to inform the guarantor of the risks the guarantee in order to prevent excessive indebtedness. Failing this, the professional creditor is subject to a sanction, the compensation of the damage suffered on the basis of the loss of a chance not to subscribe a guarantee, but the guarantor has a greater interest to apply the regime of Dutreil law in order to obtain the full discharge of his contract.

In comparison with OHADA law of sureties, African uniform law has provided for protective measures in favour of the guarantor including the obligation to be informed of the evolution of the debt which rules are predominantly advantageous than the French law. In the view of OHADA uniform law of sureties, the obligation to inform the guarantor on the evolution of the guaranteed debt is carried out every six months according to art.25 whereas in French law this obligation is annual. Similarly, the OHADA legislator has provided, as in French law, for the creditor to inform the guarantor of the principal debtor's failure to pay his debt. This information must be provided within one month of the summons addressed to the principal debtor (AUS, art.24).

This rule of OHADA law is very advantageous compared to French law because it applies to any guarantee contract which opponents individuals or legal persons, whether or not they are engaged in a professional transactions, whereas in French law it's limits for consumers. In addition, the OHADA reform has also provided for a specific protection regime for managers of commercial companies who wish to act as guarantors for their company. In this case, the guarantee is supervised by the company's board of directors and should be authorised within the maximum amount set by the board of directors. However, it is regrettable that OHADA law of sureties does not provide rules

governing the guarantee provided for the director for the company's debts.

### JUDICIAL REVIEW OF THE PROPORTIONALITY OF THE GUARANTEE

Judicial review of the proportionality of the guarantee faces certain limits due to an imprecision in the delimitation of the scope of the legal requirement of proportionality, but first of all it is necessary to consider the moment of the verification of proportionality.

#### The moment of verification of the proportionality

In French and German laws, proportionality is assessed on the time of the conclusion of the contract guarantee on the basis of different criteria. In this regard, French law has in common the objective control of the contractual imbalance between the amount of the guarantee and the guarantor's ability to pay. In German law, this control is not exclusive; other subjective criteria are required, for instance the absence of the guarantor's own interest for the contract and his commercial inexperience.

Moreover, because of the complex nature of the concept of good morals (BGB, § 138, para.1), jurisdictions have rightly evolved towards an objective examination of proportionality regarding the financial situation of the guarantor in order to sanction immoral guarantees. Indeed, the subjective examination which contributes to an overall assessment of proportionality presupposes a wrongful conduct of the creditor which may consist of a reprehensible active or passive attitude and therefore be difficult to determine. The subjective assessment of proportionality is further determined by a presumption of immorality of the guarantee according to which the creditor is presumed to may have taken advantage of the structural inferiority of the guarantor in reason of the affection and/or relationship he had with the principal debtor at the time of the conclusion of the contract.

In French consumer law, pursuant arts L. 332-1 and L. 343-4 of the consumer code,

“a professional creditor may not rely on a guarantee contract of individuals consumers whose agreement was, at the time it was concluded, manifestly disproportionate to his income, unless the assets of this guarantor, at

d'administration de la société et ne peut être souscrit que dans la limite de la somme maximale fixée par le conseil d'administration.<sup>52</sup> Seulement, on peut regretter que le droit des sûretés OHADA n'est pas prévu de dispositions régissant le cautionnement souscrit par le dirigeant pour les dettes sociales de l'entreprise.<sup>53</sup>

### LE CONTROLE JUDICIAIRE DE LA PROPORTIONNALITE DU CAUTIONNEMENT

Le contrôle judiciaire de la proportionnalité du cautionnement est confronté à certaines limites liées à une imprécision dans la délimitation du domaine de l'exigence légale de proportionnalité, mais avant tout il convient d'envisager — le moment de vérification de la proportionnalité.

#### Le moment de vérification de la proportionnalité

En droit français comme en droit allemand du cautionnement, la proportionnalité s'apprécie au jour de la conclusion du cautionnement sur la base de critères différenciés. A cet effet, le point commun avec le droit français réside dans le contrôle objectif du déséquilibre existant entre le montant de l'engagement de caution et la capacité de paiement du garant. En droit allemand, ce contrôle n'est pas exclusif, d'autres critères subjectifs viennent s'y adjoindre de manière complémentaire, notamment l'absence d'intérêt propre de la caution pour le contrat de cautionnement et son inexpérience commerciale.

Au demeurant, en raison du caractère complexe de la notion de bonnes mœurs de l'art. §138 al. 1er BGB, la jurisprudence a à juste titre évolué vers un examen objectif de la proportionnalité au regard de la situation patrimoniale de la caution afin de sanctionner le cautionnement immoral contraire aux bonnes mœurs. En effet, l'examen subjectif qui concourt à une appréciation globale de la proportionnalité présuppose un comportement fautif du créancier qui peut consister à une attitude reprehensible active ou passive et donc être difficilement déterminable. L'examen subjectif de la proportionnalité est déterminé en outre par une présomption d'immoralité de l'engagement de caution selon laquelle le créancier est présumé avoir exploité une infériorité structurelle de la caution en raison de l'affection et/ou du lien de parenté que ce dernier entretenait avec le débiteur principal au moment de la conclusion du contrat.

En droit français de la consommation, aux termes des arts L. 332 -1 et L. 343-4 C. cons.,

« un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses

biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ». <sup>54</sup>

Du présent texte, il ressort que la proportionnalité du cautionnement suppose que la caution se trouve, lorsqu'elle le souscrit, dans l'impossibilité de faire face à un tel engagement avec ses biens et revenus. Le juge doit procéder à une évaluation objective de la proportionnalité au jour de la conclusion du cautionnement.

A ce titre, la principale difficulté que comporte les dispositions qui précèdent est la détermination de l'assiette de l'actif et du passif servant à l'évaluation de la solvabilité de la caution. Le juge doit vérifier « l'endettement global de la caution » au travers des déclarations faites dans la fiche de renseignements. Ces déclarations sont entièrement opposables par la banque à la caution. <sup>55</sup> De même, en droit civil allemand, la caution peut soulever plusieurs éléments probants, tels que des « revenus mensuels insuffisants », « l'état d'incapacité durable de payer la dette », « l'existence d'autres sûretés ». <sup>56</sup>

Le législateur OHADA a choisi une approche inverse contrairement aux dispositions qui précèdent dont l'intérêt est le renforcement de l'efficacité du cautionnement en introduisant une mesure originale très favorable au créancier. D'après l'art.15 al.2 et 3 de l'AUS :

« La caution doit présenter des garanties de solvabilité appréciées en tenant compte de tous les éléments de son patrimoine. Le débiteur qui ne peut trouver une caution pourra la remplacer par toute sûreté réelle donnant les mêmes garanties au créancier ».

Ce texte comporte plusieurs enseignements précieux. Tous les éléments du patrimoine personnel et réel de la caution sont engagés dans l'acte de cautionnement. <sup>57</sup> De plus, la caution doit être solvable non seulement à la date du cautionnement mais aussi au jour où elle est appelée à exécuter son engagement. <sup>58</sup> Le créancier est en droit d'opposer un refus à l'engagement de caution non solvable, le débiteur principal devra dans cette hypothèse effectuer le remplacement par une sûreté réelle. <sup>59</sup>

En droit français, la preuve du manquement à l'exigence légale de proportionnalité doit être établie par la caution de manière déterminante. <sup>60</sup> Le manquement doit être caractérisé de manière « flagrante », ou encore doit « sauter aux yeux d'un banquier normalement diligent ». <sup>61</sup> L'engagement de caution doit s'apprécier objectivement à l'aune des ressources financières de la caution, ses salaires, ses revenus, ses biens, et son patrimoine immobilier déclarées à la fiche de renseignements au jour de la conclusion du cautionnement. <sup>62</sup> D'après une solution jurisprudentielle désormais constante, la Cour de cassation

the time of the execution the guarantee, do not allow to perform his obligation".

It is clear from this text, that the proportionality of the guarantee presupposes at the date of the conclusion of the contract that the guarantor is unable to perform the payment of the guarantee with his financial resources. The judge should proceed of an objective assessment of proportionality on the day of the surety agreement is concluded.

For this purpose, the main difficulty with the above provisions is the determination of the basis of the assets and liabilities used to evaluate the solvency of the surety. The judge must verify the "overall indebtedness of the surety" through the declarations made in the information declarations document. These statements are fully enforceable by the bank against the guarantor. Similarly, in German civil law, the guarantor can raise several relevant elements, such as "insufficient monthly income", "the permanent situation to pay the debt", "the existence of other sureties".

