

LES LIMITES AU PRINCIPE DE L'INTEGRITE DU CAPITAL SOCIAL EN DROIT DES SOCIETES

Par

Beaugars MPEMBI LEMA
Chef de Travaux à l'Université Kongo

RÉSUMÉ

De nos jours, les sociétés commerciales sont devenues une réalité incontournable dans nos États à économie de marché, d'où la multitude de législations y afférentes. L'un des éléments clés pour qu'une société commerciale existe reste son capital social. Compte tenu de son importance, le législateur a posé le principe selon lequel toute société doit disposer d'un capital, celui-ci étant censé être intangible.

Ultime recours pour rembourser les créanciers, le capital est censé rester intact pendant toute la durée de vie de la société.

Cependant, avec la tendance actuelle, la notion de capital social est quelque peu en déclin puisque certaines sociétés ont la possibilité d'insérer une clause de variabilité dans leurs statuts, tandis que d'autres n'exigent pas de capital social minimum pour exister.

Une telle réalité nous amène aujourd'hui à nous interroger sur la pertinence de cette notion et son importance, compte tenu du déclin qui la caractérise.

Mots-clés : *Capital social, principe de l'intégrité, droit des sociétés, patrimoine des associés, Etats*

ABSTRACT

Nowadays, commercial companies have become an unavoidable reality in our market economy states, hence the abounding pertaining legislation. One of the key elements for a commercial company to exist remains its share capital. Given its importance, the legislator established the principle saying that every company must have a capital, same being supposedly intangible.

As an ultimate recourse to pay off creditors, the capital is supposed to remain intact throughout the life of the company.

However, with the current trend, the notion of share capital is somewhat declining since some companies have the possibility of inserting a variability clause into their statutes, while others don't require a minimum share capital to exist.

Such a reality currently leads us to question the relevance of the notion of capital and its importance given the decline which characterizes said notion.

Keywords: *Share capital, integrity principle, company law, partners' assets, States*

I. INTRODUCTION

Il est un fait indéniable à ce jour que le secteur privé joue un rôle important dans le processus de développement des Etats. Grace à leurs fortes capacités de mobilisation des capitaux aussi bien dans le marché interne qu'international, le secteur privé occupe actuellement une place primordiale pour la croissance économique des Etats. L'extrême importance du secteur privé dans le développement des Etats a été mieux explicité par le Prof MIDAGO BAHATI qui s'exprime en ces termes : « *La croissance économique et le développement reposent sur les trois postulats suivants :*

1. *L'Etat fournit le cadre et l'environnement incitatif ;*
2. *Le secteur privé crée les richesses nationales et l'emploi ;*
3. *La société civile, enfin, se charge de promouvoir l'homme dans toutes ses dimensions »¹.*

Et parmi les acteurs du privé qui jouent ce rôle important, les sociétés commerciales occupent une place de choix.

Pour le législateur, la société commerciale est en principe créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, ou de l'industrie, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui peut en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes dans les conditions prévues par le présent Acte Uniforme.

La société commerciale est créée dans l'intérêt commun des associés.² L'attrait que suscite la forme sociétale se justifie pour plusieurs raisons. On peut à ce stade retenir les suivantes :

- **La mise à l'abri du patrimoine des associés** : Une société qui est régulièrement constituée est une entité distincte de la personne des associés. Cette réalité entraîne un certain nombre de conséquences notamment le fait que la société dispose alors d'un patrimoine propre qui ne doit pas être confondu avec celui des associés. On parle alors de dédoublement du patrimoine.

En conséquence, en cas de survenance d'un risque, les créanciers sociaux se feront payer non pas sur le patrimoine des associés mais sur celui de la société.

¹ MIDAGO BAHATI, cité par Jean-Michel KUMBU ki NGIMBI, *Législation en matière économique*, Manuel d'enseignement, Edition de l'Institut Africain de Droit de l'Homme et de la Démocratie, Kinshasa, 2020, p 84.

² Article 4 de l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique.

Et cette mise à l'abri du patrimoine des associés vaut également pour les sociétés unipersonnelles puisque même dans cette hypothèse, le patrimoine de l'associé unique restera à l'abri des saisies que pourront exercer les créanciers sociaux.

Cette situation est très différente de celle qui prévaut pour un établissement puisque dans ce dernier cas de figure, puisqu'il y a unicité du patrimoine, en cas de survenance de difficultés, le patrimoine de l'entrepreneur peut faire l'objet des saisies.

- **La possibilité de mobiliser des ressources importantes** : l'union, dit-on, fait la force. En se mettant ensemble, les associés ou les actionnaires peuvent ainsi se doter des moyens financiers suffisants afin de réaliser leur objet social. En étant isolé, seul, un entrepreneur risque de ne pas avoir suffisamment des moyens pour la réalisation de ses objectifs.
- **La pérennité qui caractérise la société** : Contrairement à la vie humaine qui est assez fragile comme une tige de roseau, la société présente beaucoup plus de garantie de stabilité et de pérennité. En effet, celle-ci survit même à la disparition de ses fondateurs. Il est dès lors plus sécurisant pour les partenaires de faire affaire avec une société qu'une personne physique.

A cet aspect de la pérennité de la société, il faut aussi ajouter le fait que la société présente beaucoup plus de garantie de remboursement des crédits que les personnes physiques dans la mesure où en cas décès, des nombreux tracas peuvent naître quant à la question de savoir ceux qui devront rembourser cette créance.

La situation sera fort différente s'il s'agit d'une personne morale puisque dans cette hypothèse, c'est la société qui a souscrit les engagements et non les personnes physiques.

A la lumière de tous ces avantages que nous venons d'épingler, cela justifie clairement l'attrait que suscite la forme sociétale dans la communauté des entrepreneurs puisque celle-ci leur permet de réaliser aisément leurs objectifs. Et comme on l'habitude de le dire, un commerçant, personne physique ou morale, recourt principalement au crédit afin de booster ses activités. Il est donc apparu impérieux de ménager aux bénéficiaires des créanciers une ou des sûretés efficaces à même de leur garantir le remboursement de leurs créances.

