

## L'UTILITE JURIDIQUE DU CAPITAL SOCIAL EN DROIT OHADA DES SOCIETES COMMERCIALES

**Gnidouba Roger LANOU**

*Docteur en droit privé,  
Assistant à l'Unité de Formation et de Recherche  
en Sciences Juridiques et Politiques (UFR/SJP)  
de l'Université Ouaga II, Burkina Faso*

### Résumé en français

Par la révision du 31 janvier 2014 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, le Législateur OHADA introduisait de nouvelles règles portant sur le capital social de certaines sociétés. D'abord, pour la société à responsabilité limitée, il s'est agi pour le législateur OHADA de conférer aux législateurs nationaux la faculté de fixer le montant minimum obligatoire du capital social. Ensuite, pour la société anonyme, il s'est agi, d'une part, de supprimer la valeur nominale minimale de l'action et, d'autre part, d'admettre la variabilité du capital social, lorsque la société ne fait pas publiquement appel à l'épargne. Enfin, pour la société par actions simplifiée nouvellement reconnue, l'option de la variabilité du capital social est également retenue. Avec ce relâchement progressif de l'encadrement normatif du capital social des sociétés commerciales, la question de l'utilité juridique et donc de l'avenir du capital social se pose. Elle se pose avec autant d'acuité que des voix critiques de ses fonctions traditionnelles, de protection des associés et des créanciers, se font de plus en plus fortes. 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. Pourtant, le capital social apparaît toujours comme essentiel à la société commerciale OHADA, non seulement pour ses fonctions traditionnelles qui restent encore actuelles mais également pour des

utilités nouvelles qui sont découvertes. Il permet, en effet, d'assurer la protection de la société elle-même, en permettant d'engager la responsabilité des associés pour insuffisance des apports librement effectués par eux, d'une part et constituant un excellent moyen/outil de détection et de prévention des difficultés de l'entreprise.

## Introduction

À la faveur de récentes réformes opérées, tant par le législateur de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)<sup>1</sup> que par les législateurs nationaux des Etats parties au Traité OHADA, le droit des sociétés commerciales applicable dans l'espace OHADA a connu de profondes mutations.

Au niveau de l'OHADA, les nouveautés introduites lors de la révision de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE), adoptée le 31

janvier 2014 à Ouagadougou (au Burkina Faso), ont porté sur diverses questions. Les plus importantes, pour celles qui se rapportent aux apports en sociétés, ont trait aux précisions apportées sur les apports en industrie<sup>2</sup>, d'une part, et à l'encadrement juridique du quantum du capital social des sociétés commerciales, d'autre part<sup>3</sup>.

Au niveau des ordres juridiques internes des Etats parties au Traité OHADA, la réforme du droit des sociétés commerciales a rapidement reçu un écho favorable, à travers l'adoption de mesures législatives ou réglementaires diverses intéressant notamment deux points<sup>4</sup>. Il s'agit, d'une part, de la consécration d'un

<sup>1</sup> Organisation créée par Traité signé le 17 octobre 1993 à Port-Louis (Maurice) et regroupant aujourd'hui dix-sept États parties.

<sup>2</sup> Les articles 50-1 et suiv. de l'AUSCGIE prévoient notamment une définition des apports en industrie et un régime juridique propre à ces apports.

<sup>3</sup> L'on peut notamment souligner la rédaction permissive de l'article 311 de l'AUSCGIE conférant aux législateurs nationaux la faculté de fixer le montant minimum obligatoire du capital social de la société à responsabilité limitée. Il faut également noter l'introduction de la variabilité du capital social de la société anonyme ne faisant pas appel public à l'épargne et de la toute nouvelle société par actions simplifiée (voy. art. Art. 67 et 269-1 et s. de l'AUSCGIE) et la suppression de la valeur nominale minimale des actions de la société anonyme. V. Art. 387 et 750 de l'AUSCGIE. Pour une synthèse complète des innovations, voir commentaire de Paul-Gérard POUGOUE, François ANOUKAHA, Victor Emmanuel BOKALLI, Robert NEMEDEU, Monique Aimé MOUTHIEU NJANDEU, René NJEUFACK TEMGWA, dans l'ouvrage coordonné par Joseph ISSA-SAYGH, Paul-Gérard POUGOUE et Filiga Michel SAWADOGO, *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Paris, Juriscope, 5<sup>ème</sup> éd., 2016, p. 371. V. également Paul-Gérard POUGOUE, Les quatre piliers cardinaux de la sagesse du droit OHADA, in *Les horizons du droit OHADA*, Mélanges en l'honneur du Pr Filiga Michel SAWADOGO, CREDIJ, 2018, p. 398.

<sup>4</sup> Au BENIN, le décret N° 2014-220 portant modalités de création des SARL en République du Bénin, adopté le 26 mars 2014 a accordé aux associés de la

SARL de fixer librement le montant du capital social. Au BURKINA FASO, le décret n° 2014-462/PRES/PM/MJ/MEF/MICA du 26 mai 2014 portant fixation des dispositions nationales applicables à la forme des statuts et au capital social pour les sociétés à responsabilité limitée au Burkina Faso fixait le montant minimum du capital social à 100 000 FCFA. Par la suite, ce texte a été modifié par le décret n°2016-314/PRES/PM/MJDHCP/MINEFID/MCIA du 03 mai 2016 qui supprime le montant minimum légal obligatoire et laisse la liberté aux associés de fixer le montant du capital social dans les statuts. Au CAMEROUN, la loi n°2016/014 du 14 décembre 2016 portant fixation du capital minimum et des modalités de recours aux services du notaire dans le cadre de la création d'une SARL et le décret n° 2017/0877/PM du 28 février 2017 portant modalités d'authentification, dans les centres de formalités de création d'entreprises, des statuts de la société à responsabilité limitée (SARL) établis sous seing privé ont été adoptés. Cette loi fixe le montant du capital social minimum de la SARL à 100 000 FCFA. En COTE D'IVOIRE, l'ordonnance n°2014-161 du 02 avril 2014 relative à la forme des statuts et au capital social de la société à responsabilité limitée donne aux associés la liberté de fixer le montant du capital social de la SARL. En REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO, deux arrêtés interministériels ont été pris : l'arrêté interministériel n°002/CAB/MIN/JGS&DH/014 et l'arrêté interministériel n°243/CAB/MIN/ FINANCES/2014 du 30 décembre 2014. Ces textes soumettent la fixation du montant du capital social de la SARL au

nouveau montant minimum du capital social de la société à responsabilité limitée (SARL) - dans les cas où une entière liberté de fixation du montant n'est pas simplement reconnue aux associés - et, d'autre part, de la simplification des formalités de création de la SARL, par la suppression de l'obligation formelle jadis faite aux associés de recourir à l'intervention d'un notaire aux fins d'établissement de la déclaration de souscription et de versement des fonds formant le capital social.

Au regard de ces mutations tendant à lever « l'obstacle » que pourrait constituer le capital social dans le processus de création d'une nouvelle société, il est tentant d'annoncer la « mort » du capital social<sup>5</sup>. C'est dans ce sens qu'une partie de la doctrine a pu le considérer comme « constitutif de coûts et de complexité inutiles »<sup>6</sup>, un « élément ne servant plus à grand-chose »<sup>7</sup>, qui est « gardé » dans les législations parce que « non gênant »<sup>8</sup>.

Paradoxalement, de nombreuses réflexions critiques à l'égard de l'exigence d'un capital social semblent reconnaître le besoin d'inventer un concept de substitution, au moins pour assurer certaines des fonctions du capital social, dans l'hypothèse où celui-ci viendrait à être supprimé<sup>9</sup>.

Il y a à peine vingt ans, malgré le fait le capital social fût presque unanimement considéré comme une notion « capitale »<sup>10</sup> ou « centrale »<sup>11</sup>, ou encore un « concept fondamental »<sup>12</sup> du droit des sociétés, aucune définition n'en était formulée ni par les codes civils des États parties au Traité OHADA, en leurs dispositions consacrées à la société<sup>13</sup>, ni par les codes de commerce, ni même par la jurisprudence de ces États. En droit français, un auteur est allé jusqu'à déclarer que l'« impuissance » de la doctrine à définir le capital social car elle « ne [voyait] même pas bien comment le définir »<sup>14</sup>.

---

libre choix des associés. Au SENEGAL, la dernière loi en date est la loi n° 2015-07 du 09 avril 2015 portant réglementation du capital social de la société à responsabilité limitée qui a remplacé la loi n° 2014-20 du 24 avril 2014 portant fixation du capital social minimum de la société à responsabilité limitée (SARL). Cette loi donne la liberté aux associés de la SARL de fixer librement le montant du capital social. Au TOGO, la réforme communautaire a été internalisée par décret n°2014-119/PR du 19 mai 2014 déterminant la forme des statuts et le capital social pour les sociétés à responsabilité limitée, qui fixe le montant minimum du capital social à 100 000 FCFA.

<sup>5</sup> Alban CAILLER DU FERRAGE, L'utilisation d'instruments financiers à terme dans le cadre de programmes de rachat d'actions : *Banque & Droit* n°67, Doc n°4359, sept-oct. 1999, p.3.

<sup>6</sup> Lucas ENRIQUES and Jonathan R. MACEY, Creditors versus capital formation: the case against the European Legal Capital Rules: *Cornell Law Review*, vol. 86, p. 1169.

<sup>7</sup> Alain COURET et Hervé Le NABASQUE (dir.), *Quel avenir pour le capital social ?* Dalloz, 2004, Propos introductifs.

<sup>8</sup> Gilbert PARLEANI, Le financement du capital. Réflexions sur l'utilité de la notion et son devenir : *Rev. Soc.* 2005, p. 13.

<sup>9</sup> Notamment par les tests de solvabilité (portant à la fois sur le bilan et la liquidité). Pour de plus amples développements, v. Renaud MORTIER, *Droit des sociétés. Opérations sur le capital social. Aspects juridiques et fiscaux toutes sociétés*, Paris, LexisNexis, 2<sup>ème</sup> éd., 2015, p. 27, n°30.

<sup>10</sup> Renaud MORTIER, *Droit des sociétés. Opérations sur le capital social. Aspects juridiques et fiscaux toutes sociétés*, op. cit., n°7, p. 1.

<sup>11</sup> Benoît RAYNAUD, *Droit de l'ingénierie sociétaire*, Paris, Joly, 2014, p. 21, n°53.

<sup>12</sup> Paul LE CANNU, Le financement du capital. La révision de la deuxième directive, *Revue des sociétés* 2005 p.13.

<sup>13</sup> Art. 1832 et s. du Code civil du Burkina Faso et de certains autres Etats Parties au Traité OHADA.

<sup>14</sup> André TUNC, *Le droit américain des sociétés anonymes*, Economica, 1985, p. 52, n°35

Pourtant, en partant de l'étymologie des termes composant l'expression « capital social », une première approche définitionnelle, que l'on peut qualifier d'historique, était permise. En effet, l'expression capital social aurait été formée en 1840, de l'adjectif social, désignant ce qui est relatif à la société, au sens juridique du terme, et du nom capital, emprunté au latin, du terme *capitalis* (« de la tête »), lui-même dérivé de *caput* ou *caput-capitis*, signifiant *tête*<sup>15</sup>. En partant de cette étymologie, le capital social pouvait être défini alors comme l'institution qui constituait la tête de la société, non pas d'un point de vue fonctionnel mais du point de vue de la chronologie de la constitution des sociétés.

Aujourd'hui, en droit des sociétés commerciales et en droit comptable OHADA, des définitions légales ont été formulées. L'AUSCGIE, dans sa version du 17 avril 1997, définissait déjà le capital social comme : « le montant des apports en capital faits par les associés à la société et

augmenté, le cas échéant, des incorporations de réserves, de bénéfices ou de primes d'apports, d'émission ou de fusion »<sup>16</sup>. Quant à l'AUOHCE<sup>17</sup>, adopté le 23 mars 2000<sup>18</sup>, il définissait le capital social, de manière très proche de l'AUSCGIE, comme « le montant des valeurs apportées par les associés...la valeur des apports (nature ou espèces) effectués par les associés à la création de la société tels qu'ils figurent dans les statuts » et qui est « divisé en actions ou parts d'une même valeur nominale »<sup>19</sup>. Certains auteurs considèrent que : « le capital social est au moment de la constitution de la société, la somme des apports en numéraire et en nature, c'est-à-dire des apports saisissables »<sup>20</sup>.