The OHADA legislator has chosen an opposite approach, contrary to the preceding provisions, the objective of African uniform law is to reinforce the effectiveness of the guarantee by introducing an original measure favourable for the interest of the creditors. According to art.15, paras 2 and 3 of the uniform law of sureties,

"The guarantor must present guarantees of solvency, taking into account all the elements of his assets. The debtor who cannot find a guarantor may replace to any real surety giving the same guarantees to the creditor".

This text contains several pertinent measures. All the elements of the guarantor's personal and real assets are involved in the surety agreement. Moreover, the guarantor must be solvent not only on the date of the guarantee but also at the time to perform his guarantee. The creditor is entitled to denounce the commitment of a non-solvent guarantor; in this case, the principal debtor must replace the guarantor with a real surety.

Under French law, the proof of a breach of the legal requirement of proportionality must be characterised by the guarantor in a decisive manner. The breach must be "flagrant" or must be "obvious to a normally diligent banker". The guarantor's commitment must be objectively assessed in light of his financial resources, his salaries, income, and real estate assets declared in the informative document on the time of the conclusion of the guarantee. According to a constant legal solution, the High Court of Cassation recalls that the assessment of the proportionality of the guarantee is limited to the regular income and the assets held by the guarantor on the date of conclusion of the

guarantee excluding the expected income from the guaranteed transaction.

Case law has emphasised that the basis of the assets concerned is determined by a photograph of the existing assets and current income of the guarantor on the day the contract is concluded, which excludes the gain expected by the guarantor in the event of return to better fortune. This solution limits the basis of the guarantee to the actual resources received by the guarantor on the day of his commitment, to the exclusion of future resources which he could receive in the event of an improvement in his financial situation.

In German civil law, a return to better fortune or future enrichment is considered if they are sufficiently certain. As in French law, the assessment of proportionality is made decisively on the basis of the income and assets available to the guarantor on the day the guarantee was concluded. The immorality of the guarantee is presumed because of the particular circumstances surrounding the conclusion of the guarantee. The burden of proof of the existence of such circumstances and their imputability to the creditor must be established by the guarantor. Thus, in a case law where the guarantor had guaranteed two bank loan contracts relating to the acquisition of a real estate property, the presumption of immorality resulted from the sizeable portion of the guarantor's current income and assets and the contractual interest charge evaluable on the amount of the guarantee.

Finally, in French consumer law, under the arts L. 332-1 and L. 343-4 C. cons., the judge also considers decisively the time when the guarantor has to execute his commitment. The guarantee is enforceable against the guarantor if the time the evolution of its patrimonial situation make the payment of the guarantee possible. Case law has clearly defined the roles of the respective parties in the assessment of proportionality and the administration of proof by considering that the creditor is required to provide proof that the guarantor can execute his commitment taking into account the liabilities due and the assets available in the case of breach of legal requirement of proportionality in the time of conclusion of the contract. The creditor has to prove that the guarantor's resources are sufficient to pay the guarantee with financial resources on the day of the execution of the contract.

rappelle que l'appréciation de la proportionnalité du cautionnement est limitée aux revenus réguliers et au patrimoine que la caution détient au jour de la conclusion du cautionnement à l'exclusion des revenus escomptés de l'opération garantie.<sup>63</sup>

La jurisprudence a souligné que l'assiette de l'actif concerné est déterminée par une photographie des actifs existants et des revenus actuels de la caution au jour de la conclusion du contrat,<sup>64</sup> ce qui exclut l'espérance de gain attendu par la caution dans le cadre d'un retour à meilleure fortune.<sup>65</sup> Cette solution permet de restreindre l'assiette de la garantie aux seules ressources réelles perçues par la caution au jour de son engagement à l'exclusion des ressources à venir qui peuvent être aléatoires et hypothétiques que la caution pourrait recevoir en cas d'amélioration de sa situation financière.<sup>66</sup>

En droit civil allemand, le retour à meilleure fortune ou un enrichissement futur ne sont pris en compte que s'ils sont suffisamment certains.<sup>67</sup> Comme en droit français, l'appréciation de la proportionnalité est faite de manière déterminante sur la base de revenus et des biens disponibles au patrimoine de la caution au jour de la conclusion du cautionnement. L'immoralité du cautionnement est présumée du fait de circonstances particulières entourant la conclusion de l'engagement de caution. La charge de la preuve de l'existence de telles circonstances et leur imputabilité au créancier doivent être établies par la caution.<sup>68</sup> Ainsi, dans un litige où la caution s'était portée garant du remboursement de deux contrats de prêt bancaire relatif à l'acquisition d'un bien immobilier, la présomption d'immoralité résultait de l'inadéquation entre la partie saisissable des revenus et actifs courants de la caution avec la charge d'intérêts contractuels prélevée sur le montant du cautionnement.<sup>69</sup>

Enfin en droit français de la consommation, suivant la lettre des arts L. 332-1 et L. 343-4 C. cons., le juge considère également de manière déterminante le moment où la caution est appelée à régler le montant du cautionnement.<sup>70</sup> En effet, le cautionnement est opposable à la caution si elle est en mesure de faire face au prêt garanti suivant l'évolution de sa situation patrimoniale. La jurisprudence a clairement défini les rôles des parties respectives dans l'appréciation de la proportionnalité et l'administration de la preuve en considérant que le créancier est tenu de fournir la preuve que la caution est en mesure de faire face à son engagement compte tenu du passif exigible et de l'actif disponible si le contrat de cautionnement contrevient à l'exigence légale de proportionnalité au jour de la conclusion du contrat.<sup>71</sup> Le créancier doit apporter la preuve que les ressources de la caution sont suffisantes

pour régler le prêt garanti au regard de sa solvabilité financière au jour où elle est appelée à honorer le contrat.<sup>72</sup>

### Les limites du contrôle de proportionnalité

Les limites existent du fait de l'interférence des critères d'appréciation et en raison de l'absence d'articulation précise des régimes sur lesquels se fondent le contrôle de proportionnalité. En effet, il est établi que l'exigence légale de proportionnalité en droit français et allemand est conditionnée à un examen objectif relatif au montant de la garantie par rapport à la situation patrimoniale de la caution ; et d'un point de vue subjectif au comportement déloyal du créancier. Mais malgré l'effort minutieux développé par la jurisprudence française et allemande, il demeure une articulation imprécise des conditions ci-dessus rappelées, conditions qui s'avèrent incompatibles avec les ambitions d'efficacité du cautionnement en droit des sûretés OHADA. En effet, le droit uniforme africain ne peut se référer au degré de contrôle de la proportionnalité que le droit allemand a développé en matière de cautionnement et qui est de nature à conférer à la caution, personne physique une protection rigoureuse.

En effet, en droit allemand, bien que le cautionnement contraire aux bonnes mœurs procède de manière déterminante de l'examen objectif de la proportionnalité, la Cour suprême fédérale a systématisé des groupes d'affaires où la frontière entre l'examen objectif et subjectif de la proportionnalité semble délicate à déterminer et où le déséquilibre structurel que fait naître le contrat de cautionnement selon qu'il s'agit de la garantie familiale ou de la garantie des salariés pour le compte de l'employeur demeure fragile.<sup>73</sup> A cet égard, la jurisprudence présente notamment un premier groupe où l'immoralité du cautionnement est présumée en raison d'une faute grave de l'établissement du crédit dans l'exécution de son obligation d'information à l'égard de la caution. Par exemple, lorsque la banque considère l'engagement de caution comme une formalité en exploitant à son avantage l'inexpérience commerciale de la caution en minimisant le risque économique.<sup>74</sup> Ainsi, les juges ont prononcé la nullité d'un engagement de caution souscrit pour le financement d'un projet de construction immobilier par un jeune adulte en formation professionnelle en raison de l'échec du financement du projet de construction et des risques survenus ultérieurement et non prévisibles liés à la valeur marchande des terrains à bâtir. La caution qui ne bénéficiait pas d'une expérience commerciale n'avait aucun intérêt personnel à la réalisation du projet immobilier.<sup>75</sup>

La jurisprudence allemande admet également une protection renforcée de la proportionnalité du cautionnement dans le cadre familial en accordant une attention particulière aux cautions profanes qui se portent

### The limits of the control of proportionality

The limits exist because of the interference of the criteria of assessment and the imprecise articulation of the regimes on which the control of proportionality is based. Indeed, it's established that the legal requirement of proportionality in French and German laws is conditional on an objective examination between the amount of the guarantee and the financial resources of the guarantor, and from a subjective point of view to the creditor's unfair behaviour. Whereas despite considerable efforts made by French and German case laws, it remains an imprecise articulation of the above-mentioned conditions which seemed to be incompatible with the ambitions of effectiveness of the guarantee in OHADA uniform law of sureties. Thereby, African uniform law cannot refer to the degree of control of proportionality that German law has developed in the law of sureties, and which give consistent protection to individuals guarantors.

