

20-06
28.02.06

La variabilité du capital dans les coopératives
ou
le capital remboursable est-il encore du capital ?

François Espagne
ancien secrétaire général
de la Confédération générale des Sociétés Coopératives Ouvrières de Production

Sommaire

I - La norme 32 de l'International Accounting Standards Board

II – L'état du droit

- 21. Les lois françaises
- 22. Deux réponses de la doctrine et de la jurisprudence
 - 221. Les coopératives peuvent-elles bénéficier de la variabilité ?
 - a) L'énoncé du problème
 - b) La solution Lyon-Caen
 - 222. Toutes les coopératives peuvent-elles appliquer le titre III ?
- 23. Les lois européennes
 - 231. Les coopératives constituées sans capital
 - 232. La variabilité du capital dans les lois européennes
 - 233. Trois cas originaux
 - 234. Les délais de remboursement

III – La contribution de la loi de 1867 à la formation du droit coopératif

- 31. L'application du titre III caractérise-t-elle les coopératives ?
 - 311. Le titre III, loi coopérative sans le dire
 - 312. Le développement du droit coopératif en dehors du T. III
 - 313. Le statut général de 1947
- 32. La limitation du montant du capital et de ses augmentations
- 33. Droit d'exclusion et droit de remboursement
 - 331. Un droit absolu dans son principe, tempéré dans certaines lois
 - 332. Le droit de décision unilatérale de remboursement

IV – Signification et conséquences de la variabilité

- 41. Capital remboursable plus que capital variable
 - 411. La variabilité considérée comme un inconvénient
 - 412. La variabilité considérée comme un avantage
- 42. Capital remboursable et responsabilité
 - 421. Singularité du titre III
 - 422. Critiques de P. Hubert-Valleroux et de Léon Walras
 - 423. Quelques exemples de responsabilité au-delà du capital
- 43. Remboursabilité et réserves impartageables
 - 431. Les dispositions légales
 - 432. La doctrine
 - 433. Le titre III, référence implicite aux réserves impartageables

V – La sortie des associés sans diminution des capitaux propres

- 51. La cession de parts sociales
 - 511. Dans le droit coopératif français
 - a) obstacles
 - b) ambiguïtés
 - 512. Dans d'autres droits coopératifs européens
 - a) Royaume Uni et Irlande
 - b) Italie
- 52. Le remplacement ou la compensation obligatoires du capital remboursé
- 53. Le rachat de son propre capital par la coopérative elle-même
 - 531. La 2^{ème} directive de 1976
 - 532. La loi italienne et la loi basque

VI– Quelques conclusions personnelles

- 61. Sur la logique du système coopératif
- 62. Sur l'exigence de liquidité et l'exigence de sécurité

-
- ◦

I – La norme 32 de l'IASB

Fin 2004 a été rendue publique la norme 32 de l'IASB (*International Accounting Standards Board*), qui considère comme capitaux d'emprunt et non comme capitaux propres toute une partie du capital social des coopératives à capital variable : non pas la partie soumise au risque de remboursement, – c'est-à-dire celle qui excède le plancher en dessous duquel la loi ou les statuts interdisent de rembourser les parts -, mais plus précisément celle sur laquelle les membres ont un droit de remboursement et la coopérative une obligation de rembourser soit automatiquement soit à la requête du membre. Ne resteraient ainsi considérées comme capitaux propres que la fraction du capital au-delà du plancher sous lequel les parts ne peuvent pas être remboursées, et celles des parts dont le remboursement ne serait pas un droit pour les membres mais dépendrait d'une décision discrétionnaire de la société.

Même ainsi circonscrit, le déclassement d'une partie souvent importante du capital pourrait avoir des conséquences graves sur la notation des plus grandes coopératives, et reposer pour les moins grandes le problème de leur crédibilité. La norme ne s'applique pour l'instant qu'aux coopératives soumises à l'obligation de consolider leurs comptes et ceux de leurs filiales. Mais son extension, et avant même celle-ci l'effet de contagion sont possibles, sinon probables : prétexte à un inventaire critique mais incomplet de quelques une des questions que soulève le statut du capital dans les coopératives, plus précisément à une interrogation à la fois inactuelle et pratique sur ou à propos de sa variabilité.

II – L'état du droit

21. Les lois françaises

La variabilité du capital est entrée dans le droit français avec le titre III de la loi du 24 juillet 1867 : un texte qui rendait possible la constitution de coopératives sous le statut de sociétés de droit commun, et, semblablement, permettait aux sociétés de droit commun d'user de la commode variabilité du capital. La possibilité d'échapper aux contraintes de la fixité du capital n'était d'ailleurs pour celles-là que ce qu'elle était pour celles-ci : une faculté, pas une obligation : "il *peut* être stipulé, dans les statuts de *toute* société, que le capital sera susceptible..." (art. 48). Et la loi du 10 septembre 1947 (art. 13) laisse ouverte l'hypothèse de coopératives dont le capital ne serait pas variable.

Les solutions des premières lois particulières étaient sur ce point tout à fait hétéroclites.

La loi du 18.12.1915 disposait que les SCOP, les coopératives ouvrières de crédit et les banques coopératives ouvrières devaient être constituées sous l'une des formes déterminées par les titres I (commandite par actions), II (SA) et III (variabilité) de la loi de 1867. Alfred Nast (*Code de la Coopération*, Sirey, 1928, pp. 124 et 130) tenait que l'art. 48 du titre III imposait de greffer la variabilité sur un des deux seuls types du droit commun, SA ou commandite par actions, régies par la loi de 1867. Inversement, Paul Ramadier

(*Définition et nature juridique des coopératives de consommation*, F.N.C.C., 1932, p. 38) jugeait que les SCOP, qui pouvaient choisir sans les combiner entre les formes I et II, pouvaient de même choisir la I ou la II sans prendre la variabilité, ou opter pour la variabilité sans la combiner nécessairement avec I ou II (par exemple sociétés civiles ou sociétés en nom collectif à capital variable).

La variabilité était explicitement présentée comme une simple possibilité pour les caisses de crédit maritime mutuel (loi du 04.12.1913), les caisses de crédit agricole mutuel (loi du 05.08.1920), ou les banques populaires (décret du 31.01.1918 et loi du 07.08.1920). Elle n'était pas mentionnée dans les premiers textes sur la coopération agricole, elle apparaît pour la 1^{ère} fois pour celle-ci dans la loi du 05.08.1920, et encore comme une simple faculté. Ou encore, dans le cas des sociétés de caution mutuelle, le texte n'évoquait ni la variabilité ni le titre III mais imposait aux statuts de prévoir le remboursement des sociétaires retoyants (loi du 13.03.1917, art. 2).

Seules, en définitive, les coopératives de consommation s'étaient vu imposer la variabilité du capital (article 1^{er} de la loi du 07.05.1917).

La variabilité est devenue la règle générale dans presque toutes les lois particulières récentes, qui ont fini par rendre obligatoire ce que la pratique avait rendu fréquent : c'est le cas pour les coopératives agricoles (code rural, art. L 551-2), les SCOP (loi du 19.07.1978, art. 2 et 3), les coopératives d'artisans et celles de transporteurs (loi du 20.07.1983, art. 3 et 4), les coopératives maritimes (même loi, art. 40 et 42), les coopératives de commerçants (loi du 11.07.1972, art. 3).

Mais il y a des exceptions : d'une part, le choix de la fixité reste ouvert aux caisses de crédit agricole mutuel (code rural, art. L 620), à celles de crédit maritime mutuel (loi du 11.07.1975, art. 8 et 10), aux sociétés de caution mutuelle et aux banques populaires (décret du 31.01.1918). Pour les caisses de crédit mutuel, le seul texte applicable est la loi de 1947, qui laisse l'option théoriquement ouverte, même si les statuts-types prescrivent la variabilité ; d'autre part, c'est non pas la variabilité mais la fixité qui est imposée à la Caisse centrale de crédit coopératif (loi du 27.12.1974, art. 16) et aux coopératives de banque (loi du 17.05.1982, art. 1^{er}). Sur la loi locale alsacienne-mosellane, voir 231 ci-après (sous "Allemagne").

22. Deux réponses de la doctrine et de la jurisprudence

221. *Les coopératives peuvent-elles bénéficier de la variabilité ?*

a) L'énoncé du problème

La question paraît aujourd'hui absurde. Elle s'est cependant posée, face à un texte dont la rédaction paraissait ne concerner que les sociétés de droit commun.

Pendant longtemps, on s'est interrogé sur le point de savoir si les coopératives procédaient du contrat de société, du contrat d'association, ou d'un contrat innommé interprétable par référence au contrat nommé le plus proche. Par son arrêt "chambres réunies" du 11.03.1914, confirmant un premier arrêt du 04.08.1909, dit arrêt Manigod ("Caisse rurale de Manigod, société coopérative de crédit en nom collectif à capital variable"), la Cour de Cassation avait tranché : faute de répondre au critère de lucrativité de l'article 1832 du code civil (la notion de bénéfice étant par ailleurs entendue comme le gain produit par la mise en commun des apports et ajoutant au patrimoine des associés), les coopératives ne sont pas des sociétés mais des associations.

Se posait ainsi la question de l'applicabilité du titre III de la loi de 1867. La contradiction était que ce titre avait été rédigé pour répondre à la requête des coopérateurs qui souhaitaient une loi qui ne les distinguât pas de l'ordre commun, mais que sa rédaction écartait les coopératives dès lors qu'elles n'étaient pas reconnues comme des sociétés.

Une première solution avait été esquissée par la Cour de Cassation, par un arrêt contemporain de sa première décision dans l'affaire Manigod (Caisse rurale d'Olivet, 3 août 1909) : bien qu'elle affirmât le caractère d'association et non de société de cette caisse, la Cour lui avait reconnu applicable le bénéfice de la disposition du titre III accordant la personnalité morale à toutes les sociétés à capital variable, quelle que fût leur forme et qu'elles eussent ou non pour but la réalisation de bénéfices. Mais cette décision circonstancielle et limitée à la question de la personnalité morale ne répondait pas à la question de savoir si les coopératives pouvaient faire varier leur capital dans les formes et par les moyens du titre III.

b) La solution Lyon-Caen

La solution avait pourtant été donnée en 1895 par l'avocat Lyon-Caen, dans le commentaire (S. 1895, 1, 65) d'un arrêt de la Cour de Cassation (chambre des requêtes, 29 octobre 1894) qui avait écarté l'application du titre III à un groupement (d'ailleurs non coopératif) qui n'avait pas le but lucratif exigé par l'article 1832 du code civil. Son analyse partait des travaux préparatoires : le texte initial du titre III ne concernait que les coopératives, plus précisément celles ayant un des quatre objets qu'il énonçait (consommation, crédit mutuel, production, construction); des raisons de circonstance avaient fait disparaître le terme de coopérative et étendu le titre III à toutes les sociétés ; cependant il restait acquis que ce titre pouvait s'appliquer aux coopératives des familles primitivement désignées, qui restaient dans son objectif quand bien même elles échapperaient à la définition de l'art. 1832 du Code civil ; mais la conformité à cet article restait requise de tous les autres groupements pour pouvoir bénéficier de la variabilité du capital.

