

Préambule sur l'OHADA (Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires). L'OHADA est composée de cinq institutions (*extraits Wikipedia par Claude Guibert*) :

- La Conférence des Chefs d'États et de Gouvernements (CEEG) est l'organe suprême de l'OHADA. Elle est présidée par le Chef de L'État ou de Gouvernement dont le pays assure la présidence du Conseil des ministres de la Justice et des Finances.
- Le Conseil des Ministres (CM) comprend les ministres chargés de la Justice ainsi que les ministres des Finances. Il est l'organe législatif de l'OHADA et se réunit au moins une fois par an notamment pour adopter les « actes uniformes » applicables directement dans chacun des droits internes des États-parties ;
- Le Secrétariat permanent (SP) est l'organe exécutif de l'OHADA. Il assiste le Conseil des Ministres et est chargé de la préparation de tous les actes et du programme annuel d'harmonisation du droit des affaires. Il représente officiellement de l'OHADA.
- L'École régionale supérieure de la magistrature (ERSUMA) à [Porto-Novo](#) (Benin), assure la formation et le recyclage des magistrats et auxiliaires de justice des États-parties ;
- La Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) composée de treize juges élus pour sept ans non renouvelable, est l'organe qui assure en dernier ressort le contentieux relatif à l'interprétation et à l'application des Actes uniformes. Les Cours suprêmes ou de Cassation nationales doivent donc se dessaisir. La CCJA rend des Avis sur toute question d'interprétations des textes en vigueur. Enfin, elle abrite un centre d'arbitrage institutionnel selon son Règlement du 11 mars 1999. Son siège est situé à Abidjan (Côte d'Ivoire).

Etats membres : Bénin, Burkina, Cameroun, Centrafrique, Comores, les 2 Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, les 3 Guinée, Mali, Niger, Sénégal, Tchad et Togo.

Note sur l'avis n°002/2016 du 18 octobre 2016 de la CCJA¹ assimilant les succursales des compagnies aériennes étrangères à des sociétés soumises "à un régime particulier".

Le deuxième numéro de la nouvelle revue de droit des affaires en Afrique² s'est fait l'écho d'un avis de la CCJA portant sur le droit des sociétés, plus précisément sur le statut juridique des "*succursales des compagnies aériennes étrangères*". Il relève de cet avis que celles-ci sont assimilées *de facto* à "*des sociétés soumises à un régime particulier*". Cette décision, bien que sa portée soit singulière, demeure un avis, ce qui atteste *a priori* son caractère non obligatoire, du moins selon la doctrine dominante. Ces dernières années, certaines plumes autorisées de la doctrine n'ont pas manqué de gloser sur cette catégorie de droit qualifié de "mou", de "doux", de "gazeux", ou de *soft law* selon l'appellation anglaise. Au sens classique, un avis juridique relève plutôt de cette nouvelle catégorie³. Ce nouveau droit a la particularité d'être dépourvu de sanction, même si le Conseil d'État, dans son rapport de 2013, a commencé à s'interroger sur sa portée juridique en proposant son intégration dans le droit positif⁴.

¹Cour Commune de justice et d'Arbitrage de l'OHADA

²Boris Mator, commentaire sur l'avis dans la nouvelle Revue L'Essentiel droits africains des affaires n° 2 février 2017, p 4 publiée chez LEXTENSO. Nous profitons pour adresser nos remerciements à celles et ceux qui ont pris cette initiative salutaire à un moment où le droit des affaires africaines prend son envol.

³C. Thibierge, « Le droit souple : réflexion sur les textures du droit », *RTD Civ.*, 2003, pp. 599 et s. L'expression "droit souple" a été vulgarisée par la Commission spécialisée de terminologie et de néologie présidée par le Pr. François Terré. Les Annales de la Seine 2008, n° 20, p 4. C. Thibierge, " le droit souple", Réflexion sur les textes du droit: *RTD civ.* 2003, p 599 et s; M. DELMAS-MARTY, le flou du droit, Paris, PUF, 1986; C.ATIAS, Normatif et non normatif dans la législation récente du droit privé: *RRJ* 1982, p 219 et s.; F.OSMAN, Avis, directives, codes de conduite, recommandation, déontologie, éthique, etc.: réflexion sur la dégradation des sources privées du droit: *RTD civ* 1995, p 509. "*Le droit souple*", Association Henri Capitant, t 13, 2009, M Goldman, "*We Need to Cut Off the Head of the King: Past, Present, and Future Approaches to International Soft Law*," *25 Leiden J. Int'l Law* 335-368 (2012).

