

# GARANTIE ET CONTRE-GARANTIE AUTONOME EN DROIT OHADA

Par Jean Gabriel M. SENGHOR

Juriste d'affaires, spécialisé en Contentieux

Observation sur l'Arrêt N° 159/2020 du 30 avril 2020, CCJA 3ieme Chambre.

**Affaire : SONIBANK SA c/ Bolloré Africa Logistics Niger SA & Entreprise Wazir SA.**

**Mots clés :** Acte uniforme portant droit des Suretés-Garantie-Garantie et Contre-garantie autonome-Nullité-Rédaction-Banque.

...

Cette affaire met en conflit deux Sociétés en relations dont l'une a obtenu d'une Banque la faveur d'un engagement par signature telle une « garantie », de désintéresser le créancier selon les termes convenue. L'appel à garantie devrait intervenir à l'initiative du créancier, dès lors qu'il constate le terme enfreint par son cocontractant.

Dans le cadre de l'exécution d'un marché, l'**Entreprise Wazir SA** obtenait de **SONIBANK** un engagement de garantie dressé sur un acte dénommé « *garantie de remboursement du paiement* » en faveur de **Bolloré**.

En l'espèce, les parties ont délibérément retenu sur l'acte, des mentions qu'elles pensent explicitent du fondement de leurs engagements ; assurément guidées par le principe de « *la Liberté contractuelle* ». Elles ont ainsi choisi de dénommer leur acte en « Garantie de remboursement du paiement ». Estimant l'entrepreneur incapable de poursuivre l'exécution le contrat, Bolloré bénéficiaire de la garantie, a mis en œuvre cette dernière. En contestation, le garant a relevé un motif de nullité de l'acte devant le juge.

Le conflit naissant, le **Tribunal de Commerce de Niamey** a, par jugement rendu en première instance, a accueilli la dénomination retenue par les parties et rejeté la demande en nullité de l'acte. Sa décision a été confirmée en appel par la **Cour d'Appel de Niamey** au motif que c'est la **SONIBANK** qui aurait elle-même rédigé l'acte litigieux, à travers un débout de cette dernière, appelante dans la procédure.

Par conséquent, faisant grief à l'arrêt rendu, **SONIBANK** se pourvoit en cassation pour nullité de l'acte.

Au moyen, il conteste le motif pris par le juge de fond, de vouloir en l'espèce, exciper du pouvoir de « *donner ou restituer aux faits et actes litigieux leur exacte qualification, nonobstant la dénomination que les parties en auraient proposée* ».

Dès lors, la question posée à la **CCJA** est de savoir : ***Les parties ont elles le droit de prêter à leur acte, un synonyme de la dénomination retenue par l'article 39 AUS ?***

A cette question, la haute juridiction a dénié aux parties toute liberté d'envisager une règle de synonymie dans la dénomination de l'acte conclu sur la base dudit article.

L'attendu par lequel la **CCJA** retient sa solution est ferme, ainsi qu'il suit :

*« Attendu que selon les dispositions de l'article 39 de l'Acte uniforme portant organisations des suretés : “la garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, considération d'une obligation souscrite par le donneur d'ordre et sur instruction de ce donneur d'ordre, à payer une somme déterminée au bénéficiaire, soit sur première demande de la part de ce dernier, soit selon les modalités convenues.” ;*

*Qu'aux termes de l'article 41 du même Acte « la garantie et la contre-garantie autonome ne se présument pas. Elles doivent être constatées par un écrit mentionnant à peine de nullité : (...) »*

...

La trame de cette jurisprudence de la CCJA est d'une actualité résonnante. Elle règle deux questions fondamentales qui méritent d'être relativisées à certains égards. Principalement, l'une est relative à la Liberté contractuelle, l'autre au pouvoir de qualification du juge (il peut être présenté comme son « *l'impérium du juge*»). En l'espèce, la CCJA rappelle la force de la Loi et rejette toute hypothèse d'appréciation. Accessoirement, elle est pédagogique. Elle rappelle l'attention qui doit être portée par les praticiens dans la rédaction des contrats (III), et proscriit la légèreté qui est souvent appliquée dans l'observance de la conformité des actes à la réglementation. Cela appelle à une véritable veille juridique ; les dispositions pouvant changer d'un jour à l'autre. En effet, elle rappelle le caractère solennel de certains contrats, protégés par « *l'ordre public économique* ».

