

181. Une fois le capital social formé par l'acte de société, rien ne peut porter atteinte aux combinaisons qui ont présidé à sa constitution; rien, dis-je, que la volonté de tous les associés (1).

182. Ainsi, le capital ne peut être augmenté si tous les associés n'y consentent pas. Vainement la majorité déciderait-elle que le capital social est insuffisant et qu'un appel de fonds est nécessaire pour soutenir la marche de l'entreprise; la minorité peut se refuser de répondre à cet appel quand l'acte social ne l'autorise pas; un associé n'est tenu de payer que la mise convenue: l'obliger à un supplément, c'est sortir du contrat, c'est faire un contrat nouveau sans sa volonté. Tel individu a pu engager 20,000 fr. dans une société, qui se trouve dans l'impossibilité d'y mettre un sou de plus sans nuire à ses affaires. Toutefois la Cour royale de Nîmes, par arrêt du 3 fructidor an 12 (2), a voulu que le vote de la majorité obligeât chaque actionnaire à souscrire à l'augmentation (3), sauf à lui à se retirer de l'entreprise en renonçant à sa mise de fonds au profit de la société. Mais cette décision ne serait qu'un hardi excès de pouvoir, si quelques circonstances particulières de la cause n'avaient permis à la Cour de tirer de l'intention des parties la solution à laquelle elle est arrivée (4).

183. Que deviendra cependant la société ainsi abandonnée à des ressources insuffisantes?

De deux choses l'une:

Où le nombre des récalcitrans sera assez considérable pour forcer à liquider l'entreprise, et alors la société

(1) *Infra*, n° 724, sur l'art. 1859.

(2) S. 4. 2. 549. Dalloz, *Société*, p. 439.

(3) MM. Malpeyre et Jourdain, n° 337. M. E. Persil, p. 427, 438.

(4) *Infra*, n° 938, 939.

se dissoudra, faute des fonds nécessaires pour marcher.

Où bien il y aura des associés plus confians et plus dociles, en assez grand nombre pour relever les forces de la société; et, dans ce cas, les actionnaires dissidens ne toucheront les bénéfices qu'au prorata de la somme qu'ils auront originairement versée, tandis que ceux qui auront répondu à l'appel auront une part correspondante à la totalité des fonds qu'ils auront apportés au capital social. C'est ce qu'avait décidé le tribunal de Nîmes, dont la décision fut réformée par la Cour royale à raison des faits particuliers dont j'ai parlé tout à l'heure.

184. Toutefois, si les capitaux apportés par les associés persévérans permettaient de rembourser les dissidens de leur intérêt dans l'actif social, je crois que ce parti serait le plus juste et le plus sage; il vaudrait mieux fonder sur les débris de l'ancienne société, tirailée en sens contraire par des intérêts divergens, une association nouvelle, mue par l'identité de vues et par le même esprit de bonne intelligence.

185. Du reste, quand on créera une société dont la mise en activité exigera des avances difficiles à calculer, il sera prudent de se prémunir contre une dissolution prématurée, par des stipulations fixant nettement les devoirs des associés.

Ainsi, on réservera le droit de faire des emprunts jusqu'à concurrence de telle somme déterminée, ou bien on déclarera que, dans tels et tels cas donnés, un appel de fonds pourra être fait dans certaines limites réglées d'avance.

186. Reconnaissons-le toutefois. Ces moyens ne sont pas sans inconvéniens. Un emprunt grève la société d'obligations qui peuvent peser sur son avenir d'une manière fâcheuse: il faut payer des intérêts; il faut amortir le capital de l'emprunt. La liberté de l'entre-

prise en est sérieusement affectée, et son crédit peut en souffrir.

Et quant à l'appel de fonds, il effraie les souscripteurs d'actions qui n'aiment pas à s'aventurer dans l'inconnu; il éloigne les capitaux civils au lieu de les attirer vers l'industrie.

187. C'est pourquoi une combinaison ingénieuse a avisé au moyen suivant. On divise le capital social en séries d'actions, dont une partie est émise sur-le-champ, et dont l'autre ne doit être émise qu'ultérieurement et dans le cas seulement où l'intérêt de la société l'exigera (1). L'émission de ces dernières actions augmente les forces de l'association et le nombre de ses membres; elle lui procure des fonds qui s'ajoutent à son capital actuel et le rendent plus large et plus solide; elle n'oblige pas, comme l'emprunt, à un remboursement qui souvent ne peut s'effectuer qu'à l'aide d'un autre emprunt; elle laisse les actionnaires maîtres de prendre de ces nouvelles actions, ou de s'en tenir à leur mise primitive; et par-là elle les dégage des inquiétudes qui sont inséparables de la soumission à des appels de fonds (2).

