ORGANISATION POUR L'HARMONISATION EN AFRIQUE DU DROIT DES AFFAIRES (OHADA)

COUR COMMUNE DE JUSTICE ET D'ARBITRAGE (CCJA)

Assemblée plénière

Demande d'Avis N°01/2016/AC du 18/07/2016 du Président du Conseil des Ministres de l'OHADA relative à l'interprétation des articles 120 et 916 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique du 30 janvier 2014.

AVIS N°002/2016/du 18 octobre 2016

Séance du 18 octobre 2016

La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA, réunie en formation plénière à son siège ;

Vu le Traité de Port-Louis du 17 Octobre 1993 relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique, tel que révisé à Québec le 17 octobre 2008, notamment en ses articles 10 et 14 ;

Vu le Règlement de Procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, notamment en ses articles 9, 53, 54, 55 et 58 ;

Vu la demande d'avis consultatif du Conseil des Ministres de l'OHADA formulée par courrier en date du 12 juillet 2016 de Monsieur le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice de la République du Congo, Président en exercice du Conseil des Ministres, enregistrée au Greffe de la Cour sous le n°001/2016/AC en date du 19 juillet 2016, et ainsi libellée :

« Monsieur le Président, Madame et Messieurs les membres de la CCJA,

En application de l'article 14, alinéas 1 et 2 du Traité de Port-Louis du 17 octobre 1993 relatif à l'Harmonisation du droit des affaires en Afrique, tel que révisé à Québec le 17 octobre 2008, ensemble l'article 54 du Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage,

J'ai l'honneur de soumettre à la Cour, au nom du Conseil des Ministres, la présente demande d'avis sur l'interprétation de l'article 120 de l'Acte uniforme

du 30 janvier 2014 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE), en lien avec l'article 916 dudit Acte uniforme.

Les articles 120 et 916 AUSCGIE sont rédigés ainsi qu'il suit :

Article 120

« 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 Etats 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'Etat 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'Etat 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'Etat partie à une insertion dans un journal habilité à recevoir les annonces légales de l'Etat partie ».

Article 916

« Le présent Acte uniforme s'applique aux sociétés soumises à un régime particulier sous réserve des dispositions législatives ou règlementaires 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 ».

Si l'article 120 AUSCGIE permet, de manière générale, de déroger à l'obligation de filialisation des succursales de sociétés étrangères pour une durée limitée à deux ans, il réserve par contre aux seules sociétés soumises à un régime particulier la possibilité de bénéficier, sans limitation de durée, d'une exemption à l'obligation de filialisation de leurs succursales opérant dans l'espace OHADA. Or, plusieurs compagnies aériennes étrangères à l'espace OHADA et exploitant des succursales dans l'aire géographique de notre

commune Organisation ont sollicité, avec des fortunes diverses, une dispense illimitée à l'obligation de filialisation, excipant de ce que les caractéristiques légales et fiscales de l'aviation civile internationale font des compagnies aériennes des sociétés à régime particulier, notamment en ce que :

(i) Les compagnies aériennes internationales fonctionnent sous des Accords bilatéraux sur le trafic aérien, conventions internationales par lesquelles les Etats accordent mutuellement à leurs entreprises aériennes un accès commercial à leurs marchés respectifs pour atterrir et décoller, vendre les billets d'avions et *établir un bureau de représentation pour exploiter les services aériens comme entité juridique étrangère ;* or, le nouvel article 120 AUSCGIE oblige, à terme, toute société étrangère de transport aérien à créer une nouvelle compagnie aérienne séparée sous la nationalité de l'un des Etats OHADA où elle exploite les services aériens. Cette situation crée une discrimination entre compagnies établies dans l'espace OHADA et compagnies aériennes étrangères, d'une part, et devient source de difficultés pour les dernières dans la mesure où celles-ci seraient amenées à cesser leurs vols faute de nouveaux Accords de trafic, d'autre part ;

(ii) Les entités juridiques locales que chaque compagnie étrangère serait conduite à créer seraient soumises à la fiscalité locale, en violation des conventions fiscales préexistantes et en vertu desquelles les bénéfices provenant de l'exploitation d'aéronefs ne sont imposables que dans l'Etat où est situé le siège de direction effective de la compagnie aérienne.