C'est ainsi qu'à côté des autres garanties de droit commun qui sont prévues par le législateur, dans le cadre des sociétés commerciales, le capital social a été érigé en ultime garantie en faveur des créanciers dont il fallait assurer à tout prix l'intégrité.

Telle est donc la raison qui est à la base de l'édition du principe de l'intégrité du capital social ou encore de l'intangibilité du capital social puisque

celui-ci est appelé à servir comme ultime garantie à laquelle mes créanciers peuvent recourir en cas de non-exécution par la société de ses engagements. Il y a donc lieu de conclure que le capital social, est à ce jour placé, plus ou moins, au centre des garanties des créanciers.

Mais, tel n'a toujours pas été le cas. Nicholas PRAQUIN note ce qui suit : « ...le capital des sociétés avait une fonction très limitée dans les relations de confiance et de crédit que pouvaient entretenir les différents agents économiques. Les rédacteurs du code de commerce, en instaurant le principe de la responsabilité limitée, et en rendant obligatoire la publication du montant du capital social souscrit, créent une véritable novation conceptuelle qui modifiera l'utilisation et la signification du compte capital en comptabilité : A une représentation traditionnelle du patrimoine et de ses variations s'ajoute celle d'un capital fixe, garantie des créanciers. Cette réglementation n'a pas seulement des conséquences juridiques et comptables, mais également sociales : le capital abandonne la sphère privée au profit du domaine public ».³

En définitive, il y a donc lieu de conclure que le capital est devenu la cheville ouvrière dans la création et l'organisation de la société commerciale puisque si celui-ci n'existe pas, on ne peut pas parler de société.

Pour Michel GERMAIN, *le capital est, en quelque sorte la rançon de la limitation de la responsabilité et c'est ainsi qu'il a été conçu à l'origine en Angleterre. Les associés l'affectent à la sûreté des engagements que la société prendra envers les tiers.*⁴

En République Démocratique du Congo, les sociétés sont règlementées principalement par l'Acte Uniforme sur les Sociétés Commerciales tel que révisé à ce jour. Mais, pas seulement par ce texte puisque les autres textes d'origine nationale qui ne sont pas contraires à l'Acte Uniforme restent en vigueur. Il y a donc lieu de conclure qu'en matière de sociétés commerciales, loin d'être totale, l'abrogation est partielle.

Et pour montrer le caractère incontournable du capital social lors de la constitution de la société, l'article 13 de l'Acte Uniforme sur les Sociétés place le capital parmi les éléments qui doivent nécessairement paraître dans le capital social. En d'autres termes, aucune société ne peut être régulièrement constituée si elle ne dispose pas de capital puisque celui-ci est le gage des créanciers sociaux. Cela est affirmé avec plus de rigueur à l'article 61 de l'Acte Uniforme sur les Sociétés Commerciales qui dispose que chaque société doit avoir un capital social qui est indiqué dans ses statuts.

Du fait de son intangibilité et de sa fixité, le capital social constitue aussi une garantie pour les tiers à qui le législateur a accordé un droit de gage général

³ Nicolas PRAQUIN, « Le principe de fixité du capital social : une étude juridique et comptable du concept (1807-1947) », in *l'entreprise, le chiffre et le droit*, Ed. Degos et Tribucq, 2005, p.273.

⁴ Michel GERMAIN, *Les sociétés commerciales*, 19^{ème} édition, Ed. LGDJ, Paris, 2009, p.290.

sur le patrimoine de la société. Ainsi, c'est en considération de l'existence de garantie suffisante, donc de l'importance du capital social, qu'ils vont accepter ou non d'accorder du crédit à la société.

Néanmoins, l'importance du capital social n'est pas la même selon qu'il s'agisse de sociétés de capitaux ou de sociétés de personnes.

« Ainsi, alors qu'il s'avère être un élément fondamental dans les sociétés de capitaux (S.A) et certaines sociétés hybrides (S.A.R.L), dans les sociétés de personnes, il est un élément négligeable ; à la limite certaines de ces sociétés peuvent se constituer sans capital social (société en participation, SCS, SNC).

Mais c'est à se demander si ces sociétés pourraient subsister sans lui ?

A cette question, une affirmation négative paraît évidente car il est inconcevable qu'une société puisse mener à bien ses activités sans ressources financières.

Le capital social est aussi un véritable outil au service de la gestion de la société. »⁵

Cependant l'évolution législative actuelle laisse apparaître des fissures dans l'édifice de la fixité du capital social puisque le législateur lui-même a mis sur pied un nombre assez important de techniques qui ont pour effet de moduler la hauteur de ce capital social. Cela constitue donc autant d'assauts répétés sur le mur de l'intangibilité du capital social à telle enseigne qu'il y a lieu de s'interroger si ce principe est d'une application absolue ou s'il existe des circonstances de nature à occasionner le recul de ce principe.

Tout au long de cette dissertation, nous allons dans un premier temps présenter ce qu'il faille entendre par capital social, sa composition ainsi que sa fonction.

Dans un second point, nous allons examiner d'abord la portée du principe de l'intégrité du capital social et ensuite présenter les différentes pratiques qui d'une façon ou une autre porte atteinte à ce principe pour nous permettre de répondre à la question de savoir si ce principe reste toujours un bloc monolithique.

II. DE LA NOTION DU CAPITAL

La définition que la loi donne de la société à l'article 4 de l'Acte Uniforme sur les Sociétés Commerciales et des Groupements d'Intérêt Economique, laisse apparaître que celle-ci suppose que des personnes mettent à sa disposition aussi bien de l'argent, des biens meubles ou immeubles ou encore de l'industrie pour que celle-ci réalise son objet social. Tout ce qui est mis à la

⁵ Adamou Moussa ZAKI, *Le capital social dans les sociétés commerciales OHADA*, Université Gaston Berger, Saint Louis, 2007, p.9.

disposition de la société par les associés fondateurs pour la réalisation de son objet social constitue donc son capital.

