

La réparation intégrale des préjudices économiques

Le 11 octobre 2018, la CNEJGE (Compagnie nationale des experts judiciaires en gestion d'entreprise) a organisé un colloque consacré à la réparation intégrale des préjudices économiques. Après les propos liminaires de Pierre Loeper, expert agréé par la Cour de cassation et président de la CNEJGE, Béatrice Charlier-Bonati, vice-présidente de la cour d'appel de Paris, a introduit le colloque en rappelant la définition de la responsabilité juridique : l'obligation de réparer le dommage causé à autrui, dont un intérêt légitime a été injustement lésé par un acte contraire à l'ordre public ou par un acte illicite.

Le principe de la réparation intégrale peut, pour sa part, être illustré par l'adage « réparer le préjudice, tout le préjudice mais rien que le préjudice », exprimé en d'autres termes par Béatrice Charlier-Bonati : « *L'objectif de la réparation intégrale est de donner tout son sens à la responsabilité civile en rétablissant aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* ».

La réparation du préjudice économique – lié à une activité de production ou de services – nécessite que la victime démontre une faute, un préjudice direct et certain,

ainsi qu'un lien de causalité entre les deux éléments. L'évaluation d'un préjudice suppose l'élaboration d'un scénario hypothétique ou contre-factuel grâce à plusieurs méthodes économiques qui détermineront la situation qui aurait dû se passer en l'absence du fait générateur de responsabilité, à laquelle sera comparée la situation réelle. Alors, de nombreuses questions se posent. Comment réparer les préjudices économiques ? Comment les évaluer ? Quelle méthode retenir ? Quel principe appliquer ? Quel raisonnement suivre ?

1. Rupture brutale de relations commerciales établies

Chantal Saint-Ayes, expert près la cour d'appel de Paris, s'est intéressée aux situations de rupture brutale de relations commerciales établies, rappelant les textes de loi, parmi lesquels l'article L442-6 du Code de commerce : « *I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : [...] 5° De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. [...]*

Une relation commerciale établie se caractérise par la durée de la relation et par une relation régulière, significative et stable (décision de la Cour de cassation du 15 septembre 2009 – n° de pourvoi : 08-19200). La rupture totale ou partielle est marquée par une décision unilatérale ou un non-renouvellement, et par une modification substantielle des conditions (perte d'exclusivité) entraînant une baisse du chiffre d'affaires.

Chantal Saint-Ayes a également rappelé la jurisprudence sur le sujet. Dans un arrêt de la Cour de cassation du 20 octobre 2015 (pourvoi n° 14-18753), il est ainsi écrit au sujet des ruptures brutales de relations commerciales que « *seuls sont indemnisable les préjudices découlant de la brutalité de la rupture et non de la rupture elle-même* ». Chantal Saint-Ayes précise, par ailleurs, en s'appuyant sur cet arrêt de jurisprudence, qu' « *un lien de causalité doit être établi entre les préjudices allégués et la brutalité de la rupture* » et que « *l'appréciation de la brutalité de la rupture se fait par référence au préavis consenti par la partie qui a rompu la relation* ».

Le préavis est le temps nécessaire au partenaire évincé pour trouver une solution alternative ; il doit permettre à la victime de se réorganiser. « *En conséquence le préavis contractuel ou le préavis écrit peuvent être remis en cause s'ils s'avèrent non effectifs ou insuffisants pour la reconversion de la victime* », précise Chantal Saint-Ayes.

L'appréciation du magistrat tient compte des circonstances connues au moment de la rupture :

- le degré de dépendance à l'égard de l'auteur de la rupture (part de chiffre d'affaires réalisée avec lui, qui peut résulter de relations d'exclusivité) ;
- la difficulté à trouver sur le marché un autre partenaire de rang équivalent (notoriété du produit échangé, caractère difficilement substituable) ;
- les caractéristiques du marché en cause, les obstacles à la reconversion (en termes de délais, de bail, de coûts d'entrée dans une nouvelle relation) ;
- et l'importance des investissements effectués dédiés à la relation.



Le préjudice, soit le gain manqué, est calculé en comparant la marge qui aurait dû être perçue pendant le préavis censé être octroyé et la marge effectivement perçue.