Il ressort de ces deux définitions que le capital social est avant tout un chiffre, un montant inscrit dans le bilan et mentionné dans les statuts sociaux, et représentant la valeur des apports effectués par les associés à la création de la société, d'une part, et les apports effectués lors des augmentations de

<sup>15</sup> Jacqueline PINOCHE, *Dictionnaire étymologique du français*, éd. Les usuels du Robert, V° Chef. Le terme « capital » serait l'une des racines issues du latin les plus fécondes, en ce qu'il en découlerait non seulement les termes du langage courant « capitaine », « décapitation », « chef », mais également des termes plus spécialisés comme « capitalisation », « décapitalisation », « recapitalisation » et « sous-capitalisation ». V. en ce sens, Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 28<sup>ème</sup> éd., LexisNexis : Paris, 2015, n°261.

<sup>16</sup> Il faut souligner que l'AUSCGIE a été révisé le 31 janvier 2014, à Ouagadougou (Burkina Faso) mais que le contenu l'article 62, qui définit le capital social, n'a pas été modifié. Il faut mentionner également qu'une définition similaire est retenue par l'article 54 de l'Acte uniforme relatif du droit des sociétés coopératives adopté le 15 décembre 2010 à Lomé (République Togolaise).

<sup>17</sup> Acte uniforme portant organisation et harmonisation de la comptabilité des entreprises.

<sup>18</sup> Soulignons que l'AUPOHCE a été révisé le 26 janvier 2017, à Brazzaville (Congo) et renommé « Acte uniforme relatif au droit comptable et à l'information financière et système comptable OHADA ». Ce nouvel Acte uniforme est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2018. Selon cet AUDCIF, le capital désigne « *La somme des valeurs nominales des parts sociales ou des actions. Il représente le gage des créanciers sociaux* ».

<sup>19</sup> Il peut être utilement rapproché de cette définition celle retenue, en droit comparé français, par le Plan Comptable qui définit le capital social comme « *la somme de la valeur nominale des actions ou des parts sociales* ». V. Règlement ANC n°2014-05 du 5 juin 2014 relatif au PCG, art. 311-1.

<sup>20</sup> François ANOUKAHA, Abdoullah CISSE, Ndiaw DIOUF, Josette NGUEBOU TOUKAM, Paul-Gérard POUGOUE et Moussa SAMB, *Sociétés commerciales et G.I.E.* Bruxelles, Bruylant, Droit uniforme africain, Paul-Gérard POUGOUE, 2002, p 62.

capital, d'autre part<sup>21</sup>. Il ne désigne donc 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, même ces éléments doivent intrinsèquement exister et ne doivent être ni fictifs ni surévalués<sup>22</sup>. Ces définitions, bien que réductrices, font ressortir deux facettes essentielles du capital social considérées par la doctrine comme démontrant son utilité juridique.

La première facette est que le capital social est inscrit en dette. Il figure, en effet, à la droite du bilan, donc au passif, et constitue une composante essentielle des capitaux propres. Mais cette dette n'est exigible, en principe, qu'à la dissolution de la société. Elle est une créance de dernier rang détenue par les associés, créanciers sous-chirographaires ou hypo-chirographaires<sup>23</sup> dont il étalonne et répartit les droits. La seconde facette est que le montant du capital social correspond au montant total des apports, matériels ou non, effectués par les associés et formant les actifs de la société. Il reflète ainsi la valeur des premiers actifs saisissables de la société<sup>24</sup>. C'est ce qui explique l'idée, autrefois défendue par une partie de la doctrine et expressément consacrée par le législateur OHADA dans l'AUDCIF<sup>25</sup>, que

le capital social constitue le gage des créanciers sociaux.

Pour assurer ces fonctions, le capital social a, pendant longtemps, fait l'objet d'une réglementation progressivement rendue contraignante. Cette réglementation requerrait, d'une part, que le capital social soit d'un montant égal ou supérieur à un minimum et, d'autre part, qu'il soit fixe et intangible. Pourtant, sur ces mêmes caractéristiques, l'on note, de nos jours, un recul assez marqué des législations récentes, tant dans les systèmes de droits africains que des systèmes de droit comparé. Le capital social, concept fondamental du droit des sociétés commerciales dites de capitaux, semble « s'essouffler de plus en plus visiblement »<sup>26</sup>. Certaines évolutions législatives semblent alimenter les critiques d'une partie de la doctrine qui conteste de manière vigoureusement les deux principales fonctions juridiques de protection des créanciers et de protection des associés qu'est censé assurer le capital social.

Les auteurs les plus critiques affirment que le capital social n'a plus de signification en tant que garantie des créanciers<sup>27</sup> lorsque l'actif social est entamé<sup>28</sup>, et ce dans la mesure où il n'y a aucune obligation de « maintien des biens apportés dans le

<sup>21</sup> Sabine DANA-DÉMARET, *Le capital social*, th. Paris, Litec, 1989, p. 15.

<sup>22</sup> Jérôme BONNARD, *Droit des sociétés*, Hachette Supérieur, 11<sup>e</sup> éd. 2015/2016, p. 51.

<sup>23</sup> Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Paris, LexisNexis, 28<sup>e</sup> éd., 2015, p. 258.

<sup>24</sup> Dominique LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, Paris, Sirey, 21<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 162.

<sup>25</sup> Voir l'entrée « Capital social », partie « Définition des termes » du SYSCOHADA de l'AUDCIF.

<sup>26</sup> Paul LE CANNU, Le financement du capital. La révision de la deuxième directive, *Revue des sociétés* 2005 p.13.

<sup>27</sup> Yves REINHARD, Simplification de la création d'entreprise, le droit des sociétés pour 2004, in *Des lois Initiative économique et sécurité financière aux réformes annoncées*, Journées d'études Dalloz 2004, p. 6.84.

<sup>28</sup> Yves GUYON, *Droit des affaires*, op. cit., n° 110.



patrimoine de la société »<sup>29</sup>. Selon ce courant de pensée, le capital social ne saurait constituer le gage des créanciers dès lors que les droits de ces derniers portent sur les éléments qui composent l'actif social alors que l'intangibilité, qui est l'un des traits caractéristiques essentiels de cette garantie, porte sur le capital social qui est inscrit au passif<sup>30</sup>. De même, le principe de la proportionnalité des droits par rapport au capital social, censé protéger les associés, est malmené par le législateur lui-même qui introduit une déconnexion de plus en plus marquée entre les apports, le capital social et les droits sociaux. Il le fait notamment lorsqu'il consacre les apports en industrie - qui sont exclus de la formation du capital social - ou lorsqu'il étend la faculté de créer des actions de préférence, qui réaménagent substantiellement la proportionnalité entre les apports et les droits de l'associé.

Cette diversité de vues, d'un côté, du législateur OHADA qui, tout en allégeant les contraintes liées à la formation du capital social, continue de maintenir l'exigence d'un capital social minimum au moins pour certaines formes de sociétés et, de l'autre, de la doctrine majoritaire -qui conclut à son inutilité- questionne sur l'avenir du capital social, qui apparaît aujourd'hui comme une institution « vieillotte et dépassée », « secondaire et flottante »<sup>31</sup>. Le capital social est devenu l'une des notions les plus controversées du droit des sociétés, d'où la question de savoir comment et à quel prix le

capital social, si décrié par la doctrine, et régulièrement réformé par le législateur, pourrait encore survivre et se maintenir au rang des institutions fondamentales du droit des sociétés commerciales OHADA. En d'autres termes, quel est l'avenir envisageable pour le capital social en droit des sociétés commerciales OHADA ?

En droit comparé, une partie de la doctrine semble convaincue de l'inutilité du capital social, et propose alors de le réduire à « zéro »<sup>32</sup>. Une autre partie, visiblement assurée de sa disparition prochaine, propose de lui substituer des tests de solvabilité inspirés du droit anglo-saxon. Cela montre que le capital social est bien loin, aujourd'hui, de son ère de « triomphe »<sup>33</sup>, celle au cours de laquelle le droit des sociétés lui conférait des « vertus quasi sacramentelles »<sup>34</sup>. Que l'on se situe dans le droit OHADA des sociétés commerciales ou dans d'autres systèmes juridiques comparés, l'on est contraint d'admettre que les fonctions traditionnelles du capital social, à savoir la protection des créanciers sociaux et des associés, ont reculé, au moins en apparence (I). Pour autant, le capital social ne semble pas condamné à disparaître des lois régissant la création et le fonctionnement des sociétés commerciales. Néanmoins, pour se maintenir, il doit se renouveler et se révéler comme un « instrument fonctionnel (...) à la lumière de ses utilités » nouvelles ou à

<sup>29</sup> Paul LE CANNU et Bruno DONDERO, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n°206, p. 132.

<sup>30</sup> V. pour la synthèse de ces critiques, Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 242, p. 116.

<sup>31</sup> Sabine DANA-DÉMARET, *Le capital social*, th. Paris, Litec, 1989, p. 1.

<sup>32</sup> Alain PIETRANCOSTA, Capital zéro ou zéro capital, *in* Quel avenir pour le capital social ? Dalloz 2004, p.134.

<sup>33</sup> Expression employée par R. MORTIER, Opérations sur capital social, *op. cit.*, n° 25 et s

<sup>34</sup> Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n°136.

redécouvrir<sup>35</sup> : celles de protection de l'entreprise exploitée par la société (II).

### I.- Le recul des fonctions de protection des acteurs de la société

L'acte uniforme relatif au droit comptable et à l'information financière (AUDCIF) dispose que le capital social « représente le gage des créanciers sociaux ». Par cette affirmation, le législateur OHADA semble avoir implicitement fait le choix de mettre fin, en ce qui concerne le droit africain unifié, au débat sur la réalité de la fonction de protection des créanciers sociaux attribuée au capital social. Pour autant, le débat portant sur le fondement juridique des deux principales fonctions traditionnelles de protection, à la fois des associés et des créanciers, attribuées au capital social n'est pas encore épuisé. En effet, en examinant certaines réformes récentes opérées par le même législateur OHADA, particulièrement dans l'AUSCGIE, l'on se rend bien compte que les exigences légales relatives à la formation et au maintien du capital social ont été considérablement allégées. Aujourd'hui, le capital social semble avoir perdu les « faveurs » dont il a autrefois pu bénéficier<sup>36</sup>, et son utilité est profondément remise en question<sup>37</sup>. L'on assiste au recul des fonctions traditionnelles de protection des créanciers sociaux (A) et de protection des associés (B).

### A.- La fonction de protection des créanciers sociaux

L'article 2093 du code civil de 1804 dispose que « les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ». Il faut rappeler que ces biens comprennent, selon les dispositions de l'article 2092 du même code, tous les « biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ». Ce sont donc les biens (en numéraire ou en nature) apportés à la société par les associés, et formant son actif social initial, qui constituent le gage réel et direct des créanciers qu'il convient de protéger. Or, c'est cette fonction de gage des créanciers, qui est recherchée à travers les exigences de la réalité du capital social, se traduisant par l'exigence d'un montant minimum (1) et d'intangibilité, qui emporte comme corollaire la fixité du capital social (2), qui ont reculé<sup>38</sup>.

#### 1.- Le reflux de l'exigence d'un capital social minimum

D'un point de vue historique, dans les systèmes de droit civil, la plupart des législateurs imposent, pour la constitution de certaines formes de sociétés ou pour la constitution de sociétés ayant pour objet des activités à risque, la réunion d'un capital social minimum. Cette exigence découle, selon la doctrine, d'une décision du Conseil d'État français portant sur le contrôle des autorisations de création des sociétés

<sup>35</sup> Renaud MORTIER, *Droit des sociétés. Opérations sur le capital social. Aspects juridiques et fiscaux toutes sociétés*, Paris, LexisNexis, 2<sup>ème</sup> éd., 2015, p. 32, n°34. Voir également Véronique MAGNIER, *Droit des sociétés*, Paris, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., 2013, p. 37, §55.

<sup>36</sup> Benoît RAYNAUD, *Droit de l'ingénierie sociétaire*, Paris, Joly, 2014, p. 21, n°55.

<sup>37</sup> Paul LE CANNU et Bruno DONDERO, *Droit des sociétés*, Paris, LGDJ, 6<sup>ème</sup> éd., 2015, n°203.

