



Avril 2015

**POUR UNE OPINION DISSIDENTE :
VALIDITE DE L'ACOMPTE SUR DIVIDENDES EN DROIT OHADA**

Par

***Joël Biova DORKENOO, LLM,
Juriste International***

REVUE DU DROIT DES AFFAIRES EN AFRIQUE (RDAA)

Editée par



L'Institut du droit d'expression et d'inspiration françaises

Avril 2015

Sommaire

- Résumé en français et en anglais
- Article
- Note biographique de l'auteur

Avec le soutien de



KING&WOOD
MALLESONS



Orabank





Avril 2015

Résumé :

L'article 144 de l'Acte Uniforme révisé relatif au droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique (AUSGIE) a réaffirmé les conditions de versement des dividendes en droit Ohada. Un arrêt de la Cour d'appel de Lomé avait d'ailleurs été rendu dans ce sens le 26 mars 2009 (voir *Code IDEF éd. F. Lefebvre 2014, Paris*).

A la suite de la révision de cet acte uniforme qui a en revanche modifié l'article 143 qui définit le bénéfice distribuable, la question se pose sur la possibilité ou non de versement d'acompte sur dividendes. Les avis très divergents sur cette question nous ont conduits à l'analyse des différents textes à partir desquels une position juridiquement fondée peut être prise en faveur de l'autorisation de l'acompte sur dividendes en droit Ohada.

Abstract:

The revised OHADA Uniform Act Relating to Commercial Companies and Economic Interest Groups (article 144) reasserted the conditions of payment of interim dividend in Ohada law. Besides, the Court of appeal of Lomé upheld these conditions by a decision on March 26, 2009 (*mentioned under article 144, Code IDEF éd. F. Lefebvre 2014, Paris*).

However, article 143 that defines the distributable profit was modified following the revision, bringing up the question of whether or not the payment of interim dividend is allowed. Divergent opinions on this question brought us on analyzing different legal texts, upon which a lawful position can be drawn authorizing interim dividend in Ohada law.



Avril 2015

L'acompte sur dividende est une somme versée aux associés, à valoir sur les dividendes relatifs à un exercice non encore clos et dont les comptes annuels n'ont donc pas encore été approuvés par l'assemblée générale ordinaire. Suite à la révision de l'Acte Uniforme relatif au droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique (AUSCGIE) du 30 janvier 2014, un débat anime les praticiens sur la faculté de procéder à la distribution d'un acompte ou, autrement dit, d'un dividende partiel, en droit Ohada.

Divers études et articles relatifs aux apports de la révision considèrent que cette distribution demeure interdite, comme auparavant, bien que l'ancien article 756 qui disposait que « Nonobstant toute clause contraire des statuts de la société émettrice, l'ensemble des intérêts, dividendes ou autres produits périodiques revenant aux actions pour un exercice social déterminé devra être payé en une seule fois [...] » ait été modifié ; l'obligation de paiement en une seule fois ayant été supprimée du nouvel article. On peut citer, sans prétendre être exhaustif :

- Barthélemy Faye et Jacques Nyemb, (Avocats, Cleary Gottlieb), ayant fait partie du groupe d'experts qui ont assisté l'Ohada pour la révision de l'AU, qui regrettent dans leur article *"Enhancing the attractiveness of sub-saharan africa through legal innovations"*¹ que leur proposition de prévoir la possibilité de payer l'acompte sur dividendes n'ait pas été retenue.
- Dans sa brochure Ohada : Principales innovations de l'Acte Uniforme révisé du 30 janvier 2014, le cabinet PricewaterhouseCoopers (PwC) considère que la faculté de procéder à des acomptes sur dividendes, initialement envisagée dans l'étude de la réforme, n'a finalement pas été retenue.

A contrario, le cabinet d'avocats Dentons considère que la possibilité de distribution d'acompte sur dividendes est autorisée par l'Acte Uniforme révisé.²

Le manque de justifications et d'études approfondies sur l'autorisation ou l'interdiction de l'acompte sur dividendes nous amène à apporter notre contribution au débat.

¹ <http://www.cgsh.com/fr/enhancing-attractiveness-of-sub-saharan-africa-through-legal-innovations/>

² <http://www.dentons.com/en/insights/alerts/2014/april/9/a-renewed-company-law-for-the-17-ohada-member-states>



Avril 2015

L'AUSCGIE dispose en son article 144 :

« Après approbation des états financiers de synthèse et constatation de l'existence de sommes distribuables, l'assemblée générale détermine :

- le cas échéant, les dotations à des réserves facultatives ;
- la part de bénéfices à distribuer, selon le cas, aux actions ou aux parts sociales ;
- le montant du report à nouveau éventuel.

Cette part de bénéfice revenant à chaque action ou à chaque part sociale est appelée dividende.