Indeed in German law although the immoral guarantee is a decisive part of objective examination of proportionality, the Federal Supreme Court has systematised groups of cases where the boundary between objective and subjective control of proportionality seems difficult to determine and where the structural imbalance that arises from the guarantee depending on whether it concerns the family guarantee, or the guarantee of the employees remains fragile. In this respect, the case law presents a first group where the immorality of the guarantee is presumed because of a fault of the credit institution in the performance of the obligation to inform the guarantor. For example, when the bank considers the guarantee as a formality and taking advantage to the commercial inexperience of the guarantor or minimising the economic risk of the transaction. Thus, the judges have declared immoral the guarantee for the financing of a real estate construction project by a young adult because of the failure of the financing of the construction project and the subsequent unforeseeable risks related to the market value of the building lots. The guarantor who had no commercial experience had no personal interest in the real estate project.

The German case-law also allows enhanced protection of the proportionality of the guarantee in the family context giving a specific protection to private persons who stand as guarantee for their family. The presumption of immorality is applicable to guarantees

which are subscribed for business relationships except for informed guarantees in particular shareholders of companies, manager of SARL, limited partnership because of the retiree benefits of the contract of guarantee. Moreover, German case law admits that the lending bank can denounce the presumption of immorality by asserting the interest of the contract, for example, the guarantor had a financial interest in the function reserve to him in the business start-up financing project and in a decisive manner his income could paid the guarantee.

In the family context, the German judge applied the immoral guarantee to pronounce the nullity of the guarantee subscribed by the consumers guarantors who have suffered emotional or psychological pressures at the time of the conclusion of the contract. In one case law, the Federal Court of Justice pronounce the nullity of guarantee because of the manifest imbalance with the financial faculties of a young man of 23 years with a modest income who subscribe a guarantee to secure a bank loan of his father of the amount of 2.3 million DM. On this point, German law could be inspired by OHADA uniform law of sureties—which has particularly innovated by providing preventive protection measures with regard to guarantors (illiterate) by enshrining the presence of third parties in the contract, two witness-certifiers at the time of the conclusion of the guarantee, whose role is decisive in enlightening the guarantor's consent on the nature and effects of the guarantee through the information and advice on the content of the contract (AUS, art.14 para.2).

Finally, German civil law allows enhanced protection in the event of a manifest structural imbalance between the parties. However, this third group may interfere not only with the two preceding groups but also the risk of confusion with the objective and subjective criteria of proportionality is sensible. In German civil law, in order to sanction immoral guarantee, the case law calls for the structural imbalance created by the guarantee, “there must be a gross imbalance between the guarantee and his current and realistically foreseeable solvency”. The distinguishing feature of the two previous groups is that the immorality of the guarantee stems from a flagrant mismatch between the amount of the guarantee and its financial situation. A judicial review may be conducted to verify the structural imbalance created by the contract. This structural imbalance is justified in the name of the interests of the guarantor who does not derive a financial advantage from the contract.

caution pour les membres de leur famille.<sup>76</sup> La présomption d’immoralité de la sûreté s’applique aux engagements de caution souscrits dans les relations commerciales<sup>77</sup> à l’exception des cautions averties qui sont des associés de société, gérant de SARL, commanditaire de société en commandite du fait des avantages que la caution est susceptible de retirer du contrat de cautionnement.<sup>78</sup> Au demeurant, la jurisprudence admet que la banque prêteuse peut dénoncer la présomption d’immoralité en faisant valoir l’intérêt du contrat pour la caution, par exemple, en démontrant que la caution avait un intérêt financier tel que l’occupation d’un poste à responsabilité dans le projet de financement de création d’entreprise et de manière déterminante que ses revenus pouvaient faire face au cautionnement.<sup>79</sup>

Dans le cadre familial, le juge allemand va recourir à la contrariété aux bonnes mœurs pour prononcer la nullité du cautionnement souscrit par les cautions profanes ayant subi des pressions affectives ou psychologiques nécessitant une protection particulière au jour de la conclusion du contrat.<sup>80</sup> Dans une affaire, la Cour fédérale de justice a remis en cause un engagement de caution en raison du déséquilibre manifeste avec les facultés financières d’un jeune homme de 23 ans aux revenus modestes et qui s’était porté caution pour garantir le crédit bancaire souscrit par son père à hauteur de 2,3 millions de DM.<sup>81</sup> Sur ce point, le droit allemand pourrait s’enrichir du droit des sûretés OHADA qui a particulièrement innové en prévoyant des mesures de protection ciblées préventives à l’égard des cautions profanes (illettrées) en consacrant la présence de tiers au contrat, deux témoins-certificateurs au moment de la conclusion du cautionnement dont le rôle est déterminant pour éclairer le consentement de la caution sur la nature et les effets de l’acte de cautionnement par la délivrance d’une obligation d’information et de conseil sur le contrat de cautionnement (AUS, art.14 al.2).

Le droit civil allemand admet enfin une protection renforcée en cas de déséquilibre structurel manifeste entre les parties. Toutefois, ce troisième groupe d’affaires peut donner lieu à des interférences non seulement avec les deux précédents groupes — mais aussi le risque de confusion avec les critères objectif et subjectif de contrôle de la proportionnalité est tenu. En droit civil allemand, afin de sanctionner le cautionnement contraire aux bonnes mœurs, la jurisprudence appelle à considérer le déséquilibre structurel que fait naître le cautionnement, « il faut qu’il y ait un déséquilibre grossier entre l’engagement de la caution et sa solvabilité actuelle et prévisible de manière réaliste ». <sup>82</sup> L’élément distinctif par rapport aux deux précédents groupes est que l’immoralité du cautionnement procède d’une inadéquation flagrante entre le montant de son engagement de caution et sa situation financière. Un

contrôle judiciaire peut être réalisé afin de vérifier le déséquilibre structurel que fait naître le contrat.<sup>83</sup> Ce déséquilibre structurel est justifié au nom des intérêts de la caution qui ne retire pas un avantage financier dans l'engagement de caution.<sup>84</sup>

De ce qui précède, le droit civil allemand admet une protection majeure au cautionnement souscrit pour les membres de la famille dans les affaires où des jeunes se retrouvent surendettés parce qu'ils se sont portés garants de prêts bancaires pour leur famille ou leur partenaire alors qu'ils percevaient de faibles revenus. Pourtant la jurisprudence récente se montre très nuancée lorsqu'il s'agit de cautionnements de prêts commerciaux de salarié pour le compte de l'employeur, débiteur principal et considère que le cautionnement du salarié qui perçoit des revenus modestes n'encourt pas de nullité au sens des arts §138 I et §765 du BGB lorsque l'employeur se trouve dans une situation économique difficile.<sup>85</sup> Notamment dans une affaire, la caution qui était salariée ne pouvait régler le montant de son engagement de près de €150.000 qui dépassait considérablement ses revenus mensuels. De manière surprenante, un déséquilibre n'a pas été retenu dans le cadre de ce litige alors que la caution salariée se trouvait en position d'infériorité structurelle dans le cadre de la relation de travail qui la liait avec son employeur, et que ce dernier était susceptible d'exploiter cette position pour obtenir un acte de cautionnement.

En somme, la recevabilité du cautionnement immoral pour les différents groupes que nous venons d'envisager ne peut aboutir que si la caution ne retire un avantage dans le contrat de cautionnement. La portée limitée de cette condition s'avère difficilement applicable au regard de sa nature subjective dans le contexte du droit OHADA. Il s'agit de l'intérêt personnel de la caution dans la conclusion du cautionnement. Cette dernière notion présente quelques inconvénients au regard de sa nature variable et difficile à cerner en ce sens que l'intérêt de la caution peut procéder d'une manifestation de solidarité avec le débiteur principal, ou d'une liberté contractuelle.<sup>86</sup> En outre, il appartient au créancier d'établir la preuve de l'intérêt personnel de la caution qui ne peut être recherchée dans la relation entre la caution et le débiteur principal.<sup>87</sup>

De la même manière, en droit français, des incertitudes sont persistantes s'agissant du régime juridique applicable à l'exigence légale de proportionnalité du cautionnement. Ces incertitudes sont perceptibles non seulement dans les errements jurisprudentiels relatif au contrôle de la proportionnalité mais aussi de manière législative dans les motivations ayant conduit à l'adoption de l'avant-projet de réforme du droit français des sûretés.<sup>88</sup>

From the foregoing, German civil law admits major protection for the guarantee concluded for the interest of family members in the situation of young people became over-indebted due to guarantee to ensure bank loans of their family or their partner while receiving insufficient income. However, recent case law is very nuanced when it concerns guarantees for commercial loans of employees and considers that the guarantee of an employee with a modest income is legal according to the arts § 138 I and § 765 of the BGB when the employer has economic difficulties. In a case law, the guarantor employee could not pay the guarantee of nearly 150,000 euros which greatly exceeded his monthly income. Surprisingly, the imbalance was not retained in this context although the guarantor was structurally in the inferior position in the relationship with his employer who could take advantage of the conclusion of the guarantee.

