

Mars 2023

**LE CONTENTIEUX DES GARANTIES BANCAIRES : LA VALIDITE DE
LA GARANTIE AUTONOME EN DROIT OHADA**

COMMENTAIRE D'ARRET*

**ARRET N° 211/2021 DU 25 NOVEMBRE 2021
SOCIÉTÉ BANK OF AFRICA-BURKINA FASO**

**CONTRE
MONSIEUR IDDI ANGO IBRAHIM**



Par

***Hermann SANKARA
Avocat stagiaire au barreau du BURKINA FASO***

*2^e Prix du Meilleur Ecrit OHADA 2022 – Catégorie meilleur commentaire de décisions de justice, Concours organisé par SID, 2022



REVUE DU DROIT DES AFFAIRES EN AFRIQUE (RDAA)

Editée par

L'Institut du droit d'expression et d'inspiration françaises

Mars 2023

Sommaire

- Résumé en français et en anglais / Référence de l'article
- Article
- Note biographique de l'auteur



Mars 2023

Resumé:

Le 25 novembre 2021, la 3^{ème} chambre de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, a rendu l'Arrêt N° 211/2021 dans la cause ayant opposé Monsieur IDDI ANGO Ibrahim à la BANK OF AFRICA BURKINA FASO (BOA-BF SA).

Par cet arrêt, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage s'est érigée en une véritable juridiction de cassation, en veillant au respect scrupuleux des actes dont elle assure la protection.

En effet, dans cette cause, il s'est agi pour la Haute juridiction de résoudre, principalement, deux questions de droit à savoir :

Alors même que les parties à un contrat ont entendu reposer leur convention sur un acte uniforme, un juge peut-il requalifier cette convention de contrat innomé sans violer la liberté contractuelle des parties ?

Quelles sont les conditions de validité d'une garantie autonome ?

En tranchant sur ces questions, la CCJA a réaffirmé le caractère sacré de la liberté contractuelle et par la même occasion délimiter le pouvoir du juge qui ne saurait modifier ce que les parties ont entendu contracter ;

Par ailleurs, elle a en outre, rappelé les conditions de validité d'une garantie autonome dont les actes doivent être univoques.

Les conséquences de ces solutions, si elles protègent les actes uniformes, laissent cependant une des parties au contrat qui court le risque de ne pas se voir dédommager, alors même que les engagements pris par les parties existent bel et bien et visaient à n'en point douter, garantir une convention.

En tranchant comme elle l'a fait, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage réaffirme la suprématie des actes uniformes et exerce un contrôle rigoureux de ceux-ci.

Abstract:

On 25 November 2021, the 3rd Chamber of the Common Court of Justice and Arbitration rendered Judgment No. 211/2021 in the case between Mr IDDI ANGO Ibrahim and the BANK OF AFRICA BURKINA FASO (BOA-BF SA).

By this judgment, the Common Court of Justice and Arbitration has set itself up as a real court of cassation, by ensuring the scrupulous respect of the acts it protects.

Indeed, in this case, the High Court had to resolve, mainly, two questions of law, namely

- Even though the parties to a contract intended to base their agreement on a uniform act, can a judge reclassify this agreement as an innominate contract without violating the parties' freedom of contract?

- What are the conditions for the validity of an independent guarantee?

By ruling on these questions, the High Court of Justice reaffirmed the sacred nature of contractual freedom and at the same time delimited the power of the judge, who cannot modify what the parties intended to contract.



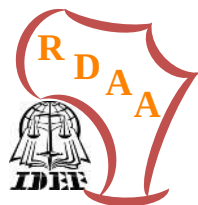
Mars 2023

Moreover, it also recalled the conditions of validity of an autonomous guarantee whose acts must be unambiguous.

The consequences of these solutions, while they protect uniform acts, nevertheless leave one of the parties to the contract running the risk of not being compensated, even though the undertakings given by the parties exist and were undoubtedly intended to guarantee an agreement. By ruling as it did, the Common Court of Justice and Arbitration reaffirmed the supremacy of uniform acts and exercised strict control over them.

