

COMMUNICATION SUR LES SURETES PERSONNELLES

LES SURETES PERSONNELLES : LA PERTINENCE DE LA REFORME DE 2010 (ayant révisé l'Acte uniforme portant organisation des sûretés)

Par M.Moussa Gueye, Docteur d'Etat en droit Privé, Enseignant à la faculté des sciences juridiques et politiques, UCAD, Dakar

Le droit des sûretés est dit-on le droit de la méfiance ou plutôt celui de la prudence. En effet, c'est à travers le mécanisme des sûretés que le créancier tente de se prémunir contre le risque d'inexécution d'une obligation à terme de son débiteur. Augmentant ses chances de paiement le jour de l'échéance les sûretés apparaissent aujourd'hui comme un élément fondamental dans la négociation d'une opération de crédit. Les sûretés constituent un auxiliaire indispensable du crédit et partant d'une économie moderne. Les besoins de financement des opérateurs économiques et même quelques fois des particuliers ne peuvent souvent être satisfaits que par un recours au crédit. Or le crédit suppose la confiance, qui elle-même nécessite des garanties efficaces offertes au créancier. Autrement dit si le crédit facilite le développement des affaires, les sûretés quant à elles facilitent l'obtention du crédit. Plus on a des sûretés à offrir, plus on aura des chances d'obtenir du crédit.

Pour se rendre compte de l'importance des sûretés il suffit d'analyser brièvement la situation des créanciers chirographaires. Malgré le fait qu'ils disposent d'un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur, ils s'exposent au risque d'insolvabilité du débiteur qui peut parfaitement l'organiser et la loi du concours lorsqu'ils sont nombreux et que l'actif du débiteur est insuffisant pour les désintéresser. Pour se prémunir contre de tels aléas un créancier vigilant doit avant d'accorder un crédit à un débiteur, solliciter et obtenir des garanties encore appelées sûretés.

Deux méthodes permettent d'atteindre cet objectif.

La première est issue du droit du contrat. Elle consiste à ce que le créancier obtienne qu'une ou plusieurs autres personnes s'engagent à côté du débiteur au cas où il ne respecterait pas son engagement. Il s'agit des sûretés personnelles. Les chances de

paiement du créancier sont dès lors multipliées et les risques d'insolvabilité sont dilués même si le créancier demeure chirographaire dans les deux patrimoines. Il s'agit des sûretés personnelles.

La seconde est issue du droit des biens. Elle consiste dans le fait que le débiteur affecte au paiement prioritaire de sa dette, un ou plusieurs biens meubles ou immeubles. Il s'agit des sûretés réelles.

La distinction classique en matière de sûretés est ainsi celle existant entre les sûretés personnelles et les sûretés réelles. On se demande fréquemment si l'une des catégories est préférable et plus protectrice des intérêts du créancier. La réponse à cette question n'est pas évidente car aucune sûreté n'est dans l'absolu meilleure qu'une autre. En effet aucune ne confère une sécurité absolue. Si on connaît l'intérêt économique de la sûreté au moment de sa constitution, on l'ignore au jour de sa mise en oeuvre, ce qui est pourtant la seule chose importante. Par exemple la caution solvable au jour de la conclusion du contrat de cautionnement, peut s'avérer insolvable lors de son déclenchement. De même un bien grevé d'une sûreté réelle peut avoir disparu ou avoir perdu de sa valeur.

L'efficacité des sûretés dépend des circonstances de leur octroi. Elles sont tributaires de leur environnement économique ou plutôt de la réglementation que celui-ci génère pour modifier ses effets normaux.

D'autres éléments doivent également être pris en considération. C'est ainsi que le formalisme apparaît comme un handicap, surtout s'il est mal utilisé. En revanche lorsqu'il répond à une véritable nécessité, il devient un facteur de sécurité, comme l'acte notarié en matière hypothécaire.

Le coût économique des sûretés ne permet pas non plus de départager ces deux grandes catégories de sûretés. Certains se font rémunérer. D'autres jouent gracieusement ce rôle. Quelques unes se constituent à faible coût, alors que d'autres nécessitent des dépenses plus importantes, comme des actes notariés ou des frais de publicité. Par ailleurs, certaines réduisent le crédit du débiteur, elles le gaspillent et elles ne permettent pas de suivre l'évolution rapide des besoins de crédit d'une personne.