KALUNGA TSHIKALA et Stéphane MORTIER notent ce qui suit à ce sujet : « Dépassée l'étape psychologique de la conception de l'idée, la formation de la société tient, avant tout, à la volonté de créer une société. Cette volonté est manifestée d'abord par la contribution du capital social dont les conditions de constitution qui varient avec la forme de la société sont fixées par la loi. »⁶

Il sied dès lors de bien préciser ladite notion de capital social en donnant sa définition, sa composition ainsi que sa mission.

1. Du concept capital social

Aussi paradoxale que cela puisse paraître et alors que tout le monde s'accorde sur l'importance de la notion du capital social, pendant longtemps aucune définition n'avait été donnée de ce concept. A ce sujet ; Roger LANOU note ce qui suit : « Il y a à peine vingt ans, malgré le fait que le capital social fut presque unanimement considéré comme une notion capitale ou centrale, ou encore un concept fondamental du droit des sociétés aucune définition n'en était formulée ni par les codes de commerce, ni même par la jurisprudence de ces Etats ».⁷

Et un autre auteur d'ajouter : « En droit français, un auteur est allé jusqu'à déclarer l'impuissance de la doctrine à définir le capital social car elle ne voyait même pas bien comment le définir ».⁸

Sur le plan étymologique, il était pourtant possible de dégager une définition que l'on qualifierait d'historique. En effet, le concept capital est emprunté au terme latin *capitalis*, lequel dérive lui-même du concept *Caput*, signifiant la tête.⁹

Partant de cette étymologie, le capital social peut être compris comme l'institution qui constituait la tête de la société, non du point de vue fonctionnelle, mais du point de vue de la chronologie de la constitution de la société, puisqu'avant toute constitution de la société, le capital doit être constitué. Cela s'explique aisément puisque de tous les éléments qu'il faille réunir pour constituer une société, le capital occupe la tête du peloton.

Les fondateurs de la société engageront leur responsabilité non seulement vis-à-vis des tiers, mais aussi de la société si pendant la constitution de la société, ils ne lui dotent pas d'un capital suffisant afin de réaliser son objet social.

⁶ KALUNGA TSHIKALA et Stéphane MORTIER, *Précis de droit Ohada des Sociétés*, V.A éditions, Versailles, 2020, p.27.

⁷ Roger LANOU, *L'utilité juridique du capital social*, in Ramres, Université de Ouaga II, Burkina Faso, p 259

⁸ André TUNC, *Le droit américain des sociétés anonymes*, Ed. Economica, Paris, 1985, p.52.

⁹ Jacqueline PINOCHE, *Dictionnaire étymologique du français*, Ed. Paris, Paris, 2015, p.261.

A ce jour cette difficulté liée à la définition du capital est résolue puisque le législateur a lui-même défini ce qu'il faut entendre par capital social et ce à deux reprises, aussi bien dans l'Acte Uniforme sur les Sociétés que dans l'Acte Uniforme sur la Comptabilité et l'Information Financière.

Suivant l'article 62 de l'AUSCGIE, le capital social représente le montant des apports en capital faits par les associés à la société et augmenté, le cas échéant, des incorporations de réserve, des bénéfiques ou des primes.

Quant à l'Acte Uniforme sur la Comptabilité, il considère le capital comme la somme des valeurs minimales des parts sociales ou des actions. Il représente le gage des créanciers sociaux.

Et Jérôme BONNARD souligne qu' : « *Il (le capital) ne désigne pas les éléments matériels- sommes d'argent et biens- apportés par les associés. Il ne représente que la valeur chiffrée des éléments formant les premiers moyens d'exploitation mis à la disposition de la société, mais ces éléments doivent intrinsèquement exister et ne doivent être ni fictifs ni surévalués* ». ¹⁰

2. Composition du capital social

Afin de réaliser son objet social, la société doit disposer suffisamment de moyens. Et ceux-ci sont en fait constitués par les apports effectués par les associés.

Les apports sont le support financier et matériel de la société. Ils permettent la réalisation de l'objet social et confèrent à ceux qui y contribuent la qualité d'associés ou d'actionnaires.

*L'apport peut être défini comme une opération par laquelle une personne met à la disposition soit de la société si la société est pourvue d'une personnalité morale, soit l'ensemble des associés si elle ne dispose pas de la personnalité, certains éléments patrimoniaux et les soumet aux aléas sociaux.*¹¹

Toutefois, il sied de préciser que certains de ces apports entrent dans la composition du capital social tandis que d'autres non. Entrent dans la première catégorie, les apports en nature et en numéraire, alors que les apports en industrie font partie de la seconde catégorie.

Il sied cependant de noter que pendant longtemps, le législateur s'est montré très méfiant vis-à-vis de ces types d'apports qui pouvaient favoriser l'entrée dans la société des associés fantoches qui n'effectuent aucun apport, mais qui mettent cependant en avant un paravent d'un pseudo apport en industrie. C'est d'ailleurs pour cela que le premier Acte Uniforme sur les sociétés, le législateur n'avait pas retenu les apports en numéraires parmi ceux

¹⁰ Jérôme BONNARD, *Droit des sociétés*, 11^{ème} ed., Hachette, Paris, 2015, p.51.

¹¹ M. WYCKAERT, cité par SAKATA. M TAWAB, *Société anonyme (Droit de l'Ohada et droit complémentaire Congolais)*, Presses Universitaires de Kinshasa, Kinshasa, 2019, p.33.

susceptibles d'être effectués par les associés ou les actionnaires. Ce n'est que lors de la révision de cet Acte Uniforme que les apports en industrie ont été admis comme apports mais en insistant sur le fait que cet apport soit constitué par la mise à la disposition effective d'un savoir-faire nécessaire pour l'objet social.