Référence pour citer l'article :

RDAA, Mars 2023, Le contentieux des garanties bancaires -Commentaire d'arrêt *CCJA, Arrêt N° 211-2021 du 25 novembre 2021 Scté Bank of Africa BF contre Monsieur IDDI ANGO IBRAHIM, Hermann SANKARA*, <http://www.institut-idef.org>



Mars 2023

La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage est une véritable juridiction de cassation. L'arrêt soumis à commentaire, l'Arrêt N° 211/2021 du 25 novembre 2021, a été rendu par la 3^{ème} chambre de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, dans une cause ayant opposé Monsieur IDDI ANGO Ibrahim à la BANK OF AFRICA BURKINA FASO (BOA-BF SA). Il ressort des faits que la BOA-BF SA a entendu se porter caution pour garantir l'exécution d'un marché de construction d'un immeuble à Niamey au profit de monsieur IDDI ANGO Ibrahim, pour le compte de sa cliente, la société SOL CONFORT ET DECOR. Pour ce faire, elle a délivré au profit du Maître d'ouvrage, des actes dénommés « CAUTION D'AVANCE DE DEMARRAGE » pour garantir le remboursement de l'avance de démarrage d'un montant de 604 762 899 F CFA, et « CAUTION DE BONNE FIN D'EXECUTION » pour assurer la bonne fin de l'exécution à hauteur de 151 190 725 F CFA.

Malheureusement, se prévalant du non-respect de ses engagements contractuels par l'attributaire du marché, c'est-à-dire la société SOL CONFORT ET DECOR, le Maître d'ouvrage va résilier le marché, et par conséquent appeler la caution, en l'espèce la BOA-BF SA, au paiement des sommes représentant l'avance de démarrage et la garantie de bonne fin d'exécution, le 09 septembre 2017 et le 06 décembre 2017.

En première instance, la BANK OF AFRICA s'est défendue en soutenant que l'action de IDDI Ango Ibrahim est irrecevable au motif que s'agissant de cautionnement, le créancier ne peut poursuivre la caution qu'en appelant en cause la débitrice principale, en l'espèce sa cliente, la société SOL CONFORT ET DECOR, conformément à l'article 26 de Acte Uniforme Portant organisation des sûretés qui dispose que : « *La caution est tenue de la même façon que le débiteur principal. La caution solidaire est tenue de l'exécution de l'obligation principale dans les mêmes conditions qu'un débiteur solidaire sous réserve des dispositions particulières du présent Acte uniforme.*



Mars 2023

Toutefois, le créancier ne peut poursuivre la caution simple ou solidaire qu'en appelant en cause le débiteur principal »¹

Vidant sa saisine le 08 Juin 2019 par le jugement 281, le Tribunal de Commerce de Ouagadougou a décidé ainsi qu'il suit : « Statuant publiquement, contradictoirement, en matière commerciale et en premier ressort ;

Reçoit l'exception d'incompétence soulevée par la BOA-BF, mais la dit mal fondée et se déclare compétent ;

En la forme

Déclare recevable l'action introduite par IDDI ANGO Ibrahim ;

Déclare recevable la demande reconventionnelle de la BOA-BF ;

Au fond

Déclare IDDI ANGO Ibrahim partiellement fondé et en conséquence, condamne la BOA-BF à lui payer la somme de cent cinquante un millions cent quatre-vingt-dix mille sept cent vingt-cinq (151 190 725) FCFA au titre de la bonne fin de l'exécution outre celle de cinq cent mille (500 000) FCFA à titre de frais exposés et non compris dans les dépens ;

Déboute IDDI ANGO Ibrahim du surplus de ses demandes ;

Déboute la BOA-BF de sa demande de frais exposés et non compris dans les dépens ;

Ordonne l'exécution provisoire du présent jugement ;

Condamne enfin la BOA-BF aux dépens². »

Pour aboutir à cette décision et rejeter l'exception d'irrecevabilité soulevée par la BOA-BF, fondement pris de l'article 26 de l'acte uniforme précité, le premier juge a donc requalifié les sûretés en cause, en garantie autonome à première demande et a retenu de ce fait, que l'action dirigée contre la banque qui apparaît comme le garant ne nécessite pas l'appel ou la mise en cause du donneur d'ordre.