In addition, the admissibility of immoral guarantee for these various groups we have just considered can only be successful if the guarantor does not derive an advantage from the contract of guarantee. The limited scope of this condition is difficult to apply in view of its subjective nature in the context of OHADA law because of the personal interest of the guarantor in the conclusion of the guarantee. This last notion presents some disadvantages in view of its variable nature because the guarantor's interest may derive from the solidarity with the principal debtor, or from a contractual freedom. Moreover, the creditor has to prove the personal interest of the guarantee which should be found in the relationship between the guarantor and the principal debtor.

Similarly, in French law, uncertainties persist regarding the legal regime applicable of proportionality of the guarantee. These uncertainties are perceptible not only in the judicial errors relating to the control of proportionality but also in the motivations that led to the adoption of the preliminary draft reform of sureties law.

Indeed, French consumer law governed by the Dutreil law of 1 August 2003 tends to reduce the assessment of the legal requirement of proportionality of the guarantee to an objective criterion in the exclusion of the subjective criterion based on the examination of the creditor's behaviour and his duty of loyalty. Under this law, the legal requirement of proportionality is not in principle governed by the common law regime of civil liability but derive of liability which results from the breach of the legal requirement of proportionality.

According to the doctrine, there is a distinction between the two regimes, the first provide sanction of the behaviour of professional creditor by requiring to subscribe an adequate guarantee of a reasonable amount and proscribing a form of economic charge on the head of the guarantor, while the second regime provide sanction to structural unbalanced contract by creating a risk of losing the total amount of the guarantee by discharge the guarantor from his contract pursuant arts L. 332-1 and L. 343-4 C. cons.

However, this theoretical distinction of regimes is not always obvious. In fact, judges initially applied the regime of contractual civil liability in the famous *Macron* decision of 17 June 1997. In this decision, the commercial chamber sanctioned the bank for having failed in its obligation to contract in good faith and for having committed a fault by taking out a guarantee for 20 million francs which was inadequate in relation to the financial resources of a director- guarantor, who had a monthly income of only 37,550 francs and assets of less than 4,000,000 francs.

The fault of the bank is objectively assessed by the breach of the duty of moderation in the amount of the guarantee allowing the guarantor to obtain damages based on contractual civil liability in order to compensate the prejudice suffered with the effect of reducing the amount of the guarantee. Subsequently, the French Court of Cassation made a partial reversal of its jurisprudence in the *Nahoum* decision of 2 October 2002 by sanctioning the bank on the basis of the obligation to provide information on the financial capacities of the informed guarantor. Similarly, in a recent judgment of 2016, the conduct of the parties was examined in the context of the control of the proportionality of the guarantee, which goes without saying that the risk of confusion with contractual civil liability remains sensitive.

En effet, le droit français de la consommation régi par la loi Dutreil du 1er août 2003 tend à réduire l'appréciation de l'exigence légale de la proportionnalité du cautionnement à un critère objectif à l'exclusion du critère subjectif qui repose sur l'examen du comportement du créancier et son devoir de loyauté. Sous l'empire de la loi Dutreil, l'exigence légale de proportionnalité n'est pas en principe régie par le régime de droit commun de la responsabilité civile contractuelle mais suivant un régime de responsabilité qui procède du manquement à l'exigence légale de proportionnalité.

D'après la doctrine, il existe une distinction entre les deux régimes dans la mesure où, le premier permet de sanctionner le comportement d'un créancier professionnel en le conduisant à souscrire un cautionnement d'un montant raisonnable et en proscrivant une forme de contrainte économique sur la tête de la caution,<sup>89</sup> tandis que le second régime permet de sanctionner un contrat déséquilibré en mettant à la charge du créancier professionnel le risque de perdre le montant total de la somme garantie par la décharge intégrale de la caution de son engagement en application des arts L. 332-1 et L. 343-4 C. cons.<sup>90</sup>

Pourtant cette distinction théorique de régimes n'est pas toujours évidente. En effet, les juges ont dans un premier temps mis en œuvre le régime de la responsabilité civile contractuelle à l'occasion du célèbre arrêt *Macron* du 17 juin 1997. Dans cet arrêt, la chambre commerciale avait sanctionné la banque d'avoir manqué à son obligation de contracter de bonne foi et commis une faute en souscrivant un cautionnement à hauteur de 20 millions de francs en inadéquation par rapport aux ressources financières d'un dirigeant-caution, qui ne disposait que d'un revenu mensuel de 37.550 francs et d'un patrimoine inférieur à 4.000.000 francs.

La faute de la banque est objectivement appréciée par le manquement au devoir de modération dans le montant du cautionnement<sup>91</sup> permettant à la caution d'obtenir sur le fondement de la responsabilité civile contractuelle des dommages et intérêts afin de réparer le préjudice subi avec pour effet la réduction du montant du cautionnement.<sup>92</sup> Par la suite, la Cour de cassation opère un revirement partiel de jurisprudence dans l'arrêt *Nahoum* du 2 octobre 2002<sup>93</sup> en sanctionnant la banque non pas sur le régime de l'exigence légale de proportionnalité mais sur le régime de l'obligation d'information et de renseignement sur les capacités financières de la caution avertie.<sup>94</sup> De même dans un arrêt récent de 2016, le comportement des parties a été examiné au contrôle de la proportionnalité du cautionnement, ce qui va sans dire que le risque de confusion avec la responsabilité civile contractuelle demeure sensible.<sup>95</sup>

Enfin, en droit français comme en droit allemand, le manquement à l'exigence légale de proportionnalité est — opposable aux créanciers professionnels. En droit allemand, le cautionnement contraire aux bonnes mœurs encourt la nullité, c'est-à-dire l'inexistence totale de l'acte et l'impossibilité du débiteur principal de se prévaloir du montant de la caution.<sup>96</sup> Il s'agit d'une mesure de protection renforcée de préservation de la caution contre le risque de surendettement à vie.<sup>97</sup> De la même manière, en droit français, la sanction légale instaurée aux arts L. 332-1 et L. 343-4 C. cons., a pour conséquence d'entraîner une déchéance des droits du créancier de manière rétroactive. L'engagement de caution est censé n'avoir jamais existé.<sup>98</sup> La sanction légale instaurée par les arts L. 332-1 et L. 343-4 C. cons., a pour conséquence d'entraîner la privation totale du cautionnement. Cette sanction légale ne fait pas en principe appel à la responsabilité contractuelle dans la mesure où elle n'a pas pour objet la réparation d'un préjudice.<sup>99</sup>

Ainsi définie, la sanction de l'exigence légale du cautionnement en droit français comme en droit allemand peut être qualifiée de sanction dure par la logique « du tout ou rien » à laquelle elle permet d'aboutir.<sup>100</sup> La sanction de l'inefficacité totale du cautionnement s'avère excessive et inadaptée au droit du cautionnement en comparaison au régime de la responsabilité civile contractuelle qui permettait par la jurisprudence Macron d'obtenir la réduction de l'engagement de caution par les dommages et intérêts.<sup>101</sup> La réception par le droit des sûretés OHADA de cette sanction est une idée risquée susceptible de faire obstacle à l'efficacité des engagements de caution. D'ailleurs, l'une des meilleures réponses à cette sanction actuelle est la réforme de cette mesure par l'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant qui envisage d'assouplir cette sanction par la réduction du montant du cautionnement (avant-projet de réforme, art.2301).<sup>102</sup> Alors que le législateur OHADA a d'ores et déjà admis cette solution en droit des sûretés (AUS, art.17 al.3).<sup>103</sup>

## CONCLUSION

En dépit d'une discrète référence de la notion, le droit des sûretés OHADA présente quelques imperfections s'agissant de la proportionnalité du cautionnement qui est rarement définie dans le texte de l'OHADA qui se révèle très distant de l'approche française de l'exigence légale de proportionnalité. En droit comparé, la proportionnalité existe surtout à l'aune de la qualité des parties que sont le professionnel et le consommateur et se situe dans l'ancrage d'une politique suivie en droit français comme en droit allemand de protection de la partie la plus faible dans la conclusion de cautionnements. L'approche du droit des

Finally, in French and German laws, the breach of the legal requirement of proportionality is forceable to the professional creditors. Under German law, an immoral guarantee is null, i.e., the total non-existence of the guarantee and the impossibility for the creditor to receive the amount of the guarantee. This is a reinforced protection measure to preserve the guarantor against the risk of being over-indebted for life. Similarly, in French law, the legal sanction introduced in arts L. 332-1 and L. 343-4 C. cons., has the consequence of retroactively depriving the creditor of his rights. The guarantee is supposed to have never existed. The legal sanction introduced by arts L. 332-1 and L. 343-4 C. cons., leads to the total forfeiture of the guarantee. This legal sanction does not, in principle, call upon contractual liability insofar it's not intended to repair a damage.