De fait, certaines compagnies aériennes ont, sur la base de cet argumentaire, obtenu de la République du Burkina Faso et de la République de Guinée Equatoriale une dérogation illimitée à l'obligation de filialisation de leurs succursales, tandis que le statut de société à régime particulier ne leur a pas été reconnu par la République Béninoise, la République Gabonaise et la République Togolaise, qui s'en sont tenues à une dispense limitée à deux ans.

Ces interprétations divergentes du même texte dans l'espace juridique unifié sont contraires à la sécurité juridique que promeut le Traité OHADA, de même qu'elles génèrent des incertitudes que le Conseil des Ministres ne saurait laisser perdurer. Aussi ai-je l'honneur, en application des articles 14, alinéas 1 et 2 du Traité OHADA et 53 et suivant du Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, d'interroger la Cour, au nom du Conseil des Ministres, sur les cinq séries de questions suivantes :

1. Que recouvre la notion de « *société soumise à un régime particulier* » dans l'AUSCGIE ? Suivant quel (s) critère (s) une société doit-elle être considérée comme soumise à un régime particulier ? Qu'est-ce qui entre dans la définition du régime particulier ?

2. Au regard de la question n°1, les compagnies aériennes étrangères à l'espace OHADA entrent-elles dans la définition de sociétés soumises à un régime particulier, dont les succursales situées dans les pays membres de l'OHADA seraient éligibles au bénéfice d'une dispense illimitée à l'obligation de filialisation ?

3. L'article 916 AUSCGIE, aux termes duquel « *le présent Acte uniforme s'applique aux sociétés soumises à un régime particulier sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires auxquelles elles sont assujetties* » est-il applicable aux succursales des sociétés étrangères de transport aérien qui sont situés dans l'espace OHADA ? Dans l'affirmative, les obligations et prérogatives découlant de Traités internationaux régissant l'activité de ces succursales entrent-elles dans la définition des « *dispositions légales ou réglementaires auxquelles elles sont assujetties* » au sens de l'article 916 AUSCGIE, et qui survivraient à l'application de l'Acte uniforme ?

4. Si la réponse à la précédente question est « oui », les articles 120 et 908 AUSCGIE sont-ils, en vertu de l'article 916 du même Acte uniforme, inapplicables aux succursales des compagnies aériennes étrangères situées dans l'espace OHADA ?

5. Les articles 120 et 908 AUSCGIE sont-ils contraires aux accords bilatéraux et conventions multilatérales ci-après régissant l'aviation civile dans les pays membres de l'OHADA ?

   - *Conventions fiscales de non double imposition des revenus liés au transport aérien international et accords de services aériens conclus entre un Etat membre de l'OHADA et un Etat d'appartenance d'une compagnie étrangère ;*

   - *Convention de Varsovie pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, entrée en vigueur en octobre 1929 ;*

- *Convention de Chicago relative à l'aviation civile internationale, entrée en vigueur en décembre 1944, notamment en ses articles 22, 37 et 44 ;*

- *Convention de Montréal pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, entrée en vigueur en 1999 et mettant à jour la Convention de Varsovie et ses instruments connexes.*

En cas de contrariété, laquelle des normes en conflit doit-elle prévaloir ? » ;

Sur le rapport de Monsieur DJIMASNA N'DONINGAR, Juge ;

EMET L'AVIS CI-APRES :

1- Sur la première question :

- La notion de « société soumise à un régime particulier » désigne toute structure juridique revêtant une des formes prévues par l'AUSCGIE qui, en raison de ses activités ou de la mission d'intérêt général qu'elle accomplit, est soumise à certaines règles de droit sectorielles ou dérogatoires du droit commun des sociétés commerciales de l'OHADA.

- Les critères de détermination de la « société soumise à un régime particulier » tiennent essentiellement à la nature spécifique de l'activité qu'elle exerce ou à la mission d'intérêt général qu'elle accomplit, et qui nécessite un régime spécial.

