

LA GARANTIE AUTONOME OU LETTRE DE GARANTIE EN DROIT OHADA

(Autonomus Warranty or Letter of Guarantee in OHADA Law)

Diogoye WATHIE*

ÖZET

OHADA'da benimsenmiş terminolojiye göre teminat mektubu olarak anılan bağımsız garanti, teminat hukuku alanındaki önemli yeniliklerden biridir. Teminat mektubunun sözleşmesel nitelik taşımakta olduğu Yeknesak Belge'deki tanımda açıkça ortaya koyulmuştur, fakat revizyon söz konusu tanımı taahhüt kavramından bahsetmek suretiyle tartışmaya açık hale getirmektedir. Teminat mektubunun çeşitli şekli koşullara uyması gerekmektedir; bu koşullara uyulmaması geçersizliğe sebep olur. Teminat mektubu ile yalnızca tüzel kişiler borç altına girebilir, gerçek kişilerin teminat mektubu vermesi mümkün değildir. Teminat mektubunun özellikleri arasında bağımsız olması ve defa ileri sürmenin mümkün olmaması bulunmaktadır. Yeknesak Belge teminatın süresini sınırlamaktadır. Ancak belgenin revize edilmiş halinde süresiz teminat verme olanağı getirilmiştir. Talimat veren hile veya kötüye kullanma durumunda ödeme yapmama imkanına sahiptir. Bu koruma çerçevesinde, garanti veren ve kontrgarantör de talimat veren gibi rücu imkanına sahiptir. Rücu kişisel olabileceği gibi halefiyete de dayanabilir.

Anahtar kelimeler: Teminat mektubu, Bağımsız garanti, OHADA, teminat, Tek Hukuk

Abstract

The Autonomous guarantee called letter of guarantee in the OHADA's jargon is one of the major innovations in the law on secured transactions. Its contractual nature has been clearly defined by the Uniform Act but the revision seems to shade this definition by speaking of engagement. The letter of guarantee follows a certain number of formalities that any non-compliance leads to nullity. It can only be subscribed by corporations so individuals are excluded. The letter of guarantee has a number of characters among which the rules on autonomy, the impossibility to enforce exceptions and their inadmissibility. The Uniform Act

* Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi.

limits the duration of the warranty. However, with the revised version the possibility of unlimited warranty is accepted. In case of fraud or abuse the client who indicates the order has the means to make the payment. In this framework of protection the guarantor and the counter-guarantor has as well as the indicator of the order means of action. The appeal can be personal or subrogation recourse:

Keywords: Letter of guarantee, Autonomous guarantee, OHADA, warranty, Uniform Act

INTRODUCTION

L'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) a été créée par le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique le 17 octobre 1993 à Porto Louis par 16 états africains dont 14 relève de la zone franc . Aujourd'hui Elle est composée de 17 états membres. Elle couvre aussi bien l'Afrique francophone : le Sénégal, la Côte d'Ivoire, le Mali, le Congo, le Togo, la République Centre Africaine, la Guinée, le Bénin, le Gabon, le Tchad, les Comores, le Niger, RD Congo ; l'Afrique lusophone la Guinée Bissau ou encore hispanophone la Guinée Equatoriale et enfin franco- anglophone le Cameroun.

Le législateur OHADA a adopté plusieurs actes uniformes dont celui portant droit commercial général, droit des sociétés et des GIE, les procédures simplifiées de recouvrement et voie d'exécution, ... Au total il ya huit actes uniformes et ceux qui sont en projet tel que l'acte uniforme portant droit du travail. Parmi ces huit actes uniformes figure celui portant droit des sûretés.