Cette analyse avait été critiquée, au motif qu'elle ajoutait à la loi. Cependant, son importance ne saurait être sous-estimée : avant que la loi de 1947 ne déclare que les coopératives sont des sociétés, nonobstant les particularités de leur statut, le titre III de la loi de 1867 avait unifié le concept juridique, institutionnel, de la coopérative, en réunissant sous une même appellation, et le même régime de la variabilité du capital, des organisations dont, au regard de la notion de lucrativité, les pratiques en matière d'emploi des "excédents" étaient très diverses : depuis le modèle buchézien privilégiant la dotation à des réserves impartageables jusqu'au modèle fouriériste attribuant au capital un droit sur les réserves et un dividende non plafonné en passant par le modèle rochdalien caractérisé par le principe de la ristourne.

222. Toutes les coopératives peuvent-elles appliquer le titre III ?

La jurisprudence avait donc fini par se rallier à la solution Lyon-Caen. Mais la question restait posée de savoir si la variabilité d'une part (art. 48 du titre III), les autres dispositions du titre d'autre part, pouvaient s'appliquer à toutes les coopératives, qu'elles fussent constituées sous la forme de sociétés commerciales par actions ou sous la forme de sociétés civiles ou par intérêts.

La doctrine estimait assez généralement que le texte (l'article 48 et les articles 49 à 51) ne s'appliquait qu'aux sociétés constituées sous la forme "par actions". Il était inséré dans une loi qui ne régissait par ailleurs que celles-ci, et il traite du régime des actions, pas des parts sociales ou des parts d'intérêt.

Plus audacieuse, la jurisprudence a admis assez vite l'application de l'ensemble du titre à des coopératives constituées sous forme civile (Laiterie coopérative du Poitou en 1896, coopérative de consommation L'Avenir de Plaisance en 1897), puis à une SNC à capital variable en 1909. Mais, appuyée par un arrêt de la Cour de Paris de 1912, la doctrine a pendant longtemps soutenu que, si même la variabilité du capital était admise, il n'en résultait pas que les autres dispositions du titre (capital représenté par des actions, négociables sous condition éventuellement de la non-opposition du conseil ou de l'assemblée, constitution définitive après le versement du 1/10^{ème} du capital total et non du quart des actions de numéraire, droit d'exclusion des associés) fussent autorisées dans des sociétés civiles, des sociétés en nom collectif, des sociétés en commandite simple.

La jurisprudence et la doctrine ont en définitive admis que les coopératives pouvaient adopter la variabilité quelle que fût leur forme ; que, dès lors que leur capital pouvait augmenter dans les conditions de l'article 48 du titre III (aujourd'hui article L 231-1 du code de commerce), elles étaient tenues d'appliquer les autres dispositions du titre, ce qui d'ailleurs était bien prévu dans cet article ; qu'ainsi la possibilité d'augmentation entraînait celle de diminution par exclusion des membres ou par reprise totale ou partielle des apports, en même temps que l'application des autres règles du titre III ; qu'inversement dans les coopératives n'ayant pas opté explicitement pour la variabilité dans toutes les modalités et conditions du titre III, le fait de prévoir une seule des possibilités, soit seulement celle de diminuer ou celle d'augmenter le capital, ne suffisait pas pour caractériser la variabilité du capital et permettre l'autre possibilité.

23. Les lois européennes

231. Les coopératives constituées sans capital

Il faut mettre à part le cas des coopératives sans capital social. Ce fut longtemps le cas des coopératives constituées en France sous la forme d'associations. Ce fut aussi le modèle dit de Raiffeisen. Il avait été autorisé en France dans le cas des caisses de crédit agricole mutuel (art. 1^{er} du décret du 9 février 1921), qui devaient, à défaut de capital, assurer la sécurité des tiers par la garantie conjointe et solidaire de tous les sociétaires. Il n'en subsiste plus guère d'exemples dans les droits européens. On peut citer, aux Pays-Bas, le code civil de 1976 définissant les coopératives comme un type particulier d'associations, les associations coopératives (art. 53 à 63 J), sans obligation de se doter d'un capital, mais avec celle de préciser la nature de la responsabilité des membres (pas de responsabilité, responsabilité limitée aux apports éventuellement effectués en application des statuts, responsabilité illimitée) ; ou encore en Grande-Bretagne les coopératives prenant la forme de *companies limited by guarantee*, avec liberté de fixer la responsabilité des membres à un niveau purement symbolique (1 £, par exemple).

232. La variabilité du capital dans les lois européennes

Lorsqu'ils imposent l'existence d'un capital social, la plupart des droits européens prévoient la variabilité. Ainsi, la loi portugaise (*Codigo Cooperativo* du 16.09.1996, art. 28), qui mentionne la variabilité sans autre obligation qu'un capital minimum. Dans certains autres pays, la loi ne parle pas de variabilité, mais organise minutieusement le remboursement des parts : par ex., Suède, loi coopérative du 11 juin 1987, ch. 4, § 1.

Inversement, la loi italienne (art. 2511 et 2524 du *codice civile*, dans la rédaction du 17.01.03) ne se contente pas de faire de la variabilité un attribut technique de la société coopérative, mais un élément essentiel de sa définition : "les coopératives sont des sociétés à capital variable *con scopo mutualistico*" (le *scopo mutualistico* s'entend d'abord de la double qualité (ou de la qualité d'usager en ce qu'elle est liée à celle d'associé), ensuite,

depuis la *legge Basevi* de 1992, d'une série de règles établissant le caractère non lucratif de la société : intérêt limité du capital et des autres apports financiers, réserves impartageables, dévolution altruiste du boni de liquidation). Mais définir la nature de la coopérative par la variabilité du capital n'empêche pas le *codice civile* de prévoir la possibilité d'assurer la restitution de leurs apports aux associés, concurremment au remboursement, par la formule habituellement réservée aux sociétés à capital fixe, le rachat par la société de ses propres parts ou actions (*codice civile*, art. 2529 et 2545 *quinquies*, v. ci-après 532).

En Allemagne, la loi du Royaume de Prusse de 1867, dite loi Schulze-Delitzsch, ne disait pas que le capital était variable, mais énonçait (§ 38) le droit pour les associés retrayants ou exclus d'exiger le remboursement de leurs parts. Puis la loi du Reich de 1889-1898 a organisé le remboursement de ce qu'elle appelle la part active, c'est à dire du montant des souscriptions et apports effectivement libérés (§ 72). Mais elle continuait de ne prévoir le remboursement total que pour les anciens associés, et ce n'est qu'en 1973 que la loi a permis le remboursement aux sociétaires restant en activité des parts au delà soit de la part unique obligatoire soit du nombre de parts exigé par le niveau de leur participation à l'activité de la coopérative (§ 67b). La loi de 1889-1898 est restée applicable en Alsace-Moselle, par l'effet de la loi d'introduction de 1924, mais dans sa rédaction existant à l'époque, c'est à dire sans autoriser les remboursements partiels aux sociétaires toujours actifs (art. 73).

Les lois espagnoles (*ley de cooperativas* du 16.07.1999, dite *ley estatal*, art. 51, et, dans des termes voisins, toutes les *leyes autonómicas*) précisent également les modalités et conditions du remboursement de la part que la coopérative n'est pas autorisée à retenir soit à titre de contribution aux pertes, soit à titre de clause pénale pour les membres exclus ou démissionnant avant la fin de leurs engagements contractuels. Le droit espagnol autorise d'autre part les statuts à diminuer le remboursement des apports obligatoires (mais pas des apports volontaires) de 30% en cas de démission non justifiée dans la loi *estatal* (art. 51), de 30% en cas d'exclusion et 20% en cas de démission non justifiée dans les lois d'Andalousie (art. 84), de Navarre (art. 45), de Galice (art. 64), de Valence (art.55), de Catalogne (art. 58), du Pays Basque (art. 63) ; la loi d'Aragon (art. 53) porte même les déductions possibles à 40% en cas d'exclusion. Enfin, la loi basque prévoit une formule de rachat par la société non pas exactement de ses propres parts sociales, mais des "apports financiers subordonnés" dont elle dit que, sous la condition d'être contractés pour la durée de la société, ils sont considérés comme capital social (*ley* 4/1993 du 24.06 modifiée par la *ley* 1/2000 du 29.06, art. 57.5, v. ci-après 532).

233. Trois cas originaux

En Belgique, les lois coordonnées sur les sociétés commerciales (art. 146 et 147 bis) prévoient que le capital des coopératives "à responsabilité limitée" est composé d'une partie fixe et d'une partie variable, que seule la partie variable peut faire l'objet de remboursements, et que seule l'assemblée générale peut autoriser les "retraits de versements".

Au Royaume Uni, le *Industrial and Provident Societies Act 1965-1978* ne dit rien sur la fixité ou sur la variabilité du capital. Son *schedule 1*, (annexe 1) précise toutefois que les statuts doivent déterminer si les parts, ou quelles parts, sont susceptibles d'être transférées ou peuvent être remboursées lors du retrait, et sous quelles conditions et modalités. Le questionnaire fourni au *Financial Services Authority*, successeur en 2001 de l'historique *Registrar*, à l'appui de la demande d'enregistrement et du certificat de reconnaissance comme *bona fide co-operative*, demande ainsi de préciser les dispositions statutaires appliquant cette obligation.

De même, les statuts types des coopératives constituées sous la forme de *private companies limited by shares* prévoient un capital fixé dans le *memorandum of association* et

non susceptible de varier à la hausse sans modification de celui-ci. Une toute petite partie du capital est formée de *cooperative shares*, détenues uniquement par les membres coopérateurs, en principe non remboursables, mais transférables à de nouveaux associés ou rachetées mais non annulées par la coopérative qui les conserve jusqu'à leur transfert à un nouvel associé ; et la plus grande partie par des *investment shares*, détenues par des membres ou des tiers, que la coopérative a le droit de racheter sous des conditions garantissant le maintien de son équilibre financier, mais sans que le porteur puisse demander ce remboursement (ce sont des sortes de certificats coopératifs d'investissement à intérêt limité et amortissables à la seule discrétion de l'émetteur).