So defined, the sanction of the legal requirement of a guarantee in French law as in German law can be qualified as a severe sanction by the "all or nothing" logic to which it leads. The sanction of the total ineffectiveness of the guarantee is excessive and inappropriate to the law of guarantee compared to the regime of contractual civil liability which allowed by the Macron jurisprudence to obtain the reduction of the guarantee by damages. The legal receipt of this sanction by OHADA uniform law of sureties is a risky idea that could hinder the effectiveness of the guarantee. Moreover, one of the best answers to this current sanction is the reform of this measure by the preliminary draft reform of the Henri Capitant Association which envisages more flexible sanction by reducing the amount of the sureties (Preliminary draft reform, art.2301). Whereas the OHADA legislator has already admitted this solution in the reform of law of sureties (AUS, art.17 para.3).

## CONCLUSION

Despite a brief reference to the concept, OHADA law of sureties presents some imperfections regarding the proportionality guarantee, which is rarely defined in the OHADA law very distant from the French approach to the legal requirement of proportionality. In comparative law, proportionality exists in the light of the quality of the parties who are professional and consumer and rooted in the legal policy followed in French law as in German laws regarding the protection of the consumers guarantors. The approach of OHADA law of sureties is singular because of its legal policy of promoting the effectiveness of sureties and the uniform act on consumer rights in the OHADA, which is currently in elaboration.

sûretés de l'OHADA est singulière et s'explique du fait de la politique juridique de promotion de l'efficacité du cautionnement et en raison d'un acte uniforme portant sur les droits des consommateurs dans l'espace OHADA qui se trouve en cours de préparation.

On many points, OHADA uniform law of sureties may constitute a source of inspiration in correcting the regime of proportionality of guarantee in comparative law. In particular, the measure of the requirement of the guarantor's solvency throughout the duration of the guarantee and the possibility for the creditor to obtain the replacement of an insolvent guarantor by real surety. In the same way, the application of the reduction of the guarantee in OHADA law is an interesting measure since the preliminary draft reform of the Henri Capitant Association has already admits this rule *de lege feranda*.

Sur de nombreux points, le droit uniforme OHADA peut constituer une source d'inspiration dans la correction des imprécisions et errements de la proportionnalité du cautionnement en droit comparé. On peut citer notamment, la mesure de l'exigence de solvabilité de la caution pendant toute la durée de l'engagement de caution et la possibilité par le créancier d'obtenir le remplacement de la caution insolvable par une sûreté réelle. De la même manière, l'application de la réduction du cautionnement en droit des sûretés OHADA est une mesure intéressante ce d'autant plus que l'avant-projet de réforme de l'Association Henri Capitant l'a déjà prévu *de lege feranda*.

Nevertheless, it seems that the solution of OHADA law is satisfactory but deserves to be improved on many points in the influence on comparative law, especially in the event of the development of an OHADA consumer law. It is also regrettable the silence concerning the director for the guarantee of the company's debts in the OHADA Uniform sureties. Similarly, some adjustments are necessary in the German casuistic approach because of the existence of interference in objective and subjective control of proportionality by the judge which is also present in French consumer law and in the general law of contractual civil liability.

Pour autant, il nous semble que la solution du droit OHADA est satisfaisante mais mérite d'être améliorée sur de nombreux points en s'inspirant du droit comparé surtout dans l'hypothèse de l'élaboration d'un droit des consommateurs OHADA. On peut également regretter le silence de la loi uniforme sur l'engagement de caution souscrit par le dirigeant pour le cautionnement des dettes sociales de son entreprise. De la même manière, des ajustements sont nécessaires dans l'approche casuistique allemande des engagements de caution en raison de l'existence d'interférence dans les éléments de contrôle objectif et subjectif de la proportionnalité par le juge, risque également présent dans la jurisprudence française en droit de la consommation et en droit de la responsabilité civile contractuelle.

## Notes

1. G. Lardeux, « Le nouveau droit allemand des obligations » *Journal du droit international* (octobre 2005), biblio.45.
2. BVerfGE 89, 214 (19 octobre 1993 — 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89) ; M. Fromont, J. Knetsch, *Droit privé allemand* précis Domat Droit privé, 2 éd., (LGDJ, 2017), p.198 et s., n°341 et s ; R. Frank, « Le rôle de la volonté et la protection de la caution en droit français et allemand » in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Etudes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg* (Bruylant, 2000), p.331 et s ; F.-X. Licari, dans *Lamy Droit des sûretés* (Etude 520, 2014).
3. Staudinger/Stürner (2020) BGB § 765.
4. Münchener Kommentar zum BGB (§ 138), 8. Auflage 2020, Rn 14 ; BVerfGE 89, 214 et 199 ; BGH WM 2000, 410, 413 ; BGH WM 2002, 125, 127 ; BGH WM 2002, 1350, 1351.
5. Fromont, Knetsch, *Droit privé allemand* (LGDJ, 2017), p.198 et s., n° 342.
6. O. Cuperlier, A. Gorny, « L'engagement disproportionné de la caution, après la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 sur l'initiative économique réflexions et statistiques » (2004) 41 J.C.P. E. 1576 et s ; Com. 28 févr. 2018, n° 16-24.841, D. 2018. 508 ; RDI 2018. 335, obs. H. Heugas-Darraspen ; AJ Contrat 2018. 192, obs. G. Mégret ; RTD Civ. 2018 p.457, P. Crocq.
7. M. Pédamon, « *Le contrat en droit allemand* », 2e éd., (LGDJ, 2004), p.82 et s., n° 107 et s ; Fromont, Knetsch, *Droit privé allemand* (LGDJ, 2017).
8. L'OHADA faut-il toujours la présenter est une idée *made in Africa* qui signifie l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires. L'OHADA est un projet original et vivant qui ambitionne « de réaliser un droit unifié des affaires en vue de rationaliser et de moderniser l'environnement juridique des entreprises en Afrique », A. Akam Akam, « L'OHADA et l'intégration juridique en Afrique » in *Les Mutations juridiques*

dans le système OHADA (L'Harmattan, 2009), p.25 et s ; L'OHADA est née du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, signé à Port Louis, le 17 octobre 1993 révisé le 17 octobre 2008 par le Traité de Québec. Comme son nom l'indique, il s'agit d'une organisation dotée d'une personnalité juridique internationale et déclarer auprès de l'organisation de l'Union africaine et qui compte à ce jour près de 17 Etats membres africains de la zone monétaire franc que sont le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Centrafrique, les Comores, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée Bissau, la Guinée équatoriale, le Mali, le Niger, le Congo démocratique, le Sénégal, le Tchad, le Togo. L'OHADA demeure ouverte à l'adhésion d'autres Etats tiers. Sur ce point cf. D. Cossi Sossa, *Propos introductif in Droit et attractivité économique : le cas de l'OHADA* (éd. IRJS, 2013), p.3 et s ; J. Issa Sayegh et J. Lohoues-Oble, *Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique* Coll. droit uniforme africain, (Bruxelles : éd. Bruyant, 2002), p.44 ; P.- G. Pougoue, *Présentation générale et procédure en OHADA* Coll. droit uniforme, (PUA, 1998), p.5 et s ; L'OHADA élabore un droit commun des affaires consistant à la réglementation uniforme de l'environnement de l'entreprise par des opérations qui concourent, selon l'art.2 dudit Traité aux matières relatives au droit des sociétés et au groupement économique, au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés, aux voies d'exécution, au redressement des entreprises et à la liquidation judiciaire, à l'arbitrage, au droit du travail, au droit de la vente et des transports et toutes autres matières que le conseil des ministres déciderait, à l'unanimité d'y inclure. L'OHADA se dissocie ainsi d'organisations régionales telles que l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA), de la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC), et de la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) dont l'objet est davantage orienté vers la modernisation des réglementations dans les secteurs de l'économie et de la finance dans la zone franc, V. sur ce point S.-J. Priso-Essawe, « L'émergence d'un droit communautaire africain de la concurrence : « double variation sur une partition européenne » » (2004) R.I.D.C. 56(2) 329-354 ; A. Cisse « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : L'expérience de l'OHADA à l'épreuve de sa première décennie » (2004) R.I.D.E, 2 208 ; A. Yaya Sarr, *L'intégration juridique dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) et dans l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA)*, (Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2008), p.43 et s.

