Image not found or type unknown

Aperçu du nouveau droit des sociétés commerciales OHADA applicable au Congo depuis le 5 mai 2014

publié le **12/05/2014**, vu **19135 fois**, Auteur : YAV & ASSOCIATES

L'Acte Uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, adopté le 30 janvier 2014 par le Conseil des Ministres de l'OHADA et publié au Journal Officiel de l'OHADA le 4 février 2014 est entré en vigueur le 5 mai 2014, a fait l'objet d'une rénovation importante dont le présent article donne un aperçu.

1. Liminaires

Dans notre précèdent article intitulé **« L'OHADA se dote d'un droit des sociétés commerciales révisé qui entrera en vigueur en République Démocratique du Congo le 5 mai 2014"** , nous annoncions le ton de la reforme.

La réforme crée d'intéressantes possibilités nouvelles de structuration des investissements, notamment au travers de la SAS, des actions de préférence et des valeurs mobilières subordonnées. S'agissant du renforcement de l'obligation d'apporter rapidement les succursales en société, les transferts d'actifs en résultant devront être suivis de près en pratique pour optimiser leurs impacts fiscaux.

L'Acte Uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (ci-après « le Nouveau Droit des Sociétés OHADA »), adopté le 30 janvier 2014 par le Conseil des Ministres de l'OHADA et publié au Journal Officiel de l'OHADA le 4 février 2014 est entré en vigueur le 5 mai 2014 soit 90 jours après cette publication, a fait l'objet d'une rénovation importante.

L'on peut citer entre autres qu'avec l'introduction de la Société par Actions Simplifiée [SAS], la reconnaissance expresse de la validité des pactes d'actionnaires et la création de nouvelles catégories de valeurs mobilières, les pays de l'OHADA dont la République Démocratique du Congo [RDC] se dotent des outils juridiques nécessaires, notamment à la réalisation d'opérations de capital-investissement qui vont permettre d'accompagner la croissance économique de l'Afrique sub-saharienne. D'autres modifications de l'Acte Uniforme Sociétés sont également à signaler.

2. Le Nouveau Droit des Sociétés OHADA introduit une nouvelle forme de société par actions : La Société par Actions Simplifiée (SAS)

Le Nouveau Droit des Sociétés OHADA crée la Société par Actions Simplifiée (SAS) (articles 853-1 à 853-23), sur le modèle de la SAS existant actuellement en droit français. La SAS offre beaucoup plus de souplesse aux actionnaires et aux dirigeants que la Société Anonyme (SA), principal véhicule utilisé jusqu'alors dans le cadre d'investissements étrangers en Afrique.

Avec l'introduction de la SAS, la zone OHADA dispose d'une forme sociale plus adaptée aux opérations d'investissement que celles existantes dans d'autres pays se caractérisant également par un fort dynamisme économique.

La SAS peut être constituée sans capital social minimum et peut avoir des actionnaires personnes morales mais également des actionnaires personnes physiques.

Son mode de gouvernance est très souple et s'adapte parfaitement aux besoins des actionnaires. ***Alors qu'une SA doit impérativement être dirigée par un Conseil d'Administration dès lors qu'elle compte plus de trois actionnaires, le Nouveau Droit des Sociétés OHADA prévoit que, sous réserve de règles impératives (représentation de la Société par un Président, seul organe obligatoire, investi des pouvoirs les plus étendus pour agir au nom de la société et l'engager vis-à-vis des tiers, compétence de l'assemblée des actionnaires impérative pour certaines décisions sociales telles que les décisions relatives aux comptes annuels et aux bénéfices, aux opérations relatives au capital ou de transformation) les statuts de la SAS prévoient librement l'organisation, la direction et le fonctionnement de la société : possibilité de nommer des directeurs généraux, des directeurs généraux adjoints, un comité exécutif, un conseil de surveillance, etc.***

Cette liberté va permettre de mettre en place des modalités de gouvernance adaptées aux différents profils des investisseurs dans le cadre d'opérations de capital investissement, mais aussi dans le cadre de joint-ventures impliquant un partenaire local (qui peut être par exemple être une entreprise nationale) et un partenaire étranger.

3. Le Nouveau Droit des Sociétés OHADA consacre expressément la validité des pactes d'actionnaires

Le Nouveau Droit des Sociétés OHADA (article 2-1) prévoit désormais explicitement **la possibilité de conclure des « conventions extrastatutaires » en vue d'organiser librement la gestion de la société.**

Les principales clauses de ces pactes porteront sur l'organisation de la prise de décision entre les différents actionnaires (instauration d'organes de contrôle, de majorités qualifiées, de veto, d'autorisation préalable, de clauses d'information privilégiée) et également sur les mouvements sur le capital (restriction aux transferts de valeurs mobilières, insertion de clauses d'inaliénabilité, d'agrément, de préemption, de clauses anti-dilution, etc.), et la sortie des actionnaires (clauses sortie conjointe, clauses de première offre, etc.).

