

22. Le juge de l'action de groupe pourra ordonner l'exécution provisoire des **mesures de publicité** destinées à informer les consommateurs avant que sa décision ne puisse plus faire l'objet d'un recours (C. consom. art. L 423-19).

23. Pour tenir compte d'une éventuelle action de groupe, les dispositions du Code de commerce sur la procédure devant l'Autorité de la concurrence sont complétées : l'ouverture d'une procédure devant l'Autorité de la concurrence, une autorité nationale de concurrence d'un autre Etat membre de l'Union européenne ou la Commission européenne interrompra la **prescription de l'action civile**. L'interruption résultant de l'ouverture de cette procédure produira ses effets jusqu'à la date à laquelle la décision de ces autorités ou, en cas de recours, de la juridiction compétente sera définitive (C. com. art. L 462-7, al. 4 nouveau).

23 La nouvelle action de groupe vue par un avocat

Emmanuel Raskin,

avocat associé, Cabinet SEFJ (Société d'études fiscales et juridiques)

Le régime de l'action de groupe qui résulte de la loi Hamon sur la consommation fait l'objet d'un commentaire dans ce numéro (inf. 22). M^e Raskin nous livre ici quelques impressions critiques sur le texte et donne des pistes aux entreprises pour se préparer à ce nouveau risque judiciaire. Une version complète de *l'interview* est publiée sur notre site internet (www.eff.fr).

Quelles sont vos impressions générales sur l'action de groupe telle qu'elle vient d'être votée ?

On peut regretter que le général n'ait pas été envisagé avant le particulier. En cela, je discute le choix opéré par le Gouvernement d'avoir cherché à limiter l'action de groupe au champ de la consommation et de la concurrence pour envisager ensuite son extension à d'autres domaines. Il aurait été préférable à mon sens de proposer une réforme de fond de l'action de groupe dont les caractéristiques fondamentales et les limites auraient relevé du Code civil, les modalités techniques se seraient intégrées dans le Code de procédure civile et les spécificités au sein des différents Codes concernés (consommation, santé publique, environnement, etc.).

Quel est l'apport de l'action de groupe par rapport aux actions collectives qui existent déjà en droit français ?

Plusieurs cas processuels existants doivent être rappelés pour mieux appréhender la notion d'action de groupe : pluralité des parties, actions de défense des intérêts collectifs et action en représentation conjointe. Il peut y avoir dans un même procès une pluralité de demandeurs ou de défendeurs. Il s'agit de la **théorie des litisconsorts**, bien distincte des actions collectives et des actions de groupe : il n'y a ici aucune représentation des membres d'un groupe quand bien même il y aurait pluralité de parties agissant dans un intérêt commun.

S'agissant des **actions collectives**, l'indemnité est allouée à l'issue de l'action en défense de l'intérêt collectif non pas aux consommateurs victimes, mais à l'association demanderesse elle-même. Il n'y a donc pas ici d'action groupée initiée par une entité représentant les membres d'un groupe aux fins d'obtenir une réparation au profit de chacun d'eux.

Enfin, la loi 92-60 du 18 janvier 1992 a créé l'**action en réparation conjointe** : lorsque plusieurs consommateurs ont subi des préjudices individuels causés par le même fait d'un même professionnel et ayant une origine commune, deux au moins de ces consommateurs peuvent donner mandat d'agir en leur nom, en réparation du préjudice, devant toute juridiction, à une association agréée et reconnue comme représentative sur le plan national. Il faut donc impérativement un mandat écrit pour chaque consommateur représenté.

L'association ne peut introduire aucune action sans être mandatée, mais encore il lui est interdit de solliciter des mandats autrement que par voie de presse écrite. L'appel à mandats sur un site internet a été exclu (Cass. 1^e civ. 26-5-2011 n^o 10-15.676 : Bull. civ. I n^o 98). L'acte introductif d'instance doit en outre contenir, notamment, les nom, prénoms et adresse de chacun des consommateurs pour le compte desquels l'association agit (C. consom. art. R 422-8).

Il n'existe donc pas ici de groupe inorganisé de personnes placées dans une situation juridique comparable. Seule la notion de représentativité aux fins d'obtenir judiciairement la réparation de chacun des membres du groupe organisé est une exception au principe « nul ne plaide par procureur ». Cette action ne se confond pas

avec le régime procédural de la pluralité des parties, bien que chacun des consommateurs mandants soit porté à l'acte introductif d'instance. Par ailleurs, elle n'a pas vocation à réparer un préjudice collectif, au nom d'un intérêt collectif.

