



Dynamiser l'action commune face à l'interdiction de l'augmentation des engagements des associés dans les sociétés coopératives de commerçants détaillants

Fabrice van Cauwelaert,
Avocat à la Cour,
Cabinet DS Avocats

Jean-Louis Lesquins,
Avocat à la Cour,
Cabinet DS Avocats

La possibilité d'augmenter les engagements des associés est fréquemment considérée comme une question difficile (1), malaisée (2), voire obscure (3). Il est en effet complexe de « donner une définition à la fois générale et suffisamment précise de la notion d'engagements des associés » (4).

Applicable à l'ensemble des sociétés, quelle que soit leur forme, l'article 1836 du Code civil dispose que :

« Les statuts ne peuvent être modifiés, à défaut de clause contraire, que par accord unanime des associés.

En aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci. »

Par conséquent, les statuts peuvent prévoir que leur modification peut intervenir en dehors de l'unanimité des associés. Il y a, en revanche, nécessité de recueillir le consentement individuel de chaque associé pour pouvoir augmenter ses engagements.

La règle ainsi posée rejoint celle de l'intangibilité des conventions prévue par l'ancien article 1134 du Code civil, reprise aux articles 1103 (5) et 1193 (6) du même Code civil dans leur rédaction issue de la réforme du 10 février 2016 relative au droit des contrats.

D'ailleurs, la règle de l'article 1836 du Code civil, qui est reprise par les textes spéciaux du Code de commerce (par exemple les articles L. 225-96 et L. 236-5 du Code de commerce), a pu être présentée comme traduisant « l'irréductible élément contractuel » de la société (7).

Cependant, la sanction semble différente :

- sur le terrain des articles 1103 et 1193 (ex-1134) du Code civil, leur violation est sanctionnée par l'inopposabilité de la décision modifiant les engagements à l'« associé-contractant » qui n'y a pas consenti ;
- pour l'article 1836 en revanche, et contrairement à ce que pourrait laisser penser la lettre du texte qui n'exige que le consentement individuel de l'associé pour augmenter ses engagements (8), la Cour de cassation a jugé que ce texte, d'ordre public, était sanctionné par la nullité absolue et pouvait être invoqué par tout intéressé, en ce compris tel associé qui aurait voté la résolution litigieuse (9).

Par ailleurs, délicate dans tous les types de sociétés, la définition de la notion d'engagement des associés revêt une complexité accrue dans le cas des sociétés coopératives, et notamment les sociétés coopératives de commerçants détaillants, en raison du dédoublement des qualités d'associé et de coopérateur.

Ici, en effet, l'associé coopérateur a l'obligation de contribuer personnellement à l'amélioration des conditions d'exploitation de tous. L'affectio societatis ne se réduit pas au partage des revenus ou des pertes, mais comporte également la fourniture d'efforts partagés pour procéder en commun au référencement de produits et à la négociation des conditions d'achat, créer et développer une enseigne commune, défendre une politique commerciale uniforme, adopter et mettre en œuvre une charte de services, etc.

En ce sens, Gilbert Parleani a relevé que les « principes de double qualité, et de recherche du bénéfice mutuel des membres, entraînent par eux-mêmes des obligations à la charge des coopérateurs. La loyauté est ici essentielle et placée dans une perspective économique. Il en résulte en effet non seulement un droit de contribuer au fonctionnement de la coopérative, mais encore une obligation propre au coopérateur de participer effectivement à l'activité de la société. Cela est bien éloigné des préoccupations habituelles des actionnaires des sociétés anonymes » (10).

Cette intrication des qualités d'associé et de coopérateur rend l'application de la règle de l'article 1836 du Code civil particulièrement délicate : un renforcement des obligations de l'adhérent peut se traduire par une augmentation des engagements de l'associé, et réciproquement. Il est dès lors difficile de distinguer les « engagements » qui peuvent être imposés à la majorité de ceux qui supposent le consentement de l'associé-coopérateur.

Simultanément, elle implique l'établissement entre les associés-coopérateurs d'une discipline collective qui est une condition essentielle de la réalisation de l'objet social de la coopérative.

Il aurait été possible de contourner la difficulté en relevant que le principe d'intangibilité des engagements s'applique tant aux obligations d'associés sur le fondement de l'article 1832 alinéa 2,

1) L. Jobert, « La notion d'augmentation des engagements des associés », *BJS* 2004, n° 5, p. 627

2) G. Taormina, « Réflexions sur l'aggravation des engagements des associés », *Rev. sociétés*, 2002, p. 267

3) H. Le Nabasque, « L'article 1836, alinéa 2, du Code civil serait-il l'un des textes les plus obscurs du droit des sociétés ? » *BJS*, 2004, n° 2, p. 413

4) F. Rizzo, « Le principe d'intangibilité des engagements des associés », *RTD Com.* 2000, p. 27.