Sur le principe, cet arrêt pourrait être apprécié autour de deux axes majeurs. D'abord la Cour prononce la nullité de l'acte pour inobservation de l'article 41 AUS (I), qui a consacré le caractère formel de ladite mesure. Ensuite, elle rappelle son caractère d'ordre public (II) qui limite la liberté d'appréciation du juge, et remet conséquemment les parties à leur état primitif.

### **I- La sanction par la nullité pour non-respect de l'article 41 AUS**

La nullité de l'Acte prescrivant la garantie doit se conformer aux normes prévues par l'article 41 AUS. Ainsi, l'inobservation de la forme prescrite est proscrite.

La CCJA défend aux parties contractantes de se référer au seul sens de l'article 39 AUS pour dénommer leur acte à leur convenance. C'est la raison pour laquelle elle se refuse de constater l'acte en référence à la « garantie autonome » telle que prévue par l'Acte uniforme. Le constat de la synonymie est bien visible, sauf qu'il n'est pas assez suffisant pour s'inscrire à la norme. Par conséquent, les parties sont interdites de mentionner des expressions significatives ou non de garantie, autre que celles prévues à l'article 41 AUS. Cela paraît étrange, mais il y a bien une explication à ça.

L'article 41 AUS révèle le caractère formel de l'Acte. Les mentions doivent linéairement répondre aux normes dudit article. En effet, l'importance qu'accorde la CCJA à ce rappel, explique qu'elle reprend textuellement les mentions requises à peine de nullité (La désignation de garantie ou de contre-garantie autonome, le nom du donneur d'ordre, le nom du bénéficiaire, etc.). Ce rappel est bien mis en évidence dans l'arrêt. C'est donc une disposition d'une importance capitale pour la régularité de l'acte. Un deuxième élément qui l'explique est en effet, que c'est d'ailleurs le demandeur au pourvoi qui a lui-même rédigé l'acte en se gardant de respecter la forme requise. La CCJA fait fi de sa bonne ou mauvaise foi, de sa qualité de professionnelle (étant donné qu'il s'agit d'une banque) pour sanctionner l'entorse faite à la loi.

Il ne s'agit nullement de diriger la sanction vers l'une des parties en faveur de l'autre pour la Cour, mais bien de sanctionner le non-respect fait à la Loi, et rien d'autre. D'emblée la CCJA est juge du droit, elle se doit d'assurer la sécurité juridique des transactions d'affaires dans l'espace Ohada. Cette limite faite aux parties, explique tout le « caractère d'ordre public » de cette norme.

## II- Le rappel du caractère d'ordre public de l'article 41 AUS

La CCJA rappelle dès lors le caractère d'ordre public de la norme.

En effet, le traitement de cette question par les premiers juges est d'une logique sans ambiguïté reconnue. D'ailleurs la CCJA n'en fait aucun commentaire. Cependant, elle ne lui fera pas suivre les conséquences d'une admission. L'interprétation faite par la Cour d'Appel de Niamey est admissible. En effet, cette dernière a voulu sanctionner l'appelante (SONIBANK) pour avoir elle-même procédé à la rédaction de la mention litigieuse, et venir en fin de compte sollicité la nullité de cet acte. Elle semble sanctionner une prétendue obligation de diligence dans la rédaction des actes et la conformité aux normes. Par contre, en voulant par ce procédé, corriger l'inattention ou peut être la mauvaise foi du garant, ou peut-être encore son erreur professionnelle, la Cour d'appel a minimisé la portée de disposition de l'article 41 AUS. En l'espèce la CCJA a vaillamment limité la « *Juridictio* » des juges du fonds par la cassation de l'Arrêt querellé.

Par conséquent, elle a tiré le corolaire prévu dans l'interprétation de l'article 41 AUS. Il s'agit d'une **nullité absolue** en lieu et place d'une nullité relative. Ainsi les parties sont remises dans la situation à laquelle elles se trouvaient. Ce traitement se lit aisément dans le résultat de son évocation : « *Par ces motifs : -Casse et annule l'arrêt (...)- Infirme le jugement entrepris en ce qu'il a validé la garantie (...)- Déclare nul et de nul effet l'acte (...)- Rejette la demande du Groupe Bolloré relative à la condamnation de SONIBANK à lui payer le montant de la garantie ;...* ». La CCJA met en évidence toute la force de la loi dans le cas d'espèce.

