

La variabilité du capital dans les coopératives

ou

Le capital remboursable est-il encore du capital ?

Le titre III de la loi du 24 juillet 1867, le statut coopératif
et la norme IAS 32

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

Sommaire

I - Le projet de norme IASB et la prise de position du GNC

II - L'état du droit

21. Les lois françaises

22. Deux réponses de la doctrine et de la jurisprudence

211. Les coopératives peuvent-elles bénéficier de la variabilité ?

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

23. Les lois européennes

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 ?

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

33. Droit d'exclusion et droit au remboursement

IV - Signification et conséquences de la variabilité

41. Capital remboursable plus que capital variable

42. Capital remboursable et responsabilité

43. Remboursabilité et réserves impartageables

431. Les dispositions légales

432. La doctrine

433. Le titre III, référence implicite aux réserves impartageables

V - Normes comptables et traitement du capital dans les coopératives

VI - Conclusion théorique et conclusion pratique

I - Le projet de norme IASB et la prise de position du GNC

En 2003 a été rendu public le projet de norme 32 de l'International Accounting Standards Board, qui, au motif de sa variabilité, refusait de maintenir le capital des coopératives dans la catégorie des capitaux propres. Le Groupement National de la Coopération a dressé la liste des raisons qui s'opposent à l'extension de cette norme aux coopératives ; il a conclu à la demande de rejet de ce texte par la Commission Européenne.

Les arguments invoqués sont que la variabilité est consubstantielle au statut coopératif ; que cette consubstantialité est établie par le fait que la variabilité est nécessaire pour permettre l'application du principe de double qualité ; qu'elle est d'ailleurs corrigée par des dotations obligatoires à la réserve légale plus élevées que dans le droit commun et par la fixité des réserves impartageables ; qu'elle menace d'autant moins les droits des tiers que les associés restent tenus de leurs engagements à l'égard de la société pendant cinq ans après leur retrait ; que le déclassement comptable du capital des coopératives condamnerait le nouveau statut de la Société coopérative européenne qui interdit la fixité du capital, et qu'il signerait "la mort" du statut et du système coopératifs.

La notion de consubstantialité est au cœur de l'argumentation développée dans la note citée. Il ne faut sans doute pas prendre ici consubstantialité au sens d'unité ou identité par la nature, mais comme signifiant que la variabilité est inséparable du statut coopératif, qu'on ne peut concevoir le statut coopératif sans la variabilité, que celle-ci est un prédicat non accidentel mais nécessaire de "l'être coopératif".

Cependant, les arguments du GNC n'ont pas été entendus, et fin 2004 a été rendue publique la définition de l'IASB, qui considère comme capitaux d'emprunt et non comme capitaux propres la partie du capital social 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. Ce 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 est possible, sinon probable, et les seules parades envisagées consistent à remonter très haut le plancher du capital, ce qui, en interdisant de droit les remboursements, compromettrait de fait les souscriptions. D'où une interrogation à la fois inactuelle et pratique sur la variabilité du capital : état du droit, contribution de la loi de 1867 à l'élaboration du droit coopératif, signification et conséquences de la variabilité du capital et de la nature du capital des coopératives, solutions envisageables.

II - L'état du droit

21. Les lois françaises

La loi du 24 juillet 1867 n'avait fait que permettre aux coopératives d'adopter la variabilité (art. 48) : "il peut être stipulé, dans les statuts de toute société, que le capital sera susceptible...". Elle ne l'avait pas imposée. 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, autorisés par la loi. 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 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 retrayants (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 23 ci-après.

22. Deux réponses de la doctrine et de la jurisprudence

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

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.

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 ; 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, elle 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 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 substantiel 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

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 (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 (articles 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).

Lorsqu'ils imposent l'existence d'un capital social, la plupart des droits européens prévoient la variabilité. On peut citer dans ce sens la loi italienne (*Codice Civile*, art. 2520) et la loi portugaise (*Codigo Cooperativo* du 16.09.1996, art. 28), qui mentionnent 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.

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, chacune des *lleyes autonomicas*) 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. 53, lequel prévoit en outre une majoration de 10% de la pénalité si l'associé donne sa démission avant d'avoir achevé le temps minimum de participation à l'activité de la coopérative éventuellement prévu dans les statuts) ; la loi d'Aragon (art. 53) porte même les déductions possibles à 40% en cas d'exclusion.