<sup>38</sup> Art. 66 de l'AUSCGIE. Voy. Joseph ISSA-SAYGH, Paul-Gérard POUGOUE et Filiga Michel SAWADOGO, *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Paris, Juriscope, 5<sup>ème</sup> éd., 2016, p. 400 et Sabine DANA-DÉMARET, *Le capital social*, Paris, Litec, 1989, p. 275.

anonymes<sup>39</sup>. C'est donc de cet héritage du droit français que découlerait la disposition de l'article 387 de l'AUSCGIE qui fixe le capital social minimum de la SA à dix millions de francs CFA lorsqu'elle ne fait pas publiquement appel à l'épargne et celle de l'article 824 de l'AUSCGIE qui fixe ce minimum à cent millions de francs CFA pour les SA dont les titres sont inscrits à la bourse des valeurs d'un ou plusieurs États parties ou faisant publiquement appel à l'épargne pour le placement de leurs titres dans un ou plusieurs États parties<sup>40</sup>. Quant aux SARL, l'article 311 de l'AUSCGIE prévoit, sous la réserve de l'adoption de dispositions nationales contraires, que leur capital social doit être au moins d'un million de francs CFA. Au regard de la nature particulière de leurs activités, les banques et établissements de crédit se voient imposer un capital social minimum de dix milliards de francs CFA pour les premières et de trois milliards au moins pour les seconds, depuis une décision du Conseil des Ministres de l'UMOA du 17 septembre 2007<sup>41</sup>. À ces banques, il faut ajouter les sociétés d'assurance et les sociétés d'assurance mutuelles, d'une part,

et les entreprises constituées sous forme de sociétés anonymes de microassurance, d'autre part, dont le montant du capital social minimum est fixé respectivement à cinq milliards<sup>42</sup> et à trois milliards de francs CFA, les apports en nature non compris<sup>43</sup>.

Si l'exigence d'un capital minimum lié aux risques financiers inhérents à l'activité de la société peut aisément se justifier, le capital minimum requis en raison de la forme de la société repose sur des motivations juridiques visiblement contestables.

D'abord, le capital social est considéré comme n'ayant pas la même signification pour les sociétés de capitaux que pour les sociétés de personnes. La responsabilité limitée aux apports dans les premières formes de société imposerait la réunion d'un capital social minimum ayant une consistance telle que les créanciers sociaux, qui ne peuvent appréhender un patrimoine autre que celui de la personne morale, soient assurés de la solvabilité de la société<sup>44</sup>, l'idée sous-jacente étant que dans la société à risque limité, « le capital remplace

<sup>39</sup> Paul LE CANNU, *Les rides du capital social*, in *Quel avenir pour le capital social ?* Dalloz, 2004, pp. 4 et 5.

<sup>40</sup> En droit comparé français, les SA doivent, sauf exception, avoir un capital social minimal de 37 000 euros (Art. L. 224-2 du Code de commerce français).

<sup>41</sup> Selon l'article 18 de la loi n°058-2008/AN du 20 novembre 2008 portant réglementation bancaire au Burkina Faso, la Banque centrale détermine, par voie d'instruction, la constitution du capital minimum exigé avant le début des activités. Et l'article 34 de la même loi de préciser que le capital social des banques et établissements financiers ne peut être inférieur au montant minimal fixé par le Conseil des ministres de l'UMOA. C'est en application de ces dispositions qu'a été rendu l'avis n°01/2007/RB du 2 novembre 2007 relatif au relèvement du capital social minimum des établissements de crédit de

l'union monétaire ouest africaine (UMOA) à la suite de la décision du Conseil des Ministres de l'Union du 17 septembre 2007 qui avait décidé du relèvement du capital social minimum applicable aux banques et établissements financiers de l'Union Monétaire Ouest Africaine (UMOA) à 10 milliards et 3 milliards respectivement.

<sup>42</sup> Le Conseil des ministres des assurances de la CIMA a pris lors de sa réunion du 8 avril 2016 le règlement n° 007/CIMA/PCMA/CE 2016 modifiant et complétant les articles 329-3 et 330-2 du code des assurances relatif au capital social des sociétés d'assurance et du fonds d'établissement des sociétés d'assurances mutuelles.

<sup>43</sup> Art. 718 du code CIMA et Décision du Conseil des Ministres du 05 avril 2012.

<sup>44</sup> Benoît RAYNAUD, *Droit de l'ingénierie sociétaire*, Paris, Joly, 2014, p. 21, n°55.



l'engagement personnel des associés »<sup>45</sup>. En définitive, même à le considérer comme un gage, le capital social serait un gage indirect et moins essentiel pour les créanciers des sociétés à risque illimité (sociétés de personnes) que pour ceux des sociétés à risque limité (sociétés de capitaux). Dans les premières, la meilleure garantie offerte aux créanciers sociaux est la responsabilité personnelle et illimitée des associés<sup>46</sup>.

Ensuite, la logique du capital social minimum qui supplée à la limitation de la responsabilité des associés n'a pas été rigoureusement suivie dans les réformes récentes du droit OHADA portant sur la SA, la SARL et la SAS. Bien qu'étant des sociétés à risque limité, certaines n'ont pas été soumises à une obligation de capital social minimum<sup>47</sup>. Par conséquent, même dans ces sociétés à risque limité, le capital social n'a plus l'essence d'un véritable gage. Ainsi, dans la SA, dotée d'un capital social excédant le minimum légal exigé, il demeure juridiquement possible, dès que la société est immatriculée et a acquis la personnalité morale, d'aliéner les biens qui lui ont été apportés. Finalement, le capital social se révèle d'une « très faible utilité » pour les créanciers sociaux et ne saurait juridiquement être considéré comme un véritable gage au sens du droit civil, dans la mesure où la substance véritable de celui-ci est constituée, selon les dispositions des

articles 2092 et 2093 du code civil, de « biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ». En droit civil, le gage commun des créanciers porte par conséquent, non sur une valeur abstraite (ce qu'est le capital) mais sur des biens.

Dans une perspective plus élargie, l'actif social comprend l'ensemble des biens mais aussi des valeurs qui figurent à l'actif du bilan de la société, et dont elle peut effectivement disposer<sup>48</sup>. Dans le cas des sociétés commerciales, ces biens sont, à la base, constitués de ceux apportés par les associés à la constitution de celles-ci. Pourtant, même pour ces sociétés à risque limité dotées d'un capital social minimum, l'existence de ce minimum légal n'entraîne, en principe, aucun blocage absolu des biens inscrits à l'actif et il ne peut nullement, du moins sur un plan purement juridique, constituer une garantie contre l'évaporation des éléments d'actif de la société<sup>49</sup>. Pourtant, même là, il faut noter l'existence de nombreuses règles visant à protéger le l'actif social de sorte que même si les biens formant cet actif sont cédés, leur contrevalet de retrouvera toujours dans le capital social. C'est pourquoi, la tendance notée chez le législateur OHADA est d'aller vers l'assouplissement des règles portant sur l'exigence d'un capital social minimum au regard de la seule forme de la société.

<sup>45</sup> Paul LE CANNU, *Les rides du capital social*, *op. cit.*, p. 4.

<sup>46</sup> Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 255.

<sup>47</sup> Pour la situation en droit français, v. Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 252 et Bruno DONDERO, *Droit des sociétés*, Paris, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 2015, n°44. Il faut rappeler qu'en droit

français les sociétés constituées sous la forme de SARL ou de SAS n'ont été soustraites à l'obligation d'avoir un capital social minimum que par la loi de sécurité financière du 1<sup>er</sup> août 2003 et la loi LME du 4 août 2008.

<sup>48</sup> Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 250.

<sup>49</sup> Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 254.

Pour autant, le législateur OHADA ne reconnaît pas, au-delà de la liberté laissée aux associés de fixer librement le montant du capital social, et ce sans borne minimale, le pouvoir de le fixer à zéro<sup>50</sup>. Étant donné que l'AUSGIE continue d'exiger pour toutes les sociétés commerciales dotées de la personnalité morale (et davantage pour celles qui sont à risque limité) un capital social dont le seul montant peut être librement fixé par les associés<sup>51</sup>, le capital zéro n'est en principe pas possible en l'état actuel des législations car l'admettre reviendrait à méconnaître que le capital fixé à zéro équivaut à une absence pure et simple de capital social. Il est important de se rappeler que la société sans capital n'existe pas encore même si sa création est appelée par certains auteurs<sup>52</sup>.

Il semble acquis que l'exigence d'un montant minimum a reculé et qu'elle ne saurait suffire, à elle seule, à faire du capital social un réel gage direct des créanciers sociaux au sens des dispositions des articles 2092 et 2093 du code civil. Pour maintenir cette idée de gage, dans un contexte d'amenuisement progressif dans les

entreprises modernes du besoin en capital matériel<sup>53</sup>, d'autres caractéristiques essentielles du capital social que sont la fixité et l'intangibilité étaient nécessaires. Ces caractéristiques sont elles aussi progressivement remises en cause.

## 2.- La régression de la fixité et de l'intangibilité du capital social

La fonction de gage des créanciers sociaux conférée au capital social postule sa fixité et son intangibilité<sup>54</sup>. La fixité désigne l'état de ce qui est immobile, invariable, définitivement attaché<sup>55</sup>. Dire que le capital social est fixe, c'est rappeler qu'il se définit par rapport à la valeur d'entrée des apports externes ou internes, calculée selon la méthode des coûts historiques, et représentant la somme de la valeur nominale des actions ou des parts sociales émises<sup>56</sup>. En somme, le droit des sociétés n'accorde une grande importance qu'à la valeur initiale de l'apport effectué, peu importe les vicissitudes affectant ultérieurement les biens, une fois apportés<sup>57</sup>. Quant au principe d'intangibilité, il vise ce « à quoi l'on ne

<sup>50</sup> Guillaume SERRA, Les fondements juridiques du capital social à l'épreuve de la loi "Dutreuil", *Bull. Joly* 2004, 915.

<sup>51</sup> Renaud MORTIER, *Droit des sociétés. Opérations sur le capital social. Aspects juridiques et fiscaux toutes sociétés*, Paris, LexisNexis, 2<sup>ème</sup> éd., 2015, p. 10, n°12.

<sup>52</sup> Alain PIETRANCOSTA, Capital zéro ou zéro capital, in *Quel avenir pour le capital social ?* Dalloz, 2004, p. 134 ; Jean-Pierre CHIFFAUT-MOLIARD, *Plaidoyer pour un capital social négatif*, JCP E 2003, p. 1626.

<sup>53</sup> Alexandre DELAIGUE, *Les actionnaires à la corbeille ?* Classe éco, blog.francetvinfo.fr, 17 sept. 2017.

<sup>54</sup> François ANOUKAHA, Abdoullah CISSE, Ndiaw DIOUF, Josette NGUEBOU TOUKAM, Paul-Gérard POUGOUE et Moussa SAMB, *Sociétés*

*commerciales et G.I.E.* Bruxelles, Bruylant, Droit uniforme africain, Paul-Gérard POUGOUE, 2002, 589 p.64. V. également Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., n°250.

<sup>55</sup> Dictionnaire Petit Robert, Grand format, Juin 1996, p. 929.

<sup>56</sup> Sabine DANA-DÉMARET, *Le capital social*, Paris, LGDJ, 2004, vol. 1, Thèse de doctorat de Droit privé, Université de Lyon, 1989, Litec, Paris, 1989, p. 271.

<sup>57</sup> Il faut toutefois réserver le cas de l'obligation faite aux associés par l'article 346 de l'AUSGIE, de constituer, sur le bénéfice de l'exercice diminué, le cas échéant, des pertes antérieures, une dotation égale à un dixième au moins affectée à la formation d'un fonds de réserve dit « réserve légale ».

doit pas toucher, porter atteinte ; ce qu'on doit maintenir intact »<sup>58</sup> et impose, dans une société à capital fixe, que les associés n'aient aucune possibilité de reprendre leurs apports avant la dissolution et la liquidation de la société et avant désintéressement des autres créanciers sociaux. Ce qui est intangible, c'est la valeur inscrite au bilan sous la forme d'une dette alors que le bien apporté, et qui est comptabilisé à l'actif, peut se déprécier, voire disparaître, et les sommes dépensées, sans que cela ait une quelconque incidence sur la valeur inscrite en capital au passif. Il ne faut donc pas confondre la valeur de l'apport - qui représente une dette de la société envers l'apporteur, affectée d'un terme - et la substance du bien apportée. Malgré tout, les principes de fixité et d'intangibilité sont complémentaires. D'abord, parce qu'ils visent tous à atteindre le même objectif, celui de faire du capital social le gage des créanciers. En effet, ils découlent tous de l'idée selon laquelle, pour que le capital social puisse servir de garantie réelle pour les tiers, ces derniers doivent connaître avec certitude le montant fixé dans les statuts sociaux des sommes intangibles et théoriquement bloquées à leur profit. L'intangibilité vise alors l'état de ce gage et porte donc sur la composition de la substance considérée, et la fixité, la mesure de cette substance<sup>59</sup>. Ainsi, la fixité commanderait la réglementation du montant du capital social, donc du chiffre inscrit au passif du bilan et s'appliquerait à une valeur comptable et l'intangibilité

commanderait la réglementation de la contrepartie de cette valeur comptable inscrite à l'actif du bilan, donc celle relative aux biens patrimoniaux. Également, au regard de leur contenu, les deux principes se révèlent encore complémentaires. En effet, la règle d'intangibilité est regardée comme empêchant les associés de se distribuer entre eux les valeurs d'actifs qui équilibrent le capital social là où la règle de fixité subordonne la modification du capital social au respect des formalités légales prescrites pour la modification des statuts<sup>60</sup>. L'intangibilité permettrait d'établir le « cercle idéal » qui détermine l'actif social à maintenir et à mettre à la disposition des associés et le principe de fixité déterminerait, au niveau du passif social, la ligne d'arrêt qui délimiterait la ligne des pertes supportables<sup>61</sup>.