En Irlande, les coopératives enregistrées sous l'*Industrial and Provident Societies Act 1893-1978* prévoient en général dans leurs statuts que les parts sociales sont transférables et non remboursables, à l'exception toutefois des coopératives de crédit enregistrées sous le même *act* mais régies par le *Credit Unions Act 1966* qui n'autorise que le remboursement et interdit les transferts.

235. Les délais de remboursement

Sur ce point, les lois européennes prévoient des dispositions très dissemblables. Dans la plupart des cas, les solutions paraissent plus dictées par des considérations pratiques, voire morales comme en Espagne, que par une logique juridique.

Une telle logique existe cependant en France où les statuts peuvent légalement retarder le remboursement jusqu'au terme du délai de 5 ans pendant lequel l'associé qui cesse de faire partie de la société reste tenu, envers les associés et les tiers, des obligations existant au moment de son départ (article 52 de la loi de 1867, repris inchangé à l'article L231-6 du Code de Commerce). Les lois particulières reprennent en général ce délai. Une exception : pour les coopératives agricoles, l'art. R 523-5 du code rural distingue la durée de la responsabilité (pendant 5 ans après le retrait) et le délai de remboursement, qui peut aller jusqu'à 10 ans.

En Allemagne (loi du 1^{er} mai 1889, § 73) et en Italie (Code civil, art. 2529), le délai est de six mois après la clôture de l'exercice au cours duquel et intervenu le fait qui donne naissance au droit à remboursement. Au Portugal (Code coopératif, art. 36 et 37), ce délai est d'un an à partir de la perte de la qualité d'associé, et en Suède (loi du 11 juillet 1987, chapitre 4, §1) de six mois décomptés de la même manière.

En Espagne, la loi *estatal* du 16 juillet 1999 (art.51), les lois de Galice du 18 décembre 1998 (art. 64), de Navarre du 3 juillet 1989 (art. 45), et du Pays basque du 24 juin 1993 modifiée (art. 63) limitent le délai à 5 ans, ou un an en cas de décès. Même règle dans la loi d'Aragon du 22 décembre 1998, mais son article 53 ajoute que la coopérative peut être autorisée par l'Administration à porter le délai à un maximum de 10 ans si le remboursement est de nature à la mettre en difficulté. La loi d'Andalousie (31 mars 1999, art. 84) et celle de Valence (28 juin 1998, art. 55) différencient les délais de remboursement, fixés dans la première à 5 ans en cas d'exclusion, 3 ans en cas de démission et un an en cas de décès, et, dans la seconde, à 5 ans en cas d'exclusion, 3 ans en cas de démission non justifiée et 1 an en cas de démission justifiée et décès.

III – La contribution de la loi de 1867 à la formation du droit coopératif

31. L'application du titre III caractérise-t-elle les coopératives ?

Le titre III fait de la variabilité une faculté, non une obligation. La loi de 1947 consacre cette solution. Mais avant même l'intervention d'abord des lois particulières puis de la loi générale, la loi de 1867 a été le seul texte de référence pour les coopératives.

311. Le titre III, loi coopérative sans le dire

Nous ne connaissons plus aujourd'hui, dans la rédaction des articles L231-1 à L231-8 du Code de Commerce, qu'une version mutilée de ce que fut le titre III. La rédaction initiale permettait la variabilité dans toutes les formes de sociétés, - sous la seule restriction introduite un peu plus tard des tontines et des sociétés d'assurance sur la vie : l'article L231-1 ne la permet plus que pour les coopératives et – mais elles n'en font pas usage - les sociétés de droit commun autres que les SA.

Mais surtout elle comportait un régime du capital qui en faisait "la" société spécialement destinée aux plus modestes. Depuis la loi du 06.05.1863, les sociétés anonymes pouvaient se constituer sans autorisation du gouvernement si leur capital était inférieur au chiffre, pour l'époque très élevé, de 200 000 francs. Comme le code de commerce ne déterminait pas le capital minimum, la création de coopératives avec un capital très faible était théoriquement possible. Mais l'image "de société pour les riches", qui était celle de la SA, restait dissuasive : elle n'a été dissipée que par l'opposition que la loi de 1867 a clairement soulignée entra la SA (ou la commandite par actions) ordinaire, à capital fixe, et la SA (ou la commandite par actions) à capital variable : actions d'au minimum 100 francs (pour un capital jusqu'à 200 000 F) ou 500 F. (pour un capital supérieur) dans le 1^{er} cas, d'au minimum 50 F dans le 2nd ; chaque action libérée d'au moins 1/4 avant la négociation dans le 1^{er} cas, capital initial libéré au total d'1/10^{ème} dans le 2nd (ce qui permettait pratiquement des libérations très faibles pour certains, si d'autres libéraient un peu plus); actions au porteur possibles, facilitant les transactions et par là la spéculation, dans le 1^{er} cas, nominatives pour le 2nd.

De plus, le titre III a été la loi coopérative avant qu'il y eût une loi coopérative. Cette caractéristique est bien connue du point de vue de l'histoire du texte. Elle est encore mieux établie par son contenu. Sans doute la loi de 1867 omet-elle d'évoquer la caractéristique essentielle du *genus* coopératif, le principe de double qualité. Mais elle en rend possible l'application en consacrant le principe "personnaliste" (caractère nominatif des droits sociaux et opposition possible à leur transfert, accompagné du droit de démission et de son corollaire le droit d'exclusion), sans en tirer les conséquences qu'on lui donne dans les sociétés de personnes (notamment en termes de responsabilité ou de persistance de la personne morale nonobstant les changements dans la composition du sociétariat).

312. Le développement du droit coopératif en dehors du titre III

Inversement, c'est de façon assez générale en dehors du titre III que les statuts coopératifs particuliers ont progressivement élaboré un droit coopératif original, différent des formes et des principes soit du code civil, soit du code de commerce soit des titres I et II de la loi de 1867. Ce n'est qu'avec la loi de 1947 que le droit coopératif français a traduit en droit positif les esquisses de principes normatifs, sous-jacentes au titre III.

La loi du 29 décembre 1906 et le R.A.P. du 26.08.1907 sur les coopératives agricoles ont été les premiers textes à définir la coopérative comme une société échappant aux principes de l'article 1832, mais ils ne citent pas la loi de 1867 : celle-ci n'apparaît pour la 1^{ère} fois, pour les coopératives agricoles, que dans la loi du 12.07.1923, qui permet leur constitution sous forme de sociétés civiles particulières ou sous l'une des formes de la loi de 1867, sans précision du titre applicable. La loi du 18.12.1915 sur les SCOP évoque la double qualité et, à l'égard seulement des associés non membres de l'entreprise ou de la

profession, l'impartageabilité des réserves et la limitation de l'intérêt, mais (cf. 21 ci-dessus) on peut l'interpréter comme ne faisant de l'application du titre III (variabilité et autres règles) qu'une faculté.

Comme déjà signalé, ce n'est qu'en 1917, avec la loi sur les coopératives de consommation, qu'on voit jumelées la soumission obligatoire à la variabilité du capital et plus généralement au titre III, sans prescription particulière sur la forme de la société, et une énonciation assez détaillée des règles qui identifient ces coopératives comme des sociétés *sui generis*, échappant complètement à la norme de l'art. 1832 et des différents types de sociétés de droit commun.

313. *Le statut général de 1947*

On peut ainsi dire que le titre III a tenu lieu de loi coopérative quand les coopérateurs se sont soumis aux dispositions de son titre III ; mais que l'identification de ce qu'il y a de spécifique dans les coopératives a été faite dans un premier temps par la jurisprudence confrontant les pratiques des coopérateurs aux normes des sociétés de droit commun, spécialement l'article 1832 du code civil, et dans un deuxième temps par la traduction progressivement affinée des pratiques coopératives et de la doctrine coopérative dans les lois particulières ; et que celles-ci ont conduit une démarche relativement indépendante de la référence à la variabilité : comme s'il y avait eu, après 1867, la naissance et la maturation d'un deuxième droit coopératif, original, rencontrant quelquefois le titre III sans que la nécessité, au sens logique, de cette rencontre soit attestée par les textes.

Ce n'est qu'avec la loi du 10.09.1947 qu'a été assurée l'application universelle (sous la réserve de la prolifération cancéreuse des exceptions permises ou non par elle : mais ceci est une autre histoire) des principes sous-jacents au titre III et partiellement traduits dans certaines lois particulières. Ainsi, le titre III a-t-il à la fois tenu lieu de loi coopérative jusqu'à l'apparition des statuts particuliers ; rendu nécessaire la décantation et possible la traduction légale des caractéristiques qui font de la coopérative un *genus* juridique et non une *species* du *genus* société ; et anticipé la loi de 1947 : en posant les trois principes du personnalisme comme une préparation au principe de double qualité, d'un statut du capital différent de celui des sociétés "capitalistes" comme une anticipation du principe de la gestion de service opposée à la gestion de profit, et de la remboursabilité du capital comme un appel à la consécration des réserves impartageables .

32. La limitation du montant du capital et de ses augmentations

Le titre III comportait en son article 49 deux dispositions qui ont ensuite disparu (d'abord déclarées inapplicables aux coopératives par la loi du 10.09.1947, puis éliminées par le décret du 20.05.1955) : le capital constitutif ne pouvait pas dépasser 200 000 francs, chacune de ses augmentations ne pouvait être supérieure à 200 000 francs (ancien article 49 du titre III). Le rappel de ces deux limites n'a pas seulement un intérêt historique : il faut souligner qu'elles visaient à prévenir l'entrée en force d'investisseurs riches dans des sociétés destinées aux moins fortunés. Cette mesure de prudence accompagnait le filtrage de la négociation des droits sociaux, que les statuts pouvaient prévoir en donnant au conseil ou à l'assemblée la possibilité de s'y opposer (article 50). D'où deux observations :

D'une part, le choix entièrement libre de la forme sur laquelle pouvait être greffée la variabilité rendait théoriquement possible l'option pour un statut ouvrant le sociétariat sur le seul fondement de l'*intuitus pecuniae* : mais le titre III à la fois limitait la portée de ce choix en restreignant la possibilité de laisser le capital augmenter à guichets ouverts et mâtinait la technique de la société de capitaux en y mêlant l'*intuitus personae* de la société de personnes.