9. Acte Uniforme portant organisation des sûretés, J. O. OHADA du 1er juillet 1998, p.1 ; F. Anoukaha, *Le droit des sûretés dans l'Acte Uniforme OHADA*, Coll. droit uniforme, (PUA, 1998).

10. Acte Uniforme révisé portant organisation des sûretés adopté le 15/12/2010 à Lomé (Togo), J. O. OHADA n° 22 du 15/02/2011 ; OHADA Code Bleu 6ième édition, (Jurifrica, 2020), Acte Uniforme portant organisation des sûretés, p.566 et s ; Y. R. Kalieu Elongo, « Cautionnement » in *Encyclopédie du droit OHADA* (Lamy, 2011), p.886-895, ss. Dir. de P.G. Pougoue ; H.D. Amboulou, *Le droit des sûretés dans l'espace OHADA* (L'Harmattan, 2014), p.73 et s ; G. Kenfack Douanji, « Les nouvelles sûretés introduites dans l'acte uniforme sur les sûretés adopté le 15 décembre 2010 » (nov-déc, 2011) *Revue de l'ERSUMA*, n° spécial 81 et s. ; P. Tiger, « Douze questions sur le cautionnement et leur solution en droit OHADA » *Penant*, n° 840, spécial Sûretés et garanties bancaires, p.416.

11. A. Minkoa She, *Droit des sûretés et des garanties du crédit dans l'espace OHADA, Les garanties personnelles* (PUF, 2010), t. 1, n° 132, p.86.

12. F. Anoukaha, *Le droit des sûretés dans l'acte uniforme OHADA* Coll. droit uniforme, (Yaoundé : PUA, 1998), p. ; Y.R. Kalieu Elongo, *Les sûretés personnelles dans l'espace OHADA* (Yaoundé PUA, 2006).

13. L. Black Yondo, M. Brizoua-Bi, O. Fille Lambie, L.-J. Laisney, A. Marceau-Cotte, *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, La réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, ss. Dir. P. Crocq (Coll. Lamy Axe Droit, 2012), p.24 et s.

14. Black Yondo, Brizoua-Bi, Fille Lambie, Laisney, Marceau-Cotte, *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, La réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, ss. Dir. P. Crocq (Coll. Lamy Axe Droit, 2012), p.27 et s.

15. A. Boccovi in *Colloque annuel parisien du DIU Juriste OHADA-Rapport général sur l'acte uniforme révisé OHADA portant sur l'organisation des sûretés* (LPA, 2015), p.23 et s. : « C'est l'objectif du législateur. Mais le principe ci-après est bien connu des banques : « ce n'est pas la sûreté qui fait le crédit ». Le banquier accorde un crédit à un client en qui il a confiance au travers de l'appréciation qu'il fait du risque qu'il prend. La sûreté devrait seulement servir à conforter la banque. C'est là où se situe la limite de cet arsenal juridique pourtant soigneusement élaboré par des experts. La banque en Afrique a besoin de disposer de moyens lui permettant de mieux connaître le client qu'elle accepte de financer et de pouvoir le retrouver à tout moment. L'absence de sociétés d'investigations commerciales et de sociétés d'informations sur le crédit dans la plupart des pays cause du tort sérieux à l'activité du crédit. Ceci a d'ailleurs été soulevé comme l'un des points faibles des pays de l'OHADA dans le rapport Doing Business 2013 ».

16. A rappr. Y. Diallo, *Les sûretés et garanties réelles dans les procédures collectives* (L'Harmattan, 2019), n° 45 et s., p.42 et s.

17. G. Dibangue, *La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement : Regards croisés entre le droit français et le droit OHADA* (L'Harmattan, 2017), p.170 et s., n° 242 et s.

18. Dibangue, *La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement : Regards croisés entre le droit français et le droit OHADA* (L'Harmattan, 2017), p.171 et s., n° 244 et s.

19. Ph. Simler, *Cautionnement, Garanties autonomes-Garanties indemnitaires* (LexisNexis, 2015), p.499, n° 476.

20. Traité OHADA, art.1er.

21. Le texte est consultable sur le site de l'Association Henri Capitant à l'adresse suivante : <http://www.henricapitant.org/travaux/legislatifs-nationaux/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-suretes> [consulté le 30 août 2021] ; Ch. Juillet, *L'article 60 de la loi PACTE, coup d'envoi de la réforme des sûretés* (JCP N, 2019), p.1208 ; P. Crocq, *vers une réforme du droit des sûretés* (Banque et droit, 2017), 4 s, p.8 *Rapport de synthèse*, et s ; J.-J. Ansault, « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des sûretés » (2009) R.D.A. 104 et s ; M. Grimaldi, D. Mazeaud, Ph. Dupichot, *Présentation d'un avant-projet de réforme des sûretés* (D. 2017), p.1717 ; A. Gouëzel, L. Bougerol, *Le cautionnement dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : propositions de modification* (D. 2018), p.678 et s ; J.-D. Pellier, *Une certaine idée du cautionnement, A propos de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant* (D. 2018), p.689 et s.

22. Grimaldi, Mazeaud, Dupichot, *Présentation d'un avant-projet de réforme des sûretés* (D. 2017), p.1717 ; Gouëzel, Bougerol, *Le cautionnement dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : propositions de modification* (D. 2018), p.678 et s.