¹ Article 26 Acte Uniforme portant organisation des sûretés.

² Jugement n°281, T.C Ouagadougou, 08 juin 2019.



Mars 2023

Cette décision a été déférée à la censure de la cour d'appel de Ouagadougou par exploits en date du 14 Novembre 2019 et du 02 Décembre 2019 par la BOA-BF et Monsieur IDDI ANGO Ibrahim.

A son tour, la cour d'appel de Ouagadougou, en vidant sa saisine a considéré que les garanties souscrites par la BOA-BF SA n'étaient pas des cautionnements certes, mais ne sont pas non plus des garanties autonomes à première demande, comme le tribunal de commerce de Ouagadougou l'a retenu, mais plutôt des garanties sui-generis.

Pour adopter cette position, la juridiction d'appel a estimé que parce qu'à « *la lecture des engagements pris par la BOA-BF, on peut se rendre compte qu'elle a entendu répondre de l'obligation de la société SOL CONFORT ET DECOR en cas de défaillance de celle-ci et que mieux, même si dans la forme ses engagements n'ont pas la valeur ni de garantie autonome ni d'une autre sûreté prévue par l'acte uniforme, il n'en demeure pas moins que ces actes sont constitutifs d'engagements librement consentis en faveur de Monsieur IDDI ANGO Ibrahim et garde leur force juridique* »³.

Pour la BANK OF AFRICA, ce raisonnement est également en contradiction avec l'article 4 de l'acte uniforme portant organisation des sûretés qui dispose que : « *Les sûretés personnelles, au sens du présent Acte uniforme, consistent en l'engagement d'une personne de répondre de l'obligation du débiteur principal en cas de défaillance de celui-ci ou à première demande du bénéficiaire de la garantie... (...)* ».

C'est pourquoi elle a élevé le contentieux à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage qui a été invitée à apporter des réponses aux problématiques juridiques suscitées par les juges de fond, à savoir :

³ Arrêt n°091, CA, Ouagadougou, 06 Nov. 2020.



Mars 2023

- Si l'article 4 de l'acte uniforme portant sûreté sur le fondement duquel la cour d'appel a requalifié à son tour les rapports de droit en cause de sûreté sui generis, implique que le juge peut requalifier une sûreté nommée en une garantie autre que celle voulue par les parties ;
- Si les conditions d'existence et de validité de la garantie autonome sont réunies en l'espèce.

En tranchant ce litige, la Haute Juridiction communautaire a jugé que la cour d'appel de Ouagadougou a méconnu l'article 4 de l'acte uniforme portant sûreté, en croyant pouvoir s'y appuyer pour requalifier les sûretés en cause de garantie sui generis.

Aussi, elle a retenu que les rapports de droit litigieux ne répondent pas aux exigences prescrites pour l'existence et la validité de la garantie autonome si bien qu'en les qualifiant de garanties autonomes à première demande, le tribunal de commerce a quant à lui aussi, méconnu les dispositions de l'article 4 de l'acte uniforme portant sûreté.

Statuant par évocation, la Cour a jugé que l'action de IDDI Ango Ibrahim doit être jugée irrecevable ;

Pour comprendre cette position combien profonde et riche d'enseignements, nous allons analyser ces solutions prises en chaque branche :

I- DE L’AFFIRMATION DE LA VOLONTE REELLE DES PARTIES CONTRACTANTES

Attendu que le juge d'appel a requalifié la sûreté conclue entre la BOA-BF SA et Monsieur IDDI ANGO Ibrahim en sûreté sui generis, c'est-à-dire une sûreté développée par les parties, les actes dénommés « CAUTION D'AVANCE DE DEMARRAGE » ET « CAUTION DE BONNE FIN D'EXECUTION », afin de pouvoir retenir la responsabilité de la BOA-BF SA, eu égard aux engagements pris par elle.