Il faut cependant citer 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.

Enfin, comme le souligne la note du GNC citée dans l'introduction, le Règlement (CE) n°1435/2003 du Conseil, du 22 juillet 2003, relatif au statut de la Société Coopérative Européenne fait de celle-ci une société à capital variable : c'est ainsi que la définissent les articles 1^{er}.2, 3.5 et 4.8, tandis que l'article 3.4 charge les statuts de déterminer la somme, non inférieure au capital minimum de 30 000 €, en dessous de laquelle il ne peut plus être fait de remboursements aux retrayants, et que l'article 3.5 et l'article 16.1 autorisent les remboursements partiels. Mais le Règlement permet aussi (article 4.15) de prévoir dans les statuts les modalités et les conditions d'agrément de la cession ou de la négociation des parts sociales au bénéfice d'autres membres.

S'agissant des délais de remboursement, 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).

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 (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 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. Trois observations doivent être formulées à ce sujet.

Première observation : Il faut rappeler que 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 entre 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.

Deuxième observation : 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).

Troisième observation : 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.

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 par un emprunt à l'*intuitus personae*.

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 § 43 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, qui 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'exclusion et droit au remboursement

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 d'une faute justifiée.

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, 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.

D'autre part, certains statuts particuliers ont 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'est soumis qu'à la condition d'être mentionné dans les statuts. A la différence du droit d'exclusion du titre III, il n'est pas réservé à l'assemblée générale et peut être exercé par le conseil d'administration. Enfin, il ne s'entend pas comme d'un remplacement des actions par des actions de jouissance, il a bien pour effet de faire perdre la qualité d'associé à celui dont toutes les parts sociales ont été remboursées. Il a 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.

Mais le droit de remboursement n'est pas seulement soit une première traduction du principe de double qualité, soit une simple modalité de la variation du capital. La loi de 1915 précise que "les sociétaires (des SCOP) doivent se réserver la faculté de rembourser au fur et à mesure de leurs ressources ..." ; le décret de 1924, que la coopérative (d'artisans) "aura toujours la faculté de rembourser au fur et à mesure de ses ressources ..." Bien évidemment, la règle est la même dans les deux cas : pour les SCOP, ce ne sont pas les sociétaires ouvriers qui ont à titre personnel le droit de rembourser les parts des sociétaires non ouvriers,

mais, comme dans le cas des artisans, leur société, représentante de leur commune volonté. De même, les ressources des sociétaires des SCOP ne sont pas leurs revenus ou patrimoines propres, mais les ressources de leur société.

Mais ce qui est significatif, c'est que le droit de rembourser est subordonné à la réunion de ressources de remplacement d'un volume tel que l'opération ne dégrade pas le bilan de la coopérative.

Il ne s'agit pas seulement, cependant, d'une simple règle prudentielle. La loi ne dit pas "la possibilité de rembourser" sans autre précision, tout le monde aurait compris que le remboursement ne pouvait se faire que si la coopérative en avait les moyens, sans compromettre la sécurité des tiers. Elle ne dit pas "au fur et à mesure de nouvelles souscriptions". Elle dit "au fur et à mesure de ses ressources (ou de leurs ressources, entendu comme celles de leur société)".

On peut comprendre ressources dans le sens d'augmentation des capitaux propres, de l'actif net, et c'est probablement la notion qui était dans l'esprit du législateur. Mais il est question de "ses ressources", étymologiquement de "ce qui sourd à nouveau de son sein", - pas des ressources provenant de l'épargne des membres, encore moins de l'endettement externe, mais des ressources lui appartenant en propre, qu'elle ne doit qu'à elle-même parce qu'elles proviennent de son activité : on peut voir dans cette expression une référence pas seulement à la différence entre l'augmentation de l'actif et celle du passif, mais bien plus précisément à la partie de cette différence que la société ne distribue pas à ses membres mais met en réserves.