Les sûretés sont définies par l'article 1 alinéa 1 du acte comme étant les moyens accordés aux créanciers par la loi ou par convention des parties pour garantir l'exécution des obligations du débiteur quelque soit la nature de celle-ci. En d'autres termes elles sont un ensemble de moyens juridiques destinés à éviter l'insolvabilité du débiteur en conférant aux créanciers certains privilèges. Elles comprennent les sûretés réelles et les sûretés personnelles. Au terme de l'article 2 alinea1 AUS les suretés personnelles 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 ces sûretés personnelles figure la garantie autonome dénommée dans le jargon OHADA lettre de garantie¹. Selon l'acte uniforme portant droit des sûretés la lettre de garantie est une convention par la quelle à la requête ou sur instruction du donneur d'ordre, le garant s'engage à payer une somme déterminée au bénéficiaire, sur première demande². La lettre de contre-garantie est une convention par laquelle à la requête ou sur instruction du donneur d'ordre ou du garant le contre

¹ Prof. Moussa samb et autres, OHADA Suretés Bruyant, Bruxelles, 2003

² Art 28 AUS

garant s'engage à payer une somme déterminée au garant sur première demande³. Alors l'acte uniforme portant droit des sûretés révisé en son article 39 alinéa 1 et 2 l'a défini « la garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en 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, sur première demande de la part de ce dernier, soit selon les modalités convenues. La contre-garantie autonome est l'engagement par lequel le contre garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par le donneur d'ordre et sur instruction et sur instruction de ce donneur d'ordre, à payer une somme déterminée au garant, sur première demande de ce dernier, soit selon les modalités convenues. » Pour cerner à bien la lettre de garantie nous allons étudier sa nature et sa formation(I) avant de voir ces effets (II)

I: La nature et la formation de la lettre de garantie

Etudier la nature de la garantie ainsi que sa formation nous permettra de s'intéresser sur les caractères principaux de cette dernière tels l'autonomie, inopposabilité et irrévocabilité. Mais aussi elle nous permettra de dégager les personnes qui sont susceptibles de souscrire une lettre de garantie. Et dans un autre angle nous examinerons sa durée ainsi que sa forme.

A : La nature de la lettre de garantie et de contre garantie

La nature de la lettre de garantie ne fait aucun doute au vue de l'article 28 AUS car il définit la lettre de garantie et de contre- garantie comme une convention. Cependant l'article 39 AUS révisé semble mettre en doute cette nature contractuelle en la définissant comme un simple engagement⁴. Pour certains auteurs la lettre de garantie ou de contre garantie n'est pas un acte abstrait ou non causé. Le fondement de cette affirmation repose sur deux idées fondamentales. D'abord la définition légale résultant de l'article 39 AUS révisé montre clairement dans la garantie ou contre garantie, le garant et le contre contre-garant s'obligent «en considération d'une obligation souscrite par le donneur d'ordre et sur instruction de ce donneur d'ordre » cela veut dire exactement que le garant et le contre garant ne s'engage « in solo » mais sur instruction d'une donneur d'ordre. Dans un autre angle le fondement de cette affirmation découle de l'article 41 de l'acte uniforme portant droit de révisé sûretés qui fait figurer parmi les mentions obligatoires qui doivent être contenues dans l'écrit « la convention de base l'action ou le fait, en considération desquelles la garantie ou la contre garantie autonome est émise ». Toutefois, il faut noter que la garantie ou la contre garantie est autonome du contrat de base. Cette autonomie est décrite par

³ Art 28 AUS

⁴ Prof Moussa Samb et autres, OHADA Suretes Bruyant, Bruxelles, 2003.

l'article 40 alinéa 2 de l'acte uniforme portant droits des sûretés révisé. Pour certains auteurs, l'autonomie est doublement intellectuelle et matérielle⁵.

La qualification de la garantie ou du contre garantie doit se baser sur l'autonomie de l'engagement du garant ou du contre garant contrairement au cautionnement qui est dans toutes ces formes restent une garantie accessoire au contrat principal⁶.

B. Les caractères de la lettre de garantie

Etudier les caractères la lettre de garantie autonomie revient à s'interroger sur son autonomie son inopposabilité et son irrévocabilité. Comme nous l'avions mentionné plus haut l'autonomie de la garantie est mentionnée par l'article 41 portant AUS. Selon ce texte « elle créait des engagements autonomes, distinctes, des conventions, actes et faits susceptibles d'en constituer la base ».