- Entrent notamment dans la définition du « régime particulier », la réglementation spécifique, sectorielle ou dérogatoire du droit commun de l'OHADA, applicable à la société concernée, les privilèges, prérogatives particulières et autres exonérations à elle accordés.

2- Sur la deuxième question :

- Les Compagnies aériennes étrangères à l'espace OHADA, en raison de leur appartenance à un secteur particulier d'activité réglementée par des conventions internationales spécifiques, entrent dans la catégorie des sociétés soumises à un régime particulier.

- Il en résulte que leurs succursales situées dans les pays membres de l'OHADA sont éligibles au bénéfice de la dispense illimitée à l'obligation de filialisation.

3- Sur la troisième question :

- L'article 916 de l'AUSCGIE aux termes duquel « *le présent Acte uniforme s'applique aux sociétés soumises à un régime particulier sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires auxquelles elles sont assujetties* » s'applique aux succursales des sociétés étrangères de transport aérien situées dans l'espace OHADA, en conséquence de leur qualification de « société soumise à un régime particulier ».

- Dès lors, les obligations et prérogatives découlant des Traités internationaux régissant l'activité desdites sociétés de transport aérien entrent dans la définition des « dispositions légales ou réglementaires » auxquelles sont assujetties les sociétés soumises à un régime particulier.

4- Sur la quatrième question :

- Les succursales ne sont que des démembrements de leurs sociétés, sans personnalité juridique propre ; elles ne possèdent pas de statuts propres qui, en application de l'article 908 de l'AUSCGIE, doivent être mis en harmonie.

- En conséquence de leur appartenance à des « sociétés soumises à un régime particulier », les succursales bénéficient de la dispense illimitée à l'obligation d'être apportées à une société de droit local, prévue à l'article 120 de l'AUSCGIE.

5- Sur la cinquième question :

- Les accords bilatéraux et conventions multilatérales régissant l'aviation civile dans les pays membres de l'OHADA constituent une réglementation sectorielle s'appliquant à un secteur spécifique dans lequel interviennent des sociétés commerciales dont l'encadrement juridique général est régi par l'AUSCGIE.

En conséquence de ce qui précède :

- Les articles 120 et 908 de l'AUSCGIE ne sont en rien contraires ni à la Convention de Varsovie pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, ni aux articles 22, 37 et 44 de la Convention de Chicago relative à l'aviation internationale, ni à la Convention de Montréal refondant celle de Varsovie ;

- Les conventions fiscales de non double imposition des revenus liés au transport aérien international et accords de services aériens conclus entre un Etat membre de l'OHADA et un Etat d'appartenance d'une compagnie étrangère

entrent dans le cadre du Chapitre IV de la Convention de Chicago et sont relatives « aux mesures destinées à faciliter la navigation aérienne » ; elles constituent dès lors des « dispositions législatives ou réglementaires » auxquelles sont assujetties les « sociétés soumises à un régime particulier » au sens de l'AUSCGIE.

Le présent Avis a été émis par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage en sa séance du 18 octobre 2016 à laquelle étaient présents :

Monsieur	Abdoulaye Issoufi TOURE,	1er Vice-président, Président
Madame	Flora DALMEIDA MELE,	Seconde Vice-présidente,
Messieurs	Namuano Franscisco DIAS GOMES,	Juge,
	Victoriano OBIANG ABOGO,	Juge,
	Mamadou DEME,	Juge,
	Idrissa YAYE,	Juge,
	Djimasna N'DONINGAR,	Juge, rapporteur,
	Birika Jean Claude BONZI,	Juge,
	Diehi Vincent KOUA,	Juge,
	Fodé KANTE,	Juge,
	César Apollinaire ONDO MVE,	Juge,
	Robert SAFARI ZIHALIRWA,	Juge

et Maître Paul LENDONGO, Greffier en chef ;

Le présent Avis a été signé par le Président et le Greffier en Chef ;

Le Président

Le Greffier en Chef