3. De la fonction du capital social

Le capital joue une double fonction protectrice à la fois des créanciers, ce qui semble être sa fonction naturelle et plus surprenant, des associés.

a. Fonction protectrice des créanciers sociaux

Cette fonction protectrice semble être la plus naturelle que joue le capital social puisque de façon générale, les créanciers bénéficient d'une protection particulière partant du principe qui voudrait que tous les biens du débiteur constituent le gage commun de ses créanciers. Il s'agit en fait de tous les biens du débiteur, qu'ils soient mobiliers ou immobiliers, présents ou futurs.

Ce principe vaut également pour les sociétés puisqu'en cas d'insolvabilité de la société débitrice, les biens qui composent le capital social peuvent servir d'ultime recours afin d'apurer la créance. Le capital représente donc le gage des créanciers sociaux.

Le capital joue donc une fonction protectrice des créanciers, lesquels en cas de survenance d'un risque pourront se faire payer sur le capital en procédant à la liquidation des biens mobiliers ou immobiliers. Que c'est donc pour cela que non seulement le législateur a édicté le principe de fixité du capital social et a aussi interdit tout acte qui serait de nature à entamer le capital social.

Telle la pratique qui consiste à procéder au partage des dividendes fictifs. En effet, à la fin de l'exercice, le partage des bénéfices ne peut s'opérer que si la société a réalisé réellement des bénéfices. Dans le cas contraire, si en dépit d'un résultat négatif, celle-ci se permet quand même de procéder à un partage des bénéfices, il s'agira en fait d'un acte répréhensible puisque c'est le capital qui sera en train d'être entamé par ce partage des dividendes fictifs. Ce qui aura pour conséquence de rogner sur le gage des créanciers qui risquent de ne pas avoir une sûreté sur laquelle, ils peuvent espérer être payés en cas d'insolvabilité de la société.

Néanmoins, il y a lieu de s'interroger légitimement sur le maintien ou non de cette fonction à ce jour à partir du moment où, le principe de fixité du capital social connaît des reculs certains. C'est ainsi que Roger LANOU s'interroge en ces termes : « *Le minimum obligatoire, la fixité et l'intangibilité du capital social, ainsi que la proportionnalité entre les apports et les droits des associés sont remis en cause, questionnant ainsi l'utilité même et donc l'avenir du capital social.* »¹²

¹² Roger LANOU, *Op. Cit.*, p.257.

b. Fonction protectrice des associés

La création d'une société passe nécessairement par les apports que doivent effectuer les associés, lesquels apports, pour ce qui est des apports en nature et en numéraires, doivent entrer dans la constitution du capital social. C'est ainsi qu'il a toujours été affirmé : « Pas d'apport, pas de société ».

Le fait d'effectuer un apport dans la composition du capital social d'une société a pour effet d'octroyer à l'apporteur la qualité d'associé. Ce qui lui donne droit à un certain nombre d'avantages. On peut relever au titre d'avantages le fait de participer aux Assemblées Générales et sûrement le plus important la participation au partage des bénéfices.

En effet, tout associé qui a une réelle participation au capital de la société a le droit de participer au bénéfice en recevant une part des bénéfices réalisés et ce au prorata de sa mise dans la société. Sont donc proscrites, les clauses dites léonines qui ont pour effet d'exclure certains associés du partage des bénéfices sociaux. Partant de la définition même qui est donnée de la société, l'objectif qui unit les associés demeure celui du partage des bénéfices. Il est donc dès lors inconcevable qu'un associé dont l'apport entre dans la composition du capital social soit exclu du partage des bénéfices. Cela résulte aussi des dispositions de l'article al. 2 de l'AUSCGIE qui est ainsi libellé : « *Sont réputées non écrites les clauses attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, ainsi que celles excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes* ».

Et le professeur Sakata de conclure : « *De cette disposition, il découle que le partage des bénéfices et la contribution aux pertes de manière proportionnelle entre actionnaires sont érigés en principaux éléments du contrat de société* ». ¹³

Et c'est grâce au capital que les associés jouissent de cette protection, puisque c'est en partant de sa composition que l'on peut savoir ceux qui doivent venir au partage des bénéfices réalisés effectivement et selon quelles proportions.

III. PORTEE DU PRINCIPE DE L'INTEGRITE DU CAPITAL SOCIAL

Le principe de l'intégrité du capital social demeure un élément pivot de la législation sur les sociétés puisque celle-ci permet de garantir les créanciers sociaux. Il reste donc au confluent du droit des sociétés et du droit comptable.

Il est dès lors utile de relever dans un premier temps l'origine et la signification réelle (la portée) de ce principe ainsi que les dispositions législatives qui d'une façon ou d'une autre laisse apparaître un recul de celui-ci.

¹³ SAKATA M. TAWAB, *Op. Cit.* p.43.

1. Origine du principe

Certains auteurs s'accordent à affirmer que d'abord d'origine coutumière, ce principe a été consacré progressivement par la loi, non pas d'une façon formelle. D'autres n'y voient qu'une origine jurisprudentielle et doctrinale : on la chercherait vainement dans un texte législatif.

Le principe prend vraisemblablement sa source dans l'instruction du 11 juillet 1818 sur l'établissement des sociétés anonymes. Mais, il est suivi de peu d'effets pour deux raisons : d'une part, l'ambiguïté de sa rédaction et la dissolution obligatoire lorsque les pertes atteignaient une certaine quotité du capital avec la possibilité de distribuer des intérêts statutaires n'a pas favorisé son respect. D'autre part, l'étroitesse de son champ d'application- les seules sociétés anonymes- n'a pas encouragé à sa diffusion.