Comme nous l'avons rappelé en analysant la nature de la garantie cette autonomie est intellectuelle et matérielle. L'autonomie matérielle de la garantie ou de la contre garantie réside sur le fait que qu'elles sont fournies par un garant ou contre garant en faveur du bénéficiaire. Elle est intellectuelle du fait que le contre garant s'engage lui-même sans confondre son engagement à la dette initiale à payer une somme déterminée au bénéficiaire⁷.

La seconde innovation majeure du législateur OADA en matière de consolidation des sûretés résident dans l'inopposabilité des exceptions étant le corolaire de l'autonomie de la garantie mais également sur le gage au profil du créancier est titulaire d'un gage sur créance. A ce niveau lorsque le débiteur se voit signifier le transfert de créance à titre pignoratif il a le choix entre deux alternatives : soit accepter le transfert ou le refuser. Dans la première hypothèse , il sera engagé comme un tiré accepteur d'une lettre d'échange en pareil étant de fait il ne pourra plus à l'échéance opposer au créancier gagiste les exceptions qu'il aurait pu opposer à son créancier et tiré de rapports entre eux⁸.

Toutefois si le débiteur refuse le transfert pour des raisons d'opportunités il ne sera nullement engagé envers le créancier sauf si au jour de l'échéance il est débiteur du débiteur. En pareil cas il sera tenu en réalité comme un tiré non accepteur qui a reçu provisions. L'inopposabilité des exceptions est expressément prévu par l'article

⁵ CH Galvauda et J. Etoufflet, la lettre de garantie internationale, R. T. D. com. 1980 page 1 et s.

⁶ Prof. Moussa Samb, la révision des droits des sûretés en droits OADA. Revu de droit uniforme Africain/Actualités trimestriel de droit et jurisprudence numéro 05, 2011

⁷ Prof. Moussa Samb, la révision des droits des sûretés en droits OADA. Revu de droit uniforme Africain/Actualité trimestriel de droit et jurisprudence numéro 05, 2011

⁸ Prof. Alassane Kanté, réflexion sur le principe de l'égalité entre créanciers dans le droit des procédures collectives d'apurement du passif (OHADA), Revue, EDJA, numéro 56

30 AUS et l'article 41 AUS r. Article 41 dispose « l'impossibilité pour le garant ou le contre garant de bénéficier des exceptions de la caution ». L'article 41 est le corolaire de l'article 42 de l'acte uniforme portant droit des sûretés révisé (AUS r).

Sur la problématique de l'inopposabilité des exceptions dont peut se prévaloir le bénéficiaire de la lettre de garantie ou de contre garantie, est elle similaire à celle dont bénéficie le délégué envers le délégataire. Sur cette question la doctrine reste divisée⁹.

Pour certains auteurs la lettre de garantie n'est une simple application de la technique juridique de la délégation. D'autres auteurs prennent le contrepied de cette affirmation en soutenant que la lettre de garantie ou le contre garantie résulte d'une convention triangulaire différente de celle de la délégation du fait que la garantie est souvent émise sous une forme unilatérale qui n'exige pas une acceptation préalable du bénéficiaire¹⁰.