Mars 2023

Cette position de la Cour d'Appel peut trouver justification dans la mesure où il est incontestable que l'engagement pris par la BOA-BF SA visait à n'en point douter à garantir l'exécution du marché par la société SOL CONFORT ET DECOR et que dans cet état de la procédure, le créancier principal risque de ne pas avoir les bénéfices de cette garantie prise à son profit, alors même que ces engagements existent bel et bien.

Mais pour les juges de la CCJA, la préservation de la volonté réelle des parties contractantes, qui est un corollaire de la liberté contractuelle ne saurait être violée par le juge afin de préserver un intérêt quelconque.

Ce principe affirmé par la Cour est cardinal en droit des contrats. Et c'est sans doute d'ailleurs ce que conforte Philippe DELEBECQUE par cette affirmation : « *La liberté contractuelle doit demeurer le principe. Même si les éléments objectifs du contrat ont leur importance, le contrat est l'affaire des parties et des deux parties. Ce n'est pas 'la chose du juge'* »⁴.

Pour le juge de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, *il n'y a point de doute que les parties ont entendu conclure des contrats de cautionnement « ...alors que les parties ont entendu conclure des cautionnements ».*

*Cela est d'autant plus vrai que ces engagements, après lecture, rentrent bien dans la disposition de l'article 4 de l'Acte Uniforme : « Les sûretés personnelles, au sens du présent Acte uniforme, consistent en l'engagement d'une personne de répondre de l'obligation du débiteur principal en cas de défaillance de celui-ci ou à première demande du bénéficiaire de la garantie. »*⁵.

Il n'y a pas de doute que la volonté réelle des parties était de constituer des cautionnements.

⁴ Philippe DELEBECQUE, DROIT DES OBLIGATIONS. Responsabilité civile-Contrat, 2ème édition corrigée, objectif droit, 1998, 306p.

⁵ Article 4 de l'Acte uniforme portant organisation des Sûretés.



Mars 2023

On peut alors comprendre que pour la juridiction de cassation, si les parties ont identifié leur rapport de droit comme étant une sûreté prévue (nommée) par l'acte uniforme portant organisation des sûretés, le juge ne peut le requalifier en une sûreté non prévue (innommée) par l'Acte uniforme, sans violer l'article 4 du même Acte uniforme.

De ce fait, en interprétant comme l'a fait la cour d'appel pour donner une qualification de sûreté *sui generis* aux actes conclus, le juge d'appel a violé la volonté des parties et exposé ainsi sa décision à cassation.

Cette décision, qui est lourde de conséquences pour le Maître d'ouvrage, a pourtant le mérite d'être logique en droit.

Elle réaffirme la volonté réelle des parties, tout en délimitant le pouvoir d'interprétation du juge qui ne saurait être contraire à cette volonté.

II- DES CONDITIONS DIRIMANTES DE VALIDITE DE LA GARANTIE AUTONOME

Attendu que le premier juge, pour rejeter l'exception d'irrecevabilité soulevée par la BOA-BF, a requalifié les actes litigieux, afin de surmonter l'obstacle juridique selon lequel l'action dirigée contre le garant n'est pas liée à celle du donneur d'ordre.

En effet, pour le premier juge, ces actes seraient des garanties autonomes à première demande. *Une telle solution permettrait naturellement d'appeler le garant sans toutefois appeler le donneur d'ordre. Ce qui aurait eu pour conséquence la recevabilité de l'action du Maître d'ouvrage et de lui accorder plus de chances d'obtenir un dédommagement.*

Cependant, la garantie autonome est assortie de certaines conditions à peine de nullité.

C'est ce que rappelle le juge de la CCJA en invoquant l'article 41 de l'Acte Uniforme sur les sûretés. En effet, l'article 41 de l'acte uniforme sur les sûretés dispose que : « Les garantie et



Mars 2023

contre-garantie autonomes ne se présument pas. Elles doivent être constatées par un écrit mentionnant, à peine de nullité :

- la dénomination de garantie ou de contre-garantie autonome ;*
- le nom du donneur d'ordre ;*
- le nom du bénéficiaire ;*
- le nom du garant ou du contre-garant ;*
- (...) ⁶»*

Pourtant, il est incontestable que les actes dénommés CAUTION DE DEMARRAGE ET CAUTION DE BONNE FIN D'EXECUTION, ne comportent aucunement la mention « Garantie Autonome ».