Il convient néanmoins de noter que cette possibilité est offerte sous réserve du respect des dispositions impératives de l'Acte Uniforme révisée qui constitue le Nouveau Droit des Sociétés OHADA et des clauses statutaires . Il est donc clair que le Nouveau Droit des Sociétés OHADA énonçe clairement la hiérarchie entre les dispositions régissant les domaines susvisés.

4. Le Nouveau Droit des Sociétés OHADA crée de nouvelles catégories de valeurs mobilières

Copyright © 2025 Légavox.fr - Tous droits réservés

Sous réserve du respect de l'ordre public sociétaire (prohibition des clauses léonines, des actions disposant d'un droit de vote supérieur à un vote double, etc.), l'introduction d'actions de préférence (articles 778-1 à 778-15) va permettre d'accorder aux actionnaires des actions disposant de droits politiques et / ou pécuniaires minorés ou renforcés selon leur profil.

Ce mécanisme sera utilisé dans des opérations de capital-investissement et présente également des avantages dans le cadre de la conclusion d'accords sociétaires avec des entités étatiques (sociétés d'exploration et d'exploitation dans les domaines pétroliers et miniers notamment).

L'introduction de la notion de valeurs mobilières subordonnées en droit OHADA (article 747-1) et la création de valeurs mobilières composées (articles 822 à 822-21) va permettre la mise en place de financements différenciés, en quasi-fonds propres par l'utilisation notamment d'actions convertibles en actions, de type « mezzanine », et également de conférer des compléments de rémunération lors du débouclage d'opérations grâce à un accès différé au capital, de mettre en place des « management-package » attractifs, alors que le mécanisme d'attribution gratuite d'actions au profit des salariés est également introduit (Articles 626-1 à 626-6).

5. D'autres modifications utiles introduites par le Nouveau Droit des Sociétés OHADA

Parmi les autres modifications notables, nous signalons :

1. ***La limitation de l'usage des succursales***

Auparavant, l'Acte Uniforme Sociétés prévoyait que les succursales de personnes physiques ou morales étrangères devaient être apportées à une société locale dans les deux ans de leur création à moins qu'elles ne soient dispensées de cette obligation par arrêté du ministre chargé du commerce.

Les opérateurs pouvaient ainsi, sous réserve de l'autorisation du ministre compétent ou de l'autorité administrative déléguée, obtenir une prolongation de cette dispense parfois indéfiniment en dépit d'une importante activité locale.

Désormais, la durée d'une telle dispense sera limitée à deux ans (article 120) et des sanctions sont prévues en cas de violation d'une telle obligation : radiation de la succursale (article 120 § 3 et 4) et sanction pénale à l'encontre des dirigeants sociaux de la société étrangère ou de la personne physique étrangère (article 891-2). Ces modifications auront des implications concrètes, tant l'obligation prévue à l'ancien article 120 de l'Acte Uniforme Sociétés est en pratique violée ou contournée ;

En pratique, **la filialisation d'une succursale locale** pourrait être mise en œuvre au travers :

- (i) d'un apport des actifs et engagements de la succursale en contrepartie d'une augmentation de capital de la société bénéficiaire de l'apport ou

- (ii) d'une cession des actifs de la succursale au terme de laquelle une société locale, préexistante ou nouvellement immatriculée, procéderait à l'acquisition desdits éléments d'actif et devrait verser le prix correspondant ou enregistrer une dette de même montant.

Copyright © 2025 Légavox.fr - Tous droits réservés

Cette opération devra en principe bien évidemment être effectuée sur la base des valeurs réelles des actifs transférés, ce qui dans certains cas, et surtout lorsque la succursale existante a bénéficié de dérogations renouvelées sur une période pouvant atteindre plusieurs décennies, conduira à la cristallisation de plus-values jusque-là latentes.

En effet, par principe, toute sortie d'élément d'actif du bilan fiscal d'une succursale doit être réalisée à sa valeur réelle, déclenchant mécaniquement au plan comptable l'enregistrement d'un produit exceptionnel du montant de la plus-value quelles que soient les modalités de cette sortie.

Autrement dit le transfert des actifs donnera lieu au calcul de plus-values par différence entre la valeur réelle des actifs d'une part et leur coût d'acquisition au bilan fiscal de la succursale, avec un risque d'application de l'impôt sur les sociétés à ce gain.

Le coût fiscal de l'opération pourra ainsi être très significatif, même si dans certains cas la législation fiscale autorise l'imposition de ces plus-values selon un taux réduit dans le cadre du régime dit du long terme. Il y a aura donc lieu de vérifier la réglementation fiscale propre à chaque pays et de rechercher l'application de mécanismes de neutralité fiscale tels que le régime de faveur des fusions, de s'assurer que l'investisseur est à même de se conformer à ses conditions voire d'approcher les autorités fiscales pour obtenir une validation expresse du régime de faveur recherché.

Bien évidemment dans les secteurs réglementés comme ceux du pétrole et des mines, ces dispositions devront être combinées avec les termes fiscaux des contrats pétroliers et des conventions minières.