Malgré les mérites reconnus aux principes de fixité et d'intangibilité, certains auteurs leur reproche de ne conférer qu'une « protection illusoire »<sup>62</sup>, la société ne devant, en réalité, répondre de ses dettes que sur ses biens. C'est pourquoi, si elle utilise à des fins de dépenses les ressources provenant du capital social, cela pourrait engendrer des pertes sociales importantes qui entraîneraient une diminution des capitaux propres en dessous de la moitié du montant du capital social. En conséquence, le gage des créanciers qui, concrètement, est constitué des immobilisations, stocks, créances et trésorerie figurant à l'actif pourrait disparaître alors que le capital

<sup>58</sup> Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., n°250.

<sup>59</sup> Sabine DANA-DÉMARET, *Le capital social*, op. cit. p. 272.

<sup>60</sup> François GORE, *Droit des affaires. Sociétés*, éd., Montchrestien, coll. Précis Domat, 1980, n°38 cité

par Sabine DANA-DÉMARET, *Le capital social*, op. cit., p. 273.

<sup>61</sup> Sabine DANA-DÉMARET, *Le capital social*, op. cit., p. 276.

<sup>62</sup> Jérôme BONNARD, *Droit des sociétés*, Hachette Supérieur, 11<sup>e</sup> éd. 2015/2016, p. 53.

social fixé dans les statuts sociaux resterait, au passif, inchangé<sup>63</sup>. Dans le même sens, le capital social pourrait être augmenté par une incorporation de réserves, bénéfiques ou primes d'émission que cette augmentation n'entraînerait aucune augmentation de l'actif social.

Même si le but affiché des apports est d'offrir aux créanciers des valeurs qu'ils peuvent appréhender, et même si l'on considère que les critiques formulées jusque-là ne semblent avoir trouvé un écho favorable ni chez les législateurs OHADA et nationaux ni chez le juge<sup>64</sup>, il paraît exagéré d'affirmer, de façon absolue, que le capital social, élément du passif, assure directement la protection des créanciers sociaux en étant un véritable gage direct pour eux. Peut-être, assure-t-il davantage la protection des associés, à travers la répartition des prérogatives qui leur sont reconnues dans la société. Rien n'est moins certain et discuté car la fonction traditionnelle de protection des associés a, elle aussi, connu un recul franc.

## B.- La fonction de protection des associés

Les articles 1832 et 1833 du code civil font de l'apport<sup>65</sup> l'une des conditions de formation de la société. C'est ce qui a conduit la doctrine à utiliser la formule : « pas d'apport, pas de société »<sup>66</sup>. L'opération d'apport consiste à mettre à la disposition de la société une valeur<sup>67</sup> en contrepartie de l'attribution de la qualité d'associé. De par ce rapport, l'apport constitue un élément essentiel du contrat de société parce que non seulement il est le seul élément constitutif qui a une matérialisation concrète et immédiate - à la différence de l'intention de participer aux résultats et du sentiment d'être associé -<sup>68</sup>, mais il confère la qualité d'associé à laquelle sont attachés les droits et prérogatives de ce statut. Le lien établi permet d'asseoir une proportionnalité de principe entre les apports effectués par l'associé et les droits et prérogatives qui lui sont reconnus, en retour.

Cependant, seuls les apports effectivement capitalisés constituent historiquement la clef de répartition du

<sup>63</sup> C'est ce qui est prévu à l'article 2285 du code civil..

<sup>64</sup> Paul Le CANNU et Bruno DONDERO, *Droit des sociétés*, Paris, LGDJ, 6<sup>ème</sup> éd., 2015, n°209.

<sup>65</sup> Le terme *apport* peut revêtir deux significations différentes en droit des sociétés. Il peut, d'abord, désigner l'opération d'apport, qui est celle par laquelle un associé exécute son obligation contractuelle principale et fondatrice envers ses associés et la société de donner une somme ou un bien d'une valeur déterminée. Il peut, ensuite, désigner l'objet de l'apport, c'est-à-dire le bien apporté ou l'activité fournie à la société par l'associé. V. Paul Le CANNU et Bruno DONDERO, *Droit des sociétés*, Paris, LGDJ, 6<sup>ème</sup> éd., 2015, n°199.

<sup>66</sup> Bruno DONDERO, *Droit des sociétés*, Paris, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 2015, n°37.

<sup>67</sup> Les apports en nature ont pour objet un bien meuble ou immeuble, corporel ou incorporel. Selon l'article 1833 du code civil : « *ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie* ». Il faut noter que l'apporteur en argent est devenu apporteur en numéraire ; cette dernière notion étant plus englobante que celle d'argent. Il s'agit de l'apport d'un « instrument monétaire », bien mobilier corporel -monnaie métallique ou fiduciaire- ou incorporel -monnaie scripturale-. V. Joseph HAMEL, Réflexions sur la théorie juridique de la monnaie, in *Mélanges dédiés à M. le Professeur Naoshi SUGIYAMA*, 1940, p. 83, spéc. P. 93

<sup>68</sup> Bruno DONDERO, *Droit des sociétés*, Paris, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 2015, n°37.

pouvoir dans les sociétés<sup>69</sup> (1). De plus, les réformes législatives récentes ont accentué la déconnexion entre les apports capitalisés, la participation au capital social et la proportion des droits financiers et politiques accordés à l'apporteur (2).

### 1.- L'essence de la règle historique de proportionnalité entre apports et droits

La proportionnalité signifie qu'en principe les droits de chaque associé sont déterminés par rapport à la fraction du capital social que cet associé détient. De façon pratique, les droits sociaux revenant à chaque associé correspondent au capital social divisé par la valeur nominale des parts sociales ou des actions détenues par cet associé. Les droits de l'associé correspondent également au rapport entre, d'une part, le produit de la valeur nominale de l'action ou de la part et le nombre d'actions ou de parts détenues et, d'autre part, le montant du capital social<sup>70</sup>.

Dans une perspective active, la proportionnalité s'applique à une diversité de droits financiers et politiques. Elle assure, en effet, la répartition du « contrôle financier » et du « contrôle directorial », c'est-à-dire, pour ce dernier, la maîtrise du

pouvoir de direction qui permet de nommer ou de révoquer les dirigeants sociaux<sup>71</sup>. En cela, le pouvoir appartient véritablement à celui qui détient ou contrôle le capital social. Ce dernier sert alors de véritable galon de mesure de l'attribution de prérogatives ou plus généralement du pouvoir politique entre les associés, en déterminant le droit de vote et le nombre de voix de chacun d'entre eux dans les différentes instances, sous réserve des cas particuliers intéressant notamment les actions de préférence<sup>72</sup>. Le capital social permet donc le calcul de nombreux seuils de participation ou d'exercice du droit de contrôle de la gestion de la société<sup>73</sup>. S'agissant des droits financiers, la proportionnalité permet de répartir, entre associés, les droits pécuniaires dont chacun est titulaire. Ces droits concernent, pour l'essentiel, la participation aux résultats sociaux (bénéfices ou pertes), aux réserves, au boni de liquidation, aux augmentations et diminutions du capital social, sauf clauses contraires des statuts<sup>74</sup>. Dans ce rôle de répartiteur des droits financiers entre associés, le capital permet d'opérer une distinction entre les associés passifs, encore appelés bailleurs ou investisseurs, qui réalisent des placements financiers et attendent principalement des dividendes et plus-values, et les associés actifs ou

<sup>69</sup> V. Alain PIETRANCOSTA, Capital zéro ou zéro capital, in *Quel avenir pour le capital social ?* Dalloz, 2004, p. 128.

<sup>70</sup> Paul Le CANNU et Bruno DONDERO, *Droit des sociétés*, Paris, LGDJ, 6<sup>ème</sup> éd., 2015, n°208.

<sup>71</sup> Daniel FASQUELLE, *Droit de l'entreprise. L'essentiel pour comprendre le droit*, Lamy, 2008, §476.

<sup>72</sup> Véronique MAGNIER, *Droit des sociétés, op. cit.*, p. 39, §58.

<sup>73</sup> Il s'agit notamment : (1) du quantum des actions détenues par les salariés ; (2) du quantum des titres admis aux négociations sur un marché réglementé ;

(3) de la convocation des assemblées générales ; (4) de la désignation d'un mandataire ; (5) de la proportion des parts à attribuer à l'apporteur en industrie, par défaut ; (6) de l'expertise de gestion, etc. V. Paul Le CANNU et Bruno DONDERO, *Droit des sociétés*, Paris, LGDJ, 6<sup>ème</sup> éd., 2015, n°208 ; Renaud MORTIER, *Droit des sociétés. Opérations sur le capital social. Aspects juridiques et fiscaux toutes sociétés*, Paris, LexisNexis, 2<sup>ème</sup> éd., 2015, p. 57, n°50-53.

<sup>74</sup> Paul Le CANNU et Bruno DONDERO, *Droit des sociétés*, Paris, LGDJ, 6<sup>ème</sup> éd., 2015, n°208.



« contrôlaires » qui exercent effectivement des pouvoirs dans le cadre de la gestion de la société<sup>75</sup>.

Dans une perspective passive, cette fois-ci, le principe de proportionnalité permet de délimiter, pour chaque associé, son obligation aux dettes sociales et la contribution aux pertes sociales<sup>76</sup>.

Les dettes sociales représentent « ce qui est dû aux créanciers, soit par les associés, soit par la société elle-même selon le degré de transparence ou d'opacité reconnu à la personne morale en fonction de l'absence ou de l'existence d'un capital social minimum obligatoire »<sup>77</sup>. L'obligation à la dette permet de déterminer ou d'identifier les biens que les créanciers vont pouvoir saisir et faire vendre afin d'obtenir le paiement de ce qui leur est dû. En droit des sociétés, ces biens dits obligés au paiement de la dette sont prioritairement ceux inscrits à l'actif de la personne morale débitrice. Cependant, si aucune règle légale n'en garantit une substance minimale, les créanciers risquent de voir leur gage amoindri au strict minimum. Dès lors, l'atténuation de l'écran de la personnalité morale apparaît logique et indispensable afin d'autoriser les créanciers sociaux à étendre leurs poursuites aux biens des associés qui deviennent également « obligés » au paiement des dettes sociales. Il s'instaure une sorte de translucidité patrimoniale fondée sur l'existence d'un écran matérialisé par l'existence d'un

capital social minimal ou non. Il faut préciser que l'obligation aux dettes s'inscrit dans le cadre des rapports entre les associés et les créanciers sociaux et a pour but de protéger ces derniers. Elle permet donc de déterminer à partir de quand l'associé doit, à la place de la société insolvable, assurer le paiement de la dette sociale<sup>78</sup>.

Les pertes sociales, quant à elles, représentent « une amputation définitive du patrimoine social »<sup>79</sup>. C'est pourquoi, certains auteurs affirment qu'il n'y a de véritables pertes sociales que lorsque le capital social est réellement entamé. L'existence de ces pertes ne peut donc être constatée qu'à la liquidation de la société, les pertes constatées à la clôture d'un exercice n'étant que provisoires, les résultats des exercices suivants pouvant faire disparaître ces reports à nouveau débiteurs. L'obligation de contribution aux pertes sociales telle qu'elle résulte des dispositions de l'article 4 de l'AUSCGIE est une caractéristique fondamentale de l'acte de société. Le principe de la contribution aux pertes postule qu'à la dissolution, suivie de la liquidation, les associés ne reçoivent le remboursement de leurs apports qu'après que les créanciers aient été tous désintéressés. Si ce n'est pas le cas, les associés devront supporter le passif résiduel conformément à la clef de répartition qu'est le capital social.

La règle de la proportionnalité, comme clé répartition, sur le fondement de la

<sup>75</sup> Véronique MAGNIER, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 39, §58.