5) « Les contrats légalement formés tiennent de loi à ceux qui les ont faits. »

6) « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise. »

7) J. Hémar, F. Terré, P. Mabilat, *Sociétés Commerciales*, T 2, *Dalloz*, 1974, n° 349, p. 305.

8) cf P. Le Cannu et B. Dondéro, *Droit des sociétés*, *LGDJ*, 5^e édition, 2013, n° 144, p. 99

9) Cass. com. 13 novembre 2003, *Rev. sociétés* 2004, p. 97, note B. Saintourens, *BJS* 2004, p. 413, note H. Le Nabasque (« L'article 1836, alinéa 2, du Code civil serait-il l'un des textes les plus obscurs du droit des sociétés ? ») ; *RTD Com.* 2004, p. 118, obs. Monsérié-Bon et Grosclaude ; *Dr. & patrim.*, mars 2004, obs. D. Porrachia ; *JCP, éd. E.*, 2004, p. 380, note A. Viandier et p. 665, obs. J.-J. Caussin, Fl. Deboissy et G. Wicker ; *D.* 2004, somm.2033, obs. B. Thuillier

10) G. Parleani, « Le règlement relatif à la société coopérative européenne, et la subtile articulation du droit communautaire et des droits nationaux », *Rev. stés* 2004, p. 74.

11) Reprenant ainsi la méthode suivie par Cl. Lucas de Leyssac et G. Parleani dans leur article « L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat », *Mélanges J. Ghestin, LGDJ*, 2014.

12) Y. Guyon, *Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5^e éd., in *Traité des contrats*, dir. J. Ghestin : *LGDJ*, 2002, n° 50

13) Cass. civ. 9 février 1937, DP 1937, jur. p. 73 note A ; Besson ; S. 1937, p. 129, note H. Rousseau

14) Sur cette question voir, L. Jobert, la notion d'augmentation des engagements des associés, *BJS* 2004, n° 5, p. 627

15) Voir sur cette question notamment J-J Gueguen, « Le commerçant dans un groupement : une indépendance renforcée », *Journal des Sociétés*, octobre 2016, p. 27.

16) Cass. com., 7 mars 1989, 87-12.882

17) Cass. com., 3 déc. 1991, 90-15.038

qu'aux obligations de coopérateurs sur le fondement des articles 1103 et 1193 (ex-1134) du Code civil. Cependant, on l'a vu, les sanctions sont différentes (nullité dans un cas et inopposabilité dans l'autre) et l'appréciation des notions d'engagement et d'obligation pourrait diverger selon qu'elle est faite sous un régime ou sous l'autre. Or, il n'est pas concevable qu'au sein d'un groupement coopératif, certaines obligations soient inopposables à certains associés/coopérateurs, ce qui porterait atteinte au principe d'égalité des associés.

La question générale à laquelle il faut en conséquence répondre serait donc celle-ci : la qualité de membre d'une société coopérative n'implique-t-elle pas par nature une plus grande « disponibilité » au respect d'obligations décidées selon la règle de majorité, dans l'intérêt collectif des membres ?

Après avoir fait un point, au sens maritime du terme (11), sur les acquis jurisprudentiels et les incertitudes qui subsistent sur la notion d'intangibilité des engagements (I), on s'efforcera de dégager des critères permettant, dans le contexte particulier des sociétés coopératives de commerçants indépendants, de distinguer les obligations d'un associé-coopérateur qui peuvent être imposées à la majorité de celles qui supposent une adoption à l'unanimité (II).

I. La notion d'engagements des associés : acquis jurisprudentiels non négligeables, incertitudes persistantes

La rigidité de la règle de l'article 1836, al. 2 C.civ., combinée aujourd'hui avec la radicalité de la sanction, a suscité de nombreuses réflexions inspirées de la prise en considération des risques de blocage de la vie des sociétés et des obstacles à leur nécessaire adaptation aux exigences de la vie économique.

Une tendance s'est fait jour en faveur du reflux de la règle d'unanimité, notamment par le biais d'une restriction de la notion d'augmentation des engagements. Le professeur Guyon relevait ainsi qu'« afin d'éviter un blocage de la vie sociale, il serait "souhaitable de retenir une conception étroite des engagements" que la majorité ne peut augmenter. Il s'agirait essentiellement des engagements de nature pécuniaire ou de ceux qui portent atteinte aux prérogatives essentielles des associés » (12).

Et, en effet, la jurisprudence a semblé retenir une interprétation stricte de la notion d'augmentation des engagements, mais sans lever toutes les incertitudes sur ses contours (A). Ces incertitudes ont encore été renforcées par l'existence d'interrogations sur le champ d'application de la règle à raison de la nature de la décision prévoyant l'augmentation des engagements (statuts exclusivement ou documents statutaires et péri-statutaires) (B).

A. Une interprétation stricte de la notion d'augmentation des engagements, mais dont les contours restent imprécis

Dans un premier temps, la Cour de cassation a jugé que la règle de l'article 1836 alinéa 2 du Code civil imposait l'unanimité pour augmenter les engagements

financiers des associés, alors que la majorité pouvait valablement prendre des décisions qui n'avaient pour effet que de diminuer les droits de ces derniers (1.).