L'avancée de cette nouvelle institution n'a pas marqué : seulement cinq affaires depuis 1992. En l'absence de droit à solliciter des mandats par publicité, tract, affichage et internet, la capacité des associations à rassembler un grand nombre de consommateurs est très limitée, voire inefficace, et trop compliquée à mettre en œuvre. Certaines associations ont elles-mêmes dénoncé cette procédure. L'action de groupe a pour objectif de dépasser le cadre très restrictif de la procédure en représentation conjointe afin de permettre à un plus grand nombre d'y avoir accès.

Que pensez-vous des mesures de publicité permettant aux consommateurs de rejoindre l'action de groupe ?

La question de la publicité constitue un enjeu majeur pour la réputation et l'image de marque des entreprises. Ce qui compte, avant le support de cette publicité, est l'encadrement de la publicité elle-même, d'autant que l'avancée des nouvelles technologies favorise la diffusion massive et instantanée (internet, réseaux sociaux...). La loi prévoit une **publicité postérieure au jugement** qui a irrévocablement force de chose jugée. Voici ce que l'on peut retenir en matière de **publicité judiciaire** : la publication ou la dénonciation d'une action en justice, n'ayant pas donné lieu à une décision, ou d'une menace d'action constitue un dénigrement (Cass. com. 12-5-2004 n° 02-16.623) ; la publicité d'une décision de justice ne constitue pas en elle-même une faute mais peut être dénigrante et même constituer un trouble manifestement illicite si elle est faite dans des conditions abusives (information incomplète ou accompagnée de commentaires malveillants ou hostiles ou à des fins déloyales : CA Versailles 13-12- 2011 n° 10/08163) ; les recommandations de la Commission nationale de l'informatique et des libertés du 29 novembre 2001 sur la diffusion de données personnelles sur internet par les banques de données de jurisprudence prônent un nécessaire équilibre entre le caractère public d'une décision et les droits et libertés des justiciables.

La publication d'une action de groupe engagée à l'encontre d'une entreprise avant que les faits qui lui sont reprochés ne soient jugés de manière irrévocable ternirait inmanquablement son image et pourrait générer pour elle des conséquences commerciales et économiques. Pour autant, le temps d'obtenir une décision irrévocable (délai de pourvoi en cassation expiré ou arrêt de la Cour de cassation rendu) est considérable : le groupe devra attendre tout ce temps pour se constituer et entrer dans la phase procédurale d'indemnisation. Autant dire que l'espoir de simplicité et de **rapidité de l'action de groupe** est totalement anéanti. Quel équilibre trouver entre l'effet de la publicité sur l'image de l'entreprise poursuivie et le souci de ne pas aboutir à une procédure d'indemnisation vidée de tout intérêt en raison du temps qu'elle demande ? La loi ne prévoit pas de phase préalable de recevabilité, c'est-à-dire de décision préalable de recevabilité. Une publication au stade de la décision de recevabilité irrévocable aurait été plus satisfaisante, accompagnée de mentions légales obligatoires, à peine de sanctions, précisant l'objet et les conséquences de cette publication, et prévoyant de manière visible que cette publication ne constitue en aucun cas un jugement sur le fond et qu'elle ne permet aucunement d'anticiper sur la responsabilité de l'entreprise visée tant qu'aucune décision irrévocable ne sera rendue.

Comment les entreprises peuvent-elles se préparer à l'action de groupe ?

Au-delà du respect de l'obligation de sécurité qui s'impose, l'entreprise est confrontée au respect du droit positif dans son intégralité, malgré la difficulté que constitue la prolifération des textes dans les différentes branches du droit, plus spécifiques les unes que les autres.

Le principe de **précaution** sera le corollaire de la prévention. Cela suppose que l'entreprise ait une parfaite connaissance du droit applicable et qu'elle se dote d'une organisation interne et externe drastique dans l'exercice de son activité.

Les **professionnels du droit et du chiffre** (avocats, juristes, experts-comptables, experts judiciaires...) et les partenaires techniques auront un rôle majeur à jouer aux côtés des dirigeants d'entreprise. Ceux-ci devront aussi renforcer le partenariat avec les **instances professionnelles**.

Les entreprises industrielles ont besoin de se doter des compétences d'**ingénieurs généralistes** de la prévention des risques, sous l'angle de la sécurité et de la santé de l'homme au travail comme des risques industriels et environnementaux. Cette compétence peut être recherchée soit dans la création de nouvelles fonctions, soit dans la consolidation de compétences existant dans l'entreprise, ce qui induit des formations régulières et adaptées.