<sup>76</sup> Renaud MORTIER, *Droit des sociétés. Opérations sur le capital social. Aspects juridiques et fiscaux toutes sociétés*, Paris, LexisNexis, 2<sup>ème</sup> éd., 2015, p. 57, n°50-53.

<sup>77</sup> Sabine DANA-DÉMARET, *Le capital social*, thèse de droit privé, Univ. de Lyon, Paris, Litec, 1989, p. 330.

<sup>78</sup> Sabine DANA-DÉMARET, op. cit., pp. 319-327.

<sup>79</sup> Sabine DANA-DÉMARET, op. cit., p. 330.

fraction du capital détenu, des droits reconnus et des obligations incombant aux associés connaît aujourd'hui d'importantes atténuations légales. Il en ressort la possibilité d'une déconnexion, pas nouvelle, mais de plus en plus marquée entre les apports, la participation au capital social et les droits des associés.

## 2.- Les possibilités accrues de déconstruction de la proportionnalité entre apports en capital et droits sociaux

La règle de la proportionnalité, dans le sens de l'égalité des associés<sup>80</sup>, est supplétive de la volonté des associés, de sorte que ces derniers peuvent, dans les statuts sociaux, aménager une répartition différente, sous la seule réserve de la prohibition des pactes léonins. Il convient donc de tempérer l'équation de la proportionnalité qui ne reflète plus totalement la réalité, en unissant systématiquement le capital social à la somme des apports et aux droits conférés aux associés. Cela est vrai tant dans la relation établie entre les apports et le capital que dans celle qui unit la détention du capital social au pouvoir dans la société.

Dans la relation marquée par un lien de proportionnalité entre les apports et le capital social, plusieurs exceptions, d'importances inégales, sont envisageables. Pour les moins fréquentes, l'on peut d'abord évoquer le cas où la société est dépourvue de personnalité morale et ne dispose pas d'un capital social. Pourtant, même dans cette hypothèse, elle peut encore bénéficier d'apports, par le biais de la mise à disposition de biens. Il s'agit donc d'apports non capitalisés. Ensuite, lorsque la société est dotée de la personnalité, l'apport peut être capitalisable mais ne pas l'être effectivement, soit de façon purement accidentelle, soit de façon délibérée, par fraude. Il en est ainsi notamment des apports dénués de toute valeur, donc fictifs<sup>81</sup>. Enfin, la déconnexion peut être voulue par la société sans être frauduleuse. Dans ce cas, la société peut se voir reconnaître la personnalité et l'apport, bien que capitalisable et doté d'une valeur certaine, n'est pas entièrement capitalisé<sup>82</sup>. À côté de ces exceptions, il y a celles qui sont expressément envisagées par la loi qui en fixe le régime juridique. C'est le cas notamment des apports en industrie<sup>83</sup> par lesquels l'apporteur en industrie reçoit des

<sup>80</sup> Notamment dans le sens qui ressort de l'article 1844-1 du code civil français.

<sup>81</sup> La fictivité est sanctionnée par la nullité de la société (V. Paul Le CANNU et Bruno DONDERO, *Droit des sociétés*, Paris, LGDJ, 6<sup>ème</sup> éd., 2015, n°212) et la responsabilité du commissaire aux apports peut être engagée.

<sup>82</sup> C'est le cas lorsqu'une partie de l'apport est inscrite dans un poste de prime d'émission, en cas d'apport en numéraire, ou en prime d'apport, dans le cas d'un apport en nature. Dans ce cas, les primes constituent bien des apports mais qui n'entrent pas dans la formation du capital social. C'est en tout cas, la qualification qui a été retenue par la Cour de cassation française, qui a considéré qu'elles « participent de la nature des apports dont elles sont

*le complément obligatoire » ou qu'elles sont un « supplément d'apport* (Req., 3 mars 1930, *DP* 1930, 1, p. 29, rapp. Pilon ; Cass. Com. (Fr), 9 juill. 1952, *Bull. civ.* III, n°265). V. Alain PIETRANCOSTA, Capital zéro ou zéro capital, in *Quel avenir pour le capital social ? Dalloz*, 2004, p. 127). Il faut rappeler que la prime est définie comme « l'excédent du prix d'émission sur la valeur nominale des droits sociaux. Elle représente donc cette partie des apports qui ne se retrouve pas dans le capital social ». V. Pascal COUDIN, Prime et capital, in *Quel avenir pour le capital social ? Dalloz*, 2004, p. 31.

<sup>83</sup> L'apport en industrie peut être défini comme une « mise à disposition du groupement de son travail, de sa compétence, de son habileté, son talent ou sa

parts sociales assorties de droit de vote sans une participation au capital social<sup>84</sup>. Ce type d'apports révèle nettement la déconnexion, déjà ancienne mais davantage accentuée, entre les apports des associés et le capital social<sup>85</sup>.

Au regard de ces difficultés, le législateur OHADA a prévu, dans l'article 50-3 de l'AUSCGIE, que les apports en industrie ne concourent pas à la formation du capital social mais donnent lieu à l'attribution de titres sociaux ouvrant droit au vote et au partage des bénéfices et de l'actif net, à charge de contribuer aux pertes. Cet article précise, cependant, d'une part, que les droits de vote attachés aux titres sociaux résultant d'apports en industrie ne peuvent être supérieurs à vingt-cinq pour cent (25%) de l'ensemble des droits de vote et, d'autre part, que la part totale attachée à ces titres sociaux ne peut excéder vingt-cinq pour cent (25%) des bénéfices, de l'actif net et des pertes de la société. Pourtant, une autre solution pourrait être envisagée : admettre l'apport en industrie dans la

formation du capital social et considérer l'apporteur comme un véritable associé en tous points de vue, bénéficiant pleinement du principe d'égalité par rapport aux autres associés<sup>86</sup>. C'est pourquoi, une partie de la doctrine a plaidé pour cette admission car elle permettrait de reconnaître un meilleur statut tant pour l'apport que pour l'apporteur en industrie et une meilleure concordance entre le capital social et la situation économique de la société bénéficiaire de l'apport en industrie. Cela entraînerait un élargissement du capital social et un affinement de la fonction d'information du capital social, à l'égard des tiers<sup>87</sup>.

Le rapport de proportionnalité entre la détention du capital social et l'exercice du pouvoir dans la gestion de la société est également rompu. En effet, dans la relation entre la détention du capital social et des droits conférés, il est possible pour les sociétés anonymes de dissocier l'apport au capital et le pouvoir dans la société par la création d'actions de préférence<sup>88</sup> et

---

notoriété, ses connaissances techniques ou professionnelles ». Il faut mentionner qu'ils sont en principe interdits dans les sociétés par actions sauf deux exceptions : les commandités de la société en commandite par actions et les SAS, depuis la loi du 4 août 2008 et les SARL depuis la loi NRE de 2001. V. Sabine DANA-DÉMARET, *Le capital social*, th. Université de Lyon, 1989, Litec, Paris, 1989, p. 72.

<sup>84</sup> Pour les développements sur les apports en industries, voy. François ANOUKAHA, Abdoullah CISSE, Ndiaw DIOUF, Josette NGUEBOU TOUKAM, Paul-Gérard POUGOUE et Moussa SAMB, *Sociétés commerciales et G.I.E.* Bruxelles, Bruylant, Droit uniforme africain, Paul-Gérard POUGOUE, 2002, p.57.

<sup>85</sup> L'apport en industrie ne participe pas à la formation du capital social mais confère à l'apporteur des parts ou des actions d'industrie, qui sont des droits sociaux d'une nature particulière. L'exclusion des apports en industrie de la constitution du capital social est clairement posée par l'article 50-3 de l'AUSCGIE. Elle se justifie par

le particularisme de cet apport qui suscite trois principales difficultés : il est difficile à évaluer, il est insusceptible d'exécution forcée et il n'a aucune représentation pouvant être inscrite à l'actif de l'entreprise (V. Bruno DONDERO, *Droit des sociétés*, Paris, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 2015, n°52).

<sup>86</sup> Égalité dans le partage de bénéfices et de l'actif net, dans l'obligation de contribuer aux pertes, l'exercice du droit de participer aux décisions collectives, du droit à l'information, du droit d'agir en justice, etc. V. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., (Fr) 19 avr. 2005, n°01-17226, *Bull. civ. I.*, n°187, p. 158; *RTD com.* 2005, p. 785, obs. L. GROSCLAUDE.

<sup>87</sup> Sabine DANA-DÉMARET, *Le capital social* op.cit., pp. 86 et suiv.

<sup>88</sup> Les actions de préférence constituent l'une des grandes innovations de l'ordonnance du 24 juin 2004 portant réforme des valeurs mobilières en droit français. La disposition qui les crée est traversée par une logique très libérale car elle offre un cadre particulièrement souple à l'intérieur duquel «*prérogatives de leurs titulaires peuvent être*

d'émettre des valeurs mobilières donnant accès au capital social. Dans ces cas, les statuts peuvent prévoir une répartition des bénéfices et des pertes, non proportionnelle aux apports effectués par les associés. Cela permet de distinguer les associés dits « actifs » des associés dits « passifs » sans que la clause de répartition ne soit une clause léonine. Lorsque les actions de préférence, elles peuvent, selon une certaine doctrine, constituer un « facteur de fragilisation des capitaux propres »<sup>89</sup>. En effet, plus l'associé est impliqué dans la gestion, moins il est protégé du risque d'entreprise. Inversement, l'associé est mieux protégé lorsque son statut s'apparente à celui d'un investisseur ou d'un simple bailleur de fonds. C'est ce clivage entre gestion et finance, caractérisant les sociétés en commandite simple, qui est généralisé sous la forme d'actions de préférence ou de certificats. Ainsi, comme le souligne un auteur, une distinction fondamentale apparaît, qui oppose « les associés professionnels aux associés qui sont de simples particuliers »<sup>90</sup>.

Cette distinction, de plus en plus accentuée, autorise de nombreuses sociétés à adopter des formes d'actionnariat qui reviennent à confier énormément de pouvoirs aux fondateurs et très peu aux actionnaires, par l'usage des actions sans droit de vote. Les détenteurs d'actions ont alors moins vocation à intervenir dans le

fonctionnement des sociétés. En somme, l'idée d'une action, une voix ou de contrôle exclusif des associés sur la société, n'est pas coulée dans le marbre et connaît désormais de nombreuses et sérieuses altérations<sup>91</sup>.

Le recul des fonctions traditionnelles du capital social est incontestable. Celui-ci n'assure plus, en tout cas plus suffisamment, la protection des créanciers sociaux. Cette protection tirée de l'exigence d'un montant minimum de capital social pour la plupart des sociétés et des caractères essentiels de fixité et d'intangibilité qui lui sont attribués par les législations. Il semble ne plus assurer une protection suffisante des associés eux-mêmes en ce qu'il n'est plus un instrument permettant d'assurer, systématiquement, la proportionnalité historique entre apports, participation dans le capital social et droits financiers et politiques des associés. Pour autant, il n'est pas devenu inutile. Bien au contraire, il connaît un regain d'intérêt, pour des utilités jusque-là considérées comme non essentielles, notamment en matière de prévention des difficultés des entreprises.

## II.- Le regain d'utilités de protection de la société

L'on dit d'une chose qu'elle est utile lorsqu'il est possible de lui attribuer une fonction précise<sup>92</sup>. La principale fonction juridique de garantie jadis reconnue au

---

*modelées suivant des nuances et des variations presque infinies* » selon l'expression de Benoît RAYNAUD, *Droit de l'ingénierie sociétaire*, Paris, Joly, 2014, p. 21, n°78.

<sup>89</sup> Paul Le CANNU et Bruno DONDERO, *Droit des sociétés*, Paris, LGDJ, 6<sup>ème</sup> éd., 2015, n°207.

<sup>90</sup> Yves GUYON, La situation des associés dans les sociétés civiles et les sociétés commerciales ne

faisant pas publiquement appel à l'épargne, *Rev. Soc.* 1983.353, spéc. n°24.

<sup>91</sup> Alexandre DELAIGUE, *Les actionnaires à la corbeille ?* Classe éco, blog.francetvinfo.fr, 17 sept. 2017.

<sup>92</sup> Sabine DANA-DÉMARET, *Le capital social*, Paris, LGDJ, 2004, vol. 1, Thèse de doctorat de Droit privé, Université de Lyon, 1989, Litec, Paris, 1989, p. 6.

capital social est aujourd'hui critiquée de toutes parts, au point qu'il est légitime de se demander s'il est encore utile. En effet, il n'est qu'une garantie toute relative aussi bien pour les créanciers que pour les associés.