23. J.-J. Ansault, « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des sûretés » (2009) R.D.A. 104 et s.

24. M. Pédamon, *Le contrat en droit allemand*, 2e éd. (LGDJ, 2004), p.83 et s., n° 108.

25. J.-Cl. Ngnintedem, « Ce sont des solutions directement utilitaires et très concrètes dont le commerce et l'industrie ont besoin qui sont envisagées dans la réglementation du cautionnement que propose l'AUS. [...] Ainsi dit, aucune étude de droit commercial ne peut se faire en méconnaissance des principes généraux de droit civil sans risquer d'être artificielle, le droit civil demeurant la discipline mère, celle sur laquelle toutes les autres matières juridiques prennent appui et construisent leur socle. Par-delà tout, « le droit des obligations du code civil est la matrice de tout le droit » », « Les mutations du cautionnement en droit OHADA/du droit civil au droit des affaires » (2012) 12 R.D.A.I. 680.
26. R. Njeufack Temgwa, « Regards sur la protection juridique du consommateur africain : Lecture comparée » *Penant*, n° 868/2009, p.293 et s. ; H. Temple, « Quel droit de la consommation pour l'Afrique ? Une analyse critique du projet d'Acte uniforme sur le droit de la consommation » (2003) n° 43-44 *Revue burkinabé de droit* 1er et 2ième semestres, Ohadata D-05-26.
27. N. Molfessis, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat » dans *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* (Petites affiches, 1998), p.21, n° spécial.
28. G. Nfoutcha, « La proportionnalité dans les contrats de garantie : contribution à la théorie de l'équilibre des contrats » *Penant* n° 893, p.471 ; Dibangue, *La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement : Regards croisés entre le droit français et le droit OHADA* (L'Harmattan, 2017), p.170 et s.
29. Y. R. Kalieu Elongo, « L'étendue de l'obligation de la caution en droit OHADA » dans *Etudes offertes au Professeur Paul-Gérard Pougoue* (Aproda-Harmattan Cameroun, 2015), p 353-367.
30. Y. R. Kalieu Elongo, « L'étendue de l'obligation de la caution en droit OHADA » dans *Etudes offertes au Professeur Paul-Gérard Pougoue* (2015), p.359.
31. Dibangue, *La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement : Regards croisés entre le droit français et le droit OHADA* (L'Harmattan, 2017), p.170 et s ; n° 243 et s.
32. M. Behar-Touchais, « Le principe de proportionnalité et le droit des contrats » in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé* Colloque du 20 mars 1998 organisé par le centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V. (Les Petites Affiches, 1998), n° 117, p.5 et s ; D. Mazeaud, « Le principe de proportionnalité et le droit des contrats » in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé* Colloque du 20 mars 1998 organisé par le centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V. (Les Petites Affiches, 1998), p.12.
33. M.-H. De Laender, *L'exigence de proportionnalité* (Revue de droit bancaire et financier, 2003), n° 3-juillet/ août, p.259 ; A. Prüm, *Protéger les cautions contre elles-mêmes* (Revue de droit bancaire et financier, 2003), n° 5-septembre/octobre, p.270 et s.
34. F.-X. Licari, dans *Lamy Droit des sûretés* (Etude 520, 2014) ; P. Ancel et B. Fauvarque Cosson, « Sur une application de l'idée de proportionnalité dans le droit des contrats allemand et autrichien » (RDC- Octobre 2003), p.225.
35. *BeckOGK v Madaus* 1.10.2018, BGB §765, n° 77 et s., *beck-online*.
36. M. Stolleis, « *Histoire du droit public en Allemagne* » 1800-1914 (D. 2014), p.13 et s.
37. Fromont, Knetsch, *Droit privé allemand* (LGDJ, 2017), p.198 et s., n°341 et s ; R. Frank, « Le rôle de la volonté et la protection de la caution en droit français et allemand » dans *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Etudes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg* (Bruylant, 2000), p.331 et s ; F.-X. Licari, dans *Lamy Droit des sûretés* (Etude 520, 2014) ; Ancel, Fauvarque Cosson, *Sur une application de l'idée de proportionnalité dans le droit des contrats allemand et autrichien* (RDC- Octobre 2003), p.225.
38. G. Lardeux, R. Legeais, M. Pedamon, C. Witz, *Code civil allemand, Traduction commentée Bürgerliches Gesetzbuch BGB* (Dalloz, 2010). Traduction en français du texte en vigueur au 31 octobre 2009, Juriscope, pp.42 et 288.
39. R. Frank, « Le rôle de la volonté et la protection de la caution en droit français et allemand » dans *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Etudes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg* (Bruylant, 2000), p.331 et s.
40. F.-X. Licari, dans *Lamy Droit des sûretés* (Etude 520, 2014).
41. Fromont, Knetsch, *Droit privé allemand* (LGDJ, 2017), p.112 et s., n°166 et s.
42. C. Witz, *Le droit allemand* (D. 2018), p.121.
43. M. Bourassin, « L'efficacité des garanties personnelles » (Thèse LGDJ 2006), p.471 et s., n° 852 et s. p.75 et s., n° 149 et s.
44. M. Bourassin, « L'efficacité des garanties personnelles » (Thèse LGDJ 2006), p.472 et s., n° 853 et s.
45. M. Behar-Touchais, « Le principe de proportionnalité et le droit des contrats » in *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé* Colloque du 20 mars 1998 organisé par le centre de droit des affaires et de gestion de la Faculté de droit de Paris V. (Les Petites Affiches, 1998), n° 117.
46. D. Houtcieff, *Quand tout ce qui est disproportionné devient insignifiant* (D. 2010), p.1985, Cass. com., 22 juin 2010, n°2010-010051, JCP G, 2010, 727 ; JCP E, 2010, 1678, note Legeais, Bull. civ. 2010, IV, n° 112, D. 2010, p. 1985, note Houtcieff ; RTD civ. 2010, p. 593, obs. Crocq.
47. D. Houtcieff, *Quand tout ce qui est disproportionné devient insignifiant* (D. 2010), p.1985.
48. CA Paris, 23 juin 1977 : RJ com. 1979 : D. 1980, inf. rap. p. 11, obs. Vasseur ; et sur pourvoi, Cass. 1er civ., 17 octobre 1979 : D. 1980, inf. rap. p. 198 ; Gaz. Pal. 1980, 2, p. 604, note Piedelièvre ; D. 1981, inf. rap. p. 15, obs. Vasseur.
49. G. Piette, « La protection de la caution dans l'Acte Uniforme des sûretés 2010 (OHADA) » (2015) n° 430 *Lexbase Hebdo édition affaires*, 2 et s.
50. D'après l'art.25 de l'AUS « Le créancier est tenu, dans le mois qui suit le terme de chaque semestre civil à compter de la signature du contrat de cautionnement, de communiquer à la caution un état des dettes du débiteur principal précisant leurs causes, leurs échéances et leurs montants en principal, intérêts, et autres accessoires restant dus à la fin du semestre écoulé, en lui rappelant la faculté de révocation par reproduction littérale des dispositions de l'article 19 du présent Acte uniforme ».
51. P. Nkou Mvondo, « L'information de la caution dans le nouveau droit des sûretés des états africains » Ohadata D. -06-33, p.22.

52. AUSCGIE, art.449 et s ; J.-Cl. Ngnintedem, « Ce sont des solutions directement utilitaires et très concrètes dont le commerce et l'industrie ont besoin qui sont envisagées dans la réglementation du cautionnement que propose l'AUS. [...] Ainsi dit, aucune étude de droit commercial ne peut se faire en méconnaissance des principes généraux de droit civil sans risquer d'être artificielle, le droit civil demeurant la discipline mère, celle sur laquelle toutes les autres matières juridiques prennent appui et construisent leur socle. Par-delà tout, « le droit des obligations du code civil est la matrice de tout le droit » », « Les mutations du cautionnement en droit OHADA/du droit civil au droit des affaires » (2012) 12 R.D.A.I. 693 et s.

53. J.-Cl. Ngnintedem, « le droit des obligations du code civil est la matrice de tout le droit », « Les mutations du cautionnement en droit OHADA/du droit civil au droit des affaires » (2012) 12 R.D.A.I.

54. Anc., C. consom., art.L. 341-4.

55. S. Cabrillac, « Exigence de proportionnalité : maintien d'une appréciation globale lors de l'appel du cautionnement » (20 juin 2019) *Deffrénois* 31 ; Cass. com., 07-11-2018, n° 15-24. 762, F-D.

56. F. -X. Licari, dans *Lamy Droit des sûretés* (Etude 520, 2014).

57. M.-Th. Atangana-Malongue, « Le cautionnement réel dans l'acte uniforme OHADA » *Penant n° 872/2010*, p.277 et s.

58. G. Dibangue, *La recherche de l'équilibre contractuel dans le cautionnement : Regards croisés entre le droit français et le droit OHADA* (L'Harmattan, 2017), p.168 et s., n° 239 et s.

59. Y.-R. Kalieu, « Les sûretés personnelles OHADA » (2006) *Presses Universitaires d'Afrique* 25 ; P.-G. Pougé, *Encyclopédie du droit OHADA* (Lamy, 2012), p.506, n° 49.

60. Cass. com. 10 mai 2013, n° 11-25377.

61. M.-H. De Laender, « l'exigence de proportionnalité » (2003), n° 3-juillet/ août *Revue de droit bancaire et financier* 260 et s.

62. M.-H. De Laender, « l'exigence de proportionnalité » (2003), n° 3-juillet/ août *Revue de droit bancaire et financier* 260 et s.

63. Civ. 1re, 3 juin 2015, n° 14-13.126 et 14-17.203, *Bull. civ. I*, n° 128, JCP, 2015. Doctr. 1222, n° 9, obs. P. Simler ; Com. 26 janv. 2016, n° 14-20.226, inédit ; JCP, 2016. Doctr. 553, n° 9, note P. Simler ;

64. J.-J. Ansault, « Droit des sûretés Septembre 2019/ Septembre 2020 » (1er octobre 2020) *Droit et Patrimoine* n° 306.

65. L. Aynes et P. Crocq, *Droit des sûretés*, 13e éd. (LGDJ, 2019), n°294.

66. Com. 5 sept. 2018, FS-P+B, n° 16-25.185, D. 27. 09. 2018, note Y. Blandin.

67. OLG Düsseldorf *BGH NJW 2005, 971 (972)*, *beck-online*: En l'espèce, un établissement bancaire avait consenti des prêts commerciaux destinés au financement de la création d'entreprise dans le secteur du transport. L'entreprise ayant été mise en liquidation judiciaire, la banque a alors déclaré ses créances et réclamer à la caution le règlement de la garantie qu'elle avait souscrite au titre des prêts commerciaux consentis d'un montant maximal de 300.000 DM. La caution a soulevé la contrariété aux bonnes mœurs du cautionnement du fait de la disproportion manifeste de l'engagement au jour de la conclusion du contrat. Le tribunal a considéré que l'engagement de caution était valable en raison du succès économique prévisible de l'entreprise de transport. En effet, malgré le chômage de la caution au moment de la conclusion du contrat, la disproportion de l'engagement de caution n'était pas pertinente au regard du parcours professionnel de la caution permettant la réussite du business plan de l'entreprise et l'augmentation de son salaire mensuel à plus 75.000 DM en tant que chef de bureau de l'entreprise. Le salaire de la caution qui a même été considéré comme susceptible d'être augmenté était suffisant pour couvrir la charge d'intérêts sur les prêts garantis de création d'entreprise.