188. Il arrive souvent que, pour plus de latitude, on stipule que le capital social pourra être porté, si les convenances de l'affaire le demandent, à une somme plus

(1) Je lis, par exemple, dans un acte de société en commandite qui est passé sous mes yeux : Le fonds social est fixé à 500,000 fr., et est représenté par 500 actions de 1,000 francs. Lesdites 500 actions seront divisées en 5 séries de cent actions chaque. — Ces 5 séries pourront ne pas être toutes en émission. — 4 seulement desdites séries sont actuellement mises en émission. — La 5^e ne le sera que si le gérant juge que l'intérêt de la société l'exige, et après qu'il aura prévenu de cette émission la commission de surveillance.

(2) MM. Malpeyre et Jourdain, n° 338.

élevée que le capital actuel, et cela au moyen d'une nouvelle émission d'actions. Mais, vu la gravité d'une telle mesure, il est convenable de réserver, dans l'acte constitutif de la société, que cette augmentation doit être arrêtée par une assemblée générale des actionnaires qui fixe le nombre des actions à émettre et les époques de leur paiement. — La délibération de l'assemblée oblige dans ce cas la minorité dissidente. La raison en est simple. Une éventualité a été prévue, et pour être prêt à l'événement, on s'en est rapporté à la décision de l'assemblée générale. Il ne faut donc pas que ce jugement soit paralysé par le caprice ou l'obstination de quelques associés; ils ont dû savoir en entrant dans la société à quoi ils s'engageaient.

189. Je viens de parler de l'augmentation du capital social. Voyons maintenant si pendant la société il peut être diminué par le fait des associés.

Un principe certain, c'est que le capital social est la garantie des tiers qui traitent avec l'association; il sert de gage aux créanciers qui ont suivi sa foi. Il ne peut donc être employé qu'aux affaires sociales.

Ainsi, on pourra certainement s'en servir pour faire les achats du matériel nécessaire à la société, pour opérer des constructions indispensables, pour faire faire des travaux préparatoires, pour se procurer un brevet d'invention, etc., etc. Le capital social n'a été apporté que pour assurer à la société les moyens de vivre, et l'emploi dont je parle rentre dans sa destination naturelle. — Les créanciers de la société n'ont pas pu s'imaginer que l'argent resterait en dépôt pour servir de cautionnement proprement dit aux engagements de la société. Ils ont su qu'il n'avait été versé que dans le but d'alimenter l'activité de l'association. Si, par suite d'un mauvais emploi, le capital social se trouve entamé, c'est un malheur auquel les créanciers ont dû s'attendre.

190. Mais cette conclusion n'est vraie qu'autant que l'emploi a été vraiment social. Que si le capital avait été diminué parce qu'il aurait plu à la société d'en remettre une partie aux associés et aux actionnaires, les tiers pourraient se plaindre de cette atteinte portée aux statuts. Ils n'en auraient pas moins le droit d'agir contre les associés bailleurs de fonds jusqu'à concurrence de la totalité de la mise stipulée (1).

191. Ceci me conduit à parler d'un cas qui se rattache plus particulièrement à l'interprétation de l'art. 1845, mais qui, vu la connexité, doit trouver sa place ici. — Dans la plupart des sociétés formées pour la construction et l'exploitation des chemins de fer, de canaux, de

et autres de même nature, qui nécessitent des travaux préparatoires considérables et de grandes avances de fonds, l'acte de

société porte presque toujours, que les associés bailleurs de fonds jouiront des intérêts de leur capital à partir des versements. Or, tant que les travaux ne sont pas terminés, tant que l'exploitation n'a pas produit des bénéfices, il est évident que les intérêts ne peuvent être pris que sur le capital. C'est une délibération de l'actif social. Partant de là, des esprits scrupuleux ont été entraînés à penser qu'il y avait dans ceci un détournement préjudiciable aux tiers; qu'il était dérisoire de tolérer qu'un associé donnât d'une main et reprît de l'autre; que, dans la réalité, cet actionnaire ne versait pas ce à quoi il s'est engagé. C'est pourquoi le conseil d'État a long-temps lutté contre de pareils pactes; il les a considérés comme contraires à l'art. 1845 du C. civ., à l'art. 26 du C. de comm. et à toutes les notions admises en matière de crédit (2).

Mais, d'un autre côté, le gouvernement, préoccupé

(1) Arg. de l'art. 1845.