L'acte uniforme pourtant droits des sûretés dans son article 32 alinéa 2 dispose « sauf clause contraire expresse, les instructeurs du donneur d'ordre ainsi que la garantie et la contre garantie sont irrévocable ». Ce qui sous-entend que l'irrévocabilité est une disposition légale supplétive qui peut être remplacé. Selon le Professeur Samb le fait d'incérer dans la convention une possibilité de révocation de la garantie ou de la contre garantie peut être bel et bien interprété comme une conviction de nature potestative, donc « un engagement nul de l'article 1174 du code civil ». Dans un tel état de fait la sûreté en tant que tel serait dépourvue de tout son essence du fait que le bénéficiaire est privé de son droit d'usage du fait de la possibilité de révocation unilatérale donc dispose le garant. L'acte uniforme révisé portant droits des sûretés dans son article 42 aliéna 2 et 3 fait la distinction entre le cas d'une garantie ou contre garantie à durée déterminée et celle d'une garantie ou de contre garantie à durée indéterminée. Cette modification résultant de cette disposition montre clairement dans le cas d'une garantie ou d'une contre garantie les instructions du donneur d'ordre sont irrévocables par le garant ou contre-garant alors que dans le cadre d'une garantie ou d'une contre-garantie à durée indéterminée les instructions du donneur d'ordre peuvent être révoqué par le garant ou le contre garant respectivement¹¹.

C. Les parties

Tranchant sur le débat posé en jurisprudence et doctrine et à l'occasion des RUDG notamment l'acte uniforme portant droit des sûretés dans son article 29 a

⁹ Prof. Moussa Samb, la révision des droits des sûretés en droits OADA. Revue de droit uniforme Africain/Actualité trimestriel de droit et de jurisprudence numéro 0 05, 2011

¹⁰ Joseph Issa Sayegh, OHADA, Suretés Bruyant, Bruxelles, 2003

¹¹ Prof. Moussa Samb, la révision des droits des sûretés en droits OADA. Revue de droit uniforme Africain/Actualité trimestriel de droit et de jurisprudence numéro 0 05, 2011

décidé que les lettres de garanties ou de contre garanties ne peuvent être souscrites à peine de nullité par des personnes physiques¹². Cela montre clairement que la garantie ou la contre garantie ne peut être souscrite que par des personnes morales. La question est de savoir que l'exclusion des personnes physiques de la possibilité de souscrire une lettre de garantie ne limite-t-elle pas son centre d'application. Toutefois, les personnes physiques ont la possibilité à travers les lettres d'intention de souscrire des engagements donc la rigueur peut si elles le veulent aller au delà des engagements d'un garant autonome¹³. Et les personnes physiques peuvent si elles veulent être bénéficiaires ou donneurs d'ordre. Le législateur OADA ne fait aucune distinction entre les personnes morales de droit publiques ou privées.

D. la forme et la durée

L'acte uniforme portant droit des sûretés à son article 30 pour éviter tout contentieux sur la nature juridique de l'engagement pris par le donneur d'ordre et le garant exige le respect d'un certain formalisme. La lettre de garantie ou de contre garantie ne se présume pas. Sous peine de nullité, elle doit être constatée par écrit et comportant des mentions prévues dans l'article 32. La lettre de garantie prend effet à compter du jour où elle est émise, c'est ce qui résulte de l'acte uniforme révisé portant droit des sûretés en son article 43 alinéa 1 lorsqu'il dispose « les garanties et contre garanties autonomes prennent effet à la date où elles ont été émises sauf stipulation d'une prise d'effets à une date ultérieure ». À travers cette disposition le législateur OADA ne fait que reprendre la solution de principe retenue par les règles uniformes de la CCI et par la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes à savoir la prise d'effet à la date de l'émission¹⁴.

Ainsi l'article 38 prévoit que l'engagement prend fin au jour calendaire ou l'expiration du délai prévu met automatiquement fin à l'engagement du garant sans qu'il soit important de préciser une libération expresse du donneur d'ordre. Cette disposition de l'article 38 est reprise par l'article 49 révisé qui dispose que « la garantie peut cesser soit au jour calendaire spécifié ou à l'expiration du délai prévu, soit à la présentation au garant ou au contre garant des documents libératoires spécifiques dans la lettre, soit sur délégation écrite du bénéficiaire libérant le garant ou le contre garant de leur obligation ».