Le calcul de la perte de marge sur coûts variables pendant la durée du préavis se détermine par la différence entre le chiffre d'affaires dont la victime a été privée et les coûts variables ou coûts éludés à proportion du chiffre d'affaires non réalisé. Le chiffre d'affaires à retenir en comparaison avec le chiffre d'affaires réalisé peut être soit le chiffre d'affaires des trois dernières années, soit celui de la dernière année, soit celui prévu durant la période de préavis. Il convient de retenir le plus approprié.

Chantal Saint-Ayes relève que l'évaluation de ce préjudice faite à la date de la rupture conduirait à ne pas prendre en compte certaines circonstances qui influencent la réparation intégrale de ce préjudice telles que « *l'impact des actions réussies de reconversion de la victime ou de minimisation de son préjudice pendant le préavis* ».

D'autres questions surviennent sur l'évaluation de ce préjudice au moment de la rupture. Chantal Saint-Ayes évoque :

- la connaissance au moment de l'évaluation d'un changement des conditions de marché (l'arrivée d'un concurrent, par exemple) pendant le préavis, alors que ce changement est inconnu à la date de la rupture ;
- un niveau de marge connu à la date de la rupture supérieur à la marge pendant une partie du préavis ; il en découle une indemnisation de la victime au-delà de son préjudice.

Les principes généraux d'évaluation des préjudices commanderaient de prendre en compte ces circonstances inconnues à la date de la rupture, mais connues à la date de l'évaluation, pour respecter le principe de la réparation intégrale du préjudice. Dès

lors, faut-il réduire à due concurrence la durée du préavis octroyée, s'interroge-t-elle ? L'expert peut et doit apporter tous les éléments de calcul nécessaires à l'appréciation de ce préjudice par les magistrats.

La difficulté de la réparation intégrale de ce préjudice n'est pas pour autant réduite à ces circonstances inconnues à la date de la rupture. Chantal Saint-Ayes soulève la difficulté d'établir le lien de causalité entre le préjudice et la brutalité de la rupture, les conséquences de la brutalité de la rupture pouvant souvent être confondues avec celles de la rupture. Le lien de causalité avec la brutalité de la rupture peut être démontré en établissant les actions que la victime aurait probablement entreprises grâce au temps et aux ressources dont elle aurait bénéficié pendant un préavis « normal » octroyé. Chantal Saint-Ayes a cité l'exemple des licenciements qui surviennent à la suite d'une rupture brutale.

Chantal Saint-Ayes a également évoqué le préjudice financier subi par la victime en cas de rupture brutale, préjudice qui s'évalue à la date de l'évaluation, est inconnu à la date de la rupture et doit aussi être pris en compte pour une réparation intégrale du préjudice.

2. Les coûts internes

Jean-François Laborde, expert près la cour d'appel de Paris, a immédiatement indiqué que « *les coûts internes soulèvent en matière de réparation du préjudice des problématiques spécifiques* ». Ce sont les dépenses que l'entreprise victime de la faute aurait supportées, même en l'absence de faute, mais qui auraient été affectées à un autre usage.

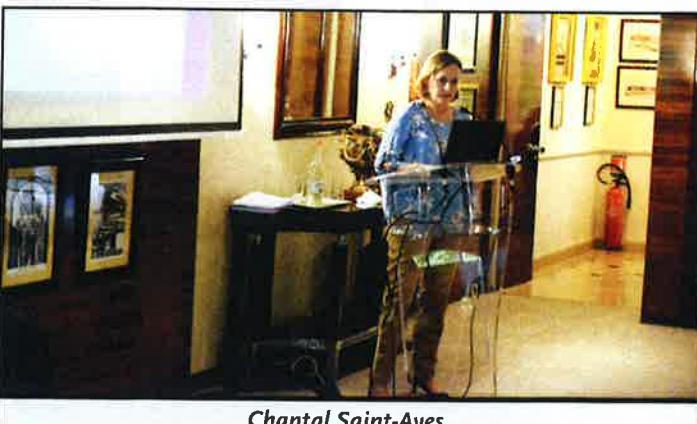
Il a présenté deux types de coûts internes : le personnel mobilisé pour tenter de réduire les conséquences du dommage ; le temps consacré par les dirigeants de l'entreprise. Ces coûts résultent d'une décision de l'entreprise (qui aurait pu ne rien faire, ou

bien faire appel à un prestataire extérieur). Ils bénéficient à la victime, qui réduit son dommage, mais aussi à l'auteur de la faute puisqu'ils réduisent le préjudice.

