



LE DROIT DE PREEMPTION DE LA COOPERATIVE DE COMMERCANTS

Décembre 2019

En synthèse

Le droit de préemption est un mécanisme de sécurisation indispensable à la pérennité du réseau coopératif :

- *qui complète utilement le dispositif d'information préalable à la cession,*
- *qui réalise la convergence des intérêts du réseau coopératif et de l'associé coopérateur cédant en laissant à ce dernier le soin de fixer le prix de cession,*
- *qui est consacré par la jurisprudence,*
- *et qui ne doit pas être confondu avec une clause de non-concurrence ou de non-affiliation.*

1. INTRODUCTION : UN BESOIN LEGITIME DE SECURISATION

Dans une société coopérative de commerçants détaillants, chaque associé coopérateur est un commerçant propriétaire de son activité qu'il demeure à ce titre libre de céder à tout opérateur et à tout moment.

Cette liberté est source de fragilité pour le groupement soucieux de préserver l'homogénéité et la cohérence de l'implantation territoriale de son réseau, conserver une certaine puissance de négociation commerciale à l'égard des fournisseurs, présenter des gages de pérennité aux créanciers, être en capacité d'amortir de grands investissements sur la durée et tout simplement pour ne pas perdre de parts de marché.

Des éléments contextuels légitiment également ce besoin de sécurisation :

- Une démographie vieillissante de commerçants nombreux à céder leur activité au plus offrant à l'âge du départ en retraite,
- La puissance d'achat des réseaux concurrents succursalistes (ensemble des points de vente détenus par une seule entité) qui sont à même d'acquérir des points de vente parfois bien implantés cédés par des indépendants sans connaître eux-mêmes de risque de déperdition de points de vente florissants à leur insu,
- Le développement historique des activités des groupements coopératifs (stocks, services, site internet, centralisation des paiements...) qui augmente les risques financiers pris et le besoin de s'engager sur le long terme.

Les coopératives de commerçants insèrent donc généralement dans leurs statuts ou règlement intérieur des mécanismes dits de sécurisation qui visent à assurer une stabilité du nombre et du maillage territorial des points de vente.

Le droit de préemption est l'un de ces mécanismes qui confère au réseau coopératif un droit de priorité d'acquisition lorsqu'un associé coopérateur souhaite céder son activité.

2. MECANISME COMPLEMENTAIRE A L'INFORMATION PREALABLE A LA CESSION

Selon l'article L. 124-4-1 du code de commerce, hormis dans les cas de succession, de liquidation du régime matrimonial ou de cession à un conjoint, à un ascendant ou à un descendant, les statuts d'une société coopérative de commerçants peuvent prévoir que l'associé qui souhaite céder son fonds de commerce, ou plus de 50 % des parts sociales ou actions composant le capital de la société exploitant ce fonds, ou encore le bien immobilier dans lequel est exploité ce fonds, doit en informer la coopérative.

La coopérative dispose, à compter de la réception de cette information, d'un délai de trois mois pour présenter une offre d'acquisition.

La cession intervenue en méconnaissance de ce mécanisme d'information préalable à la cession peut être annulée par le juge. Par ailleurs, si la cession n'est pas intervenue dans un

délai de deux ans, le cédant en informe la coopérative qui peut présenter une nouvelle offre dans les mêmes conditions.

Ce mécanisme d'information préalable à la cession est un dispositif a minima de sécurisation du réseau qui ne crée aucune obligation de céder in fine au réseau coopératif.

Aussi, généralement, les statuts complètent ce dispositif par un mécanisme plus efficace qui confère à la coopérative un droit de priorité d'acquisition.

3. MECANISME CONFORME A L'ESPRIT COOPERATIF

Le mécanisme du droit de préemption est parfaitement dans la ligne de l'esprit coopératif car il réalise la convergence entre l'intérêt général du réseau coopératif et l'intérêt particulier de l'associé coopérateur.

Généralement ce mécanisme prévoit que l'associé coopérateur qui souhaite céder son activité s'engage à informer le groupement de son projet de cession en lui adressant la copie et les annexes du compromis de vente obtenu avec un tiers acquéreur (ses coordonnées, le prix proposé, les modalités de la transaction à venir, ...).

Le groupement dispose d'une option d'acquisition qu'il demeure libre de lever ou non. Ainsi, l'objectif de sécurisation du réseau dans l'intérêt général des associés est préservé.

L'associé cédant est généralement tenu de s'assurer que le compromis de vente est assorti d'une condition qui suspend l'opération de vente jusqu'à ce que le groupement se prononce, dans les délais, sur la levée de son option de préempter.