Pour ce qui concerne la durée de vie de la garantie, elle est limitée. Toute ga-

¹² Pascal K. AGBOYIBOR, la Consécration législative de la lettre de garantie ou de contre garantie constitue-t-elle un progrès ou une régression pour la pratique des garanties indépendantes dans la zone www.AODA.com

¹³ Otomou Jean Ignace, La lettre de garantie OHADA, RDAI 1999, n 4 .p.425

¹⁴ Prof.Moussa Samb, la révision des droits des sûretés en droits OADA. Revue de droit uniforme Africain/Actualité trimestriel de droit et de jurisprudence numéro 0 05, 2011

rantie permanente ou indéterminée est frappée de nullité¹⁵. Ce contenu résulte des dispositions de l'article 30 de l'acte uniforme portant droit des sûretés. Toutefois, l'article 43 aliéna 3 admet la possibilité de souscrire une garantie ou contre garantie a durée indéterminée, c'est ce qui résulte de cette disposition « les garanties ou contre garanties autonomes à durée indéterminée peuvent être évoquées par le garant ou le contre garant respectivement ».

II. Les effets de la lettre de garantie

Etudier les effets de la lettre de garantie revient à s'interroger sur l'appel de la garantie et les moyens de défense et de recours dont disposent le garant ou le contre garant.

A. L'appel a la garantie

L'appel à la garantie obéit à des conditions et suscite des effets tels que le paiement. Les conditions de validité de la garantie sont liées à l'exclusion des personnes physiques, des conditions de formes et de fond. La lettre de garantie doit être dénommée « lettre de garantie à première demande » ou s'agissant de la contre garantie « lettre de contre garantie à première demande »¹⁶. C'est ce qui résulte des dispositions de l'article 30 portant droit des sûretés. Le non-respect de cette « domination » entraîne la nullité du contrat nonobstant le respect des conditions de fond. Pourtant pour certains auteurs, cette solution semble excessive parce que avant la réforme le bénéficiaire pouvait au pire craindre une requalification de la garantie en simple cautionnement alors tel ne serait plus le cas maintenant¹⁷.

L'article 41 de l'acte uniforme révisé tout en exigeant la dénomination de garantie ou de contre garantie impose l'inscription du nom du donneur d'ordre ; celui du bénéficiaire ; et le nom du garant ou contre garant. A ces conditions de fond s'ajoutent l'exigence de la convention de base, l'action ou le fait cause de l'émission de la garantie, le montant maximum de la somme garantie, la date d'expiration de la garantie ; les conditions de la demande de paiement, et l'impossibilité pour le garant ou le contre garant de bénéficier des exceptions de la caution.

Etudier les effets de la garantie revient à s'interroger sur le paiement. Le législateur OHADA pour mieux encadrer la demande de paiement l'a soumis à des règles formelles. L'article 34 de l'acte uniforme dispose toute demande de paiement au titre

¹⁵ Otomou Jean Ignace, La lettre de garantie OHADA, RDAI 1999, n 4 .p.425

¹⁶ Otomou Jean Ignace, La lettre de garantie OHADA, RDAI 1999, n 4 .p.425

¹⁷ Pascal K. AGBOYIBOR, la Consécration législative de la lettre de garantie ou de contre garantie constitue t-elle un progrès ou une régression pour la pratique des garanties indépendantes dans la zone OHADA. www.OHADA.com