Tout dividende distribué en violation des règles énoncées au présent article est un dividende fictif. »

Il résulte de cet article que les dividendes ne peuvent être distribués que sous deux conditions :

- l'approbation des états financiers de synthèse approuvés par l'assemblée générale,
- et la constatation de l'existence d'un bénéfice distribuable.

La Cour d'appel de Lomé a d'ailleurs confirmé ces conditions le 26 mars 2009³ en jugeant qu'« un associé ne peut prétendre aux dividendes que si les états financiers de synthèse ont été approuvés par une assemblée générale et que l'existence d'un bénéfice a été constatée. En l'absence de preuve de la tenue de l'assemblée générale, aucune action en ce sens ne peut prospérer. » (CA Lomé (Togo), n°44/09, 26/03/2009, cité sous l'article 144 de l'AUSCGIE, Code IDEF éd. F. Lefebvre 2014, Paris).⁴

Les états financiers dont l'approbation par l'assemblée générale constituent la première condition pour la distribution des dividendes sont définis à l'article 7 de l'Acte Uniforme portant organisation et harmonisation des Comptabilités des Entreprises (AUHCE) qui dispose :

³ <http://www.ohada.com/jurisprudence/ohadata/J-10-155.html>

⁴ Voir aussi : Jurisprudence OHADA, Code IDEF, Editions F. Lefebvre 2014, Paris ; p.993



Avril 2015

« Les états financiers de synthèse regroupent les informations comptables au moins une fois par an sur une période de douze mois, appelée exercice ; ils sont dénommés états financiers annuels.

L'exercice coïncide avec l'année civile [...] ».

Le législateur laisse ainsi la possibilité aux sociétés qui le souhaitent de faire des états financiers plus d'une fois par exercice social. Cette pratique d'ailleurs courante dans les entreprises donne lieu à des états financiers appelés dans le jargon des comptables « états financiers intermédiaires ».

« Le bénéfice distribuable » dont la constatation fait l'objet de la deuxième condition est quant à lui défini à l'article 143 de l'AUSCGIE comme ci-après :

*« Le bénéfice distribuable est le résultat de l'exercice, augmenté du report bénéficiaire et diminué des pertes antérieures, **des dividendes partiels régulièrement distribués** ainsi que des sommes portées en réserve en application de la loi ou des statuts [...] ».*

Quel sens pourrait-on donner aux « dividendes partiels » autre que celui d'acomptes sur dividendes ? En effet, puisque le législateur donne par cet article les éléments de fixation du résultat de l'exercice, cela implique, à notre avis, que pendant l'exercice concerné, des dividendes aient été distribués avant sa clôture. Si tel n'était pas l'esprit des rédacteurs de l'acte uniforme révisé, on pourrait s'interroger sur la justification de la mention de « dividendes partiels régulièrement distribués » expressément ajoutée à l'article 143 ; tout texte devant avoir un effet utile⁵.

Cet article consacre implicitement la validité d'un acompte puisqu'il prévoit que : « Le bénéfice distribuable est le résultat de l'exercice, augmenté du report bénéficiaire et **diminué** des pertes antérieures, des **dividendes partiels régulièrement distribués...** ».

En effet, le bénéfice distribuable dépendant de la soustraction du résultat de l'exercice des « dividendes partiels », il en résulte que pendant l'exercice, puisqu'il s'agit de fixer son résultat, des dividendes ont été distribués. Il ne peut en être autrement car le dividende décidé sur la base d'un exercice clos ne peut pas être celui soumis à cette déduction. Non seulement ce

⁵ Voir Professeur Barthélémy Mercadal : Sur l'interprétation de la loi » RDAA, avril 2015



Avril 2015

dividende ne concerne pas l'exercice en cause mais il est aussi intouchable, étant définitivement acquis aux associés dès que la décision de distribution prise par l'assemblée générale est définitive. Selon une jurisprudence française constante, il est interdit d'annuler la distribution d'un dividende décidée par l'assemblée générale dès lors que cette décision consacre un droit de créance des actionnaires sur la société (CA Paris 1-12-1934 : S. 1935 II p. 65 ; CA Paris 2-5-1935 : Gaz. Pal. 1935 II p. 113 ; CA Paris 15-11-1976 : JCP 1979 II n° 19129 note Evesque).