La gestion des risques va impliquer une régularité des audits, l'adoption de conduites préventives, un renforcement des moyens des services qualité, en amont et après-vente.

Enfin, la couverture sera essentielle. L'attention devra être particulièrement orientée vers l'**assurance** des risques, ce qui suppose leur identification, des couvertures contractuelles adaptées et efficaces, donc la consécration de budgets adéquats dans le domaine de l'assurance.

M^e Emmanuel Raskin est avocat associé au sein du cabinet SEFJ (Société d'études fiscales et juridiques). Il est inscrit au barreau de Paris, chargé d'enseignement à l'université Paris V René-Descartes et Président de la commission procédure de l'ACE (association des Avocats conseils d'entreprises).

eraskin@sefj-avocats.fr

Site web : www.sefj-avocats.fr

24 Promesse de vente de droits sociaux et fixation du prix par un expert

MSC n° 16790, 69105 et 69177

1. Dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné soit par les parties, soit, à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible (C. civ. art. 1843-4). Ces dispositions sont d'ordre public (jurisprudence constante). Lorsqu'une cession entre dans le **champ d'application** de ce texte, les parties perdent tout pouvoir sur la fixation du prix, ce que la majorité de la doctrine et les praticiens contestent au nom de la liberté contractuelle et de la sécurité juridique.

Sous réserve d'une erreur grossière, l'expert évalue en effet les titres en toute liberté, sans être lié par les méthodes d'évaluation préconisées par les parties, par les statuts, le règlement intérieur ou encore par le juge qui l'a désigné : il a toute latitude pour déterminer la valeur des droits sociaux selon les critères qu'il juge opportuns (Cass. com. 19-4-2005 n° 03-11.790 ; RJDA 8-9/05 n° 986 ; Cass. com. 5-5-2009 n° 08-17.465 ; RJDA 8-9/09 n° 751 ; Cass. com. 3-5-2012 n° 11-12.717 ; BRDA 13/12 inf. 6).

Par une **décision largement diffusée**, la **Cour de cassation** vient de se prononcer à nouveau sur le champ d'application de l'article 1843-4 en distinguant la cession forcée de la cession consentie (Cass. com. 11-3-2014 n° 11-26.915 (n° 263 FS-PBRI), Marc c/ Sté Crocus Technologie), ce qui devrait faire taire certaines critiques.

Les faits

2. Aux termes d'un **pacte** conclu entre tous les **actionnaires** d'une société, la démission ou la révocation pour faute grave d'un dirigeant de la société dans les trois ans de la signature du pacte entraînait de plein droit **promesse ferme et irrévocable** de la part du dirigeant **de céder** à la société une partie des **actions** qu'il détenait dans la société **pour leur valeur nominale**. La société disposait d'un délai de six mois à compter de la démission ou de la révocation pour exercer l'option d'achat. Si le dirigeant concerné ne remettait pas les ordres de mouvement constatant la réalisation de la cession, cette constatation résultait de la consignation du prix.

Cinq mois après la signature du pacte, l'un des signataires avait été révoqué de ses fonctions de directeur général pour faute grave. Celui-ci ayant refusé de lui céder ses actions, la société avait procédé à leur rachat selon la procédure organisée par le pacte.

Application de l'article 1843-4 du Code civil par la cour d'appel

3. La cour d'appel de Grenoble avait jugé que le pacte, licite, avait été régulièrement mis en œuvre par la société mais, comme le demandait l'ancien dirigeant, que le prix des actions devait être fixé par un expert conformément à l'article 1843-4 (CA Grenoble 12-5-2011 n° 08/04340, ch. com.).

Le raisonnement de la cour d'appel était le suivant : l'article 1843-4, texte d'ordre public et d'application générale en cas de cession ou de rachat forcé prévu par la loi, les statuts et les pactes extrastatutaires, s'appliquait en l'espèce ; en vertu de ce texte, nul associé ne peut être contraint de céder ses droits sociaux sans une juste indemnisation arbitrée à dire d'expert ; la clause statutaire ou extrastatutaire fixant par avance la valeur des parts ou des actions rachetées ne peut prévaloir sur la règle légale lorsque, comme en l'espèce, l'associé évincé en conteste l'application.

La cour d'appel avait en conséquence invité les parties à saisir le président du tribunal de commerce pour qu'il désigne un expert et elle avait sursis à statuer.

Censure de la Cour de cassation

4. La Cour de cassation a cassé cette décision, posant pour principe que l'article 1843-4 du Code civil, qui a pour finalité la protection des intérêts de l'associé cédant, ne s'applique pas à la cession de droits sociaux