Il convient donc d'attendre la deuxième moitié du XIXe siècle pour que ce principe ressurgisse à mots couverts. On le retrouve successivement dans les lois du 17 juillet 1856, du 23 mai 1863 et du 24 juillet 1867 qui énoncent que toute distribution des dividendes doit reposer sur un inventaire.

Quant au principe de fixité, aucun des articles n'y fait clairement allusion ; il faut se pencher sur les discussions parlementaires pour le voir évoquer un peu plus explicitement.

Les tiers peuvent dire : Tout prélèvement qui n'est pas fait sur des bénéfices réellement acquis est nécessairement fait sur le capital. Or, ce capital est la garantie de ceux qui traitent avec la société. Il sert de gage aux créanciers qui ont suivi sa foi. Le commanditaire n'est tenu que jusqu'à concurrence de sa mise, cela est vrai. Mais, il ne faut pas que cette mise soit diminuée par des prélèvements qui, de quelque nom qu'on les nomme et dans quelque condition qu'on les opère, conduisent à ce double constat d'amoindrir le gage des tiers et la perte du commanditaire (Débats parlementaires, 1867).

Si le terme de fixité n'est pas employé ; nous n'en sommes pas loin : non seulement le dividende dépend d'un inventaire sincère, mais, il ne doit pas être prélevé sur le capital, qui doit rester intact pour préserver la garantie des créanciers. Pour étayer ce fondement théorique, la doctrine comptable et juridique se divisera et mobilisera des problématiques différentes fondées soit sur l'évaluation, soit sur d'autres principes comptables, tel celui de l'indépendance des exercices.¹⁴

De fil en aiguille, ce principe s'est taillé une place de choix dans la constitution des sociétés puisqu'il plaide notamment pour que le capital ne soit pas entamé et demeure intangible tant que la société existe.

¹⁴ Nicolas PRAQUIN, *Op. Cit.*, pp. 278-279.

Tel est le sens des articles 66 et 67 de l'AUSCGIE qui disposent de façon péremptoire que le capital social est fixe. C'est ainsi qu'en cas de perte du capital social, il est prévu que les associés puissent combler cette perte en effectuant des nouveaux apports, à défaut de quoi, la société sera dissoute. Ou encore particulièrement pour les Sociétés à Responsabilité Limitée, pour lesquelles, le législateur prévoit que si le montant du capital est réduit à une somme inférieure au minimum légal, celui-ci doit faire l'objet d'une augmentation de la part des associés. Dans le cas contraire toute personne intéressée peut demander en justice la dissolution de la société.

A ce sujet, le professeur LUKOMBE note ce qui suit : « *A cela, il s'ajoute de ce développement que le fait pour le capital d'être passé pour un gage est expliqué comme une seconde source de protection des créanciers, tandis qu'est prise pour la première source, la notion d'intangibilité du capital social. A cet effet, l'intangibilité signifie que jamais les associés n'entameront volontairement le capital social, que ce soit directement en rétrocédant les apports ou que ce soit plus insidieusement en distribuant des dividendes fictifs* ». ¹⁵

La conséquence de cela est que :

- *La société ne peut distribuer aucune somme aux associés par prélèvement sur le capital ; il y aurait délit de distribution de dividendes fictifs ; Cependant la société ne peut utiliser les fonds du capital pour payer ses dettes.*
- *Les modifications du capital sont réglementées.*
- *Le capital qui n'offre aucune garantie est interdit.*¹⁶

2. Portée du principe

Soulignons que le législateur n'a pas fermé la porte à la modification du capital social puisqu'une lecture trop rigoriste de principe risque de faire croire que les associés dès qu'ils ont fixé la hauteur du capital social, ne peuvent en aucun cas le modifier. Cela n'est pas vrai puisqu'en dehors des cas que nous verrons dans le point 3 de l'article 67 auquel nous avons fait allusion plus haut autorise la modification du capital social.

En effet, les associés ont la latitude de procéder à la modification du capital social soit à la hausse soit à la baisse.

Le capital social peut être augmenté à l'occasion de l'incorporation de réserves, des bénéfices ou des primes d'émission ou encore des nouveaux apports faits à la société. Il y a cependant un bémol qui doit être relevé puisque les associés ne peuvent pas augmenter le capital social tant que le montant initial n'est pas encore intégralement libéré.

¹⁵ LUKOMBE NGHENDA, *Droit des sociétés*, PUC, Kinshasa, 1999, Tome II, p.833.

¹⁶ Brigitte HESS-FALLON et Anne Marie SIMON, *Droit des affaires*, 14^{ème} édition, Ed. Dalloz, Paris, 2001, p.128.

Quant à la diminution du capital social, celui-ci peut résulter soit du remboursement aux associés d'une partie de leurs apports ou par imputation des pertes de la société. Mais, cette diminution du capital de la société ne peut se faire en deçà du minimum légal prévu pour chaque forme de société.

Que cette faculté de modification du capital social est de notre point de vue une conséquence logique de l'autonomie de la volonté qui caractérise les conventions puisque nous ne devons pas perdre de vue que la société né d'un contrat qui est signé entre les associés. Ceux-ci ont donc la possibilité de modifier allègrement les termes de leur convention en modifiant le capital social.

Mais, cette modification est très encadrée par le législateur puisque non seulement pour ce qui est de la diminution, celle-ci ne peut aller en deca du montant minimum, mais aussi et surtout elle est soumise aux formalités de publicité. Cette publicité n'est pas une chose anodine. Bien au contraire, elle obéit à une double logique :

1. Puisque le capital constitue le gage de ses créanciers, il est nécessaire et important de les tenir informés de la modification du capital qui leur sert de gage. Raison pour laquelle, il faut que les tiers puissent connaître l'étendue de leur gage. C'est ainsi que le législateur prévoit que toute modification du capital social doit faire l'objet de publicité.
2. Modifier le capital social équivaut en fait à la modification des statuts sociaux. En effet, parmi les mentions dont le législateur rend obligatoires la présence dans les statuts, il y a notamment le montant du capital social (Voir al 10, article 13).