Enfin et surtout, la mise en œuvre de la sûreté est prépondérante. Idéalement, elle devrait être efficace, rapide et simple. Le droit des sûretés est tributaire des voies d'exécution. Les sûretés réelles nécessitent le recours à des procédures de saisie qui débouchent souvent sur des ventes publiques. En théorie les sûretés personnelles présentent un grand avantage, puisqu'elles sont fondées sur le paiement d'un tiers. En pratique toutefois des difficultés identiques se retrouvent si les cautions et les garants n'exécutent pas leurs engagements et s'ils commencent à en discuter la validité, puis le montant. Au final, une mesure d'exécution forcée sera nécessaire.

Finalement, aucune de ces deux catégories de sûretés n'offre un avantage indéniable ou ne comporte une infériorité crainte. D'ailleurs, elles coexistent fréquemment pour garantir les obligations commerciales les plus importantes.

De façon générale, la sûreté personnelle consiste dans l'engagement d'un ou de plusieurs tiers à la dette de payer le créancier au lieu et place du débiteur ou présumé tel. La sûreté réelle a longtemps été préférée, car elle confère au créancier un droit réel accessoire sur un ou plusieurs biens du débiteur, ou plus rarement d'un tiers, comportant un droit de suite et un droit de préférence.

Historiquement cette affirmation était, sans doute excessive, car le cautionnement et la solidarité ont toujours un rôle important en matière commerciale. Elle ne correspond plus à la réalité actuelle. En effet, le recours aux sûretés personnelles, en étendant le droit de gage du créancier à d'autres personnes présumées solvables, leur permet d'éviter les conséquences de l'insolvabilité éventuelle d'un débiteur unique. Ainsi les établissements bancaires, en contrepartie des avances faites aux entreprises, recourent de moins de moins en moins souvent aux sûretés réelles et préfèrent exiger un cautionnement du chef d'entreprise ou plus souvent un cautionnement réel.

Le développement du crédit des particuliers, la crise économique et l'augmentation du nombre de créances impayées ont amené les créanciers à exiger de leur débiteur non plus une, mais plusieurs sûretés, si possible de nature différente.

Dans tous les pays membres de la zone franc, le droit des sûretés était hérité du droit français tel que le code civil, le code de commerce et des textes spéciaux le leur avaient légué, même si des pays comme le Sénégal et le Mali avaient leur droit des sûretés. C'est donc dans un contexte de disparité des textes applicables en la matière

et quelques fois d'inadaptation, qu'est intervenu le mouvement d'intégration juridique avec l'émergence d'un droit communautaire suite à la ratification du traité de l'OHADA.

L'importance des sûretés dans les relations d'affaires, à travers la sécurité qu'elles offrent aux créanciers, a justifié que le droit des sûretés a été considéré dès le départ comme une discipline relevant du droit des affaires par le législateur OHADA. Le droit OHADA a pris conscience du rôle important des sûretés en organisant dans un acte uniforme le régime des sûretés que peut offrir le débiteur au créancier pour renforcer la confiance que ce dernier lui faite en acceptant de lui accorder un crédit.

L'acte uniforme portant organisation des sûretés, dans sa version initiale a été adopté en 1997 et est entré en vigueur en 1998. Cet acte uniforme qui fait partie des premiers actes uniformes adoptés par l'OHADA se substituait, dans la quasi-totalité des 16 Etats membres aux dispositions du code civil qui étaient jusque là en vigueur dans ces Etats.

L'application de cet acte uniforme de 1997 a donné naissance à une jurisprudence relativement importante qui témoigne de la vitalité du contentieux ayant porté essentiellement sur certaines questions comme celle relatives aux conséquences de l'absence de mention manuscrite dans le cautionnement, au régime des hypothèques judiciaires, aux conditions du droit de rétention.

D'ailleurs la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA s'est prononcée sur certaines de ces questions soit à travers des avis, soit à travers des décisions contribuant à instaurer une certaine unité dans l'interprétation de la norme communautaire.

Néanmoins malgré ce souffle de modernité introduit dans le droit des sûretés, cet acte uniforme va refléter quelques imperfections pour atteindre les objectifs visés. C'est ainsi qu'en 2007 soit dix ans après son entrée en vigueur une réforme de cet acte uniforme fut engagée par le législateur communautaire avec l'appui de la banque mondiale et en même temps que celle portant sur le droit commercial général. Après avis des commissions nationales, le projet d'acte uniforme préparé par le secrétariat permanent a été soumis à la Cour commune de justice et d'arbitrage qui, en date du 3 août 2010, a donné un avis favorable. Le projet a également obtenu l'approbation des

experts de l'OHADA le 6 octobre 2010. La réforme a enfin été adoptée par le conseil des ministres de l'OHADA le 14 décembre 2010 à Lomé au Togo. Ce nouveau texte a été publié au JO de l'OHADA le 15 février 2011, pour ainsi entrer en vigueur quatre vingt dix jours après.