Cependant, cette approche semble avoir été remise en cause par la jurisprudence plus récente qui a imposé l'unanimité pour augmenter des engagements qui n'étaient pas uniquement financiers (2.).

En outre, la doctrine a critiqué la position traditionnelle en faisant observer que la distinction entre l'augmentation des engagements et la diminution des droits n'était pas simple à mettre en œuvre (3.).

1. L'approche traditionnelle : la possibilité de diminuer les droits des associés et l'interdiction d'augmenter les engagements financiers des associés

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de principe du 9 février 1937 (13), la Cour de cassation était saisie de la question de la règle d'adoption d'une décision visant à étendre le champ d'application d'un droit de préemption initialement prévu pour les seules cessions d'actions entre vifs à toutes les hypothèses de transfert d'actions, y compris par voie de succession.

La Cour a d'abord énoncé que :

« le principe ainsi posé par la loi comportant la faculté pour l'assemblée générale de modifier toutes les dispositions statutaires, la réserve qu'elle formule relativement à l'augmentation des engagements déroge à la règle générale et doit, en conséquence, être interprétée restrictivement ».

Elle a ensuite considéré que : « les engagements des actionnaires primitifs ne sont augmentés que si les dispositions prises par l'assemblée entraînent une aggravation de la dette, contractée par eux envers la société ou les tiers »,

et a répondu en conséquence que :

« la réglementation du droit de préemption et les restrictions apportées à la cessibilité des actions peuvent constituer une diminution du droit des actionnaires, mais qu'elles ne constituent pas cependant une augmentation de leurs engagements ».

À la suite de cet arrêt, il a été considéré que la règle énoncée par l'article 1836 alinéa 2 n'interdisait pas de réduire les droits des associés d'une part, et, d'autre part, que les seuls engagements qui ne pouvaient pas être augmentés sans le consentement de l'associé étaient les engagements financiers à l'égard de la société ou des tiers (14) (aggravation de la dette).

En outre, s'agissant des engagements, il fallait distinguer la décision imposant le principe des engagements de celles qui en fixaient simplement les modalités d'application ou de mise en œuvre (15).

Ainsi, des décisions prises conformément aux statuts initiaux, quel qu'en soit l'objet, peuvent l'être à la majorité simple ou renforcée, si ces statuts le prévoient. Il en est de même lorsque la loi le prévoit expressément. C'est ainsi que si l'unanimité est requise pour autoriser un appel de fonds qui n'était pas prévu dans les statuts (16), les décisions de lever des charges préalablement définies dans le règlement intérieur (17), d'affecter aux comptes courants des associés les reports à nouveau déficitaires d'exercices antérieurs conformément à une stipulation



statutaire (18) ou de transformer des ristournes en parts sociales conformément à la loi (article L. 225-96 du Code de commerce) peuvent être valablement imposées par une décision majoritaire.

2. La réintégration d'engagements non pécuniaires dans le champ d'application de l'article 1836 du Code civil a remis en cause partiellement l'analyse traditionnelle

Dans l'état de la jurisprudence issue de l'arrêt de 1937, ne restait soumise à la règle de l'unanimité que la modification des engagements financiers de l'associé, à l'exclusion d'une décision portant simplement restriction des droits.

Cependant, postérieurement, des arrêts ont réintégré dans la notion des engagements non financiers.

La Cour de cassation a ainsi considéré que, dans des coopératives, il n'était pas possible d'augmenter la durée de l'engagement des coopérateurs par une décision majoritaire, une telle décision nécessitant l'unanimité (19).

Elle a aussi imposé l'unanimité pour pouvoir insérer dans un règlement intérieur une obligation de non-concurrence dans le chef de l'associé sortant : « *si une clause interdisant à l'ancien actionnaire d'une société anonyme toute forme de concurrence envers celle-ci peut être comprise dans les statuts adoptés lors de sa création, l'introduction ultérieure d'une telle clause qui, par l'atteinte qu'elle porte à la liberté du travail et du commerce, augmente les engagements de l'actionnaire, ne peut être décidée qu'à l'unanimité* » (20).

Enfin, la cour d'appel de Paris a soumis à la règle de l'unanimité la décision d'insérer dans les statuts une clause d'exclusion (21), ainsi que l'ajout d'un nouveau motif d'exclusion d'un associé susceptible de le contraindre de revoir et de restreindre son activité professionnelle (22).

Certains ont vu dans ces jurisprudences, une référence à la théorie de Thaller sur les droits propres d'associés (23).

En effet, comme l'a souligné le professeur Guyon, « *on serait tenté de distinguer les droits propres ou intangibles des associés, qui auraient un caractère essentiel, comme les droits naturels des citoyens, et auxquels la majorité ne pourrait pas porter atteinte, et les droits dérivés, dont la collectivité des associés pourrait fixer le contenu* » (24).