Pourtant, le capital social apparaît, plus que jamais, comme un excellent outil de prévention des difficultés des entreprises, en ce qu'il permet de les détecter et de les mesurer avant que la continuité de celles-ci ne soit compromise (B). Il constitue, en plus, un outil permettant d'engager la responsabilité civile des apporteurs de capitaux au regard de la fonction naturelle de financement de la société (A).

#### **A.- La fonction de protection de la société contre la sous-capitalisation/l'insuffisance des apports en capital**

Dans une approche purement économique de l'entreprise, le capital social peut être considéré comme constituant « la substance première du financement » de la société<sup>93</sup>. C'est la raison pour laquelle dans les banques et établissements de crédit, l'octroi de crédit aux entreprises en phase de démarrage est subordonné à l'apport par les associés, sur fonds propres et dans le capital social, d'un minimum des ressources nécessaires à l'investissement initial<sup>94</sup>.

C'est certainement dans cette logique que s'inscrit la latitude laissée par le législateur OHADA aux législateurs nationaux d'aménager, au profit des associés, un plus grand espace de liberté par rapport à la fixation du niveau du capital social des SARL. Cependant, cette liberté croissante reconnue aux associés (1) s'accompagne de la possibilité accrue de mise en œuvre de la responsabilité des associés, notamment lorsqu'il est constaté que les associés sont fautifs d'avoir apporté en capital des ressources insuffisantes (2).

#### **1.- L'élargissement préalable de la liberté des associés**

L'évolution des règles en matière de fixation du capital social couvre aussi bien la liberté de fixer le montant du capital que celle d'en faire varier le montant fixé dans les actes constitutifs de la société.

S'agissant de la liberté de fixer le montant minimum du capital social, en dehors des minima imposés par les lois pour les sociétés par actions et les sociétés exerçant une activité spéciale soumise à des règles plus sévères, le niveau minimum suffisant que le capital social doit atteindre afin de répondre aux besoins de l'exploitation envisagée est librement fixé par les associés<sup>95</sup>. Cette possibilité de suppression du minimum offerte par le

<sup>93</sup> Alain SAYAG et Alexis PALMADE, Le capital social et sa rémunération après les récentes réformes, *Rev. Sociétés*, 1983, 699, n°2 cité par Benoît RAYNAUD, *Droit de l'ingénierie sociétaire*, Paris, Joly, 2014, p. 21, n°58.

<sup>94</sup> Filiga Michel SAWADOGO, Note sous Tribunal de première instance de Ouagadougou, 13 juin 1984, *Revue Burkinabè de Droit*, n° 12, décembre 1987, pp. 501 et suiv. ; Benoît RAYNAUD, *Droit de l'ingénierie sociétaire*, Paris, Joly, 2014, p. 21, n°58.

<sup>95</sup> À titre de droit comparé, il faut se souvenir que la loi française n°2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique a mis fin à l'exigence d'un montant légal minimum pour les SARL, dont le capital est désormais librement fixé par les statuts. En 2008, la loi LME a reproduit l'initiative de 2003, en supprimant le capital minimum pour les SAS (Paul LE CANNU et Bruno DONDERO, *Droit des sociétés*, Paris, LGDJ, 6<sup>ème</sup> éd., 2015, n°206).



législateur OHADA, au moins pour les SARL, peut s'expliquer, d'une part, par la volonté de rétablir la liberté de choix du statut juridique de la société en création et, d'autre part, par la résolution de prendre en compte le fait qu'un certain nombre d'activités se révèlent très peu demanderesse en capital et que l'obligation de former un capital minimum dissuade quelquefois de choisir la forme de société la plus appropriée pour les activités que les associés entendent mener<sup>96</sup>.

Cependant, cette liberté, qui s'étend progressivement, ne signifie aucunement qu'il soit possible pour les associés de fixer un capital minimum dont le montant serait de « zéro ». En réalité, « zéro » signifie « néant » ou « vide », alors que le terme « montant » signifie « élévation ». De toute évidence, le législateur OHADA n'a pas voulu franchir le pas de ce « capital vide » malgré le fait qu'il ait clairement montré « son scepticisme quant à la réalité des fonctions prêtées au capital »<sup>97</sup>. Il faut bien l'admettre, le maintien de la référence à un « montant » exclut de pouvoir conclure à l'admission de la société sans capital<sup>98</sup>. L'objectif visé n'est donc ni de susciter, ni d'encourager la création de sociétés sous-capitalisées mais de « dédramatiser l'acte de création d'entreprise, déconnecter l'acte de création lui-même de la recherche des fonds nécessaires au financement de l'activité de l'entreprise, et d'adapter plus

finement le montant du capital aux besoins de l'entreprise concernée »<sup>99</sup>.

Il est important de relever qu'à côté de la suppression du minimum légal obligatoire, le principe de la libre fixation de la valeur nominale des titres de capital gagne également du terrain. Par la fixation des montants planchers, le législateur entendait protéger les créanciers de sociétés constituées par des associés financièrement trop fragiles. Toutefois, face à l'inefficacité relative de cette protection, il a semblé finalement préférer en ce domaine la liberté à la contrainte<sup>100</sup>. Cette liberté s'étend également à la possibilité donnée aux associés de rendre le capital variable.

Il faut souligner que la fixité du capital social n'est pas impérative pour toutes les formes de sociétés et ne signifie guère que tout changement du montant du capital social - réduction ou augmentation - est interdit dès qu'il est fixé dans les statuts adoptés par les associés à la constitution de la société. Le principe de l'intangibilité du capital social et sa fonction de garantie au profit des créanciers sociaux doivent être nuancés à plusieurs niveaux<sup>101</sup>. D'abord, les sommes inscrites en capital social peuvent être dépensées mais pas en les distribuant sous la forme de dividendes. En effet, il est reconnu que « l'affectation du capital numéraire ne connaît guère de rigueur juridique »<sup>102</sup>. Ensuite, en tant que garantie des créanciers sociaux, la fixité n'a de

<sup>96</sup> Alain PIETRANCOSTA, *Capital zéro ou zéro capital ? op. cit.*, p. 132.

<sup>97</sup> Alain PIETRANCOSTA, *Capital zéro ou zéro capital, op. cit.*, p. 134.

<sup>98</sup> Pour le capital social négatif, voir Jean-Pierre CHIFFAUT-MOLIARD, *Plaidoyer pour un capital social négatif, JCP éd. E.*, 2003, n°1626, p. 1860.

<sup>99</sup> Alain PIETRANCOSTA, *op. cit.*, p. 132.

<sup>100</sup> Renaud MORTIER, *Droit des sociétés. Opérations sur le capital social. Aspects juridiques et fiscaux toutes sociétés*, Paris, LexisNexis, 2<sup>ème</sup> éd., 2015, p. 14, n°16.

<sup>101</sup> Daniel FASQUELLE, *op. cit.*, §481.

<sup>102</sup> Paul LE CANNU, *Les rides du capital social, op. cit.*, p. 9.

véritable sens que dans les sociétés dans lesquelles la responsabilité des associés est limitée à leurs apports<sup>103</sup>. En outre, les nuances les plus marquées sont à rechercher dans la possibilité de procéder à des modifications du capital social dans le respect des contraintes légales de modification des statuts sociaux et à des modifications du capital social sans modification des statuts en vertu d'une clause de variabilité intégrée dans ces derniers.

Lorsque les statuts ne contiennent pas une clause de variabilité du capital social, le principe de fixité signifie simplement que le passif du bilan doit retranscrire strictement le chiffre du capital social porté dans les statuts sociaux<sup>104</sup>. Ainsi, dans une société à capital social fixe, les associés auront toujours la possibilité de réduire le capital social mais en le maintenant, d'une part, au-delà du minimum obligatoire légal lorsqu'il en existe, et en respectant les formalismes de modifications statutaires que la loi impose, d'autre part. La clause de variabilité est, quant à elle, une exception à la fixité qui peut être incluse dans les statuts sociaux des sociétés anonymes ne faisant pas appel public à l'épargne et les sociétés

par action simplifiées<sup>105</sup>. Ainsi, le principe d'intangibilité du capital social est alors écarté et le capital peut varier sans que cela ne donne lieu à la modification des statuts<sup>106</sup>.

En dehors du « capital zéro » qui ne peut raisonnablement être considéré comme admis par le législateur OHADA et les législateurs nationaux, il y a lieu de relever qu'en cas d'insuffisance avérée des apports en capital par rapport aux besoins d'exploitation, cette sous-capitalisation constatée pourrait entraîner la responsabilité des dirigeants ou des associés<sup>107</sup>.

## 2.- L'admission de la responsabilité civile des associés pour insuffisance d'apports

L'on ne saurait oublier que la raison d'être de toute société, civile ou commerciale, est d'abord l'entreprise, concept éminemment économique. En conséquence, la première approche, d'un point de vue chronologique, de la notion de capital social devrait consister à le considérer comme l'élément de base du financement de l'activité de l'entreprise<sup>108</sup>.

<sup>103</sup> Daniel FASQUELLE, *op. cit.*, §482.

<sup>104</sup> C'est ce qui est prévu à l'article 2285 du code civil. V. Jérôme BONNARD, *Droit des sociétés*, Hachette Supérieur, 11<sup>ème</sup> éd., 2015/2016, p. 53.

<sup>105</sup> La variabilité du capital social ne peut être conciliée avec l'absence de modification des statuts qu'il admis de pouvoir distinguer le capital statutaire, soumis à la fixité et devant être conforme au minimum légal obligatoire, et le capital effectif, par essence variable et correspondant au capital que détient la société à un moment donné de son existence. C'est ce dernier qui est susceptible d'augmenter ou de diminuer sans modification statutaire. V. Paul-Gérard POUGOUE, François ANOUKAHA, Victor Emmanuel BOKALLI, Robert NEMEDEU, Monique Aimé MOUTHIEU

NJANDEU, René NJEUFACK TEMGWA, dans l'ouvrage coordonné par Joseph ISSA-SAYGH, Paul-Gérard POUGOUE et Filiga Michel SAWADOGO, *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Paris, Juriscope, 5<sup>ème</sup> éd., 2016, p. 472 ; Sabine DANA-DÉMARET, *Le capital social*, Paris, LGDJ, 2004, vol. 1, Thèse de doctorat de Droit privé, Université de Lyon, 1989, Litec, Paris, 1989, p. 292.

<sup>106</sup> Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés, op. cit.*, p. 256.

<sup>107</sup> Cass. Com., (Fr) 19 mars 1996, n°94-12004, *Bull. civ. IV*, n°91 ; *BJS* 1996 p. 613, note Alain COURET ; *Rev. sociétés* 1996, p. 840, note T. BRUGUIER ; *Deffrénois* 1996, p. 835, obs. Paul Le CANNU.

<sup>108</sup> François GORE, La notion de capital social, *in, Études offertes à René RODIÈRE*, Paris 1982, p. 85

Il constitue donc l'obligation initiale de financement qui s'impose aux associés<sup>109</sup>, du moment qu'il représente la valeur chiffrée des éléments matériels - sommes d'argent ou biens - apportés au début de l'exploitation<sup>110</sup>. Le capital social joue ainsi un « rôle considérable lors de la constitution de la société » en ce qu'il en « donne l'impulsion initiale, tellement importante »<sup>111</sup>. C'est pour cette raison que la constitution d'une société avec un capital social insuffisant - sous-capitalisation - est en principe constitutive d'une faute susceptible d'engager la responsabilité civile des associés. Cette faute commise par les associés dans l'exercice du droit qui leur est reconnu de fixer librement le montant du capital social de leur société permet la mise en œuvre de leur responsabilité civile, sur le fondement de la liberté qui leur est conférée<sup>112</sup>.

C'est ainsi que dans l'un de ses arrêts récents, la chambre commerciale de la Cour de cassation française a confirmé l'analyse selon laquelle un associé peut être condamné à indemniser le préjudice issu de la sous-capitalisation et subi par la société « mal » constituée<sup>113</sup>. Cette décision, loin

d'être isolée, fait suite à d'autres décisions dans lesquelles la jurisprudence française avait déjà retenu la responsabilité civile délictuelle des fondateurs de sociétés pour insuffisance d'apports au regard de l'activité économique envisagée<sup>114</sup>. C'est ainsi qu'il a été jugé, à propos d'une société constituée avec un capital social supérieur au minimum légal exigé mais insuffisant pour assurer un financement efficient des besoins de l'entreprise, que « la mise en fonctionnement d'une société avec un capital modique témoigne d'une légèreté certaine ; l'audace à entreprendre, louable en soi, devient imprudence fautive si elle n'est pas servie par de rigoureuses qualités de gestion appliquées à un minimum de moyens »<sup>115</sup>.