Cette réforme, qui est suffisamment importante de par son ampleur et qui pour certains était nécessaire et attendue, s'est largement inspirée de celle intervenue en France à travers l'ordonnance du 23 mars 2006 relatives aux sûretés.

Le premier constat qu'on peut faire est que d'importantes innovations y ont introduites aussi bien dans le cadre des sûretés réelles que dans le domaine des sûretés personnelles, sans oublier l'introduction de l'institution d'agent des sûretés. Le législateur y donne une nouvelle définition des sûretés qui sont désormais appréhendées comme « l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou de patrimoine afin de garantir le paiement d'une obligation, d'un ensemble d'obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci et notamment qu'elles soient présentes ou futures, déterminées ou déterminables, conditionnelles ou inconditionnelles, et que leur montant soit fixe ou fluctuant ». Cette définition qui constitue une amélioration de l'ancienne, contient en son sein les germes d'une amélioration de cette technique de garantie en droit OHADA. Dans la même lancée l'article 4 de l'AUPOS définit la sûreté personnelle comme 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.

Cette définition annonce déjà les deux principales sûretés personnelles règlementées en droit OHADA. Il s'agit d'une part du cautionnement qui existait déjà dans les législations des Etats antérieures des actes uniformes et qui a seulement fait l'objet de modifications pour l'adapter au contexte de ces Etats. Dans la réforme de 2010 cette sûreté va de nouveau connaître quelques modifications relatives à la possibilité de cautionner des obligations, à l'assouplissement des formalités du cautionnement, à l'obligation de la caution etc.

Il s'agit d'autre part des garanties autonomes qui étaient désignées sous le vocable de lettre de garantie par l'acte uniforme de 1997. Son régime tel qu'il ressort du nouvel acte uniforme n'a pas subi d'importantes modifications par rapport au droit antérieur,

même si un apport a été noté dans la définition et dans la réglementation des conditions de formation et des effets.

Au regard des regards de toutes ces modifications apportées dans le régime des sûretés personnelles et pour apprécier leur efficacité il y a lieu de s'interroger sur la pertinence de la réforme. Cette interrogation est d'autant plus pertinente que la réforme a été opérée sans qu'on ait, au préalable, établi un véritable bilan de l'application du précédent acte uniforme. C'est sans doute les difficultés auxquelles ont été confrontés les acteurs du monde des affaires et la nécessité de prendre en charge leur aspiration à un droit moins rigide et par conséquent plus attractif qui ont pu inspiré le législateur africain dans les changements apportés. Afin de mieux faire ressortir la pertinence de la réforme, l'accent sera mis sur les innovations particulières apportées aussi bien dans la réglementation du régime du cautionnement que de celle du régime des garanties autonomes tout en essayant à chaque que cela sera nécessaire de les articuler avec les réformes d'autres actes uniformes qui ont une incidence sur le régime des sûretés personnelles.

I/ Les apports de la réforme dans le régime du cautionnement

Les termes de cautionnement ou de caution sont souvent utilisés dans le langage courant pour désigner un dépôt de garantie, c'est à dire une somme d'argent qu'une personne dépose entre les mains de son contractant en garantie d'une éventuelle responsabilité. La caution dont il est question dans ce cas constitue en réalité un gage d'espèces qui est plutôt une sûreté réelle. Le sens juridique du cautionnement est plus précis et est donné par l'AUPOS en son article 13 au terme duquel « le cautionnement est un contrat par lequel la caution s'engage envers le créancier qui accepte, à exécuter une obligation présente ou future contractée par le débiteur si celui-ci n'y satisfait pas lui-même ». Il s'agit du contrat du cautionnement stricto sensu. Néanmoins le cautionnement est aussi perçu comme une opération mettant en présence trois personnes que sont le débiteur, la caution et le créancier et donne ainsi naissance à une relation triangulaire. Il est désormais régi par les articles 13 à 38 de l'AUPOS. La

réforme de 2010 n'a pas bouleversé fondamentalement le régime du cautionnement. Mais une évolution, voire des innovations notables y ont été constatées. Elles prennent la forme de l'introduction d'une certaine souplesse aussi bien dans sa mise en place que dans sa mise en œuvre.

A/ L'assouplissement de la mise place du cautionnement

Le cautionnement se présente comme un contrat assez particulier non seulement par rapport à ses caractères généraux, mais aussi par rapport à ses conditions de formation. Il s'agit de son caractère accessoire qui est déterminant dans sa qualification, de son caractère unilatéral et de son caractère gratuit qui a tendance à disparaître avec la professionnalisation de la fourniture des garanties. Soulignons en passant, également que par rapport à ses sources, le cautionnement peut être légal, judiciaire ou le plus souvent conventionnel. Comme tout contrat il peut avoir une nature civile ou commerciale.