Ainsi, à côté des engagements strictement financiers, la jurisprudence semble avoir intégré dans le champ d'application de la règle les mesures affectant les droits propres de l'associé (inhérents à la qualité d'associé), ainsi que les droits fondamentaux, entendus comme ceux qui existent antérieurement à et indépendamment de la qualité d'associé (c'est en ce sens que nous lisons l'arrêt susvisé Chalazon, 1996, sur l'introduction d'une obligation de non concurrence post-contractuelle). Ainsi, tous les droits de l'associé ne peuvent pas être réduits à la majorité, ce qui conduit à bouleverser, dans une mesure à préciser, l'approche traditionnelle.

3. Les limites de l'approche traditionnelle et des propositions doctrinales au regard des sociétés coopératives de commerçants

Si l'approche traditionnelle avait le mérite de la simplicité, il a été justement observé qu'elle est parfois difficile à mettre en œuvre en pratique. Il est en effet malaisé de distinguer clairement, notamment dans le contexte particulier des sociétés coopératives, ce qui ressort d'une diminution du droit des associés de ce qui constitue véritablement une augmentation de leurs engagements (25) car « *la modification des droits des associés peut en effet être fréquemment présentée comme emportant tout à la fois augmentation de leur engagement envers la société et diminution de leurs droits à l'intérieur du groupement* » (26).

En outre, cette distinction ne rend pas compte de la jurisprudence précitée qui a réintégré dans le champ de la règle des mesures affectant les droits propres et les droits fondamentaux. Cela a conduit certains auteurs à proposer une nouvelle approche.

Ainsi Hervé Le Nabasque a-t-il suggéré de recourir à la notion d'engagement nouveau (27) soumis à la règle de l'article 1836 alinéa 2 du Code civil, tout en prônant une distinction plus nette entre les engagements pris en qualité d'associé (soumis à 1836 al. 2) et ceux qui sont pris en qualité de cocontractant (soumis aux articles 1103 et 1193 du Code civil).

Laurent Jobert a proposé de cantonner la règle aux seuls apports des associés, qu'il s'agisse d'apports en nature, en numéraire ou en industrie (engagement d'activité), tout en prônant, comme le professeur Le Nabasque, une distinction claire des engagements d'associé et de cocontractant (28).

Enfin, Gilles Taormina a proposé de mettre en œuvre, comme en droit du travail, une distinction entre les modifications substantielles et les modifications non substantielles.

Aussi séduisantes qu'elles soient, ces propositions ne répondent pas au souci légitime de dynamiser les réseaux coopératifs : car il est le plus souvent impossible de distinguer pratiquement ce qui ressort de l'engagement d'associé et de celui du coopérateur cocontractant de la coopérative.

En outre, et surtout, comme évoqué dans l'introduction, imaginer que certains engagements des associés coopérateurs seraient soumis à la règle de l'intangibilité des conventions de droit commun et, par conséquent, leur modification inopposable à ceux qui n'y ont pas consenti entraînerait nécessairement une rupture d'égalité entre les associés/coopérateurs.

B. Une approche extensive du champ d'application quant à la nature de la décision constatant l'augmentation des engagements, mais qui manque d'être aujourd'hui formellement consacrée

Une autre difficulté est de définir le champ d'application de la règle quant à la nature de la décision. En effet, en raison de la lettre de l'article 1836 du Code civil, il pourrait être soutenu, dans un souci d'interprétation stricte, que la prohibition ne s'applique qu'aux seules décisions emportant une modification des statuts.

Cette interprétation pourrait d'ailleurs s'appuyer sur la jurisprudence de la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation qui a énoncé, dans plusieurs espèces que « *l'article 1836 du Code civil ne règle que les conditions auxquelles doivent satisfaire les*

18) Cass. com., 9 juin 2004, 01-12.887

19) Cass. 1^{re} civ., 12 octobre 1976, *Rev. Stés* 1977, p. 525 note Atias ; 22 juin 1982, D. 1983, jur., p. 87, note P.-G. Gourlay ; *RTD Com.* 1983, p. 85, obs. E. Alfandari et M. Jeantin ; 4 avril 1995, *BJS* 1996, p. 309, note B. Saintourens.

20) Cass. com., 26 mars 1996, Chalazon, *BJS* 1996, p. 604, § 213, note P. Le Cannu ; *Rev. Stés*, 1996, p. 793, note L. Godon ; D. 1996, somm. 343, obs. J.-Cl. Hallouin.

21) Paris, 3 ch. A, 27 mars 2001, *Droit Stés*, jan 2002, p ; 30, Note F.-X. Lucas

22) Paris, ch. 5-8, 17 févr. 2015, 14/00358, confirmation

23) L. Jobert, article précité, citant E. Thaller, note sous cass. civ. 30 mai 1892 : DP, 1893,1,p. 107.

24) Y. Guyon, *op cit*, n° 48, p. 62.