Que donc si les statuts doivent être publiés pour les rendre opposables aux tiers, les modifications qui l'affectent doivent l'être aussi et ce pour les mêmes raisons. L'article 257 de l'AUSCGIE qui organise la matière de publicité des actes de sociétés stipule que tout avis qui est publié doit obligatoirement comprendre notamment, le montant du capital social. En application du principe du parallélisme des formes, les modifications qui affectent le capital doivent aussi faire l'objet de publicité.

Cela revient donc à dire que le capital social n'est pas un élément immuable. Il est sujet à modification pouvant aller dans le sens de l'augmentation ou de la réduction et ce, selon la volonté des associés. Il s'agit là d'une option normale et logique, corolaire de l'origine contractuelle du contrat dont la société.

Cependant, même en usant de cette faculté, les associés n'ont cependant pas les coudées franches puisque ces modifications du capital social sont suffisamment encadrées.

Toutefois, il existe d'autres dispositions légales qui permettent la modulation du capital social et qui sont différentes du cas que nous venons d'examiner et qui obéissent aussi à des règles différentes et qui constituent autant d'assaut au principe de la fixité du capital social.

3. Des atteintes légales au principe de l'intégrité du capital social

Le législateur congolais tout en affirmant le principe de l'intégrité du capital social, a pourtant lui-même édicté certaines dispositions qui permettent la remise en cause de ce principe. En gros, le législateur prévoit des dispositions qui ont pour effet la modification du capital social ou encore laisse la possibilité aux Etats de fixer la hauteur du minimum du capital autre que celui qui est prévu dans l'Acte Uniforme.

Dans le premier cas, il s'agit des sociétés à capital variable et dans le second cas, il s'agit de l'absence d'un montant minimum du capital social pour les Sociétés par Actions Simplifiées.

a. Société à capital variable

La notion de la variabilité du capital social est assez nouvelle dans notre droit positif puisque celle-ci n'a été introduite que lors de la révision de l'Acte Uniforme sur les Sociétés Commerciales et les Groupements d'Intérêt Economique de 2014 dans le livre 10 dudit Acte, des articles 269-1 à 269-7.

Une société est dite à capital variable lorsque ces statuts stipulent que son capital peut subir à tout moment des variations pouvant aller dans le sens de la hausse ou de la baisse sans l'accomplissement des formalités particulières. Une telle société est souvent usitée pour permettre l'entrée et la sortie d'associés de manière souple et sans presque aucune formalité ni frais liés aux opérations d'augmentation et de diminution du capital.

Pour Hamel, Lagarde et Jauffret : « *la variabilité du capital social est parfois le but recherché par les associés au moyen d'une clause dans les statuts ayant pour objet de permettre l'adjonction d'apports nouveaux ou la restitution des apports déjà effectués, des adhésions nouvelles ou des retraits d'associés sans qu'il ne soit nécessaire de céder des droits sociaux, de modifier les statuts ou d'effectuer des formalités de publicité* ». ¹⁷

Michel Germain quant à lui considère que les sociétés à capital variable : « *sont des sociétés dans lesquelles les statuts décident que le capital sera susceptible de variations constantes, soit en augmentation par suite de l'administration de nouveaux membres et de nouveaux versements faits par les associés, soit en diminution par suite de la retraite de certains associés et de la reprise des apports effectués par eux* ». ¹⁸

¹⁷ Joseph HAMEL, Gaston LAGARDE, et Alfred JAUFFRET, *Traité de droit commercial*, Dalloz, Paris, 1980, p.625.

¹⁸ Michel GERMAIN, *Op. Cit*, p.742.

Une telle clause peut cependant être confondue avec la possibilité qu'ont les associés de modifier le capital social à travers une décision de l'Assemblée Générale Extraordinaire.

Toutefois, il existe une nette différence entre les deux puisqu'une société à capital variable n'a pas besoin d'une Assemblée Générale Extraordinaire pour modifier son capital social puisque cette clause est déjà insérée dans ses statuts. À tout moment, son capital peut connaître une augmentation ou une diminution. Mais bien plus, les modifications du capital effectuées dans le cadre de la clause de variabilité du capital social ne sont soumises à la publicité.

Cette clause présente aussi l'avantage de la célérité puisqu'elle permet de pallier les inconvénients qui résulteraient de la négociabilité. En effet, la négociabilité si elle facilite des modalités juridiques de l'aliénation des actions, n'évite pas les difficultés économiques de cette opération. Pour sortir de la société, il faut trouver un acquéreur, ce qui est long et malaisé lorsque la société n'est pas cotée en bourse. Pour y entrer, il faut sauf augmentation de capital, trouver un vendeur, ce qui entraîne les mêmes difficultés. La variabilité permet de surmonter ces obstacles de fait. Pour acquérir des actions, il suffit de faire un nouvel apport en numéraire, sans que les lourdes formalités d'augmentation de capital social soient nécessaires. Pour quitter la société, il suffit d'obtenir le remboursement de cet apport.

Mais, dans le cadre d'une modification du capital par décision des associés, comme nous l'avons dit plus haut, puisqu'il s'agit de la modification des statuts, cela ne peut se faire qu'à l'occasion d'une Assemblée Générale Extraordinaire.

Cette fluctuation du capital social est non seulement une régression du principe de la fixité du capital social, mais aussi peut constituer un danger réel pour les créanciers de la société qui risque de voir leur sûreté que constitue le capital social se réduire comme peau de chagrin. Il s'agit là déjà à ce niveau d'une entorse légale permise par le législateur qui remet en question le principe même de la fixité du capital social.

Mais, cette entorse est fortement encadrée par le législateur pour éviter de faire perdre au capital tout son sens, son objet et son rôle de gage des créanciers.