Jean-François Laborde souligne que cela soulève deux questions pour les experts : « *Ces coûts internes constituent-ils un chef de préjudice indemnisable ? Le cas échéant, comment en évaluer le montant ?* »

L'expert près la cour d'appel de Paris a notamment rappelé un arrêt de la Cour de cassation : « *La mobilisation de salariés pour la réparation de dommages causés à l'entreprise par un tiers constitue un préjudice indemnisable. [...] Par ces motifs [...] casse et annule* » (Cour de cassation, chambre civile 3, 10 mars 2016, pourvois n° 15-10897 et n° 15-16679). Cela faisait suite à un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; dans cette affaire, une entreprise chargée de réaliser un forage endommage une canalisation de gaz. La société X fait intervenir des salariés sur le site, et demande indemnisation à ce titre. Dans l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence (3^e chambre B, 29 septembre 2014, n°12/23614), il était indiqué : « *La société X ne démontre pas avoir exposé un coût supplémentaire par rapport à celui qu'elle aurait dû assumer en toute hypothèse en l'absence de sinistre, s'agissant de salariés non recrutés spécialement pour faire face à celui-ci et amenés à faire des interventions sur différents sites, les pièces produites ne permettant pas par ailleurs d'isoler le coût d'heures supplémentaires éventuelles en lien avec le sinistre* ».

Déjà par le passé la Cour de cassation avait relevé que : « *La réparation intégrale du dommage causé à une chose n'est assurée que par le remboursement des frais de remise en état de la chose et que la circonstance que la victime ait procédé à cette remise en état par elle-même ou par son personnel salarié ne saurait diminuer ses droits à une réparation intégrale* » (Cour de cassation, chambre civile 2, 19 novembre 1975, pourvoi n° 74-13018).



Chantal Saint-Ayes



Jean-François Laborde

D'autres décisions accueillent favorablement ce chef de préjudice, notamment :

- « il n'est pas douteux, compte tenu des enjeux commerciaux existants que les salariés, rémunérés comme habituellement par la société L..., aient durant l'été tourné leur activité sur la mise au point de la machine commandée et se sont détournés de leurs autres tâches habituelles » (cour d'appel de Chambéry, 2^e chambre, 17 octobre 2013, RG n° 12-01913) ;
- « La société réclame le coût de la mobilisation de ses employés afin de constituer une "cellule de crise" » (cour d'appel de Paris, 15^e chambre B, 6 avril 2006, RG n° 04/21838) ;
- « Quant à la gestion du sinistre, du personnel a été mobilisé et a été rémunéré pour cette tâche au lieu de ses tâches habituelles [...] 115 jours pour le responsable juridique » (cour d'appel de Caen, 1^{re} chambre civile, 30 juin 2015, RG n° 14/03401) ;
- « Le préjudice résultant du coût du tri des pièces défectueuses » chez le client de la victime. (cour d'appel de Chambéry, chambre commerciale, 12 octobre 2010, RG n° 09/02152)

Dès lors, faut-il que l'intervention des équipes internes soit couronnée de succès ? Jean-François Laborde estime obtenir une réponse dans l'arrêt de la Cour de cassation, chambre commerciale, 20 octobre 2015, pourvoi n° 14-17222¹ : « Ayant relevé que la société A. avait dû engager des frais en urgence, dont le changement d'un câble, afin d'essayer de remédier au dysfonctionnement de son installation, ce dont il résultait que les frais étaient liés aux manquements de la société S., la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

Comment justifier les quantités de temps engagées ? À cette dernière question, Jean-François Laborde répond à l'appui de l'arrêt de la cour d'appel de Bordeaux, 2^e chambre civile, 25 septembre 2012, RG n° 10/07645 : « Il convient de retenir les frais de personnel de

maintenance dès lors que la société S. a produit des relevés individuels d'activité des personnes intervenues sur le sinistre ».