25) Y. Guyon, *Traité des contrats, les sociétés LGDJ* 1999, n° 50.

26) H. Le Nabasque, « La notion d'engagements nouveaux en droit des sociétés », *Dr. sociétés, Actes Pratiques*, Déc. 1997, p. 36.

27) H. Le Nabasque, article précité.

28) L. Jobert, article précité.

29) Cass. Civ. 1^{er}, 8 nov. 1988, *Rev. Stés*, 1989, p. 473, note Y. Chartier ; *RTD Com.* 1989, p. 86, E. Alfandari M. Jeantin ; *Deffrénois*, 1989, art. 34518, n°2, p. 553, obs. J. Honorat ; Cass. civ. 1^{re}, 13 janvier 1998, *BJS*, 1998, p. 457, §157, note J.-J. Daigre ; *D. Affaires* 1998, p. 1409, obs. MB ; *Deffrénois*, 1998, art. 36889, n° 2, p. 1286, obs. J. Honorat

30) Cass. com. 9 juin 2004, *Rev. Stés* 2005, p. 176, note J.-F. Barbiéri.

31) L. Jobert, article précité ; G. Taormina, article précité ; H. Le Nabaque, « les engagements nouveaux », article précité.

32) Voir Y. Guyon et A. Souilleaux, Sociétés coopératives de commerçants détaillants, *JCL*, Fasc. 170-70, janvier 2016, n° 93, citant Cass. com. 19 janvier 2010, n° 09-980 SA Groupe Expert c/ Corre.

33) J.F Barbiéri, note sous Cass. com. 9 juin 2004, précitée.

34) Sur la question voir : Y. Guyon et A. Souilleaux, Sociétés coopératives de commerçants détaillants, *JCL Sociétés*, Fasc-170-70, Janvier 2016, n° 93

35) Cass. Com, 18 octobre 2017, n°16-18.864, Dalloz Actualités, 15 novembre 2017, note X. Delpech ; *RTD Civ.* 2018, p. 114, note Hugo Barbier ; *AJ Contrat* 2018, p. 31, note G. Parleani.

modifications statutaires » (29), formule qui a été reprise par la chambre commerciale (30).

Cantonner ainsi la prohibition de l'article 1836 al. 2 du Code civil emporterait-il comme conséquence que les autres décisions pourraient augmenter les engagements des associés sans leur consentement ? La question n'est pas que théorique, notamment dans les sociétés coopératives, où de tels engagements peuvent être souscrits dans les documents « péri-statutaires » comme le règlement intérieur, voire la convention d'enseigne ou les contrats d'adhésion à la centrale de référencement si celle-ci est distincte de la coopérative.

La doctrine majoritaire considère que cette interprétation ne peut être retenue et on relève avec elle que la jurisprudence a d'ailleurs dans de nombreuses espèces, examiné la validité au regard de l'article 1836 alinéa 2 du Code civil de décisions contenues dans des actes péri-statutaires (31).

Certaines décisions ont d'ailleurs souligné l'interdépendance de l'ensemble de ces documents. La Cour de cassation par exemple, confirmant qu'un contrat d'enseigne passé par le commerçant adhérent d'une société coopérative est soumis à l'obligation de communication d'un Document d'information précontractuelle (DIP), a souligné que ce contrat était indissociable de l'adhésion à la société coopérative et que, dans ce cadre, devaient également être communiqués les statuts et le règlement intérieur de cette société (32).

Certes, certains auteurs soulignent aussi qu'il « *ne faut pas raisonner par l'absurde et faire dire à cette interprétation de l'article 1836 ce qu'elle ne dit pas, à savoir que les engagements des associés pourraient être augmentés contre leur gré par un acte extérieur aux statuts : à défaut d'avoir consenti à une modification de ses engagements, l'intéressé ne saurait être obligé, non en application particulière de l'article 1836, mais en vertu du principe général que pose l'article 1108 [devenu 1128 C. civ.]* » (33).

Mais, ici encore, le recours au droit commun des obligations, dont la sanction est l'inopposabilité de la décision à celui qui n'y a pas consenti, emporterait une situation, juridiquement, difficilement acceptable et, pratiquement, ingérable, dans laquelle les associés/coopérateurs ne seraient pas soumis aux mêmes obligations.

Il faut donc impérativement explorer d'autres voies.

II. La double qualité des associés coopérateurs doit nécessairement être prise en compte pour définir le champ d'application de la règle prohibant l'augmentation des engagements des associés

Si la spécificité de la coopérative impose une application uniforme des principes d'intangibilité sans distinguer ce qui relève de l'associé de ce qui relève du coopérateur afin de ne pas rompre l'égalité entre les associés coopérateurs (A), cette même spécificité permet de préciser les critères permettant, dans les sociétés coopératives, de séparer les engagements qui doivent rester soumis à la règle d'intangibilité et ceux qui relèvent des règles de majorité (B).