S'agissant de ses conditions de formations elles obéissent à sa nature contractuelle, à son caractère accessoire et au relatif formalisme qui le caractérise. Par rapport à sa nature contractuelle il nécessite un consentement librement exprimé, une capacité juridique, un objet et une cause licite. Par rapport à son caractère accessoire, il est clairement affirmé (art 17 de l'AUPOS) que le cautionnement ne peut en principe exister que s'il existe une obligation principale valablement constituée.

C'est véritablement au niveau des conditions de formation qu'on a pu noter une réelle volonté du législateur OHADA d'insuffler une certaine flexibilité dans le régime du cautionnement. Celui-ci a assoupli les formalités du cautionnement pour l'adapter d'avantage à la pratique des affaires et assurer sa conformité aux grands systèmes juridiques internationaux. La crainte qu'on peut avoir à ce niveau est qu'un excès de formalisme introduise une certaine rigidité et du coup, conduise à une désaffectation de ce type de sûreté.

Il faut déjà souligner que c'est au niveau de la définition du cautionnement, qu'on a pu déceler une amélioration appréciable du contenu du cautionnement.

Selon les termes de l'article 13 al 1 de l'AUPOS le cautionnement est un contrat par lequel la caution s'engage envers le créancier qui accepte à exécuter l'obligation présente ou future contractée par le débiteur principal si celui-ci n'y satisfait pas lui-même.

Cette nouvelle définition du contrat de cautionnement aboutit principalement à un élargissement du champ d'application de cette garantie. En effet, le cautionnement peut désormais porter sur une obligation future. A condition bien entendu, qu'elle soit déterminable lors de la mise en œuvre de la garantie et qu'il y ait une certitude que la caution a, de façon non équivoque, la connaissance de la nature et de l'étendue de l'obligation garantie. L'ancien acte uniforme n'avait pas prévu cela.

Une obligation future est une obligation qui n'existe pas encore dans le patrimoine du débiteur. Il convient de noter que le cautionnement d'une dette future déjà admis du reste par la jurisprudence notamment française, ne remet pas en cause le principe du caractère accessoire, car si l'obligation une fois née n'est pas valable, le cautionnement ne le sera pas non plus.

Il faut dire également que le cautionnement des obligations futures vient consacrer une pratique qui avait déjà cours dans l'espace OHADA, à savoir le cautionnement des comptes courants. Ce type de cautionnement lorsqu'il est souscrit, garantit une obligation indéterminée puisqu'il a vocation à durer aussi longtemps que la convention de compte courant. Mais la dette de la caution n'est déterminée pour autant car elle s'engage, pour le cas où la clôture du compte ferait apparaître un solde débiteur à payer la somme correspondant au montant de ce solde.

Il faut souligner que la validité du cautionnement des dettes ou obligations futures ne pose pas juridiquement de problèmes majeurs, si l'on sait que d'après le code civil français (art 1130 al 1) les choses futures peuvent faire l'objet d'une obligation.

Après la définition du cautionnement le législateur OHADA ne dit plus que le cautionnement peut être conclu à l'insu du débiteur, mais plutôt qu'il peut être conclu sans ordre du débiteur. Cette démarche traduit une volonté du législateur d'exiger que les parties au contrat de cautionnement informent le débiteur de l'existence d'un tel contrat. Certes d'un point de vue juridique l'absence d'information du débiteur principal n'a pas d'incidence sur la validité du contrat, mais dans la pratique il est

impossible de tenir le débiteur dans l'ignorance définitive de l'existence du cautionnement, notamment parce que dans la mise en œuvre du cautionnement des rapports vont naître entre caution et débiteur et il pourrait le moment venu s'opposer au contrat souscrit à son profit.

Par ailleurs, pour mettre fin à une certaine rigidité et une divergence d'interprétation le législateur OHADA apporte une modification substantielle dans le formalisme du contrat de cautionnement. En effet, l'art 14 dispose désormais que le cautionnement « se prouve par un acte comportant la signature de la caution et du créancier ainsi que la mention écrite de la main de la caution, en toutes lettres et en chiffres, de la somme maximale garantie couvrant le principal, les intérêts et autres accessoires.. »

Cette nouvelle formulation « se prouve » qui remplace l'ancienne qui précisait que le cautionnement devait être constaté par un écrit, vient apporter plus de précision sur le caractère consensuel du cautionnement.

