

L'ÉVALUATION DES PRÉJUDICES ÉCONOMIQUES : L'APPLICATION DES CRITÈRES DAUBERT



INTERVENTION de

Monsieur Maurice NUSSENBAUM

Expert Judiciaire en finance, agrégé par la Cour de Cassation,
Professeur à l'Université Paris IX Dauphine.

INTRODUCTION

Nous allons présenter l'application des critères Daubert pour évaluer les préjudices.
Dans ce cadre, nous énoncerons 5 grands principes (I) que nous illustrerons par un exemple (II).

I. LES 5 GRANDS PRINCIPES

1^{er} principe : bien définir le préjudice

1 - La notion de préjudice économique

D'une manière générale un préjudice résulte de l'écart entre une situation normale et la situation effective (en anglais « but for ») du fait d'une faute (contractuelle ou quasi délictuelle).

Plus particulièrement, la notion de préjudice économique ne constitue pas une catégorie spécifique en droit français.

On retient généralement la définition suivante :

Préjudice économique = préjudice lié à une activité économique de production ou de service (distinct de l'atteinte à une chose ou une personne ou consécutive à une telle atteinte).

Les préjudices économiques se manifestent par :

- Des coûts subis,
- Des manques à gagner,

et trouvent à s'appliquer pour deux types de biens :

- Pour les actifs de jouissance (a)
- Pour les actifs d'exploitation (b)

a) Pour les actifs de jouissance

Le préjudice consiste en une perte de jouissance et l'indemnité est constituée des coûts de remplacement ou de remise en état.

b) Pour les actifs d'exploitation, le préjudice comprend des coûts subis et des pertes de revenus

L'analyse de l'écart entre la situation réelle et la situation normale permet de déterminer les coûts supplémentaires et le manque à gagner.

Actifs d'exploitation

Usage normal :
Revenus normaux
-
Coûts normaux
=
Profits normaux

Situation réelle :
Revenus réels
-
Coûts réels
=
Profits réels

Préjudice :
Différence de revenus
-
Différence de coûts
=
Différence de profits

Les préjudices s'analysent à la fois sur le passé et sur le futur.

	Passé	Futur
Pertes subies (damnum emergens)	① Coûts supplémentaires Destruction d'actif	② Coûts supplémentaires futurs
Manque à gagner (lucrum cessans)	③ Perte de revenus passées	④ Insuffisance de revenus futurs

Il revient au juge de décider à partir des analyses factuelles de l'expert :

- du lien direct entre faute et préjudice,
- de la nature des préjudices : coûts subis et/ou manques à gagner,
- de l'horizon temporel : passé ou futur et du nombre d'années à prendre en compte.

2^{ème} principe : le cas particulier de la perte de chance (loss of chance)

Là encore on note l'absence de définition juridique générale. Cette notion est courante en matière délictuelle ou quasi-délictuelle, mais elle peut être également utilisée en matière contractuelle.

Ex : - Perte d'une chance de recouvrer l'intégralité d'une créance,
- Perte d'une chance dans l'exécution d'une vente de titres.

Elle résulte d'une faute qui a pour conséquence de réduire à néant la possibilité de réaliser un profit ou d'éviter une perte.

La notion s'applique donc aussi bien aux pertes (qui auraient pu être évitées) qu'aux bénéfiques (qui auraient pu être obtenus) :

- La chance perdue est un préjudice certain.
- La conséquence étant aléatoire : la victime ne récupère pas l'intégralité de la conséquence favorable mais :

Valeur (ce que l'évènement heureux aurait procuré)	X	Probabilité de réalisation de la chance (évènement heureux)
--	---	---

3^{ème} principe : bien définir les instruments de mesure du préjudice : La nécessité d'une approche économique et non seulement comptable de la mesure

1 - Les coûts subis doivent être analysés à l'aide d'une approche économique

L'analyse économique permet d'analyser les effets des décisions économiques que ces effets soient ou non reflétés par la comptabilité.