A. La spécificité de la coopérative impose une application uniforme des principes d'intangibilité sans distinguer ce qui relève de l'associé de ce qui relève du coopérateur

L'approche que nous proposons, reposant sur la prise en compte de la spécificité de la coopérative et de l'intérêt général du groupement (1.), semble déjà avoir été suivie par la cour d'appel de Paris dans l'affaire *Intersport* (2.).

1. La spécificité de la coopérative et l'intérêt général du groupement

Les sociétés coopératives ont « *pour objet d'améliorer, par l'effort commun de leurs associés, les conditions dans lesquelles ceux-ci exercent leur activité commerciale* » (article L. 124-1 du Code de commerce).

Ainsi *l'affectio societatis* des adhérents de la coopérative emporte nécessairement, non seulement l'attente passive des bénéfices de l'exploitation, mais également leur contribution active à l'activité de cette dernière. Le développement de la coopérative et leur propre intérêt d'exploitant de fonds de commerce convergent, voire se confondent : le chiffre d'affaires de la coopérative n'augmentent que par l'accroissement des ventes des adhérents, et ce dernier est le résultat des efforts conjoints des membres dans le cadre de l'action commune.

Il y a donc une spécificité remarquable de la situation de l'associé de la société coopérative : à la fois associé de l'entité coopérative, contributeur à la gestion et aux opérations de la coopérative par sa participation effective et personnelle, et enfin partenaire commercial de cette dernière (34).

L'associé n'est pas tel uniquement par son apport patrimonial, la participation aux risques de profit et de pertes et le partage de la responsabilité à l'égard des tiers. Le cercle des intérêts est plus large.

C'est la raison pour laquelle il y a une difficulté accrue à distinguer, dans le cas des sociétés coopératives, ce qui relève de l'intérêt de l'associé en tant que présent au capital de la société et ce qui relève des relations contractuelles qu'il entretient avec elle. Les qualités d'associés et de coopérateurs sont imbriquées et ces relations contractuelles ne sont pas des relations commerciales ordinaires qui seraient régies par la seule autonomie des contractants et la liberté de rompre. Ce que la Cour de cassation a rappelé dans l'affaire *Intersport* ; nous y reviendrons (35).

On peut considérer que, même si l'intérêt collectif ne s'identifie pas exactement à l'intérêt de chacun, il y a, dans le chef de l'associé coopérateur, un intérêt à la fois collectif et personnel au renforcement de la part de marché et de la performance concurrentielle du groupement (pris comme l'ensemble des associés adhérents exploitant sous l'enseigne commune).

Il résulterait de l'existence et des finalités mêmes de la coopérative que les décisions destinées à renforcer la capacité concurrentielle du groupement et de l'enseigne commune soient présumées prises dans l'intérêt collectif du groupement, plus large que le seul intérêt social de la coopérative. Dans ce sens, la plupart des décisions visant à améliorer la performance concurrentielle du groupement ne



pourraient pas être considérées comme portant l'accroissement des engagements des associés, même si elles les obligent à des dépenses nouvelles ou à des dettes ou des garanties nouvelles (à l'égard de la société ou à l'égard de tiers), dès lors que ces dépenses ou dettes nouvelles ont pour contrepartie normale un accroissement du chiffre d'affaires ou de la rentabilité des adhérents. Elles pourraient donc être prises à la majorité (plus généralement, selon les dispositions prévues par les statuts).

La prise en compte de la double qualité emporterait alors un cantonnement de la règle de l'intangibilité des engagements, tant celle issue du droit des sociétés (article 1836 al. 2 du Code civil) que celle du droit des obligations (articles 1103/1193 du Code civil), aux seules décisions augmentant sans contrepartie identifiable les engagements financiers de l'associé coopérateur, réduisant ses droits propres d'associé ou limitant l'exercice de ses droits fondamentaux.

En revanche, toutes les décisions essentielles, non à la constitution de la société ou à l'exercice des droits du sociétaire, mais à la réalisation de son objet social et à l'efficacité de l'action commune, devraient relever d'une discipline collective et être acceptée par l'adhésion aux statuts. Ces décisions ne peuvent être entravées par la volonté de minoritaires qui prendraient ainsi la collectivité en otage et pourraient, tout en restant associés, obtenir un traitement différent des autres associés, en contradiction avec le principe d'égalité.

L'ensemble de ces décisions, quel que soit leur support formel, devrait pouvoir être pris selon les règles de majorité prévues aux statuts et engager uniformément tous les associés, sans donner à aucun le privilège de s'exempter de certaines d'entre elles ou d'entraver des évolutions nécessaires à l'accomplissement de l'intérêt commun.

2. Cette spécificité semble avoir été prise en compte dans la jurisprudence la plus récente relative à l'enseigne Intersport

Dans cette affaire, des associés adhérents critiquaient la décision prise par le conseil d'administration de la coopérative d'avoir modifié le seuil de part de marché permettant de bénéficier de l'exclusivité de l'enseigne sur une zone de chalandise, et d'avoir en conséquence agréé sur la zone un nouvel adhérent.