Jean-François Laborde en appelle à l'avis du professeur Philippe Stoffel-Munck, exprimé dans *La Semaine juridique* (édition générale, n° 42, 17 octobre 2016) : « Mais où se trouve donc le préjudice lié à la mobilisation des salariés ? En toute rigueur, on dira qu'il gît dans la perte d'une chance de les affecter à une tâche plus rentable et, donc, dans une fraction du profit qu'un meilleur emploi de leur énergie aurait procuré à l'entreprise ».

Finalement, selon Jean-François Laborde :

- le préjudice n'est effectivement pas le coût du temps passé – en l'absence de faute, ce coût aurait été subi ;
- le préjudice correspond à la valeur que ce temps aurait rapportée s'il avait été autrement utilisé (gain manqué ou perte de chance) ;
- il existe des situations où cette valeur peut être estimée (par exemple, les métiers où l'on vend du temps, certaines professions commerciales) ;
- en pratique, cette valeur est souvent très difficile à déterminer, et l'approche par les coûts semble généralement la plus pertinente.

Pour ce qui est du temps consacré par les dirigeants de l'entreprise, Jean-François Laborde traite le sujet en citant en premier lieu deux arrêts de cours d'appel :

- Un ensemble "pelle mécanique + pince" fourni à l'entreprise n'était pas conforme à la commande. « Attendu que la société X demande à être indemnisée du temps consacré par son dirigeant, M. G., à rechercher et résoudre les problèmes posés par la dangerosité de la pelle litigieuse, ainsi qu'à poursuivre la procédure engagée, dont elle estime le coût à la somme de 6 037 euros, telle qu'évaluée par l'expert ; Que M. G. est le gérant majoritaire de la société X dont il pos-

sède 90 % du capital, de sorte qu'il n'en est pas le salarié, et que ses appointements sont libres ; que le suivi des dossiers litigieux, notamment quant aux procédures judiciaires, et l'administration de la société, font partie intégrante de ses fonctions [...] ; qu'il n'y a donc pas lieu à indemnisation à ce titre. » (cour d'appel d'Orléans, chambre commerciale, 19 mai 2005, RG n° 02/01642)

- Dans cette autre affaire, une société Y a été victime d'une réticence dolosive, ayant réalisé l'acquisition de la société D sans avoir été informée par le vendeur que la société D était susceptible d'être affectée par un contentieux pénal. « Ces frais de procédure causés par le suivi des contentieux pénal et commercial entrent effectivement dans le périmètre du préjudice subi par la société Y. En revanche, l'implication du gérant de la société Y dans le suivi de ces contentieux ne donne droit à aucune réparation financière supplémentaire car il entre dans les fonctions de dirigeant, outre celle d'assumer la gestion courante de son entreprise, celle de veiller à prendre toutes les décisions utiles pour la défense de ses intérêts lorsque ceux-ci sont menacés par des actions en justice » (cour d'appel de Bordeaux, chambre civile 2, 5 septembre 2014, RG n° 09/06018).

Ce dernier arrêt est infirmé par la Cour de cassation le 12 avril 2016 (pourvoi n° 14-29483) : « Vu l'article 1382 du code civil ; Attendu que pour rejeter la demande de réparation du préjudice lié à l'implication du gérant de la société Y dans le traitement du contentieux, l'arrêt retient qu'il entre dans les fonctions du dirigeant, non seulement la mission d'assumer la gestion courante de son entreprise, mais celle de veiller à prendre toutes les décisions utiles à la défense de ses intérêts lorsque ceux-ci sont menacés par des actions en justice, comme d'en contrôler leur exécution ; qu'il en déduit que cette implication n'ouvre droit à aucune réparation financière supplémentaire ; Qu'en statuant ainsi, alors que l'obligation pour le dirigeant de consa-



Nathalie Dostert



Pierre Siamer

cer du temps et de l'énergie au traitement de procédures contentieuses au détriment de ses autres tâches de gestion et de développement de l'activité de la société cause un préjudice à cette dernière, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il limite à la somme de 146 070 euros au titre des préjudices subis par la société Y la condamnation solidaire des sociétés E et F, l'arrêt rendu le 5 septembre 2014, entre les parties, par la cour d'appel de Bordeaux ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Agen ; ».