En revanche, le groupement qui lève l'option est tenu d'acquiescer aux strictes conditions figurant dans le compromis de vente en se substituant, lui ou tout tiers de son choix, à l'acquéreur indiqué dans le compromis de vente. Ainsi la liberté de l'associé coopérateur de fixer le prix de cession de son activité est préservée.

Le droit de préemption ne doit pas être confondu avec un autre mécanisme également très utile, intitulé droit de préférence ou OPV (offre préalable de vente ou offre prioritaire de vente), qui confère au groupement le droit de formuler une offre d'acquisition avant tout acquéreur potentiel et, en cas de contestation sur le prix avec l'associé cédant, de s'en remettre au prix fixé par des experts indépendants.

4. MECANISME VALIDE PAR LA JURISPRUDENCE

L'efficacité et l'opposabilité du mécanisme de préemption dépendent essentiellement des termes de la clause d'interprétation stricte (Cass. com., 11 mars 2014, n° 12-24.901 s'agissant d'une clause ayant pour objet la cession du fonds de commerce et non des parts sociales).

Aussi, la clause statutaire, le cas échéant le règlement intérieur et/ou un contrat, précise généralement :

- la nature de l'opération visée par le droit de préemption (ex : opérations de cession),
- son objet (ex : majorité des parts, fonds de commerce),
- la nature des informations à communiquer concernant le projet de cession (ex : prix, preuve de l'information donnée au tiers sur l'existence du mécanisme),
- les délais de préemption (point de départ et durée de l'option d'acquisition),
- la durée d'opposabilité du droit de préemption à l'égard de l'associé (ex : durée d'adhésion au groupement et 12 mois après son départ),
- les titulaires du droit de préemption (ex : la coopérative qui peut désigner un ou plusieurs associés présents ou futurs).

Le mécanisme de préemption a été validé à de multiples reprises par la jurisprudence.

La Cour de cassation reconnaît à son bénéficiaire le droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, à la condition que ce tiers ait eu connaissance de ce mécanisme et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir (Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, n° 03-19.376 et 03-19.495 ; V. égal. s'agissant d'une OPV : Cass. com., 5 janv. 2016, n° 14-19.584).

La Cour de cassation condamne le fait de contourner le droit de préférence et de préemption du groupement en cédant à un tiers au réseau seulement 49 % du capital de sa société (V. Cass. com., 26 févr. 2013, n° 12-13.721) ou encore d'introduire dans le compromis de vente passé avec le tiers cessionnaire une clause visant à majorer le prix de cession si le groupement utilise son droit de préemption (V. Cass. com., 25 juin 2013, n° 12-20.123).

5. MECANISME A NE PAS CONFONDRE AVEC UNE CLAUSE DE NON-CONCURRENCE OU DE NON AFFILIATION

La clause de préemption est parfois malencontreusement confondue avec une clause de non-concurrence ou une clause de non-affiliation post-contractuelle, alors qu'il s'agit d'obligations nettement distinctes.

Le droit de préemption est un droit de priorité d'acquisition qui a pour objet l'activité de l'associé coopérateur : généralement le fonds de commerce et les parts de la société d'exploitation du point de vente.

En revanche, lorsque le commerçant souscrit un engagement de ne pas exercer d'activité concurrente ou de ne pas s'affilier à une enseigne concurrente après sa sortie du réseau coopératif, son engagement ne porte pas sur la cession de son activité.

En ce sens, le droit de préemption ne présente pas en soi d'éléments restrictifs de concurrence, car il n'empêche pas le commerçant de poursuivre son activité sous une autre enseigne et d'exercer une activité concurrente (V. Aut. conc., déc. n° 13-D-19, 29 oct. 2013,

confirmée par CA Paris, Pôle 5, 5e-7e ch., 26 mars 2015, n° 2013/23132 qui reconnaît la validité d'un droit de préemption post-contractuel d'une durée d'un an).

La Fédération du Commerce Coopératif et Associé a pour mission d'informer et de sensibiliser sur la révision d'une coopérative de commerçants détaillants afin d'assurer un haut niveau de qualité à la révision, pour un exercice à la fois homogène et adapté aux spécificités de cette catégorie de coopérative (1^{re} partie, IV, Cahier des charges pour les sociétés coopératives de commerçants détaillants, adopté en séance du Conseil supérieur de la coopération le 18 mars 2016).

La présente doctrine s'inscrit dans le cadre de cette mission. Malgré l'attention apportée à sa rédaction, la FCA ne peut assumer une quelconque responsabilité du fait des informations qui y sont ou n'y sont pas contenues. Il y a donc lieu de s'adresser à un juriste qualifié pour traiter de questions particulières.

Pour en savoir plus : www.commerce-associe.fr rubrique *Le mouvement coopératif du commerce*