L'encadrement de cette clause de variabilité du capital social est réalisé du fait que la variabilité du capital social n'est pas ouverte à toutes les formes de sociétés, la publicité qui l'entoure et la nécessité de respecter le capital minimum pour certaines sociétés.

- **De la limitation des sociétés pouvant recourir à cette forme de société.**

La possibilité d'avoir la clause de variabilité du capital social n'est pas ouverte à toutes formes de société. Il n'y a que deux types de sociétés qui peuvent inscrire dans leur statut cette clause de variabilité du capital social : la

Société Anonyme ne faisant pas appel public à l'épargne et la Société par Actions Simplifiées.

Telle est l'économie de l'article 269-1 de l'Acte Uniforme sur les Sociétés Commerciales et Groupements d'Intérêt Economique.

Pour les autres formes de sociétés, les associés n'ont pas la faculté d'inscrire cette clause de variabilité dans leurs statuts.

Donc, le législateur a restreint volontairement les formes de sociétés qui peuvent avoir recours à la clause de variabilité du capital social en le limitant aux seules Sociétés Anonymes ne faisant pas appel public à l'épargne et à la Société par Actions Simplifiées.

- **Du respect du capital minimum**

Nous avons déjà affirmé plus haut que la clause de variabilité du capital social suppose que celui-ci peut subir des variations à la hausse ou à la baisse selon le bon vouloir des associés ou des actionnaires.

Au contraire de l'augmentation du capital qui ne souffre d'aucune limite, la diminution du capital social lui est assortie d'une limite. En effet, le législateur n'a pas donné une liberté totale aux associés de diminuer à leur guise le capital social. Il a assorti cette possibilité de diminution du capital social à certaines restrictions puisque les associés ou les actionnaires doivent indiquer la somme en deçà de laquelle, la diminution ne peut baisser. Mais, dans la détermination de cette somme minimum, les associés ne sont cependant pas libres de la fixer comme ils le veulent. Le montant à fixer en question connaît un double plancher puisqu'il ne peut être inférieur, ni au dixième du capital social stipulé dans les statuts, ni encore moins inférieur au capital social minimum prévu pour la forme de la société.

C'est ainsi que pour une société anonyme, les différentes diminutions du capital social ne peuvent avoir pour effet de le ramener à hauteur de moins de 10.000.000 de Francs CFA qui est le montant minimum du capital social. Que donc en insérant une clause de variabilité du capital social dans leurs statuts, les actionnaires doivent faire en sorte que le dixième de leur capital ne soit pas inférieur au montant de 10.000.000 Francs CFA.

Cette restriction peut s'expliquer aisément puisque le capital ne doit pas être entamé au point qu'il ne puisse plus servir de gage des créanciers sociaux. C'est pour préserver ce rôle de protection des créanciers que le législateur a assorti cette variabilité du capital social de nombreuses conditionnalités afin de rassurer les créanciers. Dans le cas contraire, ceux-ci risqueraient de voir leur sûreté être sucré jusqu'à ce qu'il n'en reste plus grand chose.

- **La publicité de la clause de variabilité du capital social**

Toujours dans le souci de mieux garantir les créanciers sociaux, le législateur prévoit que dans tous les actes ou tous les documents qui proviennent de la société doivent comporter la mention « à capital variable » qui doit être adjointe à la dénomination sociale et à la forme de la société.

Cette obligation qui pèse sur la société n'est pas anodine puisqu'elle vise à avertir les tiers qui veulent conclure des transactions avec la société que ses statuts contiennent une clause susceptible de faire varier à tout moment la hauteur de son capital social et donc la valeur de leur gage et ce indépendamment du fait que cette diminution ne peut aller en deçà d'un seuil déterminé.

Il s'agit d'une information capitale qui doit être portée aux tiers afin de leur permettre de contracter en pleine connaissance de cause avec la société et ainsi éviter toute surprise quant à la hauteur et à la nature du capital social qui leur sert de garantie ultime. Les créanciers doivent donc savoir que le capital de la société avec laquelle ils sont en affaire, peut connaître à tout moment et ce sans qu'il ne soit nécessaire de respecter toutes les règles relatives à la modification du capital social.

Il s'agit là d'une précaution légale prise par le législateur pour mieux encadrer la mise en application de cette clause de variabilité du capital social.

Si cependant, le législateur semble bien avoir règlementé l'opérationnalisation de la clause de la variabilité du capital social pour la Société Anonyme, la situation semble différente pour ce qui est de la Société par Actions Simplifiées, qui a aussi la possibilité d'user de ladite clause.

- b. De la non fixation d'un montant minimum du capital social pour les Sociétés par Actions Simplifiées.**

Cette forme de sociétés a été instaurée à la suite de la réforme de l'Acte Uniforme sur les sociétés en 2014. Stéphane MORTIER note ce qui suit à ce sujet : « la SAS apparaît en droit Ohada suite à la révision de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique en 2014. Elle est très proche de la société anonyme à la différence qu'aucun capital social minimum n'est exigé. Elle cumule ainsi les avantages de la société de personnes et de la société de capitaux. »¹⁹

A contrario de la Société Anonyme pour laquelle, le législateur a fixé un montant minimum du capital, celui-ci est resté muet pour ce qui concerne les Sociétés par Actions Simplifiées. Le législateur a lui-même exclu l'application à ces types de sociétés de la disposition prévoyant ce montant minimum à celles-ci et a laissé cette question à la libre appréciation des associés.

¹⁹ Stéphane MORTIER, *Au cœur de l'Unité Africaine, le droit Ohada*, Ed UPPR, Paris, 2017, p.72

Cette liberté laissée aux associés ne doit pas étonner plus d'un puisque la SAS est caractérisée par une grande liberté laissée aux associés de déterminer librement la gouvernance et ainsi que l'organisation de leur société.

En conséquence de cette liberté, il semble donc que cela soit logique que le législateur ait laissé la liberté aux associés de fixer eux même la hauteur de leur capital social ainsi que la valeur nominale des actions qui le composent.