En effet, la formulation de l'ancien article 4 avait créé une certaine confusion sur la question du caractère formaliste ou consensuel du cautionnement. Certains auteurs, après analyse du texte dans son ensemble, avaient conclu que le formalisme qu'il exigeait devait être sanctionné par la nullité. Certaines décisions jurisprudentielles se ralliaient également à cette position. Au même moment d'autres considéraient qu'il s'agissait d'une formalité de preuve.

La nouvelle formulation atteste que l'écrit exigé n'est qu'une formalité de preuve et non pas de validité.

Certes Il est toujours prévu que le cautionnement ne présume pas. Mais l'exigence du caractère exprès n'est plus sanctionnée par la nullité. Cette règle constitue une règle d'interprétation et non une règle de fond. Elle implique seulement que la volonté de s'obliger comme caution doit être établie avec certitude et que l'engagement de la caution ne doit pas être déduit d'un comportement ou de circonstances de la cause.

Cet assouplissement de la constitution du cautionnement a pu par ailleurs être réalisé par la réforme du droit des sociétés commerciales en 2014. En effet, dans l'ancien Acte uniforme il était prévu sans aucune dérogation que le cautionnement fourni au nom de la société anonyme pour garantir les engagements d'un tiers n'était opposable à la société qu'avec l'autorisation du conseil (pour la SA dirigée par conseil

d'administration) ou de l'assemblée générale ordinaire des associés (pour la SA dirigée par un administrateur général). L'interprétation des textes applicables en la matière avait laissé penser que ce régime de protection ne pouvait pas concerner les banques dont l'activité principale est l'octroi de crédit dont font partie les opérations de cautionnement. Celles-ci étaient dès lors considérées comme des opérations courantes non soumises à autorisation. La CCJA avait pourtant, dans un avis du 26 avril 2000, estimé que les cautions, avals et garanties donnés par la société anonyme pour le compte des tiers devaient faire l'objet d'une autorisation préalable du conseil d'administration et cette règle s'appliquait même aux banques et aux établissements de crédit en général et que sa violation était susceptible d'entraîner la nullité de l'opération. Cela créait une certaine rigidité pour les cautionnements fournis par les banques. Désormais cet obstacle a été supprimé. Dans le nouvel acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales les cautionnements, avals et garanties fournis par les banques, les établissements de micro-finance et d'assurance caution ne sont pas soumis à l'exigence d'une autorisation préalable du CA ou de l'AGO des associés ou interdits lorsqu'il s'agit de garantir les engagements d'un dirigeant.

La réduction des règles contraignantes ne concerne pas seulement la constitution du cautionnement. On la note également dans la mise en œuvre de garantie.

B/ L'assouplissement de la mise en œuvre du cautionnement

La mise en œuvre du cautionnement est largement tributaire de son caractère accessoire. Aussi le législateur a-t-il prévu que le créancier peut exiger de la caution l'exécution de l'obligation du débiteur principal qu'après avoir agi vainement contre ce dernier. Cela atteste que la caution est certes un débiteur, mais un débiteur de second rang qui ne doit être poursuivi que si le débiteur principal est défaillant. Et par ailleurs afin que la caution ne supporte pas en définitive l'obligation du débiteur le législateur lui donne la possibilité d'exercer certains recours contre ce dernier, voire

contre d'autres cautions de la même dette (recours subrogatoire et recours personnel) pour se faire rembourser.

Le législateur OHADA allège un peu les formalités de l'appel de la caution. A cet effet, l'article 23 al 1 de l'AUPOS dispose « que la caution n'est tenue de payer la dette qu'en cas de non paiement du débiteur principal » et l'al 2 du même article ajoute « le créancier ne entreprendre de poursuites contre la caution qu'après une mise en demeure de payer adressée au débiteur principal et restée sans effet ». On remarquera que dans le libellé de cette dernière disposition, la disparition de la formalité de l'obligation faite créancier d'aviser la caution de toute défaillance du débiteur principal.

La suppression de cette obligation d'information de la caution de toute défaillance du débiteur principal se justifie par le fait que cette obligation est quelque peu reprise par l'art 24 qui, dans son alinéa 1, précise que « dans le mois de la mise en demeure de payer adressée au débiteur et restée sans effet, le créancier doit informer la caution du montant restant dû en principal, intérêts et autres accessoires à la date de cet incident de paiement ». Cette formulation vise à protéger la caution en lui permettant de payer le créancier le plus rapidement possible et d'éviter ainsi l'accumulation à son détriment des pénalités et intérêts de retard.