D'autre part, en obligeant la société à capital variable à maintenir les augmentations à l'intérieur des limites assignées par l'assemblée générale, la loi prévenait par anticipation les conséquences d'opérations faisant subir aux capitaux propres d'imprévisibles et non maîtrisables coups d'accordéon : augmentations importantes suivies de retraits entraînant une hémorragie dangereuse. *A contrario*, la variabilité impliquait indirectement une invitation à ne pas faire reposer le financement de l'entreprise sur les seuls capitaux remboursables. On retrouvera ce point avec l'évocation, au 433 ci-après, de la variabilité considérée comme appelant sinon postulant l'impartageabilité des réserves.

Les limites de l'article 49 avaient été déclarées inapplicables à plusieurs familles coopératives (de consommateurs en 1920, d'artisans en 1923, agricoles en 1922) avant d'être écartée pour toutes les coopératives par la loi de 1947, puis de disparaître en 1955. Mais il est à remarquer que cette loi de 1947, en même temps qu'elle écartait les plafonds de capital initial et d'augmentation annuelle du capital, étendait la traduction du principe personnaliste, en disposant que l'admission des membres devait se faire par un vote de l'assemblée générale à la majorité des 2/3. Le contrôle des augmentations du capital passait ainsi du contrôle de leurs montants au contrôle de leurs opérateurs. On ne peut pas s'empêcher d'observer qu'après le remplacement de la première technique par la seconde en 1947, la seconde a été démantelée mais non remplacée par la loi du 13.07.1992 : celle-ci a supprimé la règle de l'admission à la majorité des assemblées extraordinaires (nouvelle rédaction de l'article 3), et laissé aux seuls statuts le soin de définir les modalités d'admission des associés non coopérateurs et la part du capital qu'ils peuvent détenir (article 3 bis).

33. Droit d'exclure et droit de rembourser

331. *Le droit d'exclusion, absolu dans son principe, tempéré dans certaines lois*

Le droit d'exclusion prévu à l'article 52 du titre III (art. L231-6 du code de commerce) n'était pas conçu initialement comme un droit disciplinaire, destiné à sanctionner un manquement aux statuts ou aux engagements comme sociétaire, un tort causé à la coopérative : le titre III ni ne contenait de restriction à son emploi, ni ne lui imposait d'autre condition que d'être exercé par la seule assemblée générale se prononçant à la majorité des modifications statutaires. C'est un droit absolu, qui n'exige ni motivation ni procédure particulière, et dont l'exercice n'ouvre pas au membre intéressé d'autre droit que celui de mettre en cause la régularité formelle de la décision.

Cela, c'est le sens d'un texte qui est fondé sur l'hypothèse et le schéma d'un véritable retournement des logiques de la société classique. Si brutal qu'apparaisse le droit ouvert à la majorité qualifiée des membres de dissoudre unilatéralement et à sa seule convenance le contrat de société en ce qui concerne une des parties à celui-ci, c'est bien ce que la jurisprudence a confirmé : de nombreuses décisions établissent que le juge du fond ne peut examiner le bien fondé d'une exclusion que si les statuts en ont limité l'exercice (Coutant, *L'évolution du droit coopératif des origines à 1950*, Matot-Braine, 1950, p. 147). *A contrario*, en l'absence de disposition statutaire (ou légale dans les statuts particuliers), l'exclusion n'a pas à être considérée comme, et limitée à, la sanction justifiée d'une faute.

Mais la loi de 1867 a détaché la qualité de membre de celle de porteur de parts ou actions : la démission, par exemple, peut faire perdre la première qualité alors que l'impossibilité de faire descendre le capital en dessous du plancher légal ou statutaire interdit de le rembourser. Symétriquement, l'exclusion n'exclut pas le remboursement différé, jusqu'au terme de la période de responsabilité de l'associé ou jusqu'à ce que de nouvelles souscriptions aient remonté à un niveau suffisant le montant du capital.

Cependant, plusieurs lois particulières, postérieures, ont tempéré le caractère discrétionnaire du droit d'exclusion, en le limitant au droit de sanctionner des fautes ou manquements, sous-entendu "rendant impossible le maintien du lien social" : indirectement, pour les coopératives de consommation, dans lesquelles l'exclusion est réputée nulle si, après son prononcé par l'assemblée de section, l'intéressé n'a pas été admis à s'expliquer devant l'assemblée générale des délégués (article 6 de la loi du 07.05.1917 modifié par la loi du 03.07.1925), - ce qui sous-entend l'énoncé de griefs ; ou plus directement par l'article R522-8 du code rural pour les coopératives agricoles.

332. Le droit de décision unilatérale de remboursement

D'autre part, au moins deux statuts particuliers avaient ajouté au droit d'exclusion, assez solennel dans sa procédure, le droit pour la société de rembourser à tout moment les parts des associés qui n'appartiennent pas à la catégorie professionnelle concernée par l'objet et la famille de la coopérative : non ouvriers pour les SCOP (art. 4 de la loi du 18.12.1915), non artisans pour les coopératives d'artisans (art 1^{er} du décret du 27.07.1924).

Ce droit de remboursement donné à la coopérative n'était soumis qu'à la condition d'être mentionné dans les statuts. A la différence du droit d'exclusion du titre III, il n'était pas réservé à l'assemblée générale et pouvait être exercé par le conseil d'administration. Enfin, il ne s'entendait pas comme d'un remplacement des actions par des actions de jouissance, il avait bien pour effet de faire perdre la qualité d'associé à celui dont toutes les parts sociales ont été remboursées. Il avait le caractère d'un rappel de la nécessaire "pureté ethnique" (les Italiens disent "de la base sociale homogène") de la coopérative, symétrique de l'obligation faite aux coopératives maritimes par les art. 2 et 16 de la loi du 04.12.1913 de réserver le sociétariat aux marins pêcheurs et assimilés, aux coopératives agricoles par l'art. 23 de la loi du 05.08.1920 de réserver la souscription de leurs parts sociales à des agriculteurs. Cette disposition a disparu du statut des coopératives artisanales, elle continue de figurer dans celui des coopératives ouvrières de production (loi du 19.07.78, art. 29).

IV – Signification et conséquences de la variabilité

41. Capital remboursable plus que capital variable

411. La variabilité considérée comme un inconvénient

On présente souvent la variabilité du capital comme nécessaire aux coopératives, sinon indispensable, parce qu'elle serait le meilleur moyen, sinon le seul, de rendre faciles, sinon possibles, l'entrée et la sortie des membres. Il est vrai qu'il s'agit d'un moyen commode, et il l'était probablement plus en 1867 qu'aujourd'hui, où la boîte à outils pour la gestion des flux de capitaux propres est plus riche. Cependant, en 1867, l'augmentation du capital n'était pas plus difficile dans une société par actions ou en commandite par actions que dans une société à capital variable : il suffisait de faire décider par l'assemblée générale le principe, le chiffre et le délai d'une augmentation, et d'en confier la réalisation au conseil d'administration. Ce qui était difficile, c'était de se débarrasser des sociétaires démissionnaires ou exclus, que la notion dès ce moment pressentie plus que formalisée de la double qualité interdisait de conserver comme porteurs de droits sociaux s'ils ne participaient plus à l'accomplissement de l'objet social de la coopérative. La variabilité du capital était considérée comme la plus simple des solutions.

On sait cependant qu'elle n'a pas été adoptée par toutes les coopératives aussi longtemps qu'elle a été facultative, parce que pour beaucoup d'entre elles, comme pour beaucoup d'auteurs, elle présentait plus d'inconvénients que d'avantages. On sait aussi que, tant dans les lois françaises régissant certaines familles que dans plusieurs droits étrangers

(cf. 21 et 23 ci-dessus), il n'est pas traité de la variabilité en général, mais simplement du droit des associés au remboursement de leurs parts, et des modalités de l'exercice de ce droit : ce n'est pas la variabilité qui est considérée comme un attribut nécessaire de la forme coopérative, mais la remboursabilité.

Celle-ci était considérée comme dangereuse pour les créanciers sociaux : l'Etat lui-même a souvent subordonné ses avances aux coopératives à la mise en veilleuse de la remboursabilité. Les statuts-types établis par l'administration (cf. Alfred Nast, *Code de la Coopération*, Sirey, 1928, p. 164) interdisaient aux banques populaires, aux coopératives agricoles, aux caisses régionales de crédit agricole mutuel, aux caisses de crédit mutuel, aux coopératives maritimes, de réduire leur capital en dessous du montant qui avait servi de base à l'avance sollicitée. On trouve un exemple de la même méfiance dans la loi sur les coopératives du Québec (Lois refondues du Québec, chapitre C-67.2), qui prévoit que le capital est variable, sans option possible pour la fixité (art. 37), mais que le remboursement de parts n'est pas possible si la coopérative est en état d'insolvabilité ou pourrait tomber dans cet état du fait de cette opération, si celle-ci peut porter atteinte à sa stabilité financière, ou si elle est de nature à contrarier la satisfaction des engagements auprès des créanciers (art. 38). Dans le même sens, cf. les conditions du remboursement dans les lois italienne et espagnole, 512 et 532 ci-après.

On sait aussi qu'il existait des solutions rendant possible la sortie des membres sans sortie du capital : dans leurs statuts de 1844, Les Equitables Pionniers de Rochdale prévoyaient explicitement que la coopérative avait le droit de faire vendre les parts d'un sociétaire exclu pour ne remettre à celui-ci que le solde restant après décompte de ses dettes (art. 13 et 15), et qu'elle disposait d'une sorte de mandat statutaire de négociation la chargeant de vendre au mieux les parts du sociétaire démissionnaire, celui-ci pouvant rester membre non usager un an après sa démission, temps jugé nécessaire à une vente aux meilleures conditions (art. 15, 16 et 17). Dans le même sens, sur le rachat des parts comme substitut du remboursement, cf. 52 ci-après.