La responsabilité des associés, pour sous-capitalisation ou sous-dotation, basée sur une liberté plus étendue conférée à eux par le législateur de fixer le montant du capital social initial vise à réparer le préjudice subi par la société constituée. En effet, l'indemnisation ne devrait pas se faire au profit des créanciers sociaux car cela poserait le problème de la conciliation de cette solution avec celle de la jurisprudence

---

cité par Sabine DANA-DÉMARET, *Le capital social, op. cit.*, p. 1.

<sup>109</sup> Alain SAYAG et Alexis PALMADE, Le capital social et sa rémunération après les récentes réformes, *Rev. Sociétés*, 1983, 699, n°2 cité par Benoît RAYNAUD, *Droit de l'ingénierie sociétaire*, Paris : Joly, 2014, p. 21, n°58.

<sup>110</sup> Jérôme BONNARD, *Droit des sociétés*, Hachette Supérieur, 11<sup>ème</sup> éd. 2015/2016, p. 51.

<sup>111</sup> Benoît RAYNAUD, *Droit de l'ingénierie sociétaire*, Paris, Joly, 2014, p. 21, n°59.

<sup>112</sup> « La liberté n'a jamais impliqué l'absence de responsabilité », écrivait Renaud MORTIER, *Droit des sociétés. Opérations sur le capital social. Aspects juridiques et fiscaux toutes sociétés, op. cit.* p. 54, n°46.

<sup>113</sup> Cass. Com., (Fr) 12 mai 2015, n°13-27.716, Sté Rhodia c/ Sté Sanofi, inédit. JurisData n°2015-019546, Dr. Sociétés 2015, Comm. 163, note Renaud MORTIER. Voy. également Renaud MORTIER, *Droit des sociétés. Opérations sur le capital social. Aspects juridiques et fiscaux toutes sociétés, op. cit.*, p. 55, n°46.

<sup>114</sup> Cass. Com., (Fr) 23 nov. 1999, RJDA 4/00, 457 cité par Benoît RAYNAUD, *Droit de l'ingénierie sociétaire*, Paris : Joly, 2014, p. 21, n°58. Voir avant cette décision, CA Aix-en-Provence, 16 mai 2001 : BRDA 3/2002, n°7.

<sup>115</sup> Rouen, 20 octobre 1983, *Rev. Sociétés* 1984-764, note de M. N. LEGRAND cité par Sabine DANA-DÉMARET, *Le capital social*, Paris, LGDJ, 2004, vol. 1, Thèse de doctorat de Droit privé, Université de Lyon, 1989, Litec, Paris, 1989, p. 1.

maintenant établie et selon laquelle un associé ne répond à l'égard des tiers que de sa « faute intentionnelle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à la qualité d'associé »<sup>116</sup>. Or, ici, la décision fautive s'inscrit parfaitement dans l'exercice normal de la liberté reconnue aux associés.

La responsabilité examinée est propre aux associés et ne peut être partagée par les dirigeants non associés parce que la création d'une société ne relève pas de la gestion de cette société<sup>117</sup> et l'insuffisance des apports consentis à une société lors de sa constitution, qui est imputable aux associés, ne peut donc constituer une faute de gestion des dirigeants<sup>118</sup>. Pourtant, il semble également logique que, lorsque le capital social initial est d'un montant insuffisant au regard de l'activité menée, la responsabilité des dirigeants sociaux soit de rechercher des ressources supplémentaires<sup>119</sup>. A partir de là, l'on doit pouvoir considérer que le dirigeant d'une société, qui continue l'activité d'une société qui a été créée sans apport de fonds propres suffisants pour assurer son fonctionnement dans des conditions normales et sans que les mesures nécessaires pour remédier à cette

insuffisance de fonds propres soient prises, commet une faute de gestion de nature à entraîner sa condamnation à combler le passif social<sup>120</sup>. C'est, en tout cas, ce que retient le nouvel article L. 651-2 du code de commerce français, qui prévoit qu'en cas de liquidation judiciaire d'une personne morale, s'il apparaît une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance, décider de porter tout ou partie du montant de cette insuffisance d'actif à la charge de tous les dirigeants de droit ou de fait, ou seulement certains d'entre eux, qui ont contribué à la faute de gestion<sup>121</sup>.

La mise en œuvre de la responsabilité civile des associés, pour des choix de financement considérés comme fautifs, nécessite la mise en exergue des difficultés dont la détection et la mesure constituent d'autres utilités juridiques du capital social. Ces fonctions qui ne sont pas nouvelles connaissent cependant un renforcement, surtout avec le recul marqué des fonctions dites traditionnelles du capital social.

<sup>116</sup> Cass. Com., (Fr) 18 février 2014, n°12-79.752, FS+P+B, *SAS Macris c/ SAS ITM alimentaire internationale* : *JurisData* n°2014-002810 ; *JCP E* 2014, 1160, note Bruno DONDERO.

<sup>117</sup> Cass. Com., (Fr) 10 mars 2015, n°12-15.505, P+B, R. c/O. *Sté Louis et Laurent Hirou* : *JurisData* n°2015-005248 ; *JCP E* 2015, 1338, note Bruno DONDERO ; *Dr. Sociétés* 2015, Comm. 164, note René MORTIER.

<sup>118</sup> Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., n°259.

<sup>119</sup> Bruno DONDERO, *Droit des sociétés*, Paris, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 2015, n°44.

<sup>120</sup> Il faut rappeler que le comblement du passif social désigne est une action qui oblige tous les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ou certains d'entre eux, à supporter, en tout ou partie, avec ou sans solidarité, les dettes de la personne morale si l'insuffisance apparue lors du redressement judiciaire ou de liquidation des biens est imputable à une faute de gestion y ayant contribué. Voir dans ce sens Sabine DANA-DÉMARET, *Le capital social*, Paris : LGDJ, 2004, vol. 1, Thèse de doctorat de Droit privé, Université de Lyon, 1989, Litec, Paris, 1989, p. 348.

<sup>121</sup> Dominique LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, Paris, Sirey, 21<sup>ème</sup> éd., 2014, p. 603.

## B.- La fonction de détection des difficultés de la société

Il est évident que le capital social ainsi que ses principes d'intangibilité et de fixité ne peuvent empêcher que la société ait des dettes sociales ou subisse des pertes sociales. C'est la raison pour laquelle le législateur en a fait un instrument préventif qui, sans pouvoir les empêcher, permet de les détecter, de les mesurer, de les retarder et d'alerter les associés et les créanciers lorsqu'il y a une dégradation patrimoniale importante. Par le biais des ratios prévus par le législateur OHADA, le capital social se révèle comme un « point de repère fixe et stable »<sup>122</sup>, un « excellent indicateur » de la viabilité par la mesure de l'actif net<sup>123</sup> (2) et de la solvabilité de l'entreprise par la mesure de l'actif disponible (1).

### 1.- Le capital social comme instrument de mesure de la solvabilité de la société

Le déclin du capital social se vérifie dans certains systèmes juridiques nationaux ou communautaires étrangers<sup>124</sup>.

C'est le cas notamment en droit américain où la réforme du droit des sociétés autorisant l'émission d'actions sans valeur nominale vise, principalement, à protéger les fondateurs contre les actions en responsabilité pour surévaluation des apports en nature<sup>125</sup>. L'idée qui la sous-tend est celle de l'autorégulation, avec en arrière-plan les principes de « corporate governance »<sup>126</sup>. Il faut toutefois reconnaître que cette philosophie du système américain de régulation « ex post » des apports en société, bien que flexible, n'est praticable que dans les États dotés d'un système judiciaire indépendant et fort. Même dans ce dernier cas, il montre quelquefois ses limites à travers des manipulations aboutissant à des faillites retentissantes<sup>127</sup>.

Il en est de même en droits comparés français et européen des sociétés où le renforcement du régime du capital social ne semble pas non plus être la tendance. En droit européen, trois orientations de réforme avaient été envisagées, en 2003, par la Commission européenne, dans un document de travail soumis à consultation

<sup>122</sup> Sabine DANA-DÉMARET, *Le capital social*, op. cit., p. 299.

<sup>123</sup> Benoît RAYNAUD, *Droit de l'ingénierie sociétaire*, Paris, Joly, 2014, p. 21, n°60.

<sup>124</sup> En Nouvelle-Zélande, par exemple, le capital social a été remplacé par des tests dits de « solvabilité » (Renaud MORTIER, *Droit des sociétés. Opérations sur le capital social. Aspects juridiques et fiscaux toutes sociétés*, op. cit., p. 23, n°27). Aux États Unis d'Amérique, il a été progressivement admis, depuis 1912, l'émission d'actions sans valeur nominale, dénommées « no per value shares » dans tous les États, sauf quatre d'entre eux qui ont conservé l'exigence d'un capital social minimal symbolique (500\$ dans l'État d'Oklahoma, 1,000\$ dans les États de Washington DC, South Dakota et Texas).

<sup>125</sup> Renaud MORTIER, *Droit des sociétés. Opérations sur le capital social. Aspects juridiques et fiscaux toutes sociétés*, op. cit., p. 23, n°27.

<sup>126</sup> Il s'agit notamment de la responsabilité des administrateurs, de l'importance des missions d'audits et de contrôle interne et du rôle décisif de la comptabilité.

<sup>127</sup> C'est le cas de la société américaine *Enron* qui, le 2 décembre 2001, au moment où elle était le numéro un mondial du courtage en énergie, se déclarait en faillite et entraînait dans son sillage une profonde remise en cause du mode de fonctionnement des sociétés de capitaux et des règles élémentaires du gouvernement d'entreprise par rapport aux impératifs de rentabilité provenant du nouveau pouvoir des actionnaires (Benoît FERRANDON, Les leçons de l'affaire Enron, Les nouvelles logiques de l'entreprise, *Cahiers français*, n° 309, 69).



publique. Le premier consistait à maintenir les règles régissant le capital social, au prix d'un réaménagement pour les simplifier. Le deuxième consistait, à l'opposé du premier, à imposer une condition de solvabilité ainsi que le respect de ratio de capitaux propres par rapport au passif. Le problème c'est que ce système n'était ni plus souple, ni plus protecteur des créanciers sociaux que le capital social. Le troisième mode de réforme envisagé était celui des tests de solvabilité, directement repris du droit américain<sup>128</sup>. C'est ainsi que le système de double test de solvabilité, proposé dans le rapport dit « Winker », avait été retenu par la Commission européenne<sup>129</sup>. Le premier test proposé portait sur le bilan. Il s'agit du test de l'actif net<sup>130</sup>, selon lequel, l'actif, net de toute forme de distribution<sup>131</sup>, doit être supérieur au passif, « capital action »<sup>132</sup> non compris. Le second test, qui devait, cumulativement avec le premier test, être satisfait, portait sur la liquidité<sup>133</sup>. Le test de liquidité exigeait que la société dispose de suffisamment d'actifs liquides pour assurer le paiement des dettes au fur et à mesure de leur exigibilité pendant une période d'au moins un an<sup>134</sup>.

Dans le même sens, après la réforme portée par la loi française sur l'initiative économique, une partie de la doctrine s'était nettement interrogée sur la compatibilité

des fonctions, considérées comme « radicalement opposées », que doit assumer le capital social. Alors que la protection des créanciers sociaux et le besoin de financement de la société militent en faveur de la fixation légale d'un capital social minimum élevé, la nécessaire protection des associés et la volonté de simplifier la création de sociétés tendent, au contraire, à faire retenir un capital social minimum faible ou librement fixé par les associés. Il a alors été proposé de créer, à côté du capital social représentatif de l'ensemble des apports des associés et destiné à informer des moyens mis au service de la société pour assurer son démarrage, un « capital d'engagement » représentatif de l'engagement de chacun des associés vis-à-vis des créanciers sociaux<sup>135</sup>. Ce capital d'engagement devait avoir pour fonction de fixer le montant de l'engagement de chaque associé à contribuer aux pertes sociales. Il déterminerait la somme maximale pour laquelle chaque associé s'engagerait vis-à-vis des créanciers sociaux et à laquelle sa responsabilité serait limitée. Le capital social devait voir alors ses fonctions limitées principalement au financement de la société. La plus importante particularité du capital d'engagement pourrait tenir au fait qu'à la différence des apports effectués en capital social, les sommes formant le

<sup>128</sup> Renaud MORTIER, *Droit des sociétés. Opérations sur le capital social. Aspects juridiques et fiscaux toutes sociétés*, op. cit., p. 27, n°30.

<sup>129</sup> Jaap WINKER, *A modern regulatory framework for company law in Europe, Report of the high-level group of company law experts*, Commission européenne, Bruxelles, 4 novembre 2002, p. 161. V. également Jonathan RICKFORD, *Reforming capital: report of the interdisciplinary group on capital maintenance*, 2004, EBLR, 15:4.