Parmi les différents moyens invoqués par les associés adhérents, figurait l'interdiction d'augmenter les engagements des associés sans leur consentement. On relèvera en premier lieu, que la décision querellée avait été prise par le conseil d'administration en modifiant le règlement intérieur. Même s'il ne s'agissait pas de disposition statutaire, la cour d'appel a examiné la question au regard de l'article 1836, alinéa 2, du Code civil.

La Cour a considéré que :

« Les sociétés Sport Distribution Labège, Sport Distribution Purpan et Sport Distribution Y ont adhéré à la société coopérative en 1990 pour Labège, en 2004 pour Purpan et en 2011 pour Y ; qu'elles ont accepté les modalités de gouvernance de la société coopérative, ont signé lors de leur adhésion le règlement intérieur ; que dès lors, les

modifications ci-dessus décrites s'imposent à elles et les appelantes ne peuvent par conséquent soutenir que la décision du conseil d'administration de fixer à 20 % la part de marché donnant lieu à exclusivité leur est inopposable, faute par elles d'avoir donné leur accord ; que l'égalité des sociétaires-associés impose que les décisions prises par le conseil d'administration soient opposables à tous, et soutenir le contraire, comme le font les appelantes, aurait pour effet de créer une discrimination entre les associés-sociétaires que le droit des sociétés ne saurait autoriser ; que les modifications n'augmentent pas les engagements des actionnaires au sens de l'article L. 225-96 du Code de commerce et de l'article 1836 du Code civil, étant observé que les sociétés appelantes n'ont aucun droit "acquis" au maintien des conditions du droit à l'exclusivité sur un territoire ; que l'objet statutaire de la société HX qui est "d'améliorer, par effort commun de ses associés, les conditions dans lesquelles ceux-ci exercent leur profession commerciale de détaillant d'articles de sport" reste respecté, s'agissant non pas comme le soutiennent les appelantes de détériorer les "conditions d'exercice des filiales de Sespport, en introduisant une concurrence dans une zone dans laquelle elles ont justement investi pour acquérir leur droit d'exclusivité et sur laquelle elles réalisent leur chiffre d'affaires grâce à une demande existante, mais d'accroître la part de marché de HX et, comme le souligne la société HX, de "négocier en meilleure position et d'obtenir des prix d'achats plus intéressants, et ce au profit exclusif des adhérents" » (36).

Ainsi, par son adhésion, l'associé coopérateur est, *a priori*, engagé par toutes les dispositions adoptées conformément aux statuts qu'il a approuvés et qui ont pour objet de remplir l'objet social de la coopérative. Celles-ci ne sont pas les *conditions* de l'adhésion ou de la constitution de la société, mais les *conséquences* de cette adhésion. Le dissentiment de l'adhérent exprimé lors de la délibération, à laquelle il participe directement ou indirectement, ne le prive pas de sa qualité d'associé et ne porte aucune atteinte à ses droits en tant qu'associé. Il n'est tenu qu'à la discipline majoritaire qu'il a acceptée en adhérant aux statuts.

Ensuite, et c'est à souligner, la cour rappelle « *que l'égalité des sociétaires-associés impose que les décisions prises par le conseil d'administration soient opposables à tous, et soutenir le contraire, comme le font les appelantes, aurait pour effet de créer une discrimination entre les associés-sociétaires que le droit des sociétés ne saurait autoriser* ».

L'arrêt de la cour d'appel a été approuvé par la Cour de cassation par un arrêt du 18 octobre 2017 qui en outre a confirmé que les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5°) du Code de commerce « *sont étrangères aux rapports entretenus par les sociétés en cause, adhérentes d'une société coopérative de commerçants indépendants avec cette dernière* » (37). Comme l'a relevé le professeur Parleani, le principe de la double qualité a été pris en compte pour cantonner le droit des pratiques restrictives de concurrence, puisque le coopérateur n'est pas un simple « *partenaire économique* » (38).

36) CA Paris, Pole 5, Chambre 4, 3 février 2016, n° 13/15768 ; Concurrences 2016, n° 2, p. 128, obs. F. Buy.

37) Cass. Com, 18 octobre 2017, n°16-18.864, Dalloz Actualités, 15 novembre 2017, note X. Delpéch ; *RTD Civ.* 2018, p. 114, note Hugo Barbier ; *AJ Contrat* 2018, p. 31, note G. Parleani.

38) G. Parleani, « le coopérateur n'est pas un simple « partenaire économique », ou le cantonnement du droit des pratiques restrictives », *AJ Contrat* 2018, p. 31.

B. La même spécificité coopérative aide à dégager des critères substantiels permettant de distinguer les engagements devant rester soumis à la règle d'intangibilité et ceux relevant des règles de décision à la majorité

Au terme de cette contribution, il semble important de déterminer les engagements des associés coopérateurs qui supposent l'unanimité pour pouvoir être augmentés des autres obligations.