Paul Gérard POUGOUE note ce qui suit : « *la libre fixation du montant du capital social n'est véritablement possible que dans la SNC et la SCS. Il faut ajouter, avec le présent acte uniforme la SAS. A la limite, ces sociétés peuvent être créées sans capital, car ce n'est pas le poids des capitaux apportés qui compte plus* ». ²⁰

Cette liberté qui leur est donnée peut cependant avoir des conséquences néfastes puisque les associés peuvent fixer une somme modique de leur capital social tout en insérant la clause de la variabilité du capital social dans leurs statuts. La conséquence de cet état de choses fait que les associés en fixant un capital si modique, le dixième du capital social en deçà duquel, la diminution du capital peut aller, risque d'être une somme si insignifiante que les créanciers risquent de se retrouver sans gage puisque le montant du capital risque de ne pas constituer une réelle sûreté.

Il aurait fallu que pour ces sociétés, le législateur se montre aussi sévère comme il a été pour les Sociétés Anonymes. Si pour les Sociétés par Actions Simplifiées, le législateur avait déterminé au moins le minimum du capital social, alors les associés seraient limités dans leur possibilité de variabilité du capital social surtout à la baisse puisqu'il existerait alors une somme planchée qui les obligerait à rester au-dessus de celle-ci.

Que donc nous pensons que pour ces types de sociétés, il y a un réel danger auquel, les créanciers sont exposés puisque ceux-ci risquent de voir leur gage être réduit comme peau de chagrin.

IV. CONCLUSION

La présente étude avait pour but de répondre à la question de savoir si le principe de la fixité du capital social est d'une absolue application ou si celui-ci connaît des reculs dans la pratique.

Après avoir déterminé le rôle du capital social comme gage des créanciers sociaux et expliciter le principe de la fixité du capital social lequel a été mis sur pied en vue d'assurer une plus grande protection des créanciers sociaux, nous avons relevé que le législateur a instauré plusieurs techniques qui permettent de moduler le capital social. Cette modulation peut être la conséquence d'une

²⁰ Paul-Gérard POUGOUE et Alii, *Acte Uniforme du 30 janvier 2014*, Ed. Juriscope, Poitiers, p.400.

décision des associés dans le cadre de la modification du capital social ou encore en application de la clause de la variabilité du capital social.

Mais, à côté de cette possibilité, le législateur a aussi ouvert une brèche surtout pour les Sociétés par Actions Simplifiées puisque pour celles-ci aucun minimum du capital social n'est prévu. Et elles peuvent même être créées sans capital social. Il y a donc lieu de se demander dans cette hypothèse comment peut-on encore faire allusion au principe de fixité du capital social. Ne serait-il pas plus judicieux de conclure que ledit principe connaît à ce jour une application relative ?

En vérité, la réponse à cette question se trouve toujours entre les deux extrêmes, à savoir l'absolutisme et la relativité.

A ce jour, il sied de noter que la fixité du capital social reste le principe. Toutefois, celui-ci connaît des fléchissements que le législateur encadre pour ne pas faire perdre au capital son rôle de gage des créanciers ainsi que sa mission.

BIBLIOGRAPHIE

1. Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, adopté le 30/01/2014 à Ouagadougou (BURKINA FASO), in www.ohada.com ;
2. BONNARD (J), *Droit des sociétés*, Paris, Hachette, 11ème ed. 2015.
3. DIOP (M), *l'intangibilité du capital social et la protection juridique des créanciers sociaux*, In Saint louis, Université Gaston Berger, 2006.
4. GERMAIN (M), *Les sociétés commerciales*, Paris, Ed. LGDJ, 19ème édition, 2009.
5. HAMEL (J), LAGARDE (G), et JAUFFRET (A), *Traité de droit commercial*, Paris, Dalloz, 1980.
6. HESS-FALLON (B) et SIMON (A.M), *Droit des affaires*, Paris, Ed Dalloz, 14ème édition, 2001.
7. JAVEAU (C), *comprendre la sociologie*, Paris, Marabout université, 1976.
8. KALUNGA TSHIKALA et MORTIER (S), *Précis de droit Ohada des Sociétés*, Versailles, V.A éditions, 2020.
9. KUMBU ki NGIMBI, *Législation en matière économique*, manuel d'enseignement, Kinshasa, Edition de l'institut Africain de droit de l'Homme et de la démocratie, 2020.
10. LANOU (R), *L'utilité juridique du capital social*, In Ramres, Université de Ouagadougou II, Burkina Faso.
11. LUKOMBE NGHENDA, *Droit des sociétés*, Kinshasa, PUC, 1999, Tome II.
12. MORTIER (S), *Au cœur de l'Unité Africaine*, le droit Ohada, Paris, Ed UPPR, 2017.
13. PRAQUIN (N), *Le principe de fixité du capital social : une étude juridique et comptable du concept (1807-1947)*, in l'entreprise, le chiffre et le droit, Ed. Degos et Tribucq, 2005
14. PINOCHE (J), *Dictionnaire étymologique du français*, Paris, Ed. Paris, 2015.
15. POUGOUE (P.G) et Alii, *Acte Uniforme du 30 janvier 2014*, Poitiers, Ed. Juriscope, 2018.
16. SAKATA. M. TAWAB, *Société anonyme (Droit de l'Ohada et droit complémentaire Congolais)*, Kinshasa, Presses Universitaires de Kinshasa, 2019.
17. SHOMBA KINYAMBA (S), *Méthodologie de la recherche scientifique*, Kinshasa, Presses de l'Université de Kinshasa, 2012.
18. TUNC (A), *le droit américain des sociétés anonymes*, Paris, Ed Economica, 1985.
19. ZAKI (A.M), *Le capital social dans les sociétés commerciales OHADA*, Saint Louis, Université Gaston Berger, 2007.