Dans les cas où des déficits fiscaux reportables sont disponibles, il pourra en revanche être fiscalement plus avantageux d'imputer les gains de transfert sur ces pertes, donc d'éviter le cash out correspondant à l'impôt sur les sociétés tout en optimisant pour l'avenir l'amortissement des immobilisations corporelles réévaluées. Ceci dit les plus-values latentes les plus significatives concernent généralement plus les immobilisations incorporelles (non amortissables) que les immobilisations corporelles. Ceci n'enlève pas tout intérêt à la réévaluation de ces immobilisations, celle-ci viendra amoindrir le coût fiscal de leur cession future.

En plus du risque de taxation de plus-values latentes, existe également celui de l'application des droits d'enregistrements à la valeur réelle des éléments transférés taxable : éléments immobiliers ou appartenant au fonds de commerce. Là également, une structuration appropriée et le recours à des régimes fiscaux de faveur lorsqu'ils sont disponibles pourront permettre d'alléger le coût fiscal de l'opération.

De surcroît, le régime fiscal de la filiale devrait être revisité au regard des règles fiscales idoines, particulièrement en matière de distributions des profits (i.e. comparaison entre l'impôt sur les revenus réputés distribués par une succursale et la retenue à la source sur les dividendes, qui serait applicable le cas échéant).

S'appliqueront également dans des conditions différentes la réglementation des prix de transfert, les restrictions de la sous-capitalisation et les retenues à la source. La nouvelle entité pourra bénéficier le cas échéant des traités fiscaux destinés à éviter les doubles impositions.

5.1. La reconnaissance juridique et la définition du bureau de représentation ou de liaison (articles 120-1 à 120-5) ;

Copyright © 2025 Légavox.fr - Tous droits réservés

5.2. La possibilité de nommer en justice un administrateur provisoire lorsque le fonctionnement normal de la société est rendu impossible (articles 160-1 à 160-8) ;

5.3. La possibilité de distribuer des dividendes partiels (articles 143 et 756) ;

5.4. La possibilité d'effectuer des apports en industrie dans les différents types de sociétés, sauf dans les sociétés anonymes (articles 50-1 à 50-4 et 389) ;

5.5. La possibilité de constituer des sociétés à capital variable (articles 269-1 à 269-7) ;

5.6. En matière d'appel public à l'épargne (articles 81 et suivants), ***la notion d'offre au public a été élargie, celle d'investisseur qualifié a été introduite, et de nouvelles dispositions ont été introduites en ce qui concerne les SA faisant appel public à l'épargne*** (articles 827-1 à 827-12) ;

5.7. S'agissant de la société anonyme, le montant nominal des actions peut désormais être fixé librement par les statuts (article 387) ***et l'exigence de possession d'actions applicable aux administrateurs disparait de l'Acte Uniforme révisé constituant le Nouveau Droit des Sociétés OHADA*** (article 416), ***mais une telle exigence peut être imposée par les statuts*** (article 417) ;

5.8. Le régime applicable aux conventions réglementées est modifié, avec notamment pour les sociétés anonymes l'élargissement de leur domaine aux conventions conclues avec des actionnaires détenant 10% du capital de la société concernée, même en l'absence de dirigeants communs (article 438) ;

5.9. D'une manière générale, le Nouveau Droit des Sociétés OHADA introduit la possibilité d'utiliser des techniques modernes de communication à distance pour la convocation (email) et la tenue des réunions des organes sociaux (visioconférence) ;

5.10. Le renvoi aux dispositions nationales dans un certain nombre d'hypothèses (forme des statuts et des modifications statutaires – article 10, article 395 par renvoi à l'article 10 ; ***montant du capital social d'une SARL*** - article 311 ; ***forme de la constatation de la libération et dépôt des fonds dans une SARL*** - article 314), ***s'il procède d'une idée de simplification et d'allègement des formalités (moindre intervention des notaires), nuit néanmoins au caractère uniforme du droit applicable et rend plus encore nécessaire la connaissance des droits nationaux applicables en la matière en sus du droit OHADA.***

In fine, il convient de noter que les sociétés et groupements existants disposent d'un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de l'Acte Uniforme révisé pour mettre en conformité leurs statuts.

6. Que conclure ?

Cette importante réforme du Nouveau Droit des Sociétés OHADA va avoir un impact tant sur le fonctionnement des sociétés et structures existantes (modalités de convocation et de tenue des réunions et assemblées, consécration explicite des pactes d'actionnaires qui devrait favoriser le développement de ces conventions, réflexion sur les avantages offerts par la transformation des structures existantes en SAS, etc.) que sur la création de nouvelles entités qui pourra se faire dans le cadre de montages juridiques et financiers plus sophistiqués.

Les possibilités désormais offertes par le Nouveau Droit des Sociétés OHADA vont ainsi non seulement accompagner mais également favoriser le développement économique de la zone

Copyright © 2025 Légavox.fr - Tous droits réservés

OHADA. Espérons qu’il en sera le cas pour la RDC !

Copyright © 2025 Légavox.fr - Tous droits réservés