Elle porte aussi bien sur le passé que sur le futur anticipé, cependant les sources d'information sont de nature comptable et il peut y avoir des divergences d'approche entre l'analyse économique et les mesures comptables.

2 - De fait les définitions de coûts sont distinctes entre l'analyse comptable et l'analyse économique.

- a) Les coûts comptables sont liés à l'information comptable et sont analysés dans la comptabilité analytique, ils comprennent notamment :
 - les coûts par nature ou par produit,
 - les coûts fixes et coûts variables,
 - les coûts directs et indirects.
- b) Une approche économique des coûts est nécessaire pour analyser les décisions d'investissement ou de production :
 - I) Il faut prendre en compte des coûts ignorés par la comptabilité tels que les coûts d'opportunité ou coûts alternatifs (« si je prends telle décision, à quelle alternative je renonce »).
 - II) Il faut exclure certains coûts pris en compte par la comptabilité tels que les « Sunk costs » ou coûts passés comme les amortissements ou les dépenses passées non récupérables (qui n'influent pas sur la décision actuelle).
 - III) Il faut privilégier les types de coûts qui influent sur les décisions tels que les Coûts marginaux (ou coût incrémental) : variation du coût total pour une unité supplémentaire produite. Le coût incrémental est le coût supplémentaire directement engendré par la décision.
 - IV) Il faut inclure la notion d'horizon : court terme ou long terme : à long terme les coûts fixes deviennent variables.

4^{ème} principe : il faut faire une analyse précise des gains manqués : Gains manqués et pertes de revenus

1 - Définition du gain manqué

Il s'agit d'une appréciation in abstracto « du gain qui pourrait être raisonnablement attendu, eu égard au cours normal des évènements » (art. 252 du code civil allemand).

Il est fonction des éléments suivants :

- Prix moyens de marché.
- Coûts normaux de production.
- État de la demande et de la part de marché.

2 - Gains manqués et perte de valeur d'un actif

C'est le cas où, à la suite d'une perte de revenus, on subit en plus une dépréciation de certains actifs.

Mais en fait, les 2 notions se recoupent, car la valeur économique d'un actif est liée aux revenus futurs qu'il est susceptible de générer.

Ainsi, la valeur d'une entreprise peut s'analyser comme la valeur des bénéfices futurs attendus et plus généralement des cash-flows nets des dépenses d'investissement.

Une perte de valeur (même d'un actif patrimonial, dès lors qu'il est utilisé dans la production) doit être démontrée par une perte prouvée d'une capacité à générer des revenus dans l'avenir ou par une perte de valeur vénale.

Le problème de la faute lucrative : (faute commise dans un but lucratif)

Exemple de faute :

L'usage illicite d'actif patrimonial (tel que le nom ou le savoir faire).

Comment réparer de manière efficace le préjudice subi ?

Faut-il prévoir la restitution des gains illicites ?

Le principe utilisé en droit français est la réparation intégrale : tout le préjudice et rien que le préjudice :

- Le prix qui aurait ainsi été fixé pour cet usage par la victime (s'il avait été autorisé) constitue un coût d'opportunité pour la victime (c'est-à-dire le revenu non perçu d'un usage alternatif).
- Ce prix aurait été nécessairement fixé au niveau qui aurait rendu inintéressant ou dissuasif l'usage illicite. Il aurait donc entraîné la restitution des gains illicites.

L'analyse économique permet d'intégrer le mécanisme de restitution des gains illicites dans la réparation intégrale en considérant ceux-ci à la fois comme un manque à gagner et un coût d'opportunité pour la victime.

II. UNE ILLUSTRATION DE LA METHODE AU CAS DE L'ATTEINTE A UN SAVOIR FAIRE : LE CAS VF DIFFUSION C/ CHANTELLE SA

Dans cet exemple, l'expert n'a pas donné son opinion sur la situation économique de référence qui permet de définir le préjudice par différence et n'a pas été critiqué par le juge.