Il y a là comme la réminiscence du modèle buchézien ou des ateliéristes, pour qui le capital n'était qu'un financement transitoire, préluant à la formation des réserves destinées à le remplacer ; et comme l'anticipation de la disposition ultérieurement insérée dans le statut des coopératives agricoles, liant le remboursement du capital à la formation de réserves de même montant (article R 523-5 du code rural, cf. 431 ci-après).

Ce n'est donc pas pure coïncidence mais effet d'une même logique si, non pas la loi de 1867, mais les deux textes de 1915 et 1924, utilisant la possibilité ouverte par la variabilité du capital, visent aussi la règle de l'impartageabilité des réserves (absolue dans le cas des coopératives artisanales, à l'égard des associés non ouvriers dans le cas des SCOP) qu'elles invitent indirectement à venir remplacer le capital remboursé.

IV - Signification et conséquences de la variabilité

41. Capital remboursable plus que capital variable

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 facile, sinon possible, 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).

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).

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 masse. 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

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 permet de faire des sociétés, spécialement des coopératives, qui n'offriront 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 va 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).

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.)

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 1933 l'adhésion à une association de révision agréée, aux pouvoirs très étendus.

Il faut de même rappeler que certains statuts étrangers combinent remboursabilité et responsabilité des membres non limitée au capital souscrit : au Portugal, par exemple, 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). 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 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). 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 contente de prohiber la distribution des réserves autres que la réserve légale 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 a paru le prévoir 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 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 (*Förderungsauftrag*). 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 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, la revue *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 - Normes comptables et traitement du capital dans les coopératives

L'inquiétude légitimement exprimée devant la menace d'une norme qui déclasserait une partie quelquefois importante des capitaux propres des coopératives doit conduire à imaginer non pas seulement une argumentation destinée à retourner la conviction de l'IASB, mais des solutions au problème de fond qu'a soulevé ce projet.

Or toute l'évolution du droit coopératif depuis quelques années a été dans le sens d'une augmentation de la part remboursable des capitaux propres.

Dans ce sens, il faut d'abord citer la revalorisation du capital remboursable pour corriger les effets de l'inflation. En Italie, la loi de 1992 permet d'augmenter gratuitement le capital de tous les membres, avant les remboursements, par incorporation d'une partie du bénéfice de chaque exercice, dans la limite de la variation de l'indice officiel des prix à la consommation familiale. En France, dans les seules coopératives qui ne peuvent pas ou ne veulent pas pratiquer l'incorporation des réserves au capital autorisée par la loi de 1992, les statuts peuvent depuis celle-ci prévoir la constitution d'une réserve spéciale destinée à la revalorisation des parts au moment de leur remboursement. Cette réserve reçoit une partie des excédents annuels, comme dans la loi italienne de la même année, mais elle exige une condition d'ancienneté de cinq ans pour bénéficier de cette réévaluation, limitée à l'évolution du barème officiel de revalorisation des rentes viagères. La loi de Valence (Espagne) de 1998 prévoit que l'associé qui se retire a droit à une quote-part d'une réserve spéciale d'actualisation des apports créée par prélèvement sur les excédents annuels, l'actualisation restant limitée au montant nécessaire "pour corriger les effets de l'inflation".

Autre méthode, la revalorisation des actifs : en Espagne, la loi *estatal* et les lois *autonomicas* autres que celles de Valence et d'Andalousie prévoient la possibilité de réévaluer les bilans des coopératives et d'employer une partie de la "plus value nette" que peut faire apparaître cette opération à la revalorisation du capital : selon la loi *estatal* et celles du Pays Basque et d'Aragon, les statuts ou l'assemblée générale déterminent librement la partie de cette plus value allant aux réserves, la partie allant à l'actualisation de la valeur du capital ; selon les lois de Navarre, de Galice, de Catalogne, la moitié au

moins de la plus value nette doit aller aux réserves, et la moitié au plus à l'actualisation du capital ; la loi de la Communauté de Madrid de 1999 combine réévaluation et réserve spéciale d'actualisation, celle-ci pouvant recevoir 1/3 de la "plus-value de réévaluation" et une partie des bénéfices annuels, mais la revalorisation reste limitée à la correction des effets de l'inflation.