Cette obligation d'information est sanctionnée de façon particulière. La violation de cette obligation par le créancier l'empêche de pouvoir obtenir de la caution le paiement des pénalités et intérêts de retard échus entre la date de l'incident de paiement et la date à laquelle elle en a été informée. Tout en protégeant la caution il s'agit également d'accélérer la procédure de paiement au profit du créancier.

En outre, dans le cadre du cautionnement général l'art 25 apporte un léger changement dans la périodicité de l'obligation d'information de la caution, qui, en dehors de tout incident de paiement, doit désormais être exécutée de façon semestrielle (c'est dire dans le mois qui suit le terme de chaque semestre civil à compter de la signature du cautionnement) et non plus de façon trimestrielle comme prévue par l'ancien acte uniforme.

Cette disposition, selon les experts de l'OHADA est une réponse positive aux critiques formulées par certains praticiens, notamment du secteur bancaire, qui déploraient la

lourdeur du processus d'information trimestrielle. On peut se demander malgré la clarté du texte si cette information est opportune lorsque la caution est mesure d'accéder à cette information sur l'évolution du passif du débiteur plus facilement que le créancier. On pense naturellement à l'hypothèse où la caution est le dirigeant de la société débitrice.

En outre le souci de protection de la caution a amené le législateur OHADA à prévoir aussi bien dans l'ancien acte uniforme que dans celui de 2010, que lors de la mise en œuvre du cautionnement, celle-ci peut opposer au créancier toutes les exceptions inhérentes à la dette qui appartiennent au débiteur principal et tendent à réduire, éteindre ou différer la dette, sous réserve des dispositions des articles 17 et 23, al 3 et 4, de l'AUPOS et des dispositions particulières de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Il faut dire à ce niveau que la réforme du droit des procédures collectives par un nouvel acte uniforme entré en vigueur en décembre 2015 apporte un changement dans la situation des personnes ayant consenti une sûreté personnelle en cas d'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur principal. Dans ces procédures, les garants personnes physiques et les garants personnes morales ne sont plus traités de la même façon. En effet, il résulte de l'art 5-12 de l'AUPC/AP que dans le cadre de la conciliation les personnes ayant consenti une sûreté personnelle peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord entre le débiteur et ses créanciers. En revanche pour le règlement préventif, l'art 18 précise qu'à l'exception des personnes physiques les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ne peuvent se prévaloir des délais et remises du concordat préventif. De même l'art 75-1 ajoute que la décision d'ouverture du redressement judiciaire suspend toute action contre les personnes physiques ayant consenti une sûreté personnelle et durant l'exécution du concordat de redressement judiciaire. La conséquence du caractère accessoire du cautionnement est ainsi perturbée du fait de l'ouverture des procédures collectives.

En plus du cautionnement la réforme de 2010 a aussi affecté le régime des garanties autonomes, en le précisant d'avantage.

II/ La clarification du régime de la garantie autonome

La garantie autonome originellement consacrée en droit OHADA sous la dénomination de lettre de garantie est une innovation de l'AUPOS, notamment par rapport à son originalité. Il s'agit d'une originalité par rapport aux droits nationaux antérieurs qui ignoraient totalement cette forme de garantie, mais également par rapport au droit positif d'inspiration française qui ne lui consacrait aucun cadre juridique, si ce n'est à travers la pratique des affaires comme une garantie de financement des opérations internes. En France, il a fallu attendre l'ordonnance du 23 mars 2006 pour voir le code civil (art 2321) consacrer une définition formelle à la garantie autonome. Le droit OHADA avait donc, par rapport à la consécration, pris une avance sur le droit français. Il faut dire néanmoins, que le législateur OHADA ne faisait que légaliser une pratique déjà connue en Afrique francophone par les banques et les établissements financiers, qui procédaient chacun selon ses usages, tant en ce qui concerne la dénomination que la forme dans la rédaction.

Dans le même sillage que l'acte uniforme de 1997, celui de 2010 harmonise les règles existantes avec les nouvelles Règles uniformes relatives aux garanties sur première demande publiées par la chambre de commerce internationale en juillet 2010.

Les rédacteurs de l'AUPOS, sans doute, pour éviter les incertitudes et les contestations, ont renforcé quel peu la rigueur et surtout la précision tant en ce qui concerne les conditions de formation que les effets de la garantie autonome.

A/ La formation de la garantie autonome

A ce niveau les aménagements apportés par la réforme de 2010 ont porté sur la définition de cette sûreté personnelle ainsi que ses différentes formes. L'article 39 de l'AUPOS précise désormais que la garantie autonome et la contre-garantie autonome sont des engagements par lesquels le garant ou le contre-garant s'engage en considération d'une obligation souscrite par le donneur d'ordre et sur instructions de ce dernier, à payer une somme d'argent déterminée au bénéficiaire ou au garant, soit sur première demande de ce dernier soit selon des modalités convenues.