<sup>130</sup> « Balance sheet insolvency test » en droit américain des sociétés.

<sup>131</sup> Dividendes, rachats d'actions, réductions de capital, etc.

<sup>132</sup> Nouvelle appellation du capital social dans la proposition.

<sup>133</sup> « Equity insolvency test » en droit américain des sociétés.

<sup>134</sup> Renaud MORTIER, *Droit des sociétés. Opérations sur le capital social. Aspects juridiques et fiscaux toutes sociétés*, op. cit., p. 28, n°32.

<sup>135</sup> Laure NURIT-PONTIER, *La détermination statutaire du capital social : enjeux et conséquences*, Recueil Dalloz 2003 p.1612.

capital d'engagement ne feraient pas l'objet de transfert de propriété à la société mais demeurerait en la possession et la propriété de chaque associé apporteur. Il en résulterait donc un capital d'engagement « virtuel », à la différence du capital social qui doit nécessairement être « réel »<sup>136</sup>.

Malgré ces tendances nouvelles qui auraient pu influencer ou inspirer le législateur OHADA, celui-ci semble avoir opté pour une approche sécurisante du capital social. C'est ce qui ressort de l'analyse des règles encadrant le capital social. Ces règles forment un corpus cohérent assurant le maintien de la notion tout en favorisant une plus grande flexibilité et une efficacité renforcée de son régime. Le capital social a donc, en droit des sociétés commerciales OHADA, une mission de « nature fondamentalement préventive » s'intégrant parfaitement dans le cadre législatif des sociétés en difficulté financière et permettant de diagnostiquer les hémorragies de capitaux propres et de prendre des mesures de correction propres à éviter la cessation des paiements<sup>137</sup>. Au pire, l'on peut considérer qu'il demeure un « indice de solvabilité » entouré des précautions nombreuses relatives à sa réalité tels que le dépôt de numéraires, l'évaluation des apports en nature et la

sanction des apports fictifs<sup>138</sup>. Si malgré tout, la prévention se révèle inefficace, le capital resterait l'outil qui, en cas de difficulté, permet de mesurer la viabilité de la société.

## 2.- Le capital social comme instrument de mesure de la viabilité de la société

Le montant du capital social constitue en lui-même une garantie indirecte en ce qu'il permet de fixer un seuil de pertes sociales que la société peut franchir sans compromettre le désintéressement de ses créanciers et sa propre survie<sup>139</sup>. Ce seuil porte sur la variation des capitaux propres<sup>140</sup> par rapport au montant du capital social tel qu'arrêté par les statuts sociaux<sup>141</sup>.

Les capitaux propres correspondent à la valeur de l'actif restant disponible après extinction totale du passif social ; c'est la valeur qui servirait à rembourser les apports et dont le reliquat après ce remboursement constituerait le boni de liquidation que les associés se partageraient. Autrement dit, les capitaux propres sont des fonds dont la société a la maîtrise et qu'elle n'est pas susceptible de se voir réclamer en cours de vie sociale, sauf décision des associés. Ils représentent une réalité concrète, soumise à

<sup>136</sup> *Ibidem*.

<sup>137</sup> Sabine DANA-DÉMARET, *Le capital social*, op. cit., p. 301.

<sup>138</sup> Art. L. 223-42 pour les SARL et L. 225-248 pour les sociétés par actions. V. Paul LE CANNU, Les rides du capital social, in *Quel avenir pour le capital social ?* Dalloz, 2004, p. 6.

<sup>139</sup> Filiga Michel SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, Bruxelles, Bruylant, Droit uniforme africain, 2002, p. 33.

<sup>140</sup> Anciennement dénommés actif net social, c'est la loi française n°83-353 du 30 avr. 1983, art. 8, D.

1983. 225, qui a substitué l'appellation de capitaux propres à l'ancienne dénomination d'actif social net.

<sup>141</sup> En droit OHADA, le seuil est prévu par les dispositions des articles 371 et 664 de l'AUSCGIE. L'article 371 (dont la règle est identique à celle de l'article 664) dispose que : « si, du fait des pertes constatées dans les états financiers de synthèse, les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social (...) ». Pour les SA, l'organe compétent est le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas (art. 664 de l'AUSCGIE). Voir, pour le droit comparé français, l'art. L. 223-42 du code de commerce français.

variation. Ils donnent, bien plus que le capital social, la mesure de la fortune de la société<sup>142</sup>. Les capitaux propres, qui sont eux-mêmes une composante des fonds propres qui englobent les capitaux propres et les autres fonds propres qui sont la partie non exigible du passif, telles que les avances en comptes courants d'associés assorties d'une convention de blocage. Les fonds propres ne sont remboursables qu'après désintéressement de tous les créanciers. Ces fonds ne sont pas non plus à confondre avec les capitaux permanents qui recouvrent à la fois les fonds propres et les dettes à échéance de plus d'un an<sup>143</sup>.

Le seuil de variation s'explique assez aisément du point de vue du droit comptable. Le capital est, il est vrai, composé du montant total des valeurs des apports en numéraire et des apports en nature effectués par les associés mais il équivaut encore, d'un point de vue patrimonial, au moment précis où la société est constituée à l'actif net de celle-ci, à la richesse de la société. À la constitution de la société, c'est donc le montant du capital social qui constitue le seuil qui protège les tiers créanciers. En effet, la société ne peut distribuer aux associés des dividendes lorsque cette distribution ramènerait ses capitaux propres en dessous du montant du capital social<sup>144</sup>. Le capital constitue en cela « une ligne d'arrêt idéale tracée dans l'actif » autour de la valeur primitive des

apports qui, sans identifier des valeurs précises, engage les associés et la société à ne pas retirer l'actif se situant à l'intérieur du cercle, en la rendant indisponible<sup>145</sup>.

Pour les créanciers, cette ligne apparaît donc, non seulement, comme « une ligne d'horizon, une ligne de sécurité, plus ou moins arbitraire, totalement historique » qui empêche qu'une distribution de dividendes ne puisse s'imputer sur le capital social<sup>146</sup> mais aussi comme un seuil dont le franchissement conduit à la dissolution que les associés ne peuvent éviter qu'en procédant à la reconstitution de l'actif net (capitaux propres)<sup>147</sup>. Le capital social est alors utilisé comme « un outil de sauvetage pour les entreprises en difficulté ». Lorsque le seuil d'alerte est dépassé, le capital social peut être utilisé comme l'instrument de régularisation dès lors que l'hypothèse de la dissolution anticipée est exclue par les associés. La régularisation se fera, soit par la réduction du capital, en vue d'apurer les pertes, soit par une augmentation -par apport de capitaux nouveaux ne figurant pas déjà au passif du bilan- en vue de reconstituer l'actif. Bien évidemment, cette dernière option apparaît bien nettement comme la formule idéale de reconstitution des fonds propres de la société<sup>148</sup>. Dans ce cas, les associés peuvent être contraints à participer à une augmentation de capital ou à céder le contrôle à un nouveau venu ou

<sup>142</sup> Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, op. cit., n°262

<sup>143</sup> Jérôme BONNARD, *Droit des sociétés*, Hachette Supérieur, 11<sup>ème</sup> éd., 2015/2016, p. 51.

<sup>144</sup> Bruno DONDERO, *Droit des sociétés*, Paris, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd., 2015, n°44.

<sup>145</sup> Sabine DANA-DÉMARET, *Le capital social*, Paris, LGDJ, 2004, vol. 1, Thèse de doctorat de Droit

privé, Université de Lyon, 1989, Litec, Paris, 1989, p. 97.

<sup>146</sup> Hervé LE NABASQUE, La fin de la connexion apports-capital, in *Quel avenir pour le capital social ?* Dalloz, 2004, p. 124.

<sup>147</sup> Paul Le CANNU et Bruno DONDERO, *Droit des sociétés*, Paris, LGDJ, 6<sup>ème</sup> éd., 2015, n°207.

<sup>148</sup> Sabine DANA-DÉMARET, *Le capital social*, op. cit., p. 305.

« repreneur » qui apporte les fonds propres à remettre la société à flots<sup>149</sup>.

Il semble cependant permis de regretter que les règles de l'AUSCGIE, relatives à la régularisation, ne soient pas suffisamment contraignantes, en termes de délais. En effet, la régularisation n'est obligatoire que pour des pertes constatées en comptabilité et l'obligation ne court qu'à compter de l'assemblée générale ordinaire annuelle qui peut se tenir six mois après la clôture de l'exercice de perte. Etant donné que le délai dont dispose le conseil d'administration d'une société anonyme pour décider de la dissolution ou de la régularisation est de quatre mois, en pratique la décision peut n'intervenir qu'à la clôture du deuxième exercice suivant la constatation des pertes<sup>150</sup>. C'est pour renforcer la sanction que le législateur OHADA a constitué en infraction pénale l'inaction des dirigeants sociaux, en cas de dépassement de ce seuil<sup>151</sup>.

## Conclusion

En fin de compte, la question de l'avenir du capital social reste posée et aucune réponse tranchée et unanime ne semble pouvoir lui être apportée. Il n'est, en effet, pas définitivement admis par tous que l'on puisse considérer le capital social soit comme un outil de régulation de l'institution qu'est l'entreprise sociétaire, à travers les fonctions traditionnelles de protection des créanciers sociaux et des associés, soit comme un marqueur de

l'engagement individuel et volontaire de chaque associé, apporteur de ressources, qu'il convient de soumettre à la libre volonté contractuelle des associés.

Il est incontestable que les fonctions classiques du capital social, celles qui faisaient du capital social le gage des créanciers sociaux et la clé de répartition des droits et des obligations entre les associés, sont de plus en plus critiquées. Il est également vrai qu'à la faveur des récentes réformes, le droit des sociétés commerciales OHADA a connu une contractualisation – libéralisation – plus accentuée des règles gouvernant la formation et les modifications du capital social des sociétés commerciales.

Cependant, toute conclusion tendant à annoncer la « mort » du capital social serait hâtive. En effet, au regard des utilités juridiques, exagérément considérées comme nouvelles, qui lui sont reconnues comme outil permettant à la société d'engager la responsabilité de ses associés et comme moyen de prévention, de détection et de mesure, des difficultés des entreprises, l'on peut, sans risque de se tromper, affirmer que le capital social ne peut être supprimé sans « ébranler l'architecture du droit des sociétés »<sup>152</sup>. Le capital social est essentiel pour la société commerciale, particulièrement la société de capitaux, car il en constitue la justification ultime et le socle. Du reste, n'est-ce pas dans cette logique qu'il faut inscrire les règles fiscales visant à lutter contre la sous-

<sup>149</sup> Paul LE CANNU et Bruno DONDERO, *Droit des sociétés*, Paris, LGDJ, 6<sup>ème</sup> éd., 2015, n°207.

<sup>150</sup> Paul LE CANNU, *Les rides du capital social*, *op. cit.*, p. 6.

<sup>151</sup> V. art. 901 de l'AUSCGIE.

<sup>152</sup> Chris BAKER et Estelle GUYON-ABINAL, *Le capital social en droit français et en droit américain : le point de vue du praticien*, in *Quel avenir pour le capital social ?* Sous la direction de Alain COURET et Hervé LE NABASQUE, Dalloz 2004, p. 193.

capitalisation, introduites dans la plupart des législations fiscales des Etats parties au Traité OHADA<sup>153</sup>. Il s'agit de règles destinées à contraindre les associés à libérer entièrement le capital social souscrit avant toute possibilité de se faire rémunérer sur les ressources apportées sous la forme d'avances<sup>154</sup>. C'est la raison ce qui justifie encore que la métaphore classique de l'astre mort s'impose : « Le capital social a peut-être perdu toute vie profonde mais il produit encore une lumière »<sup>155</sup> et « (...) a de toute façon, encore de beaux jours devant lui »<sup>156</sup>.

---

<sup>153</sup> A titre d'illustration, voy. pour le BF, loi n°058-2017/AN du 20/12/17 portant CGI au BF, art. 72, ; Pour le Mali, le CGI, art. 51-A et pour le Sénégal, le CGI, art. 8-2.

<sup>154</sup> V. art. 72 de la loi n°058-2017/AN du 20 décembre 2017 portant Code Général des Impôts du Burkina Faso.

<sup>155</sup> Alain COURET et Hervé LE NABASQUE (dir), Quel avenir pour le capital social ? *op. cit.* Propos introductifs.

<sup>156</sup> Hervé LE NABASQUE, La fin de la connexion apports/capital ? *in* Quel avenir pour le capital social ? Dalloz, 2004, p. 125.