⁴Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat - Le droit souple, Etudes et documents, Conseil d'Etat, Mai 2013, 297 pages.

Sous d'autres cieux, comme ceux de l'OHADA, un avis peut d'emblée revêtir un caractère obligatoire. Faut-il rappeler que la CCJA a trois missions quotidiennes qui sont : consultative, juridictionnelle et arbitrale⁵. Sa première fonction de consultation vise juste à éclairer les États membres sur certaines questions relatives à l'interprétation du Traité de l'OHADA. Elle tire cette légitimité de l'article 14 alinéa 1 du traité portant sur la création de l'OHADA et qui dispose: " ...la cour peut être consultée par tout Etat partie ou par le Conseil des ministres sur toute question entrant dans les champs de l'alinéa précédent. La même faculté de solliciter l'avis consultatif de la cour est reconnue aux juridictions nationales". Pour la saisine de la CCJA, un avis peut être demandé par les États, par le Conseil des Ministres de l'OHADA et par les juridictions nationales⁶. La portée des avis rendus par la CCJA est à géométrie variable. Lorsque la demande est formulée par le Conseil des ministres de l'OHADA, l'avis rendu a une portée obligatoire et s'impose dans les États membres. En revanche, lorsque la demande de la saisine relève du chef des États ou des institutions judiciaires, l'avis rendu n'est pas obligatoire⁷.

En l'espèce, *l'avis n°002/2016 du 18 octobre 2016 relatif aux succursales des compagnies aériennes étrangères* a été rendu sur la saisine du Conseil des ministres de l'OHADA⁸. Sur ce point, le nœud gordien est tranché. Il devient alors naturel de faire l'économie de la doctrine récurrente, classant l'avis dans la catégorie du droit mou et non sanctionné. En conséquence, cet avis de la CCJA est obligatoire. Son apport au droit des sociétés, dans l'espace OHADA, est d'une importance capitale. Sur la base et sur l'interprétation des articles 120 et suivant et 916 de l'AUSCGIE⁹, la CCJA définit : "*La société soumise à un régime particulier comme toute structure juridique revêtant une des formes admises en droit OHADA et dont les activités ou la mission d'intérêt général sont soumises à certaines règles de droit sectorielles ou dérogatoires du droit commun des sociétés commerciales de l'OHADA*". À partir de cette définition, il faut déduire que les succursales des compagnies aériennes étrangères ont le statut des sociétés "*à régime particulier*", car elles relèvent en partie d'un droit sectoriel, en l'occurrence le droit aérien qui a ses spécificités par rapport au droit commun. Cette admission des succursales des compagnies aériennes étrangères au rang des sociétés à " un régime particulier" leur donne d'emblée le droit de bénéficier des dispositions de l'article 120 l'AUSCGIE¹⁰. C'est aussi une façon explicite de donner le feu vert à l'application

⁵ Article 14 du Traité OHADA.

⁶ Jean Gasti, la jurisprudence, source du droit OHADA, Revue internationale de droit comparé vol 64, n°2012 p 477-500;

⁷ Jean Gasti, *op.cit.*, p 491.

⁸ "La saisine de la CCJA, par le conseil des ministres, est d'ailleurs indispensable avant toute adoption d'un acte uniforme. Le non-respect de cette procédure entraîne la non-adoption d'un acte uniforme".

⁹ L'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et groupements d'intérêts économiques.