de la lettre de garantie doit être faite au plus tard à la date d'expiration de celle-ci. Alors que l'acte uniforme révisé portant droit des sûretés en son article 45 aliéna 2 supprime toute référence à la date à laquelle la demande en paiement doit être effectuée mais laisse croire qu'elle doit être faite avant l'expiration de la garantie, à moins qu'il ne s'agisse d'une garantie ou contre garantie autonome à durée indéterminée, non résiliée au jour de la demande en paiement. C'est ce qui résulte de cette disposition « la demande de paiement au titre de la contre garantie autonome doit résulter d'un écrit du garant mentionnant que le garant a reçu une demande de paiement emmenant du bénéficiaire et conforme aux stipulations de la garantie ». Par ailleurs l'article 45 aliéna 3 dispose que toute demande de paiement doit être conforme aux termes de la garantie ou de la contre garantie autonome au titre de laquelle elle est effectuée, et doit, sauf clause contraire, être présentée au lieu d'émission de la garantie ou, en cas de contre garantie, au lieu d'émission de la contre garantie. Au terme de l'article 45 aliéna 2 la demande de paiement obéit la même rigueur étant donné qu'elle doit résulter d'un écrit du bénéficiaire et de toute autre demande prévue dans la garantie. Cette demande doit indiquer également le manquement reproché au donneur d'ordre dans l'exécution de l'obligation en considération de laquelle la garantie a été souscrite. Ce qui veut dire donc l'acte uniforme portant droit des sûretés consacre ainsi la formule de la « garantie documentaire justifiée », qui subordonne l'appel en garantie d'une part à la présentation des documents spécifiés au contrat, d'autre part par la preuve de l'inexécution par le donneur d'ordre de ces obligations¹⁸.

B. Les moyens de défense et de recours

En matière de garantie les moyens de défense de paiement apparaissent lorsqu'il y a fraude ou abus¹⁹. Cela est clairement exprimé par l'article 38 AUS et confirmé par l'article 47 de l'acte uniforme portant droit des sûretés révisé. L'article 47 dans ses aliéna 1 et 2 dispose que « le donneur d'ordre ne peut faire défense de payer au garant que si la demande de paiement au bénéficiaire est manifestement abusive ou frauduleuse. Le contre garant dispose de la même faculté en l'encontre du garant dans les mêmes conditions.

Le donneur d'ordre ne peut faire défense de payer au contre garant que si le garant savait ou aurait du savoir que la demande de paiement du bénéficiaire avait un caractère manifestement abusif ou frauduleux ».

Mais il faut faire la distinction entre un appel abusif et un appel frauduleux. Il y a fraude lorsqu'il y a détournement du droit par diverses manœuvres du bénéficiaire

¹⁸ Prof.Moussa Samb, la révision des droits des sûretés en droits OADA. Revue de droit uniforme Africain/Actualité trimestriel de droit et de jurisprudence numéro 0 05, 2011

¹⁹ Otomou Jean Ignace, La lettre de garantie OHADA, RDAI 1999, n 4 .p.425

dans l'intention de nuire le donneur d'ordre. Par contre il ya abus lorsque de manière indubitable, il apparait que le donneur d'ordre a entièrement exécuter ses obligations à l'égard du bénéficiaire ou bien il est claire et net que le contrat ne va être exécuté. D'autre part l'abus est déterminé en fonction des conditions d'exercices du droit alors que la fraude est des manœuvres effectués enfin d'obtenir un paiement. Contrairement à la Convention des Nations Unies qui a son article 19 aliéna 2 détermine les cas ou la demande de paiement n'est pas justifiée le législateur OHADA est resté muet sur ce point²⁰. De même l'acte uniforme ne donne aucune précision sur la forme de l'opposition en paiement et la juridiction compétente.

Toutefois il faut noter que le bénéficiaire doit être de bonne foi et il ne doit pas être non plus la cause qui a entraîné le risque. Dans un tel cas il est de sans droit. Parmi les risques que comptent couvrir le garant on peut noter la non conclusion d'un marché projeté par le soumissionnaire déclaré adjudicataire ou la mauvaise exécution du marché.

En matière de contentieux le garant et le contre garant disposent des recours ainsi que le donneur d'ordre. Il faut noter qu'il s'agit l'un des aspects de la garantie qui le rapproche du cautionnement. Les recours du garant et du contre garant résultent de l'article 37 AUS. Ce texte dispose : « le garant ou le contre garant qui fait un paiement utile au bénéficiaire dispose des mêmes recours que la caution contre le donneur d'ordre. Cette assimilation permet au garant et au contre garant d'avoir un recours personnel et un recours subrogatoire. Le recours personnel résulte de l'article 32 relatifs au cautionnement. Selon cette disposition « la caution qui a payé, a également contre débiteur principal un recours personnel pour ce qu'il a payé en principal en intérêts de cette somme et en frais engagés depuis qu'il a dénoncé au débiteur principal les poursuites menées contre elle. Elle peut en outre réclamer des dommages et intérêts pour préjudices subit du fait des poursuites du créancier. »

Dans de telles circonstances le seul moyen d'échapper au recours du garant c'est de prouver qu'il avait fait opposition de paiement pour fraude ou abus.