A travers cette définition, le législateur vient mettre fin à la controverse qui avait cours sur la nature juridique de la garantie autonome. Celle –ci est clairement considérée

comme un engagement unilatéral et non comme nécessairement un contrat tel que le défendent unanimement la jurisprudence et la doctrine françaises. Le législateur OHADA rejoint à cet égard l'option prise par la Belgique et l'Allemagne qui considèrent que la garantie autonome est avant tout, un engagement unilatéral de volonté. L'intérêt de cette qualification est de pouvoir concevoir l'existence de la garantie même sans l'accord du bénéficiaire. L'engagement du garant constitue dès lors la substance même de la garantie autonome car c'est à travers les termes de celui-ci qu'on mesure son indépendance par rapport au contrat de base.

Cet engagement n'est pas tout de même sans cause ou abstrait puisque c'est en considération d'une obligation souscrite par le donneur d'ordre et sur instructions de ce dernier que le garant et le contre-garant s'engagent.

Par ailleurs la définition qui avait été retenue par l'acte uniforme de 1997 paraissait assez restrictive dans la mesure où le garant était tenu de s'exécuter à première demande, c'est dire dès que l'appel à garantie intervenait. La nouvelle définition se rapproche de celle retenue par le législateur français. Une plus grande liberté est offerte à la pratique pour adapter la technique de garantie à la spécificité de chaque opération. C'est le sens de l'utilisation de la formule « selon des modalités convenues. Par rapport à la forme, il faut souligner que le formalisme qu'impose l'art 41 de l'AUPOS est très rigoureux. Selon ce texte la garantie et la contre-garantie autonome ne se présument pas et elles doivent être constatées par écrit. La forme écrite est donc prescrite de manière substantielle et non pas comme un simple instrumentum. La sanction de la violation ou de l'omission de cette exigence est aussi très sévère puisqu'en l'absence d'un écrit, l'engagement est considéré comme purement simplement nul. Toutefois le législateur semble plus libéral quant la nature de cet écrit. Aucune forme particulière n'est exigée.

Le formalisme écrit est par ailleurs renforcé par l'exigence d'y insérer des mentions obligatoires. La garantie et la contre-garantie autonome doivent à peine de nullité contenir les indications relatives à la dénomination de garantie ou contre-garantie autonome, au nom du donneur d'ordre, du bénéficiaire, du garant ou du contre-garant, à la convention de base, à l'acte ou au fait justifiant la garantie, au montant maximum de la somme garantie, à la date ou au fait entraînant l'expiration de la garantie, aux

modalités de la demande de paiement s'il y a lieu, et à celle relative à l'impossibilité pour le garant ou le contre-garant de bénéficier des exceptions de la caution.

A travers tout ce formalisme les rédacteurs de cet acte uniforme ont voulu donner à cette sûreté personnelle la précision nécessaire à la sécurité que doit offrir un tel titre relativement à l'identité du souscripteur, l'étendue de son engagement et surtout son autonomie par rapport au contrat de base.

Cette dynamique est également poursuivie dans la réglementation des effets de la garantie.

B/ Les effets de la garantie autonome

Les effets de la garantie ou de la contre-garantie autonome concernent les modalités de la mise en œuvre qui sont relatives à l'inopposabilité des exceptions, à l'incessibilité du droit à la garantie, à l'irrévocabilité de la garantie, à l'appel de la garantie ainsi qu'aux recours conférés au garant ou au contre-garant contre le donneur d'ordre.

La réforme de 2010 a maintenu le principe de l'incessibilité de la garantie (art 42 de l'AUPOS) tout en apportant une précision sur le tempérament dudit du principe. L'art 42 de l'AUPOS prévoit à cet égard que « sauf clause ou convention contraire expresse, le droit à garantie du bénéficiaire n'est pas cessible. Toutefois, l'incessibilité du droit à garantie n'affecte pas le droit du bénéficiaire de céder tout montant auquel il aurait droit à la suite de la présentation d'une demande conforme au titre de la garantie ». On peut ainsi constater que la référence au rapport de base pour la cessibilité prévue à titre supplétif a été supprimée et remplacée par l'exigence de la présentation d'une demande conforme au titre de la garantie. Cette reformulation doit ainsi faciliter la cession des droits nés de la garantie, même si la garantie en tant que telle est en principe incessible.