L'expert est désigné pour donner son avis sur le préjudice qui est résulté pour la SA CHANTELLE des

3 - Les autres questions importantes qu'il convient d'aborder :

- a) La date de fixation des dommages : la réalité du dommage naît au jour du préjudice mais le quantum est déterminé au jour du jugement.
- b) Actualisation et capitalisation pour ramener les dommages passés et futurs au jour de leur estimation. Les dommages passés, une fois fixés sont capitalisés au taux sans risque. Les dommages du futur constituent une estimation entachée d'aléa et sont actualisés avec un taux incorporant une prime de risque.

5^{ème} principe : Les problèmes spécifiques liés à la détermination de la situation normale

Le plus souvent celle-ci s'avère « spéculative » par nature puisqu'il faut décrire ce qui se serait passé en l'absence de préjudice.

Sa définition est d'abord d'ordre juridique car il s'agit de dire ce qui se serait passé en l'absence de faute. C'est à dire ce que la victime était en droit d'attendre.

Seule sa mesure relève de l'expertise.

Méthodes possibles :

- Par comparaison avec d'autres situations ou sociétés comparables non affectées par le préjudice ;
- Par référence au passé et au futur lorsque la situation normale est rétablie ;
- Par référence à des invariants préexistants tels que : part de marché avant coûts,....
- Par modélisation :
 - Comptable : comparaison avec des prévisions budgétaires
 - Economique : simulation du prix de marché concurrentiel
 - Econométrique et statistique pour effectuer des projections ou chercher des éléments comparables.

Les approches modélisées sont souvent controversées. C'est ainsi que le livre blanc de la communauté européenne sur l'indemnisation des préjudices nés d'atteintes à la concurrence a proposé une démarche simplifiée.

actes de contrefaçon et de concurrence déloyale commis à son préjudice pour les sociétés STYLMOD et VF DIFFUSION (CA 4^{ème} ch. A du 15/01/97).

Il s'agit en fait d'un savoir-faire (système de gradation) « détourné » par une employée de CHANTELLE qui a ensuite été embauchée par STYLMOD.

La mission de l'expert est détaillée dans l'ordonnance de la Cour d'Appel 4^{ème} ch. du 15/01/97 (cf.extrait ci-après).

- donner son avis sur le préjudice qui est résulté pour la SA CHANTELLE des actes de contrefaçon et de concurrence déloyale commis à son préjudice par les Sociétés STYLMOD et Établissements André SILVAIN et Cie désormais dénommées VF DIFFUSION SNC et VHF BOUTIQUE SA,
- recueillir tous éléments d'information de nature à permettre à la Cour d'évaluer exactement la réparation dudit préjudice,

L'expert observe qu'il ne peut être établi que le savoir faire incriminé ait été utilisé ou divulgué par le défendeur. De ce fait, le préjudice ne peut être déterminé en termes de perte d'activité ou de CA.

Il observe également que CHANTELLE n'a jamais consenti de licence sur le savoir faire considéré et que de ce fait elle ne peut invoquer des pertes de revenus à ce titre.

Il note que l'ensemble des actifs incorporels de la société peut être estimé à 300 MF dont 150 MF pour le savoir faire et 150 MF pour la marque.

L'expert a exposé les positions des parties sur les 3 approches du préjudice :

- manque à gagner du fait de l'impossibilité invoquée par Chantelle de bénéficier de revenus de licence,
- perte patrimoniale du fait de la divulgation du savoir faire,
- coût de reconstitution du savoir faire.

Concernant l'existence du préjudice, l'expert note qu'il s'agit d'une perte de chance, « *terminologie d'ordre juridique qui n'est pas du ressort du technicien et dont l'appréciation revient à la Cour* ».

De ce fait, il n'analysera pas la situation de fait et ne dira pas si :

- l'entreprise pourrait ou non concéder des licences dans l'avenir,
- et si elle a ou non subi une perte patrimoniale.