¹⁰ "Quand elle appartient à une personne étrangère, la succursale doit être apportée à une société de droit, préexistante ou à créer, de l'un des États parties, deux (2) ans au plus tard après sa création, à moins qu'elle soit dispensée de cette obligation par un arrêté du ministre chargé du commerce de l'État partie dans lequel la succursale est située. Sous réserve des dispositions applicables aux sociétés soumises à un régime particulier, la dispense est accordée pour une durée de deux (2) ans, non renouvelable. En cas de non-respect des dispositions visées au premier alinéa du présent article, le greffier ou l'organe compétent de l'État partie procède à la radiation de la succursale du registre du commerce et du crédit mobilier, après décision de la juridiction compétente, statuant sur requête, à sa demande ou à celle de tout intéressé. La décision de radiation donne lieu à la diligence du greffier ou de l'organe compétent de l'État partie à une insertion dans un journal habilité à recevoir les annonces légales de l'État partie".

des autres articles aux succursales des compagnies aériennes étrangères. Il s'agit des articles 117¹¹ et 916¹². En revanche, l'Avis de la CCJA n'est pas favorable à l'application de l'article 908¹³ de l'AUSCGIE aux succursales des compagnies aériennes étrangères. Les sages de la CCJA, en tenant compte de la spécificité des compagnies aériennes, n'ont pas voulu empiéter sur les normes internationales qui régissent cette catégorie sectorielle. Mieux, ils ont démontré que les articles applicables aux sociétés soumises à un régime particulier ne sont pas en porte-à-faux avec le droit aérien international et, par ricochet, avec l'aviation civile. Cette décision, loin d'être inédite, s'inscrit dans la continuité d'un ancien avis rendu par la même CCJA en 2004: "*S'il est vrai que la société Air Afrique créée par le Traité de Yaoundé auquel sont annexés ses statuts, peut être considérée comme une société soumise à un régime particulier au sens de l'Article 916 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, il n'est pas moins vrai que « constituée sous la forme d'une société anonyme de droit privée » comme l'indique l'Article 4 du Traité susmentionné, elle reste soumise aux dispositions applicables aux sociétés anonymes*»¹⁴.

Il faut *in fine* inscrire à l'actif de cet avis, la volonté ferme de CCJA d'harmoniser davantage les dispositions traitant des sociétés soumises à un régime particulier dans l'espace OHADA. Cet avis montre que la CCJA, par le biais de l'interprétation, remplit sa mission, en implantant le droit OHADA et en anticipant sur les conflits des lois et de juridiction. En un mot: "*les avis donnés par la CCJA ont une valeur délibérante en lieu et place de la traditionnelle fonction consultative reconnue qui leur est attribuée*"¹⁵. Tous les avis rendus, jusqu'à là par la CCJA, sont appliqués ou du moins, reconnus par les parties concernées. Ils ont la même force que les décisions de justice. L'avis 2016 s'inscrit dans la continuité. Et la CCJA reste fidèle à sa ligne de conduite.

Wagué Hamadi Gatta, enseignant-chercheur à l'Université Gaston Berger de Saint Louis du Sénégal et enseignant associé à l'Ecole d'Ingénieurs ESME Sudria Paris

¹¹"La succursale n'a pas de personnalité juridique autonome, distincte de celle de la société ou de la personne physique propriétaire. Les droits et obligations qui naissent à l'occasion de son activité ou qui résultent de son existence sont compris dans le patrimoine de la société ou de la personne physique propriétaire".

¹²"Le présent Acte uniforme s'applique aux sociétés soumises à un régime particulier sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires auxquelles elles sont assujetties. Les clauses des statuts de ces sociétés, conformes aux dispositions abrogées par le présent Acte uniforme mais contraires aux dispositions du présent Acte uniforme et non prévues par le régime particulier desdites sociétés, sont mises en harmonie avec le présent Acte uniforme dans les conditions prévues à l'article 908 ci-dessus"

¹³"Les sociétés et les groupements d'intérêt économique constitués antérieurement à l'entrée en vigueur du présent Acte uniforme sont soumis à ses dispositions. Ils sont tenus de mettre leurs statuts en harmonie avec les dispositions du présent Acte uniforme dans un délai de deux (2) ans à compter de son entrée en vigueur"

¹⁴CCJA, n° 04/2004, 8-1-2004 : ATTIBA Denis et autres c/ Compagnie Multinationale Air Afrique et autres, le Juris Ohada, n° 1/2004, janvier-mars 2004, p. 23, note Brou Kouakou Mathurin ; Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 3, janvier-juin 2004, p. 44

¹⁵Jean Gasti, *op.cit.*, p 493.