Le recours subrogatoire résulte de l'article 31 de l'acte uniforme révisé. Selon cet article « la caution est subrogée dans tous les droits et garanties du créancier poursuivant pour tout ce qu'il a payé à ce dernier. » on voit à travers cet article que le législateur OHADA a consacré la subrogation de plein droit.

De même que le garant et le contre garant le donneur d'ordre dispose de recours. Le recours du donneur d'ordre peut être dirigé contre le bénéficiaire ou contre le garant ou contre garant²¹. Cela se réalise lorsque la garantie n'a pas été mise en œuvre

²⁰ Prof. Moussa Samb, la révision des droits des sûretés en droits OADA. Revue de droit uniforme Africain/Actualité trimestriel de droit et de jurisprudence numéro 0 05, 2011

²¹ Otomou Jean Ignace, La lettre de garantie OHADA, RDAI 1999, n 4 .p.425

dans les conditions prévues. Et le recours du donneur d'ordre contre le bénéficiaire se justifie lorsque le paiement reçu du garant est indu. Il est encore envisageable que le donneur d'ordre retourne contre le garant si celui-ci a payé alors qu'il ne le devrait pas du tout. Car le garant ou le contre garant avait connaissance du caractère frauduleux ou abusif de l'appel du bénéficiaire²².

CONCLUSION

Parmi les grandes innovations réalisées par le législateur OHADA en matière de sûretés figure la lettre de garantie. A travers la lettre de garantie ou garantie autonome le législateur voulait renfoncer la sécurité des affaires. Raison pour la quelle la garantie obéit à un certain formalisme dont le non respect entraîne sa nullité. C'est dans ce même contexte de sécurité des affaires qu'il a exclu les personnes physiques de la possibilité de souscrire une lettre de garantie. Même si certains penseurs déplorent cette exclusion. L'autonomie et l'opposabilité de la garantie sont les piliers de cette garantie.

Toutefois il faut noter que le législateur OHADA est resté muet sur certains points dont nous attendons avec patient l'éclaircissement de la CCJA.

BIBLIOGRAPHIE

- CH Galvauda et J. Etoufflet, la lettre de garantie internationale, R. T. D. com. 1980 page 1 et s.
- Joseph Issa Sayegh , OHADA , Sûretés Bruyant , Bruxelles , 2003
- Otomou Jean Ignace, La lettre de garantie OHADA, RDAI 1999, n 4 .p.425
- Pascal K. AGBOYIBOR, la Consécration législative de la lettre de garantie ou de contre garantie constitue t-elle un progrès ou une régression pour la pratique des garanties indépendantes dans la zone OHADA. www.ohada.com
- Prof. Alassane Kanté, réflexion sur le principe de l'égalité entre créanciers dans le droit des procédures collectives d'apurement du passif (OHADA), Revue, EDJA, numéro 56.
- Prof.Moussa Samb, la révision des droits des sûretés en droits OADA. Revue de droit uniforme Africain/Actualité trimestriel de droit et de jurisprudence numéro 0 05, 2011
- Prof. Moussa samb et autres, OHADA Sûretés, Bruyant, Bruxelles, 2003
- Acte uniforme portant droit des sûretés. www.ohada.com
- Acte uniforme portant droit des sûretés révisé. www.ohada.com

²² Prof.Moussa Samb, la révision des droits des sûretés en droits OADA. Revue de droit uniforme Africain/Actualité trimestriel de droit et de jurisprudence numéro 0 05, 2011