Il indiquera simplement que 4 positions peuvent être retenues par le juge :

- 1 - Il n'existe pas de préjudice car Chantelle n'a subi aucun dommage.
- 2 - Il existe un préjudice : Chantelle a perdu l'opportunité de bénéficier d'un revenu et le préjudice correspond à ce revenu actualisé soit 40 MF.

3 - Il existe un préjudice : Chantelle a perdu un savoir faire qui lui était propre et qui est maintenant connu des tiers. Le préjudice correspond à la valeur patrimoniale de ce savoir faire particulier calculé à partir de la valeur de ses actifs incorporels soit 75 MF car la diffusion possible à l'extérieur d'une partie du savoir faire serait de nature à donner lieu « *à l'émergence d'activités concurrentes* ».

4 - Il existe un préjudice : la société a perdu un savoir faire qui lui était propre et qui est maintenant connu des tiers. Le préjudice correspond au coût des années de travail qui avaient été nécessaires à Chantelle pour constituer ce savoir-faire. L'expert ne chiffre pas ce coût.

Ainsi, au lieu de caractériser la situation de fait effective qui a résulté des faits litigieux, l'expert renvoie à la Cour le choix parmi les 4 positions précitées parce qu'il considère qu'il s'agit de choix juridiques et non de questions de fait alors que l'analyse des faits résulte de l'observation et de l'analyse technique et non d'un raisonnement juridique.

La Cour prendra une position de principe par rapport aux faits et notera en effet que la divulgation d'un savoir faire à l'extérieur de l'entreprise « *engendre nécessairement une diminution importante de la valeur patrimoniale* » indépendamment de l'utilisation qui peut en être faite et que de plus ce savoir faire ne peut plus présenter d'intérêt pour les tiers.

Elle en conclut que c'est bien la valeur de cet actif qui constitue le préjudice mais pour son estimation, elle retient le chiffre de 75 MF, c'est-à-dire la moitié de la valeur totale de l'actif (soit 25% de la valeur totale des incorporels).

Elle indique de plus (ce qui peut paraître étonnant) que « *l'augmentation du chiffre d'affaires de la société CHANTELLE est sans effet sur la valeur patrimoniale intrinsèque de cet incorporel* ». Elle ignore de ce fait la théorie économique pour laquelle la valeur d'un actif est liée aux revenus futurs qu'on peut attendre et sa perte de valeur à une baisse de ces revenus futurs.

On peut faire plusieurs observations sur cette décision :

- l'expert ne caractérise pas la situation de fait : le savoir faire est-il perdu ? ne peut-il plus être donné en licence ? quel est le risque réel d'une utilisation par des tiers, sachant la menace d'une action judiciaire ?

L'expert renvoie au juge la définition de la situation de fait devant servir de référence pour définir le préjudice et estimer le dommage :

- si le savoir faire est perdu, les dommages s'élèveraient à 150 MF
- s'il n'est pas perdu, sachant que l'entreprise n'a jamais consenti de licence ni subi de perte en termes d'activité, le préjudice est nul. Par contre, si le savoir faire a été diffusé à l'extérieur et peut donner lieu à l'émergence d'activités concurrentes, la perte patrimoniale subie, peut être évalué à partir de 75 MF. Mais le choix entre ces options est plus une question de fait que de droit.

Face à ce premier exemple, on ne peut que s'interroger sur l'insuffisante interactivité entre le Juge et l'expert puisque la situation réelle factuelle n'est pas analysée par l'expert :

- la société avait-elle ou non la possibilité de céder son savoir faire ou de le donner en licence, du fait des actes litigieux ; cette question précise n'est ni posée ni résolue par le rapport ;

- en quoi le manque à gagner relatif aux revenus de licence était-il certain ?
- en quoi la dépréciation du patrimoine était-elle avérée ?