412. La variabilité considérée comme un avantage

Si donc on pouvait imaginer d'autres moyens que la variabilité pour rendre fluides l'entrée et la sortie des associés, cette variabilité avait cependant au moins trois autres fonctions. D'une part, Gide lui-même avait relevé (*Principes d'économie politique*, 1884, édition de 1931 reprise en 2000, Comité pour l'édition des oeuvres de Charles Gide/L'Harmattan, p. 495) que la variabilité évite que le nombre des actions ne soit limité : ainsi ces actions ne comportent-elles pas de plus value, puisque leur nombre peut toujours être adapté à la demande. La variabilité aurait le même effet "a-capitaliste" que l'impartageabilité des réserves et le remboursement à la valeur nominale. D'autre part, le remboursement aux membres démissionnaires ou décédés donne à l'épargne investie en actions ou parts de la société à capital variable une liquidité que n'ont pas les titres des sociétés non cotées à capital fixe. La variabilité a peut-être ainsi un effet indirect positif sur l'entrée de nouveaux membres, dans la mesure où elle prévient chez les candidats la crainte de l'effet de nasse. Enfin, la seule alternative au remboursement est la cession. Elle a l'immense avantage de permettre des sorties sans diminution du capital. Mais outre que l'existence de cessionnaires est aléatoire, elle est soumise à l'agrément de l'assemblée générale ou des administrateurs ou gérants (loi du 10 septembre 1947, article 11), nécessaire pour assurer le respect de la double qualité et des dispositions internes sur la répartition des engagements des membres (même loi, article 6). L'exercice de cet agrément peut ainsi être source de conflits. Le remboursement, permis par la variabilité, évite cette difficulté.

42. Capital remboursable et responsabilité

421. Singularité du titre III

La loi de 1867 présente une caractéristique très curieuse. La loi de 1863 n'avait maintenu l'autorisation du gouvernement que pour la création des plus grandes sociétés anonymes, - celles dont le pouvoir pouvait être menaçant pour l'Etat. Puis la loi de 1867 avait parachevé l'évolution vers la totale liberté, en posant l'hypothèse que la protection des tiers exigeait moins la garantie personnelle illimitée des entrepreneurs ou des associés, que celle d'un capital important, stable, d'autant plus aisé à réunir qu'il pourrait à tout moment être rendu disponible par sa négociabilité sans que sa liquidité affaiblisse la sécurité des créanciers. Et en même temps, et *a contrario*, elle permettait de faire des sociétés, spécialement des coopératives, qui n'offriraient aux tiers ni la garantie de la responsabilité des associés, ni celle d'un capital important et non susceptible de se retirer à contretemps : elle allait même jusqu'à permettre le remboursement de 90 % des apports (article 51 du titre III).

Une disposition qui prétendait donner aux coopératives une sécurité juridique par un statut reconnu mais qui organisait l'insécurité juridique des tiers devait naturellement s'attirer des critiques. Pour de nombreux auteurs, et de nombreux coopérateurs, la variabilité entraînerait nécessairement ou le refus de tout crédit commercial ou bancaire, ou l'obligation pour les dirigeants de garantir personnellement les engagements de la société : ou l'asphyxie, ou la démocratie mise entre parenthèses, aucun dirigeant ne pouvant engager sa responsabilité sans la contrôler par un pouvoir non discuté. C'est sur la même critique implicite que l'administration se fondait dans la rédaction des statuts types cités par Alfred Nast (41 ci-avant).

Peut-être faut-il rappeler ici qu'il n'est pas interdit à la société anonyme, naturellement à capital fixe, de diminuer son capital par voie de remboursement. Mais cette opération est considérée comme faisant prendre un tel risque aux tiers qu'elle est strictement encadrée : l'article 32 de la deuxième directive 77/91 du 13 décembre 1976 la subordonne au droit pour les créanciers d'obtenir une sûreté, ce droit ne pouvant être écarté que si des garanties ne sont pas jugées nécessaire au regard de celles déjà fournies ou de l'importance du patrimoine de la société.

Peu de lois coopératives se sont inspirées de cette disposition. Tout juste peut-on citer la loi basque de 1993, modifiée par la loi du 29 juin 2000, et son décret d'application 58/205 du 29 mars 2005 (cf. 52 ci-après).

422. Les critiques de P. Hubert-Valleroux et de Léon Walras

Une autre critique était celle exprimée par Paul Hubert-Valleroux, avocat buchézien favorable aux coopératives, mais qui déplorait que la loi de 1867 ait conduit à préférer, à la forme de la commandite, qui maintenait au moins la responsabilité des gérants commandités, celle de la société anonyme : "... on prend d'avance toutes précautions pour que, si la société se ruine, chacun puisse se retirer de son côté sans être inquiété. C'est mal entendre l'honneur de l'entreprise et montrer un faible courage" (*Les associations coopératives en France et à l'étranger*, Guillaumin, 1884, p.234).

La critique de Léon Walras allait plus loin encore : rendre le capital remboursable, c'est empêcher l'accumulation capitaliste entre les mains des populations laborieuses à qui est destinée la coopération ; c'est ainsi rendre illusoire le développement de celle-ci, et compromettre l'émancipation de ces population en empêchant une accumulation capitaliste susceptible de leur donner le contrôle de l'économie ; la variabilité est en outre contraire au principe du pouvoir associé à et légitimé par la responsabilité ; une convenable rémunération

de ce capital, par un dividende indicateur de performance, rendant inutile et même malfaisante la ristourne, allègerait d'autant l'inconvénient de sa fixité ; et son accumulation non contrariée par des remboursements rendrait plus supportable ce que Walras appelle la "responsabilité proportionnelle intégrale", consistant à fixer pour chaque associé une responsabilité proportionnelle à sa quote-part d'un fonds social supérieur ou égal mais jamais inférieur au passif éventuel de la société (*Les associations populaires de consommation, de production et de crédit*, in *Œuvres économiques complètes*, Economica, 1990, vol. VI, et *La discussion du corps législatif sur les sociétés à capital variable*, in publication *Le Travail*, eod. loc.)

423. Quelques exemples de responsabilité au-delà du capital

Pour mémoire, on notera que, à peu près en même temps qu'était élaboré le titre III de la loi de 1867, en Prusse la 1^{ère} loi Schulze-Delitzsch, du 27.03.1867, prévoyait symétriquement le remboursement aux associés retrayants des seuls apports versés par eux, et la responsabilité indéfinie et solidaire des associés à raison de l'ensemble des engagements de la coopérative. Ultérieurement, la 2^{ème} loi Schulze-Delitzsch, dite 1889-1898, a introduit la responsabilité limitée, et la responsabilité illimitée a été supprimée en 1933. Depuis, en cas de faillite, les membres peuvent seulement être appelés à verser des contributions complémentaires au capital, mais depuis 1973 les statuts peuvent renoncer à cette obligation. Mais surtout, en compensation de la restriction de la responsabilité des membres et dans la vue de protéger à la fois les tiers et les membres, la loi impose depuis 1934 l'adhésion à une association de révision agréée, aux pouvoirs très étendus.

Il faut de même rappeler que certains statuts combinent remboursabilité et responsabilité des membres non limitée au capital souscrit : le règlement de la société coopérative européenne permet à celle-ci de prévoir dans ses statuts une responsabilité non limitée au capital souscrit (art. 1. 2) ; en France, la responsabilité des membres des coopératives agricoles va jusqu'au double des parts qu'ils ont souscrites ou qu'ils auraient dû souscrire (code rural, art. L.526-1) ; au Portugal, le *Codigo cooperativo* de 1996 pose le principe de la responsabilité limitée, mais permet aux statuts d'y déroger, et même de prévoir la responsabilité limitée pour certains membres, illimitée pour d'autres (art. 35) ; elle peut aller jusqu'au triple du capital souscrit dans les coopératives artisanales (loi du 20.07.83, art. 13) ; système, si l'on peut dire, inverse, aux Pays-Bas : le code civil pose le principe de la responsabilité indéfinie et par parts égales, mais permet aux statuts de limiter la responsabilité des membres et même de l'exclure complètement (code civil, L. II, T. III, art. 55).

43. Remboursabilité et réserves impartageables

431. Les dispositions légales

La loi coopérative française a renoncé à fonder la sécurité des tiers soit sur la responsabilité illimitée des membres soit sur le contrôle externe. Une exception : dans les coopératives agricoles, ni civiles ni commerciales, la responsabilité des membres va jusqu'au double du capital souscrit ou qu'ils auraient dû souscrire (code rural, art. L 526-1). On a déjà indiqué que la limitation du capital constitutif et de ses augmentations suggérait l'idée d'une incitation à fonder le développement des coopératives sur l'accumulation de réserves plutôt que sur l'épargne des membres (cf. 32 et 433). Mais l'idée que les réserves ont vocation à prendre la place du capital remboursable n'est entrée que lentement, et si l'on peut dire à reculons, dans le droit positif et dans la doctrine.

Pour les SCOP, la loi du 18.12.1915, plus fouriériste que buchézienne, se contentait d'interdire que les réserves autres que la réserve légale soient distribuées aux sociétaires qui

ne seraient ni ouvriers de la profession ni employés de l'entreprise sociale. *A contrario*, toutes les réserves étaient distribuables aux ouvriers ou employés. Elles empruntaient au capital son caractère remboursable. Pour les coopératives de consommation, la loi du 07.05.1917 ne dit rien sur la constitution et le sort des réserves.

Le 1^{er} texte antérieur à 1947 suggérant que les fonds empruntés devaient être remplacés progressivement au bilan par des ressources stables est l'art. 19-4° du décret du 09.02.1921, imposant aux coopératives agricoles la constitution d'une réserve spéciale "en vue de l'amortissement des avances reçues". Sauf erreur, cette disposition a disparu, mais l'article R 523-5 du code rural dispose que le remboursement des parts annulées doit être compensé par la constitution d'une réserve de même montant. Du moins était-ce là sa rédaction initiale. Un repentir tardif (1996 ou 1998) l'a complétée par l'indication que les sommes portées à cette réserve devaient être égales au montant des remboursements de parts sociales opérés pendant l'exercice, moins les nouvelles souscriptions. Il ne s'agit donc pas d'une substitution des réserves au capital, mais d'une règle prudentielle tendant à éviter le fléchissement des capitaux propres.

Ce n'est en fait qu'avec la loi du 10.09.1947, dans la rédaction initiale de ses articles 16, 18 et 19, que l'impartageabilité des réserves a été reconnue comme une règle d'ordre public (telle, parce que la loi sanctionne pénalement sa violation). Mais d'une part le statut général n'est pas allé jusqu'à organiser, comme l'avait prévu après lui la 1^{ère} rédaction de l'art. R 523-5 du code rural, le remplacement progressif du capital remboursé par ces réserves ; d'autre part la loi du 13.07.1992, au prétexte de la modernisation des entreprises coopératives, a fait perdre à la moitié des réserves (la fraction incorporable au capital) leur caractère non remboursable : elle a ainsi compromis définitivement la possibilité que, remplaçant progressivement le capital, elles donnent une totale stabilité aux capitaux propres ; mieux, ou pire, elle a augmenté l'insécurité que représente pour les tiers la variabilité du capital en y ajoutant la variabilité des réserves.