Un autre moyen est celui d'une reconnaissance d'un droit sur une réserve *ad hoc* ou sur l'actif net. La loi allemande autorise les statuts à augmenter la valeur nominale des parts remboursées d'une quote-part d'une réserve constituée à cet effet sur les bénéfices antérieurs. Les statuts déterminent les conditions et les restrictions éventuelles du droit à un remboursement ainsi majoré. C'est le même mécanisme que celui prévu en France, mais sans la limite d'un barème reflétant la dépréciation réelle du pouvoir d'achat. Ou bien encore la loi portugaise de 1996 reconnaît un droit au remboursement du nominal du capital augmenté d'une quote-part des répartitions différées, des bénéfices provisoirement maintenus en compte d'attente et des réserves non obligatoires répartissables. La loi suédoise de 1987 applique la même règle, mais en précisant que ne rentrent pas dans le capital susceptible d'être remboursé le fonds de réserve obligatoire et la réserve créée en contrepartie de la réévaluation du bilan.

Mais les deux mécanismes qui vont le plus loin dans cette augmentation de la masse des capitaux propres remboursables au détriment des réserves impartageables sont ceux de la loi française et de la loi d'Andalousie. En France, depuis la loi de 1992, les coopératives peuvent augmenter gratuitement la valeur nominale des parts sociales existantes, ou créer gratuitement de nouvelles parts, en incorporant au capital jusqu'à la moitié des réserves disponibles, puis ensuite la moitié de leur accroissement. La loi ne définit pas ce terme, mais on s'accorde à penser que n'appartient pas à cette catégorie la réserve dite légale (ou obligatoire). Les coopératives ouvrières de production, les coopératives d'artisans, de transporteurs ou de marins pêcheurs, les coopératives d'habitation à loyer modéré, sont les seules à avoir demandé et obtenu que cette faculté dangereuse ne leur fût pas ouverte. En Espagne, la loi d'Andalousie de 1999 dispose qu'en cas de réévaluation du bilan, 50% du produit net de cette opération sera porté au fonds de réserve obligatoire, et 50% à un fonds d'actualisation des apports, lesquels seront ainsi revalorisés tous les ans si le montant du fonds le permet. Au cas où la réévaluation du bilan n'aurait pas été effectuée, il est permis d'effectuer une revalorisation des apports au moment de leur remboursement, mais dans la limite de l'évolution de l'indice des prix à la consommation, par prélèvement sur un "fonds de remboursement" doté annuellement par l'assemblée générale sur les excédents de l'exercice, et dont seuls les associés ayant une ancienneté d'au moins 5 ans peuvent bénéficier (même système qu'en France). Enfin, outre le bénéfice de l'une ou l'autre de ces dispositions, les associés peuvent, au moment de leur remboursement, recevoir une quote-part, proportionnelle au montant de leurs apports, de la moitié du fonds de réserve obligatoire, que l'article 95.2 dit en conséquence "partiellement répartissable".

VI - Conclusion théorique et conclusion pratique

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. On ne risque rien à conjecturer que ce sont cette volatilité et son aggravation qui ont inspiré le projet de 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 la 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. 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*, du 19.12.1990). 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.

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 la technique du rachat par une société de ses propres actions, non suivie de leur annulation et donc de la réduction du capital. Les articles L225-207 et suivants du code de commerce, qui organisent ce scénario, le réservent aux sociétés par actions "classiques". Cependant, la 2^{ème} Directive 77/91 du 13 décembre 1976 le rend explicitement utilisable par les coopératives constituées sous forme de S.A. Aussi bien, la loi basque du 24 juin 1993, modifiée par la loi du 29 juin 2000, organise-t-elle un système de titres d'apports de dernier rang, traités et comptabilisés comme capital, non remboursable avant la liquidation de la société, mais pouvant être acquises par celle-ci et maintenues à son actif dans les conditions prévues par cette directive.

- 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 insupportable des pratiques et des représentations, peut-on évoquer l'obligation faite aux coopératives de doter leurs réserves impartageables, par priorité sur tout autre emploi de leurs bénéfices, d'un montant au moins égal aux remboursements de parts effectués pendant l'exercice. C'est la solution que suggèrent tant une certaine tradition coopérative et une certaine lecture du titre III que l'article R523-5 du code rural (cf. 431). Reste à voir si, au regard des exigences de l'IASB, elle relève d'une norme légale ou de la liberté des statuts.