On ne peut donc pas entendre « dividende partiel » comme paiement partiel d'un dividende déjà mis en distribution par une assemblée générale antérieure devenue définitive. Le dividende partiel ne peut être compris que comme une anticipation sur les dividendes de l'exercice considéré. Ainsi le résultat de l'exercice 2013 ayant donné lieu à une décision de distribution de dividendes de 1000 peut être payé en une fois ou en plusieurs fois conformément aux modalités prévues par l'art 146 de l'AUSCGIE. S'il est payé en plusieurs fois, chacun des paiements relatifs au dividende de l'exercice 2013 constituera donc un paiement partiel de dividende. Si, en revanche, un paiement de dividende, valablement autorisé, intervient au titre de l'exercice 2014, exercice non encore clos, il s'agira alors de dividende partiel encore appelé « acompte sur dividende ». S'il en était autrement, les associés seraient privés en 2014 d'une somme qui devrait leur revenir en plus de celle mise en distribution en 2013 sur laquelle ils avaient acquis un droit de créance et qu'ils sont en droit de forcer la société à leur payer.

Sous l'empire de l'AUSCGIE de 1998, le professeur Issa Sayegh avait interprété l'obligation de paiement des droits sociaux en une seule fois de l'ancien article 756 dudit acte, comme une interdiction de versement d'acompte⁶. Mais, à notre avis, on ne saurait confondre le paiement des dividendes et leur mise en distribution. En effet, des dividendes dont la décision de mise en distribution intervenue même après la clôture de l'exercice, peuvent être mis en paiement de façon échelonnée. De plus, le législateur de 2014 a littéralement modifié la situation en énonçant dans le nouvel article 756 que « *Les dates de paiement des intérêts, dividendes ou*

⁶ Joseph ISSA SAYEGH : Le caractère d'ordre public des dispositions de l'Acte Uniforme relatif au droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique (AUSCGIE) ; Ohadata D-09-39 ; p.13



Avril 2015

autres produits périodiques revenant aux actions pour un exercice social déterminé sont fixées par l'assemblée générale ou, à défaut par le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas ». Il a donc écarté l'obligation de paiement du dividende en une seule fois et donné à l'assemblée générale le pouvoir de fixer les « dates de paiement des [...] des dividendes ». On ne peut donc aujourd'hui tirer de l'actuel article 756 un argument quelconque pour s'opposer à la distribution d'un acompte sur dividende.

En définitive, l'acte uniforme tel que promulgué s'il n'autorise pas expressément l'acompte sur dividende ne contient, pour autant, aucune interdiction formelle d'y recourir.

La seule limite à la distribution d'un dividende est l'interdiction de distribuer un dividende fictif prescrite par l'article 144 AUSCGIE. Ce qui n'est pas le cas dès lors qu'il est pris sur un bénéfice ressortant des états financiers établis, et décidé par l'assemblée générale, comme il a été souligné plus haut.

A ceux qui douteraient de la validité de l'acompte sur dividende soutenue ici, il n'est pas sans intérêt pratique de relever que le risque de commettre le délit de distribution de dividende fictif est peu dissuasif en raison du nombre très réduit d'Etats membres de l'espace OHADA l'ayant sanctionné pénalement.

Ajoutons enfin, qu'admettre l'acompte sur dividendes ne serait pas en soi nuisible à l'économie de l'espace OHADA. Il paraît peu probable qu'il en résulte la fuite redoutée de capitaux hors de cette zone, crainte qui serait la principale raison invoquée pour l'interdire. En quoi, en effet, attendre quelques mois pour distribuer des dividendes empêcherait cette fuite ? Ce risque ne peut être, par ailleurs, que marginal. Il peut se réaliser si une société distribue un bénéfice en cours d'exercice avec la certitude qu'il aura disparu en fin d'exercice, Mais ce « coup » ne peut se produire qu'une fois. Un nouveau dividende ne pourra être distribué lors de l'exercice suivant qu'après déduction des pertes antérieures conformément à l'art. 346 de l'AUSCGIE. La manœuvre aura donc vite atteint ses limites.

Aussi bien la menace d'une fuite des bénéfices, qui d'ailleurs peut se produire, sauf contrôle des changes, à la fin de chaque exercice, n'est-elle pas suffisante pour contrebalancer l'avantage que l'admission de l'acompte sur dividendes apporterait à la législation OHADA en mettant celle-ci au niveau des législations des Etats-Unis, de la France et du Royaume-Uni.



Avril 2015

En effet, de deux choses l'une : ou il est utile pour les investisseurs d'utiliser rapidement les liquidités ou cela n'est pas un réel avantage. Cette question ayant été résolue par les législations susvisées en faveur de l'acompte, elle devrait l'être dans le même sens par la législation de l'OHADA qui est fondée sur un parti pris d'attraction des investisseurs étrangers.

Note biographie de l'auteur



Joël Biova DORKENOO est juriste international (LLM). Après plusieurs années de pratique dans divers secteurs d'activité (cabinet d'avocat, université, tribunal), il a choisi de se spécialiser en droit OHADA grâce au diplôme inter-universitaire Juriste OHADA qu'il prépare auprès des universités Paris II et Paris 13.