

## 111h9 Clarifications sur la liberté laissée aux États parties d'adopter des dispositions non contraires aux actes uniformes

• CCJA, avis, 16 févr. 2017, n° 002/2017

La République de Côte d'Ivoire a souhaité que soit clarifié le périmètre résiduel du droit des sociétés commerciales, à l'intérieur duquel les États membres de l'OHADA conservent le pouvoir de légiférer sans enfreindre la norme supranationale. Si la question n'est pas entièrement nouvelle, l'avis de la CCJA du 16 février 2017 s'écarte quelque peu d'une précédente interprétation, suivant laquelle les « dispositions contraires » de droit interne s'entendent de tout texte législatif ou réglementaire contredisant dans la forme, le fond et/ou l'esprit les dispositions d'un acte uniforme (CCJA, avis, 30 avr. 2001, n° 001/2001/EP).

Une loi n° 2015-903 du 30 décembre 2015 avait abaissé à 5 % de participation dans le capital social le seuil de déclenchement du contrôle *a priori* du conseil d'administration (CA) sur les conventions conclues, directement ou non, entre une société et ses dirigeants sociaux ou ses actionnaires. Le législateur ivoirien avait vraisemblablement considéré que cette règle, bien que plus exigeante que celle de l'article 438 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE), n'en était pas moins valable parce que non contraire à l'article 438 précité. Cette loi ivoirienne était toutefois problématique car, si le pouvoir de contrôle conféré au CA n'est pas violé lorsqu'il est exercé de façon plus stricte que celle prévue par le texte harmonisé, cette surveillance renforcée n'en contredit pas moins le droit reconnu aux actionnaires et aux dirigeants sociaux de conclure, avec leur société, des conventions échappant à l'autorisation préalable du CA. Cette contradiction manifeste aurait dû suffire à déclarer contraires au droit OHADA les dispositions de la loi litigieuse. L'avis de la CCJA n'en fait pourtant pas mention et se limite à retenir que toute disposition nationale, qui n'a pas été autorisée par l'AUSCGIE, lui est incompatible, même lorsqu'elle est identique à une disposition de l'AUSCGIE ou s'en déduit implicitement (*sic*). En d'autres termes, les États parties ne peuvent modifier leur ordre juridique interne que dans la limite des dérogations expresses que leur accorde l'AUSCGIE à cet effet ; or en l'espèce, l'AUSCGIE ne prévoit aucune dérogation à son article 438.

La justification est périlleuse car le raisonnement de la CCJA donne aux silences de l'AUSCGIE une portée qu'ils n'ont pas, en déduisant systématiquement de l'absence d'autorisation expresse une interdiction. Pourtant, lorsqu'aucun principe n'est énoncé, l'autorisation légale d'y déroger n'a aucune raison d'être. L'AUSCGIE est, par exemple, silencieux sur la faculté de faire siéger des représentants du personnel au sein d'un CA, de même qu'il n'envisage pas la possibilité d'accorder, à tout ou partie des employés d'une société, des options de souscription d'actions ; il ne prévoit pas davantage le transfert, vers un État membre, du siège d'une société domiciliée dans un État tiers. Est-ce à dire que le droit OHADA interdit aux États membres de légiférer sur ces différents aspects ? Il faut espérer que non ou, à défaut, une nouvelle réforme de l'AUSCGIE s'impose... sans attendre !

*Olivier Bustin, docteur en droit, avocat aux barreaux de Paris et de Lisbonne, Vieira de Almeida & Associados, professeur invité à l'université Bel Campus de Kinshasa*