...

Le cours magistral proposé par la CCJA dans cet arrêt est remarquable. La question est relative au droit des suretés. Ainsi, elle accentue sa solution sur la particularité de la garantie autonome parmi les suretés personnelles. Sa notoriété et le risque qu'elle comporte ne sont pas à minimiser. C'est sans doute ce qui explique qu'elle ne saurait être traitée avec légèreté. Pourtant, suivant la disposition de l'article 41, il est prévu dans les mentions, *-les conditions de la demande en paiement, s'il y a lieu*. Cela pourrait porter à croire que dès lors que les sens de l'article 39 est convenu entre les parties, la dénomination pourrait être reléguée au second plan, si tant est qu'elle s'inscrit dans le sens d'une garantie.

La CCJA fera dès lors fi de toutes ces considérations. Il est vrai que l'hypothèse de conditions particulière, outre le non-paiement, peut être érigée en une condition essentielle à la validité de l'Acte ; et qu'en outre, la dénomination choisie par les parties, dès lors qu'elle répond à l'idée de garantie, l'acte pourrait être régularisé. Ce sera omettre qu'il existe un ordre non négligeable requis dans la formation du contrat. La garantie ou contre-garantie est un contrat solennel, et le respect de l'ordre des conditions relatives aux mentions requises et décisif. Il faut d'abord bien respecter le libellé « **garantie autonome** ».

Le respect de l'orthographe « **garantie autonome** » est érigé en premier plan.

Son défaut implique la nullité de l'acte, et d'une **nullité absolue**. C'est en réalité, la raison pour laquelle il n'existe aucune voie de contournement. Le respect de cette orthographe « *autonome* » vient avant l'appréciation de la condition de la mise en jeu de la garantie. De ce fait, son défaut rend la nullité indifférente à l'existence de ces conditions éventuelles.

### III- Appel à la diligence dans la rédaction des actes de garantie suivant 41 AUS

Cette pratique de garantie est très prisée en milieu bancaire. En fait, en raison de la complexité de l'exécution des marchés de travaux, les entreprises font souvent recours au niveau des établissements financiers pour obtenir des garanties. C'est en réalité le cas qui a prévalu à cette décision de la CCJA. Les enjeux sont énormes, en ce sens qu'il est même possible qu'avant que la décision du juge passe en force de chose jugée, les parties aient déjà procédé à des dépenses. Dans le cas d'espèce, le garant avait déjà remis à Bolloré une somme consistant dans le cadre de l'exécution de la convention nulle, laquelle remise est soumise à restitution par la décision de la CCJA.

Cette notion « d'autonomie » a une apparence simpliste. Sauf qu'elle regorge d'énormes enjeux financiers et économiques. En effet, les conséquences de la nullité absolue sont lourdes de portée. On constate nettement une remise en état de la situation antérieure des parties par la haute Cour. En pratique, cela implique la multiplication des procédures de procédures subséquentes en vue d'obtenir ici et là, des restitutions, des répétitions, outre les procédures des responsabilités civiles pouvant s'y greffer.

Dorénavant, les adeptes de cette pratique de garantie sont vivement interpellés quant aux normes solennelles à appliquer dans la rédaction de la convention de garantie autonome suivant l'article 39 AUS. Parce que cette autonomie est appréciée à l'égard du contrat de base, parce qu'aussi, les « *conséquences qui y sont attachées, engendrent un engagement d'une rigueur accrue.*<sup>1</sup> » Et donc la définition du contenu de l'acte doit être complète pour engendrer des effets de droit, et enfin de compte, lever tout équivoque quant à la qualification juridique du contrat.

Le juge, aussi bien que les parties sont liés. Ils doivent s'en tenir à la rigueur de l'article 41 AUS faute de quoi, le contrat s'expose à la nullité et avec toutes les conséquences de la nullité absolue d'un contrat.

Le juriste rédacteur de cet acte est interpellé pour cette diligence professionnelle. Les signataires de l'acte aussi, sont interpellés sur la portée de ce détail de principe.

---

<sup>1</sup> ERSUMA, FORMATION DE JURISTES BENINOIS EN DROIT OHADA (Magistrats Groupe 3) Thème : Droit bancaire : Contentieux des suretés et du crédit, du 07 au 11 avril 2008, page 17.