Le juge peut-il s'en remettre à l'expert sans contrôler :

- l'application de la méthode d'évaluation,
- les paramètres utilisés,
- la réalité de cette perte patrimoniale :

Si la détention par un concurrent ôte à ce savoir faire sa valeur patrimoniale, cela veut dire que les bénéfices, que le propriétaire peut tirer de son usage sont anéantis. La valeur patrimoniale découle notamment de l'usage.

Or manifestement Chantelle n'a pas cessé de s'en servir et il n'a pas été établi que le concurrent l'avait utilisé, alors comment estimer que la perte patrimoniale peut être fixée à l'estimation minimale de la valeur patrimoniale ?

L'expert n'avait pas répondu à la question de la réalité de la perte parce que le juge ne lui avait pas demandé, considérant que par définition, le détournement du savoir faire revenait à en détruire totalement la valeur. Dans ce cas, la mission aurait du consister à estimer cette valeur, même si cette définition ne correspondait pas de manière certaine au préjudice effectif.

CONCLUSION

L'évaluation des préjudices économiques comprend deux composantes complémentaires, la définition et le choix des méthodes d'une part et la mesure des dommages d'autre part.

Si la mesure relève du fait, la définition du préjudice appartient au juge qui devrait pouvoir en s'aidant de l'expert :

- Définir la situation normale,
- Qualifier le type de préjudice en fonction du type de bien (actif patrimonial ou actif d'exploitation) : Coûts subis et/ou manque à gagner - Passé et/ou futur.
- Qualifier les types de coûts et de bénéfices pris en compte,
- Justifier la date de référence et valider les informations prises en compte.

Le principe de la réparation intégrale a montré ses limites dans de nombreux domaines et notamment en matière de fautes lucratives et de contrefaçon car il conduit à une réparation insuffisante : difficulté de réunir les preuves, non prise en compte des effets induits.

La solution ne réside pas dans le relâchement des règles de preuve mais dans l'élargissement des modes de détermination des dommages et intérêts comme le sont les « restitutionary damages » ou restitution des gains illicites ou encore l'application du taux de redevance majoré en tant que plancher indemnitaire comme défini dans la loi de 2007 sur la contrefaçon.

Les tribunaux sensibilisés par les méfaits de la contrefaçon ont souvent une attitude punitive. Pourquoi ne pas la formaliser en élargissant l'application du principe de réparation intégrale en y intégrant la restitution des gains illicites à travers l'analyse des bénéfices des contrefacteurs ?

COMPAGNIE des EXPERTS AGRÉÉS
par la COUR de CASSATION



LA FORCE PROBANTE DE L'EXPERTISE

et/ou

L'apport de l'approche américaine par les
"CRITÈRES DAUBERT"

COLLOQUE DU 7 AVRIL 2010



LA FORCE PROBANTE DE L'EXPERTISE

et/ou

L'apport de l'approche américaine par les "CRITÈRES DAUBERT"

SOMMAIRE

INTRODUCTION de Monsieur David ZNATY	p. 3
INTERVENTION de Monsieur David ZNATY	p. 5
INTERVENTION de Monsieur le Professeur Rafaël ENCINAS DE MUNAGORRI	p. 7
INTERVENTION de Madame Marie-Louise DESGRANGE	p. 13
INTERVENTION de Maître Michel ARMAND-PREVOST	p. 17
INTERVENTION de Monsieur Frédéric JENNY	p. 21
INTERVENTION de Monsieur MICHEL DUBEC	p. 27
INTERVENTION de Monsieur Didier FAURY	p. 31
INTERVENTION de Monsieur Pierre LOEPER	p. 33
INTERVENTION du Docteur Jean-François MERCIER	p. 35
INTERVENTIONS de Monsieur Maurice NUSSENBAUM	p. 43
INTERVENTION de Monsieur Bernard PAIN	p. 55
INTERVENTION de Madame Suzanne SCHMITT	p. 57
CONCLUSION de Monsieur David ZNATY	p. 63