432. La doctrine

Il faut reconnaître que la doctrine moderne n'a pas développé une pédagogie des réserves impartageables comme substituts du capital. Ainsi : Paul Ramadier a fait consacrer dans la loi de 1947 la règle des réserves collectives et impartageables comme un principe aussi constitutif que la double qualité, le contrôle démocratique et la répartition au prorata de l'usage ; quinze ans plus tôt, il justifiait, avec une partie de la jurisprudence, le remboursement aux associés retrayants de leur capital augmenté de sa part proportionnelle dans les réserves, au motif que le retrait avait les effets d'une liquidation à l'égard de celui qui se retire, et rendait disponible à son profit la distribution proportionnelle de l'actif net puisque la loi ne prévoyait pas de règle contraire (*Le droit des coopératives en France*, F.N.C.C. 1932, p. 15).

De même, Georges Fauquet, justifiait la constitution de réserves collectives par des raisons morales (signification morale de la dévolution altruiste de l'actif net de liquidation, ou reconstitution d'une forme d'exploitation capitaliste s'il y avait distribution des bénéfices obtenus dans des transactions avec des non-associés), pas par une logique de la combinaison "statut coopératif – liquidité pour les membres – sécurité pour les tiers" (*Le secteur coopératif*, 1942, réédité in *Œuvres de Georges Fauquet*, F.N.C.C.-Editions Cujas, Paris, 1965, p.84, ou *L'application aux réserves des règles coopératives*, Revue de la Coopération internationale d'août 1937, repris dans *Regards sur le mouvement coopératif*, eod. loc. p. 171-176).

Il faut reconnaître que l'impartageabilité des réserves n'est pas universellement reconnue comme constitutive de l'identité coopérative. En 1966 encore, l'Alliance Coopérative Internationale adoptait à son congrès de Vienne une reformulation des principes de Rochdale qui, non seulement ne faisait aucune allusion aux réserves impartageables, mais affirmait que, après paiement éventuel d'un intérêt au capital, "le surplus ou l'épargne éventuels appartiennent aux membres..." : ce surplus pouvait sans doute être employé "au développement des affaires de la coopérative", mais sans que fussent mentionnés l'indisponibilité des sommes ainsi conservées par la société, ou ses corollaires le remboursement du capital comme paiement d'une dette et pas comme partage des *equities* et la dévolution altruiste de l'actif net de liquidation. Et c'est presque par inadvertance que le congrès de Manchester a laissé passer en 1995, dans la déclaration sur l'identité coopérative, un amendement que les travaux préparatoires n'avaient pas vu venir, et qui mentionne l'impartageabilité d'au moins une partie des réserves.

De son côté, la doctrine allemande – qui a de ce point de vue rompu avec la tradition Raiffeisen – analyse la coopérative comme instituée sur le fondement d'un contrat des sociétaires l'investissant d'une mission de promotion de leur propre activité économique (*Förderauftrag*). Ce mandat implique le retour aux membres de la totalité des excédents qui dépasseraient ce que la coopérative ne peut pas ne pas retenir pour assurer la pérennité de cette fonction. Les dotations aux réserves se poursuivant au-delà de cette stricte limite traduiraient une forme de comportement capitaliste de la coopérative dans ses rapports avec ses membres. Pour la même raison sont critiquables les réserves "cachées" – dissimulées dans des sous-estimations de postes d'actif ou des surestimations de postes de passif. La minutieuse révision obligatoire imposée aux coopératives depuis la modification de la loi Schulze-Delitzsch en 1934 traque tout autant les réserves cachées que les "dividendes fictifs".

433. Le titre III, référence implicite aux réserves impartageables

Pourtant, à y regarder de près, on se demande si le titre III peut s'expliquer par d'autres raisons qu'une référence inavouée à la collectivisation des réserves et à leur vocation à remplacer plus ou moins vite le capital social.

On fait aux auteurs de la loi de 1867 le crédit qu'ils ne voulaient pas piéger les coopérateurs dans un statut condamnant leurs sociétés à l'asphyxie par manque de crédit, ou au détournement du pouvoir au profit des seuls membres capables de cautionner les engagements à l'égard des tiers. On sait d'autre part que la culture juridique dominante ne pouvait pas accepter l'hypothèse de sociétés rendues perpétuelles, qui avait été à la base du projet téléologique de Philippe Buchez et que devait accomplir la substitution des réserves collectives (impartageables) au capital individuel (*Moyen d'améliorer la condition des salariés des villes*, article in *L'Européen*, juillet 1832). On comprend donc qu'il n'ait pas été possible de consacrer publiquement l'impartageabilité dans la loi.

Mais on sait d'autre part que les coopérateurs voulaient une loi qui à la fois ne les distinguât pas du droit commun et rendît possible la poursuite des pratiques qu'ils avaient développées. On sait aussi que les disciples de Buchez avaient popularisé la formule consistant à démarrer la coopérative avec un capital social emprunté aux membres et/ou à des tiers ou des banques, puis à rembourser ce capital au fur et à mesure de l'accumulation de réserves dites "fonds indivisible", non distribuables aux associés pendant le cours ou au terme de la société (Alexandre Ott, *Traité d'économie sociale*, F. Renou, Paris, 1851, p. 310 sqq., Henri Feugueray, *L'association ouvrière, industrielle et agricole*, G. Havard, Paris, 1851, pp. 12-13 et *passim*).

On sait également que les statuts des associations ouvrières existant à la fin du 2nd Empire reprenaient largement les rédactions données par le journal *L'Atelier* (novembre

1840, novembre 1844, mai et août 1845), notamment l'attribution des bénéfices pour une part à des réserves impartageables (le "fonds indivisible"), pour une autre aux sociétaires sous forme de comptes bloqués dits "compte de réserve" remboursables uniquement à la dissolution de la société ou aux ayants droit des membres décédés, pour le solde à une distribution immédiate aux membres. On voit ainsi que la théorisation des pratiques coopératives de l'époque assignait deux fonctions aux réserves collectives : rembourser le capital initial emprunté, remplacer le capital individualisé par des fonds non remboursables.

Les auteurs de la loi de 1867 peuvent être présumés avoir été bien informés aussi bien du modèle de Rochdale (le livre de Holyoake sur les Equitables Pionniers avait été traduit en français, le journal *L'Association* en avait popularisé la formule, et Casimir Périer, Jules Simon, plusieurs hommes politiques s'étaient rendus sur place en 1865) que du modèle buchézien (les tribunaux s'étaient chargés de sa publicité et les coopérateurs l'avaient expliqué lors de l'enquête de 1866). Ce n'est donc pas par hasard qu'ils n'ont choisi explicitement ni le modèle de la variabilité du capital ni celui de sa fixité. Ils ont préféré laisser les coopérateurs libres d'aménager les remboursements par le recours à la fixation d'un plancher du capital plus élevé que le plancher légal et par l'organisation, comme à Rochdale, d'un quasi-marché pour la négociation des actions ou parts. Mais en faisant du remboursement un droit pour les membres, ils limitaient les limites que pouvaient lui faire subir les statuts. La parade aux inconvénients de la variabilité restait alors la constitution de capitaux propres échappant au remboursement.

V – La sortie des associés sans diminution des capitaux propres

51. La cession des parts sociales

511. Dans le droit coopératif français

Dans les sociétés de personnes, la cession des droits sociaux est le mode normal de la sortie des associés. Pour les sociétés de capitaux a été inventée une forme simplifiée de cession, dite la négociation : elle ne rend nécessaires ni autorisation ni agrément des cessionnaires par les autres associés, ni justification par le cédant de sa propriété des titres offerts, elle permet des opérations rapides, voire immédiates, elle est la condition et le moyen de l'existence d'un marché financier.

Cependant, la loi française oppose à la cession des droits sociaux, à plus forte raison à leur négociation, des obstacles ou entretient à leur sujet des ambiguïtés qui ont conspiré à leur faire préférer le remboursement comme la suite financière normale de la sortie des associés.

a) Au chapitre des obstacles :

L'acquisition de parts ne confère pas la qualité d'associé, mais au contraire c'est cette qualité préalablement acquise qui autorise la souscription ou l'acquisition de parts sociales. Une seule exception à ce principe : la possibilité, prévue à l'art. 11 bis nouveau de la loi de 1947 (art. 7 de la loi du 13 juillet 1992) que les parts à intérêt prioritaire sans droits de vote soient souscrites par des tiers non associés. Or, la loi de 1947 (art. 3) subordonnait jusqu'en 1992 l'admission des associés à un vote à la condition de majorité (à laquelle la jurisprudence avait ajouté la condition de quorum) des assemblées modificatives des statuts. Cette condition n'a été supprimée qu'en 1992. Mais, malgré le renvoi des conditions d'adhésion aux statuts (art. 8 de la loi de 1947), aucune loi particulière ne va jusqu'à prévoir l'admission automatique dès l'acquisition d'une part de capital : une telle mesure interdirait à la société de s'assurer que le principe de double qualité est bien respecté. Au surplus, les cessions ne sont pas libres : le titre III de la loi de 1867 (art. 50) n'imposait pas l'agrément

des cessions et des cessionnaires, mais laissait simplement aux statuts la possibilité de la prévoir. La loi de 1947 (art. 11) l'a rendu obligatoire.

b) Au chapitre des ambiguïtés :

L'art. 50 du titre III de la loi de 1867 disait – et l'art. 231.3 du code de commerce dit toujours – que les *actions* des sociétés à capital variable sont *négociables*. Mais la loi de 1947 (art. 11) dit que les *parts sociales* sont *cessibles*, au même article que les *parts à avantages particuliers* sont *librement négociables entre les associés* ; à l'art. 11 bis que les *parts à intérêt prioritaire sans droit de vote* peuvent être *acquises* par des associés investisseurs ou par des tiers non associés, sans d'ailleurs préciser si cette acquisition peut résulter d'une cession ou d'une négociation. Seul le traitement des certificats coopératifs d'investissement échappe à l'ambiguïté puisque la loi de 1947 (art. 19 *quinquies* et 19 *octies*) dit clairement qu'ils sont des valeurs mobilières librement négociables. Il est clair cependant qu'on peut écarter la référence du titre III à la négociabilité, par la double raison que la loi de 1947 lui fait exception comme loi spéciale et que toute la loi de 1867 était faite pour les seules sociétés par actions, sous réserve de la solution Lyon-Caen exposée au 221 *b* ci-dessus.