Par analogie avec le droit politique, on distinguera les engagements qui sont nécessaires pour « faire société » et ceux qui découlent, une fois la société constituée, de la soumission aux décisions prises conformément aux statuts, dans l'intérêt collectif.

Sous cet angle, on distinguerait ce qui est nécessaire à la constitution même de la société coopérative (apport initial, responsabilité à l'égard des tiers, adhésion, démission et exclusion, durée de l'engagement) des autres décisions prises dans l'intérêt général des associés coopérateurs.

Ne seraient concernées par la notion d'engagement de l'associé, dont les modifications ne sont possibles qu'à l'unanimité, que les règles relatives à l'adhésion, à la perte de la qualité de membre (exclusion, retrait), à la durée de l'engagement et aux apports.

Les autres décisions prises dans les conditions prévues par les statuts obligeraient l'associé-coopérateur même si elles affectent sa propre activité de commerçant, en ce qu'elles sont des mesures d'organisation de l'activité coopérative, des conditions de réalisation de l'objet social et/ou des obligations réciproques entre associés ayant effet sur l'activité de la coopérative.

Toutefois, des obligations statutaires qui condamneraient la libre disposition de son bien ou le libre emploi de ses actifs par l'adhérent pourraient être considérées comme relevant de la règle d'unanimité, car elles affectent ses droits fondamentaux (droit de propriété, droit de disposer, droit d'exercer une activité) : on pense en particulier aux clauses de non concurrence post-contractuelles, aux clauses de non-réaffiliation, ainsi qu'aux offres prioritaires de vente qui seraient consenties au profit de la coopérative (où, contrairement au droit de préemption « classique », la vente ne se fait pas à égalité de conditions et donc de prix avec les offres externes reçues).

En application de ce qui précède, relèvent **et devront continuer de relever de la règle de l'unanimité, les modifications des règles statutaires ou péri-statutaires portant sur :**

- la durée d'adhésion ;
- les conditions d'exclusion ;
- les droit et modalités de sortie ;
- les obligations de souscription au capital, de libération des apports et de versement des cotisations statutaires.

Ces clauses relèvent en effet des droits « propres » de l'associé et des engagements *stricto sensu*, essentiels à la constitution même de la société.

Seraient considérées comme des décisions relatives à la gestion de la coopération, pouvant être imposées à la majorité des voix, sans heurter le principe d'intangibilité des engagements (résultant de l'article 1836 C. civ. comme des articles 1103 et 1193), les

décisions affectant ou modifiant l'activité de la coopérative ou les relations entre adhérents dans leur activité de commerçants indépendants, telles que :

- la filialisation de certaines activités ou absorption de sociétés filiales par la coopérative ;
- les droits de préemption sur les cessions de parts sociales (de la coopérative), fixation des valeurs de reprise des parts ;
- les droits de préemption sur les actions de la société ou sur le fonds de commerce de l'adhérent en cas de projet de cession (conséquence du fait que la chalandise constituée sur la zone l'a été par l'apport de l'enseigne et d'une politique commerciale communes) ;
- l'obligation nouvelle de prendre l'enseigne du groupement, ou, symétriquement, suppression ou atténuation d'une telle obligation pour des raisons tenant à la nécessité de massifier les achats dans l'intérêt même des adhérents sous enseigne ;
- l'exclusivité ou obligation d'achat à 80 % (condition de la massification des achats dans l'intérêt collectif) ;
- les clauses de non concurrence pendant la durée de l'adhésion, exclusivité (active ou passive), modalités d'acquisition d'une protection territoriale, obligations corrélatives à la protection territoriale (prospection active) (conditions de la performance commerciale du groupement) ;
- l'obligation de respecter une charte de services, un cahier des charges type d'aménagement des magasins, une charte graphique, etc. ;
- l'obligation de se raccorder à un intranet collectif (pour suivre l'évolution des référencements), remontée d'informations commerciales ;
- l'obligation de communiquer comptes sociaux et rapports annuels ;
- modification du montant des cotisations prévues initialement par les statuts et établissement d'autres contributions pour prestations de services (ex. comptables, informatiques, licence d'enseigne etc.) ;
- l'obligations de loyauté, de transparence réciproque, et autres engagements que l'on trouve dans les statuts et règlement intérieur de coopératives ;
- l'obligation de participer à un site de vente collectif sur Internet (ou interdiction d'exploiter un site propre).

Enfin, par exception et donc retour au principe, resterait soumise à l'obligation d'unanimité l'introduction de règles statutaires *largo sensu* attentatoires aux droits fondamentaux du coopérateur, c'est-à-dire ceux existant antérieurement à et indépendamment de son adhésion. Il en serait ainsi :

- des obligations de non concurrence post-contractuelles portant atteinte à la liberté de disposer et à la liberté d'exercice de l'activité (clauses de non concurrence sans limitation de durée ou d'espace, clauses de non-réaffiliation d'une durée excessive et empêchant le rétablissement de l'exploitant dans les mêmes locaux, etc.) ;