Par conséquent, ces actes ne sont pas des garanties autonomes conformément à l'article précité. Cette décision a le mérite de lever tout équivoque sur la nature des actes en garantie apportés par les parties. En jugeant comme elle l'a faite, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage a agi en défenseur des dispositions de l'acte uniforme en exigeant leur respect scrupuleux.

Cette décision s'aligne d'ailleurs derrière un précédent rigoureusement identique à l'occasion duquel la Cour a disposé que de tels actes ne constituent ni un cautionnement, par ce que ne respectant pas les conditions prévues à l'article 14 de l'Acte uniforme portant sur les sûretés, ni une garantie autonome, par ce que ne respectant les conditions prévues à l'article 41 de l'Acte uniforme portant sur les sûretés, ni à aucune autre sûreté prévue par ledit acte uniforme⁷.

⁶ Article 41 Acte Uniforme portant organisation des Sûretés.

⁷ Arrêt n°076/2016, CCJA, 28 Avr. 2016, BOA-CI C/ Orange-CI.



Mars 2023

La solution retenue par la Cour

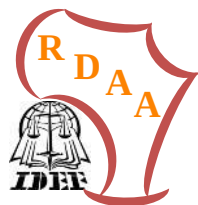
Comme ci-dessus indiqué, après avoir cassé l'arrêt d'appel en ce qu'il a requalifié les sûretés en cause de garantie sui generis et infirmé le jugement de première instance pour avoir qualifié ces rapports de droit de garantie autonome à première demande, la Cour a jugé, en évoquant, que l'action de IDDI Ango Ibrahim est irrecevable.

Cette solution retenue enseigne que, même pour requalifier les contrats litigieux, il eut fallu aux juges de fond de commencer par admettre le rapport de droit dans la qualification proposée par les parties. Ainsi, en l'espèce, étant entendu que les parties ont cru conclure des cautionnements, les juges de fond s'obligent à accepter ce choix apparent des parties avec toutes les implications procédurales, notamment l'obligation pour le créancier d'appeler le débiteur principal dans la procédure.

La cour s'est donc alignée sur sa propre jurisprudence, en décidant que les actes litigieux ne sont ni des cautionnements, ni des garanties autonomes, ni aucune autre sûreté personnelle prévue par l'Acte uniforme.

Dès lors, pour la Cour, les actes litigieux sont affectés d'un vice irréparable.

En prenant cette position, lourde de conséquence, car abandonnant le maître d'œuvre à son sort qui risque de ne pas avoir dédommagement même si l'on sait que les parties ont entendu conclure des conventions, la CCJA a entendu exiger le respect scrupuleux de l'acte uniforme.



Mars 2023

Note biographique de l'auteur



Monsieur Hermann SANKARA, est titulaire d'une Maîtrise en Droit des Affaires de l'Université Ouaga II devenue Université Thomas SANKARA. Après son passage au Centre de Formation Professionnelle des Avocats du Burkina Faso où il obtint le Certificat d'Aptitude à la Profession d'Avocat en Avril 2022, il est inscrit comme Avocat stagiaire au barreau du Burkina Faso, depuis le 22 Août 2022.

Il a par ailleurs été lauréat du 1er prix des Universités d'été sur les droits humains, organisée par le CIFDHA à Ouagadougou en Octobre 2021, parmi plusieurs pays en compétition.

Passionné du Droit des affaires, Monsieur SANKARA Hermann, est également auteur d'un article sur le blanchiment des capitaux, publié sur le site de l'Ordre des Avocats du Burkina Faso.



REVUE DU DROIT DES AFFAIRES EN AFRIQUE (RDAA)

Editée par

L'Institut du droit d'expression et d'inspiration françaises

Mars 2023



OHADA 2022





REVUE DU DROIT DES AFFAIRES EN AFRIQUE (RDAA)

Editée par

L'Institut du droit d'expression et d'inspiration françaises

Mars 2023

La Revue du Droit des Affaires en Afrique est publiée grâce au soutien de :



**Baker
McKenzie.**