Pour les 3 catégories de parts des articles 11 et 11 bis, on peut admettre que les parts ordinaires ne sont que cessibles et sous agrément, solution destinée à éviter l'intrusion clandestine de tiers, en obligeant les cédants à établir leur propriété des droits sociaux et les cessionnaires extérieurs à obtenir leur admission comme associés ; que de même les parts à intérêt prioritaire de l'art. 11 bis ne peuvent être transmises que par cession, parce que, même si elles sont émises sans droit de vote, leurs porteurs, par définition tiers au regard du principe de double qualité, peuvent accéder à un droit de vote proportionnel aux parts détenues et que le "principe de précaution" valable pour les parts ordinaires doit ainsi s'appliquer ; que seules les parts à avantages particuliers de l'article 11, 2ème alinéa, peuvent être négociées, parce que la négociabilité, rendant aisée la transmission *inter vivos*, peut être considérée comme un avantage particulier. N'intervenant qu'entre associés, elle ne modifie pas le sociétariat (mais cette restriction les prive d'un marché).

Par solde, seules les certificats coopératifs d'investissement offrent une solution juridiquement sinon pratiquement comparable à la libre négociabilité des actions des sociétés de capitaux, et, supposée vérifiée l'existence d'un marché organisé accueillant leur cotation, pourraient représenter une alternative effective au remboursement.

512. Dans d'autres droits coopératifs européens

Dans d'autres pays, la procédure de la cession est au contraire considérée comme la voie normale, quelquefois combinée avec une procédure de remboursement et/ou une procédure de rachat des parts de la société, qui ne les annule pas comme en cas de remboursement mais les garde en portefeuille jusqu'à leur cession à d'autres membres. Cette dernière formule était celle prévue dans les Statuts de 1844 des Equitables Pionniers de Rochdale.

a) Royaume Uni et Irlande

Ainsi, au Royaume Uni, le *Industrial and Provident Societies Act 1965-1978* ne dit rien sur la fixité ou sur la variabilité du capital. Son *schedule 1* (annexe 1) précise toutefois que les statuts doivent déterminer si les parts, ou quelles parts, sont susceptibles d'être transférées ou peuvent être remboursées lors du retrait, et sous quelles conditions et modalités. Le questionnaire du *Financial Services Authority* pour les demandes d'enregistrement et du certificat de reconnaissance comme *bona fide co-operative* invite ainsi à préciser les dispositions statutaires appliquant cette obligation. De même, les statuts

types des coopératives qui sont constituées sous la forme de *private companies limited by shares* prévoient un capital fixé dans le *memorandum of association* et non susceptible de varier à la hausse sans modification de celui-ci. Une toute petite partie du capital est formée de *cooperative shares*, détenues uniquement par les membres coopérateurs, en principe non remboursables, mais transférables à de nouveaux associés ou rachetées mais non annulées par la coopérative qui les conserve jusqu'à leur transfert à un nouvel associé ; et la plus grande partie par des *investment shares*, détenues par des membres ou des tiers, que la coopérative a le droit de racheter sous des conditions garantissant le maintien de son équilibre financier, mais sans que le porteur puisse demander ce remboursement (ce sont des sortes de certificats coopératifs d'investissement à intérêt limité et amortissables à la seule discrétion de l'émetteur).

En Irlande, les coopératives enregistrées sous l'*Industrial and Provident Societies Act 1893-1978* prévoient en général dans leurs statuts que les parts sociales sont transférables et non remboursables, à l'exception toutefois des coopératives de crédit enregistrées sous le même *act* mais régies par le *Credit Unions Act 1966* qui n'autorise que le remboursement et interdit les transferts.

b) Italie

La nouvelle rédaction du *codice civile* (décret législatif n° 6 du 17.01.2003) précise et complète un ensemble assez complexe de dispositions qui figuraient déjà, pour l'essentiel, dans la rédaction antérieure du code. La cession des parts ou actions doit être à la fois autorisée dans son principe par les statuts et cas par cas par le conseil d'administration (art. 2530). Si les statuts ne prévoient pas ou interdisent la cession, le sociétaire peut exercer son droit de retrait, à condition toutefois qu'il ait une ancienneté de deux ans au moins comme membre de la coopérative (art. 2532). Le sociétaire retrayant ou exclu, s'il ne décide pas ou ne peut pas céder ses parts ou actions, et les ayant droit du membre décédé, s'ils ne peuvent pas lui succéder dans son rapport d'échange (rapport "mutualistique") avec la coopérative, peuvent être remboursés dans les six mois, sauf possibilité pour la coopérative de faire des remboursements échelonnés sur 5 ans (art. 2534-2535).

Toutefois, le remboursement est subordonné à 4 conditions : il doit être prévu dans les statuts, les administrateurs doivent le décider, il ne peut être fait que dans la limite des bénéfices distribuables et des réserves disponibles (art. 2529) et si l'actif net est supérieur à un quart du total des dettes (art. 2545 *sexies* 2). Enfin, alors que les cessions sont peu aisées, l'art. 2445 *quinquies* 6 prévoit que lorsque le capital est divisé non en parts mais en actions, celles-ci peuvent être cotées sur un marché organisé ; dans ce cas ne sont applicables ni l'interdiction de répartir les réserves divisibles ni la possibilité de les répartir sous forme d'augmentation du capital ou de distribution de titres de créance, ni l'interdiction de verser des dividendes si l'actif net n'est pas supérieur à un quart des dettes.

52. Remplacement ou compensation obligatoires du capital remboursé

En Espagne, la loi basque 4/1993 du 24 juin 1993 modifiée par la loi 1/2000 du 29 juin (art. 57.3) et son décret d'application 58/2005 du 29 mars (art. 10) disposent que le capital des coopératives peut être composé de parts ordinaires, de parts avec droit de vote, remboursables dans les mêmes conditions que les parts des coopératives françaises, et d'"apports financiers subordonnés" à qui est juridiquement et comptablement reconnue la qualité de capital si, comme les certificats coopératifs d'investissement en France, ils sont émis pour la durée de la société. Mais ces apports subordonnés peuvent être remboursés avant le terme de celle-ci, sous condition d'information préalable et de non-opposition des créanciers.

Toutefois, il ne peut y avoir opposition si la coopérative apporte des garanties suffisantes. Le décret de 2005 précise ainsi les garanties réputées suffisantes : une réserve spéciale est constituée pour un montant égal aux remboursements (elle peut être dotée par prélèvement sur les bénéfices ou sur les réserves libres et reste indisponible cinq ans sauf si les dettes existant lors de sa constitution ont été remboursées avant ce délai) ; ou les remboursements sont compensés par des apports financiers subordonnés nouveaux ; ou les apporteurs restent responsables pendant 5 ans du passif social à hauteur des sommes remboursées. Ces remplacements ou compensation ne sont pas nécessaires quand les remboursements n'excèdent pas 10 % du capital augmenté des réserves obligatoires ou quand l'actif est supérieur de 50 % aux dettes.

Le droit coopératif français n'offre qu'un exemple de telle compensation obligatoire des remboursements : le statut des coopératives agricoles (code rural, art. R 523-5) prévoit que le remboursement des parts doit être compensé par la dotation, prélevée sur les excédents, d'une réserve pour un montant égal au montant des parts remboursées diminué des souscriptions de nouvelles parts.

53. Le rachat de son propre capital par la coopérative elle-même

531. La 2^{ème} directive de 1976

Les sociétés par actions disposent de deux moyens pour remettre à la disposition de leurs membres les capitaux apportés sans pour autant diminuer le montant du capital figurant à leur bilan : l'amortissement du capital, et, pour les sociétés cotées, le rachat non suivi d'annulation de leurs propres actions (code de commerce, art. L 225-198 à L 225-203 pour l'amortissement et les actions de jouissance remplaçant les actions amorties, art. L 225-209 à L 225-214 pour les actions rachetées et conservées à l'actif de la société).

Mais même si les amortissements ou rachats ne diminuent pas le capital figurant au bilan et donc le gage formel des créanciers, ils affectent leur gage réel : en effet, l'amortissement fait disparaître de l'actif la contre-valeur des actions amorties ; et les rachats non suivis d'annulation remplacent des liquidités par des titres qui vont subir deux risques d'érosion, celui de la valeur de marché et celui des pertes comptables qui, après avoir constaté une destruction d'une partie de l'actif, lui feront subir une deuxième fois l'effet de leur imputation sur le capital social. On comprend donc que la loi entoure ces opérations de certaines précautions : possibilité de re-convertir les actions de jouissance en actions de capital, ou limitation des actions rachetées et détenues à 10 % du capital et des réserves autres que la réserve légale.

Ces dispositions reprennent celles qu'impose la 2^{ème} directive 77/91/CEE du 13 décembre 1976. Mais celle-ci dispose explicitement qu'elle ne s'applique qu'aux sociétés anonymes et que les Etats membres peuvent ne pas l'appliquer aux coopératives constituées sous forme de S.A. (art. 2). En d'autres termes, au regard du droit communautaire, la loi nationale peut parfaitement autoriser les coopératives à racheter leurs propres parts sociales sans restriction de montant et soumettre de telles opérations aux seules conditions et garanties qu'elle pourrait prévoir.

532. La loi italienne et la loi basque

La loi française n'a pas repris cette possibilité, - et, curieusement, le règlement communautaire 1435/2003 du 22.07.2003 sur la société coopérative européenne interdit à celle-ci (art. 4-12) ce que la directive communautaire de 1976 permet aux coopératives nationales. Cependant, le rachat est permis et organisé par la loi italienne et la loi basque.

En Italie, ce sont toutes les parts sociales qui peuvent être rachetées et détenues par la coopérative. Le code civil (art. 2529) ne fixe aucune limite à cette opération. Il ne la subordonne qu'aux mêmes conditions que celles qu'il prévoit pour les remboursements (cf. 232) : l'actif net doit représenter au moins un quart de l'endettement total de la coopérative et demeurer au moins à ce niveau après l'opération (art. 2545 *quinquies*) et le rachat doit être fait dans les limites du bénéfice distribuable et des réserves disponibles (art. 2529).