(2) *Infra*, n° 486.

des intérêts généraux plutôt que de certaines subtilités civiles, s'est montré moins rigoureux dans l'application des principes, et, malgré les avis du conseil d'État, il a fait les concessions commandées par la force des choses. Les capitaux sont indispensables pour mettre en mouvement ces grands travaux, sur lesquels repose l'avenir industriel de notre pays. Où les trouver cependant, ces capitaux, si l'on repousse avec inflexibilité les combinaisons qui peuvent les attirer? Or, les petits capitalistes ne se décideront jamais à verser leurs fonds, si pendant un certain temps ils doivent être condamnés à ne rien recevoir annuellement à titre d'intérêts. En vain, vous leur

diriez que ces intérêts portent au nom trompeur; qu'ils ne sont pas des fruits; qu'ils ne sont qu'un démembrement de capitaux, dont la vraie destination économique

est de rester intacts. Ce langage est vrai et raisonnable; mais il ne convaincra personne. Les capitalistes préféreront une fiction qui flatte leurs habitudes; rentiers, ils donneront leur assentiment à une combinaison qui les traite en rentiers, espérant que le succès de l'entreprise, à laquelle ils donnent leur confiance, couvrira cet emprunt momentané fait sur soi-même, et rendra au capital social son effectif nominal. Que si un rigorisme stoïque s'obstine à vouloir qu'il n'y ait pas de répartition d'intérêts, eh bien! ils porteront ailleurs leurs capitaux, et l'industrie sera frappée d'inertie, à moins qu'elle n'aille chez les banquiers faire des emprunts qui coûteront bien plus cher. Dans cet état, le gouvernement, qui voulait la fin, a dû vouloir les moyens; il a capitulé avec les préjugés.

Je suis d'autant moins porté à l'en blâmer, qu'aucun principe de droit ne se trouve blessé par sa tolérance. Vainement objecte-t-on que c'est s'écarter de l'art. 1845, qui veut que chaque associé soit tenu de tout ce qu'il a promis de verser, et que l'on viole l'art. 26 du C. de

comm., d'après lequel les associés bailleurs de fonds sont responsables jusqu'à concurrence de leur mise. Mais comment ne voit-on pas que dès l'instant que les statuts ont permis des répartitions d'intérêt avant que l'entreprise ne fût productive, c'est comme s'il avait été convenu, clairement et invinciblement convenu, que le capital nominal ne serait pas le capital effectif, et que la mise consisterait, non dans la somme versée, mais dans ce qui en resterait après les intérêts payés? Que parlez-vous de la sûreté des créanciers qui ont traité avec l'association? Est-ce qu'ils n'ont pas lu l'acte de société? Est-ce qu'ils n'ont pas su que, par une sorte de circuit ouvertement annoncé, les associés bailleurs de fonds ont mis une portion de l'apport en dehors de l'actif social destiné à garantir les tiers? Qu'on ne dise donc pas que les créanciers seraient fondés à faire le rappel de ces sommes indûment perçues!! Nullement. Les associés ont usé de leur droit; ils ont profité d'un pacte qui était la loi commune. *Nemo damnum dat qui jure suo utitur*. Tout ceci est vrai pour les sociétés anonymes comme pour les sociétés en commandite. Tous les jours on voit dans les sociétés en commandite des conventions de ce genre. Il est du devoir des tribunaux de les respecter.

192. Mais on comprend que la solution serait toute différente si les distributions d'intérêts ou de dividendes, aux dépens du capital, étaient faites sans avoir été autorisées par les statuts. Ce ne serait plus alors qu'un détournement, et chaque associé serait débiteur, envers la société et envers les tiers, du montant de la distraction dont il aurait profité (1). Autant le rapport serait

(1) C'est à ce cas que je crois qu'il faut limiter l'opinion de MM. Malpeyre et Jourdain, n° 339; elle serait fautive s'il fallait lui donner plus de portée et l'étendre au cas où les statuts auraient parlé. Au reste, ils auraient dû faire la distinction. *Infra*, n° 466 et 622.

dans le cas précédent un acte de violence, autant il serait juste dans celui-ci.

193. A l'époque encore récente où la frénésie du jeu s'était emparée des sociétés en commandite (1), de hardis agioteurs avaient imaginé une autre combinaison pour attirer les actionnaires. C'était de donner à la société l'auxiliaire d'une loterie, en retranchant du capital social une certaine somme que l'on attribuait à des numéros gagnans. Soit un capital social d'un million (on sait que l'on ne pouvait pas parler de moins d'un million, c'était le chiffre sacramental) : 300,000 fr. sont mis à part; on en fait un fonds de jeu; des lots de force inégale sont formés et attachés à des numéros privilégiés. L'urne révèle ceux des actionnaires que la fortune appelle à profiter de ces primes.

Cette combinaison avait été imitée de l'emprunt de la ville de Paris. Mais là elle avait été autorisée par une loi; ici la loi contre les loteries la défendait. Le ministère public s'étant ému, le tirage n'eut pas lieu. On se borna à répartir le fonds de 300,000 fr. entre tous les actionnaires au prorata du nombre de leurs actions.

Du reste, il est évident que, dans la société dont je parle, les créanciers non payés auraient vainement exigé le rapport de ces 300,000 fr. par les actionnaires. Cette somme n'avait jamais fait partie de la mise sociale; elle n'avait jamais été destinée aux besoins de la société; et les art. 1845 du Code civil et 26 du Code de commerce n'auraient pu être invoqués contre les actionnaires, que par un oubli de la loi du contrat.

(1) En 1837 et 1838.