68. *BeckOGK v Madaus*, 1.10.2018, BGB §765, n° 83 et s.

69. *BeckOGK v Madaus*, 1.10.2018, BGB §765, n° 83 et s.

70. S. Piédelièvre, « Cautionnement et appréciation de l'excès » (2020) 1 *L'essentiel droit bancaire* 6.

71. Cabrillac, « Cautionnement et exigence de proportionnalité : charge et objet de la preuve de la possibilité pour la caution de faire face à ses obligations » (15 mai 2015) n° 09 *Deffrénois* 490 ; Com., 25 sept., 2019, n°18-14.108, RD banc. et fin. 2019, comm. 187, obs. D. Legeais ; JCP G, 2020, doct. 436, n° 4 obs. Ph. Simler.

72. M. E. Mathieu, « Cautionnement disproportionné et charge de la preuve » (19 juin 2014), n°170 *Gaz. Pal.* 19.

73. *BeckOGK v Madaus*, 1.10.2018, BGB §765, n° 81.2.

74. BGHZ 165, 365, 370 f= NJW 2006, 875.

75. NJW 1994, 1278 *beck online*.

76. BGH NJW 2000, 362=WM 2000, 23; BGH NJW 2005, 971=WM 2005, 421 f.

77. BGB NJW 2002, 746 (747).

78. Ancel, Fauvarque-Cosson, *Sur une application de l'idée de proportionnalité dans le droit des contrats allemand et autrichien* (RDC- Octobre 2003), p.225.

79. BGH, arrêt du 25 janvier 2005-XI ZR 28/04 OLG Düsseldorf ; F.-X. Licari, dans *Lamy Droit des sûretés* (Etude 520, 2014).

80. R. Frank, « Le rôle de la volonté et la protection de la caution en droit français et allemand » dans *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Etudes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg* (Bruylant, 2000), p.331 et s ; Ancel, Fauvarque-Cosson, *Sur une application de l'idée de proportionnalité dans le droit des contrats allemand et autrichien* (RDC- Octobre 2003), p.225 ; F.-X. Licari, dans *Lamy Droit des sûretés* (Etude 520, 2014).

81. BGH NJW, 1989, p. 1605=W M, 1989. Dans une autre affaire, la Cour fédérale de justice a notamment approuvé la sanction du tribunal civil d'avoir jugé un cautionnement immoral contraire aux bonnes mœurs dans une affaire où une jeune femme de 21 ans avait souscrit un engagement

de caution auprès d'une banque afin de garantir le crédit de compte courant accordé à son père à hauteur de 100.000 DM, alors que la jeune femme ne percevait qu'un revenu mensuel de 1.150 DM.

**82.** R. Frank, « Le rôle de la volonté et la protection de la caution en droit français et allemand » dans *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Etudes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg* (Bruylant, 2000), p.331 et s. p.335. F.-X. Licari, dans Lamy Droit des sûretés (Etude 520, 2014).

**83.** R. Frank, « Le rôle de la volonté et la protection de la caution en droit français et allemand » dans *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Etudes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg* (Bruylant, 2000), p.331 et s. ; Ancel, Fauvarque-Cosson, « *Sur une application de l'idée de proportionnalité dans le droit des contrats allemand et autrichien* » (RDC- Octobre 2003), p.229.

**84.** R. Frank, « Le rôle de la volonté et la protection de la caution en droit français et allemand » dans *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Etudes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg* (Bruylant, 2000), p.331 et s. ; Ancel, Fauvarque-Cosson, « *Sur une application de l'idée de proportionnalité dans le droit des contrats allemand et autrichien* » (RDC- Octobre 2003), p.225.

**85.** Cour fédérale de justice, arrêt du 11.09.2018-XI ZR 380/16.

**86.** J. C. Ngnintedem, « Ce sont des solutions directement utilitaires et très concrètes dont le commerce et l'industrie ont besoin qui sont envisagées dans la réglementation du cautionnement que propose l'AUS. [...] Ainsi dit, aucune étude de droit commercial ne peut se faire en méconnaissance des principes généraux de droit civil sans risquer d'être artificielle, le droit civil demeurant la discipline mère, celle sur laquelle toutes les autres matières juridiques prennent appui et construisent leur socle. Par-delà tout, « le droit des obligations du code civil est la matrice de tout le droit » », « Les mutations du cautionnement en droit OHADA/du droit civil au droit des affaires » (2012) 12 R.D.A.I. 686 et s.

**87.** J. C. Ngnintedem, « Les mutations du cautionnement en droit OHADA/du droit civil au droit des affaires » (2012) 12 R.D.A.I.

**88.** L. Andreu, « Projet de réforme du droit des sûretés : deux améliorations possibles relatives aux moyens de défense de la caution » (2019) R.D.A. 136 et s.

**89.** S. Piedelièvre, « Cautionnement : les conséquences d'un engagement excessif du garant » (27 mai 1998) n° 63 L.P.A. 37.

**90.** P. Crocq, « Cautionnement disproportionné, sanction disproportionnée, du moins selon la loi Dutreil ! » (2010) R.T.D. civ. 593, préc ; P. Mattet, « Le rôle de la caution » (Thèse 1978), Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris (Paris II), p.189 et s.

**91.** J. Casey, « De la bonne foi et de la modération dans la formation du contrat » (D., 1998), p.208.

**92.** D. Legeais, « Garanties. Conditions de mise en jeu de la responsabilité de la banque envers la caution » (2003) RTD Com. p.151, P. Crocq, « Cautionnement disproportionné, sanction disproportionnée, du moins selon la loi Dutreil ! » (2010) R.T.D. civ. 593

**93.** Com. 8 oct. 2002, Bull. civ. IV, n° 136 ; C. Brenner, « De l'arrêt Macron à l'arrêt Nahoum : D'un cautionnement toute proportion gardée à un cautionnement sans commune mesure ? » (18 juillet 2003) n° 143 L.P.A. 12, D. Legeais, « Garanties. Conditions de mise en jeu de la responsabilité de la banque envers la caution » (2003) RTD Com. p.151.

**94.** C. Koering, « Caution dirigeant : la fin des échappatoires » (D. 2003), n° 6, p.414.

**95.** Ch. Juillet, « *La subjectivation du principe de proportionnalité du cautionnement* » (3 mai 2016) n° 14-25.820 (F-D) Note sous Cour de cassation (com.) ; C. v Sté Banque populaire Loire et Lyonnais (2016) *Revue des sociétés* 660.

**96.** Fromont, Knetsch, *Droit privé allemand* (LGDJ, 2017), p.113 et s., n° 169 et s.

**97.** *BeckOGK v Madaus* 1.10.2018, BGB §765, n° 75 et s.

**98.** Cabrillac, « *Exigence de proportionnalité : appréciation excluant les engagements postérieurement annulés* » (20 juin 2019) *Deffrénois* 30.

**99.** Cass. com., 22 juin 2010, n°2010-010051 ; JCP G, 2010, 727 ; JCP E, 2010, 1678, note Legeais; Bull. civ. 2010, IV, n° 112; D. 2010, p. 1985, note Houtcieff; RTD civ. 2010, p. 593, obs. Crocq.

**100.** D. Houtcieff, *Quand tout ce qui est disproportionné devient insignifiant* (D. 2010), p.1985.

**101.** D. Houtcieff, *Quand tout ce qui est disproportionné devient insignifiant* (D. 2010), p.1985.

**102.** D'après l'art.2301 nouveau de l'avant-projet de réforme, « *le cautionnement souscrit par une personne physique est réductible s'il était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, à moins que celle-ci, au moment où elle est appelée, ne soit en mesure de faire face à son obligation* » ; V. Mazeaud, « *La politique de protection des constituants d'une sûreté personnelle dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés* » (2019) R.D.A. 125.

**103.** D'après l'art.17 al.3 de l'AUS, « *L'engagement de la caution ne peut être contracté à des conditions plus onéreuses que l'obligation principale, sous peine de réduction à concurrence de celle-ci que si l'obligation principale n'est pas valablement constituée, sauf lorsque la personne morale débitrice principale a confirmé cette obligation et que la caution a expressément renoncé à se prévaloir de la nullité de la dite obligation* ».