La loi basque est plus restrictive : sur les trois composantes du capital social (parts sociales ordinaires, parts avec droit de vote, apports financiers subordonnés effectués pour la durée de la société, cf. 52), seuls la troisième est concernée par la possibilité de rachat et de maintien "en portefeuille". La loi (4/1993 du 24.06, modifiée par la loi 1/2000 du 29 juin, art. 57.5) ne fixe aucun plafond à cette opération. Elle la subordonne uniquement "à des mécanismes financiers de garantie équivalents à ceux prévus . . . pour les sociétés de capitaux, y compris (celles) prévues dans la 2^{nde} directive 77/91, ou . . . établis (par décret)". Le décret 58/2005 du 29 mars (art. 10.5) précise ainsi ces conditions : ou création d'une réserve indisponible débitée sur les réserves disponibles ou sur les excédents en attente de répartition, ou nouveaux apports financiers subordonnés de même montant. Mais le décret précise que ces conditions n'ont pas à être remplies si les valeurs rachetées sont destinées à être amorties (dans ce cas, les garanties exigées sont celles des remboursements, cf. 52 ci-dessus), ou si les rachats ne représentent pas plus de 10 % du capital et des réserves obligatoires, ou si l'actif moins les valeurs rachetées et gardées en portefeuille est supérieur de 50 % aux dettes.

VI – Quelques conclusions personnelles

61. Sur la logique du système coopératif

On peut d'abord reconnaître que la variabilité du capital n'est ni universelle, ni logiquement ou génétiquement liée aux principes et au droit des coopératives ; qu'elle a d'ailleurs eu du mal à s'imposer, tant elle heurte la logique des sociétés traditionnelles à capital fixe, sur le tissu desquelles elle a été greffée presque accidentellement ; et que la doctrine coopérative ne l'évoque pas ou guère, tant elle a de la peine à lui trouver une justification autre qu'utilitaire ; mais qu'au total, si elle n'est pas nécessaire (au sens logique), elle est un peu partout obligatoire, ou au moins possible ; et qu'elle paraît ainsi appartenir non pas à la nature de la coopération, mais à sa culture.

Il faut en deuxième lieu reconnaître à la variabilité, ou plutôt à la variabilité négative (le remboursement), deux aspects contradictoires. Le premier est une incontestable commodité pratique, puisqu'elle n'oblige pas à recourir à des moyens nécessairement plus sophistiqués pour répondre à deux objectifs, la liquidité de l'épargne investie par les coopérateurs et l'ajustement du sociétariat à l'exigence de double qualité. Le second est un inconvénient grave, la volatilité des capitaux propres, et donc la fragilité du gage des créanciers. Cet inconvénient avait été dénoncé dès avant le vote de la loi de 1867, parce qu'il paraissait compromettre l'accès des coopératives au crédit commercial ou bancaire. On peut penser qu'il a été jugé totalement dissuasif par les sociétés non coopératives, qui n'ont pratiquement jamais utilisé la facilité prétendue du titre III. Cependant, une évolution assez générale du statut légal des coopératives, née de la rencontre entre la requête de coopérateurs sollicités par le modèle capitaliste et des législateurs animés par une idéologie libérale, a non pas corrigé les effets de cette volatilité, mais l'a au contraire aggravée en diminuant la part des capitaux fixes dans l'ensemble des capitaux propres (ainsi, en permettant d'incorporer au capital remboursable jusqu'à la moitié des réserves impartageables : loi française de 1947 modifiée par la loi de 1992). On ne risque rien à conjecturer que ce sont cette volatilité et son aggravation qui ont inspiré la norme IAS 32.

Celle-ci conduit en troisième lieu à s'interroger sur la nature du capital social dans les coopératives. Pour toute une tradition coopérative, les parts sociales ne constituent pas du capital. Cette tradition s'exprimait dans un statut qui ne leur attribuait aucune des caractéristiques des actions ou parts d'intérêt : pas d'accès aux augmentations de la valeur de l'actif net, pas de plus values de marché, pas de dividende mais une rémunération de type obligataire, - et bien sûr pas de pouvoir attaché à leur propriété : les attributs d'un titre de créance, pas d'un droit de propriété.

Le droit moderne avait consacré cette tradition, comme en témoignait la rédaction primitive de l'article 16 de la loi de 1947, qui mettait l'intérêt du capital au rang des charges de l'exploitation, et n'en faisait pas un dividende prélevé sur le solde du compte de résultat, c'est-à-dire sur le différentiel entre l'accroissement de l'actif et l'accroissement du passif. Sans doute le droit français n'est-il jamais allé aussi loin dans cette voie que, par exemple, le droit espagnol, qui traite l'intérêt comme une charge venant en diminution du résultat fiscal (*ley sobre regimen fiscal de las cooperativas*, n° 20/1990 du 19.12.1990, art. 18.3). Mais cette conception est une des caractéristiques les plus habituelles des coopératives en Europe. La préférence des coopérateurs, à la fin du 2nd Empire, pour un statut de droit commun, qui impliquait que leurs apports fussent dotés d'un statut contraire à leur nature, a fait plus que provoquer des difficultés d'interprétation ou d'application : elle a introduit dans la coopération un principe qu'il n'est pas exagéré de juger pervers, pour ne pas dire létal.

Il faut enfin admettre que le titre III de la loi de 1867 postulait l'existence, à côté des parts remboursables ou en remplacement de celles-ci, d'un capital non remboursable, sous forme de réserves non incorporables et non distribuables ; mais que cette notion de réserves collectives a eu beaucoup de mal à se dégager de son image d'instrument de socialisation collectiviste, non généralisable à l'ensemble des coopératives si sa légitimité pouvait être acceptée pour certaines d'entre elles ; qu'au surplus depuis 1992 beaucoup d'efforts ont été faits pour doter les coopératives d'instruments copiés sur ceux qui répondent à la logique des sociétés de capitaux, mais que ces efforts ont plus contribué à dissoudre l'identité coopérative qu'à résoudre la contradiction entre remboursabilité et sécurité ; et qu'inversement les réserves sont les parentes pauvres de l'innovation législative des deux dernières décennies.

Ces analyses permettent de répondre à la question du titre : non, le capital des coopératives ne répond pas à la définition du capital social telle qu'elle s'entend dans les sociétés à responsabilité limitée. Cette définition incorpore la notion de garantie explicitement donnée aux tiers sur les apports patrimoniaux réalisés par les associés, en substitut de la garantie implicitement consentie sur leur patrimoine personnel. Dans la mesure où le remboursement des apports fait disparaître le support de cette sûreté sans y substituer d'autres supports – autres apports par d'autres associés, ou profits de la société elle-même conservés à son actif par indisponibilité du compte de passif qui en enregistre la contre-valeur, garanties personnelles suppléant les garanties réelles -, le compte capital qui les a enregistrés par convention a la forme du capital, mais non point sa substance. Seul peut être considéré comme répondant aux deux exigences d'identité au capital par la forme et par la substance la fraction des comptes dits de capitaux propres échappant au droit des associés d'en obtenir le remboursement et à l'obligation symétrique de la société de l'effectuer.

62. Sur l'exigence de liquidité et l'exigence de sécurité

Cette analyse toute personnelle conduit à imaginer que, d'un point de vue logique, la contradiction entre exigence de liquidité pour les associés et exigence de sécurité pour les tiers ne pourrait se résoudre que par sinon le choix au moins la combinaison entre deux solutions que leur logique oppose radicalement mais que la pratique peut associer :

- Il peut être continué de faire dépendre de plus en plus le développement des coopératives de l'accumulation de capitaux fournis par les membres. Le risque serait que ce processus ne conduise pas seulement à lier (ou lier plus encore) capital et pouvoir (le pouvoir n'étant après tout que le moyen de contrôler le risque pris par le capital), mais aussi qu'il rende indispensable d'assurer la liquidité du capital par une réelle possibilité de mobilisation sur le marché, sans restriction liée à la qualité d'usager. Le "jusqu'où peut-on aller trop loin" serait dans la réponse que les coopérateurs donneraient à un projet qui dissoudrait le principe de double qualité et finirait par les rendre étrangers dans leur propre coopérative. Cependant, avant d'aller jusqu'à un alignement complet sur les mécanismes – et la logique – de la société de capitaux, il ne serait peut-être pas impossible de corriger partiellement les effets de la remboursabilité en empruntant aux SA à capital fixe, et selon l'exemple de la loi basque, la technique du rachat par une société de ses propres actions, non suivie de leur annulation et donc de la réduction du capital. Venant en complément ou substitut circonstanciel du remboursement, elle permettrait de relever le seuil en dessous duquel celui-ci ne peut plus être opéré.

- Le financement de l'entreprise commune n'est demandé aux coopérateurs que dans la proportion où le capital social est irremplaçable pour remplir les trois fonctions de signe et support de leur responsabilité (responsabilité au double sens de sentiment éprouvé et de risque assumé), d'anticipation de la formation du capital collectif (réserves) et de prothèse remplaçant le capital collectif consommé par des pertes. Mais la plus grande partie du financement serait à demander à l'accumulation de réserves dont la masse serait telle que le remboursement des parts sociales serait sans incidence sur l'équilibre du bilan. Le "jusqu'où peut-on aller trop loin" serait dans la réponse que les coopérateurs donneraient à une rupture avec le discours dominant sur la coopérative propriété des coopérateurs et avec une pratique qui a encouragé la souscription au capital parce qu'elle bénéficiait d'encouragements fiscaux qui n'ont en général pas profité aux réserves. A tout le moins, pour ne pas aller jusqu'à un bouleversement contre-productif des pratiques et des représentations, peut-on évoquer deux idées : nourrir le développement par des mises en réserve plus élevées qu'aujourd'hui (la loi italienne impose une dotation de 30 % des résultats sans plafond, quand la loi française n'impose que 15 % jusqu'au montant du capital), prévenir la fonte des capitaux propres par l'obligation de doter les réserves impartageables d'un montant au moins égal aux remboursements de parts effectués pendant l'exercice. C'est la solution que suggèrent une certaine tradition coopérative et une certaine lecture du titre III. On lui opposera que, affecter aux réserves une part plus grande des bénéfiques, c'est réduire celle qui pourrait revenir à la rémunération du capital, et risquer de tarir son recrutement. A quoi on pourrait tout aussi bien opposer que les réserves sont des capitaux propres qui ne portent pas intérêt, et que, plus importante serait leur part dans les capitaux propres, plus importante serait, pour un résultat donné, la part pouvant en revenir à la rémunération des apports des sociétaires.