La question relative à l'irrévocabilité a aussi connu une évolution. En effet, dans l'acte uniforme de 1997, l'art. 32 disposait que « que sauf clause contraire expresse, les instructions du donneur d'ordre, la garantie et la contre-garantie sont irrévocables », sans préciser si cette règle se limitait aux seules garanties à durée déterminée ou

devait être étendue aux garanties consenties à durée indéterminée. Cette disposition ouvrait la voie à la possibilité de conclure des lettres de garantie à durée indéterminée qui seraient irrévocables parce que les parties n'auraient pas prévu de clauses de révocabilité.

L'acte uniforme de 2010 apporte un correctif à cette situation en prévoyant à l'art.43 al 3 que « les garanties et contre-garantie à durée indéterminée peuvent être révoquées par le garant ou le contre-garant respectivement ». Cet effort de précision est conforme au principe juridique consacrant la prohibition des engagements perpétuels.

On note également un effort de clarification dans le régime des garanties et contre-garanties glissantes. L'art.33 al 2 de l'acte de 1997, indiquait que « la lettre de garantie peut stipuler que la somme garantie sera réduite d'un montant déterminé ou déterminable à des dates précisées, ou contre présentation au garant ou au contre-garant de documents indiqués à cette fin ».

L'art 44 al 2 de l'AUPOS modifie légèrement cette formulation en prévoyant que « les garanties et contre-garantie autonomes peuvent stipuler que le montant de l'engagement sera réduit d'un montant déterminé ou déterminable à des dates précisées ou contre présentation au garant ou au contre-garant de documents indiqués à cette fin dans l'engagement ». Ainsi la réduction du montant du paiement doit se faire conformément aux termes de l'engagement et suivant les délais et modalités prévues par cet engagement.

S'agissant de l'appel à la garantie l'art.45 de l'AUPOS a maintenu les dispositions relatives à la demande de paiement en introduisant quelques aménagements destinés à clarifier la référence aux conditions et modalités stipulées dans la garantie ou la contre-garantie. Le bénéficiaire est tenu de présenter une demande conforme aux mentions figurant dans la garantie autonome, tout en indiquant les manquements reprochés au donneur et qui justifient l'appel en garantie. On peut relever, à travers cette disposition, un souci constant de formalisme de la part du législateur OHADA, afin de limiter au maximum les appels frauduleux ou abusifs du bénéficiaire de la garantie.

Dans la réglementation de l'appel à la garantie il y a également des modifications destinées à renforcer l'efficacité de la garantie. C'est ainsi qu'il n'est plus fait référence à un « délai raisonnable » pour l'examen par le garant et le contre-garant de la conformité de la demande en paiement. Désormais, l'art.46 de l'AUPOS précise que le garant et le contre-garant disposent chacun de cinq jours ouvrés pour examiner la conformité de la demande en paiement aux termes de la garantie ou de la contre-garantie autonome. Cette précision du délai vient réduire le risque de contentieux et permet d'accélérer la mise en œuvre de la garantie avec un délai précis.

Il a été institué également une obligation de notification, dans ce délai, au bénéficiaire, ou au garant en cas de contre-garantie de toute décision de rejet de la demande en paiement en précisant les irrégularités motivant ce rejet. Le garant doit toujours transmettre une copie de la demande du bénéficiaire et tous documents accompagnant celle-ci au donneur d'ordre ou en cas de contre-garantie, au contre-garant, à charge pour ce dernier de les transmettre au donneur. Mais cette transmission n'est plus préalable à tout paiement.

Néanmoins il a été prévu des moyens de défense que l'on peut considérer comme des exceptions au paiement immédiat. L'art.47 de l'AUPOS prévoit ainsi que « le donneur ne peut faire défense de payer au garant que si la demande de paiement du bénéficiaire est manifestement abusive ou frauduleuse. Le contre-garant dispose à l'encontre du garant de la même faculté dans les conditions.

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

Par ailleurs dans l'organisation de l'issue de la mise en œuvre de la garantie, il faut souligner que le législateur a aménagé des recours au profit du garant ou du contre-garant au même titre que la caution car le fait pour ces derniers d'exécuter les instructions du donneur d'ordre en payant une somme d'argent déterminée au bénéficiaire, libère ce dernier de sa dette. L'art 48 de l'AUPOS modifiant quelque peu l'art 37 de l'acte uniforme de 1997 prévoit que le garant ou le contre-garant qui a fait un paiement non plus utile mais conformément aux termes de la garantie ou de la contre-garantie dispose des mêmes recours que la caution contre le donneur d'ordre, à

savoir un recours personnel et un recours subrogatoire pour se faire rembourser le paiement effectué au titre de leur garantie.