La mobilisation du dirigeant dans la gestion du désordre au centre du litige a été accueilli favorablement dans d'autres arrêts de cours d'appel :

- Un salon de coiffure a rencontré des difficultés, ayant été victime d'actes de concurrence déloyale : la dirigeante a « consacré du temps à négocier des délais de paiement avec l'URSSAF au détriment du développement de son salon ». (cour d'appel de Paris, pôle 5 – Chambre 5, 14 mars 2013, RG n° 12/07837) ;
- Une banque a omis d'informer l'un de ses clients qu'elle allait refuser un chèque parce que celui-ci était pour partie sans provision : « Le préjudice consiste [...] enfin dans le temps consacré par le dirigeant social pour tenter de résoudre au mieux le litige avec la banque et ses conséquences dommageables ». (Cour d'appel de Versailles, 13^e chambre, 10 avril 2014, RG n° 12/06861) ;
- Des pourparlers contractuels ayant pour objet une cession d'entreprise ont été rompus abusivement : « L'équipe dirigeante a été mobilisée inutilement pour diverses réunions fin janvier et début février 2010 ». (cour d'appel d'Aix-en-Provence, 8^e chambre A, 4 décembre 2014, RG n° 12-14531).

3. La perte de chance

Pierre Siamer, expert près la cour d'appel de Paris, a rappelé que la Cour de cassation définissait la perte de chance comme la disparition certaine d'une éventualité favorable, qu'il s'agisse de la chance d'obtenir un gain ou de la chance de limiter une perte. La juridiction rappelle, par ailleurs, de manière constante, que l'indemnisation exclut toute demande à la hauteur de la totalité du gain manqué ou des pertes qui n'ont pas été évitées, mais se limite à une certaine somme correspondant à la seule chance perdue.

Ces définitions et principes orientent clairement les travaux de l'expert qui évalue un préjudice de perte de chance. Il doit ainsi :

- montrer la certitude de la perte de chance. Dans les cas « traditionnels » d'évaluation des préjudices, l'expert s'attache à montrer que le préjudice est certain. Avec la perte de chance, il doit montrer la certitude de la perte. Cette notion de certitude passe par l'analyse du lien de causalité entre la faute et la perte de chance. Elle inclut aussi l'impossibilité de voir se représenter l'éventualité favorable espérée. L'expert doit donc constater que la disparition de l'éventualité est due à la faute et qu'elle est irréversible.
- montrer le caractère réel et sérieux de la chance perdue. La jurisprudence dit que la perte de chance doit être « réelle et sérieuse » ou encore « raisonnable ». Un arrêt de la Cour de cassation du 16 janvier 2013 avait semé le trouble en indiquant : « la perte certaine d'une chance même faible est indemnisable ».
- estimer la probabilité de réalisation de la chance. La réparation consiste donc à allouer au demandeur une indemnité représentant une quote-part de l'avantage escompté. Cette quote-part correspond, techniquement, à la probabilité d'occurrence de l'événement qui aurait pu se produire (situation favorable) ou qui aurait pu être évité (situation défavorable – c'est-à-dire, la perte subie).

Pierre Siamer souligne que la jurisprudence renvoie au Tribunal la souveraineté de l'appréciation du montant du préjudice et par conséquent la probabilité de la perte de chance. Cela étant, il estime que l'expert est en mesure d'apporter aux magistrats un éclairage technique lui permettant de choisir de manière raisonnée le quantum de référence et la probabilité qu'il convient de lui appliquer, pour estimer le préjudice de perte de chance.

Pierre Siamer a présenté différentes situations lors desquelles l'expert peut être confronté à la perte de chance – avec des contextes de préjudices variés : manquement à une obligation d'information (par exemple, les risques encourus par une personne ayant donné sa caution ; ou un préjudice boursier) ; perte de chance de conclure un contrat avec un tiers (ou d'entrer sur un nouveau marché) en cas de dommage d'un matériel, de rupture brutale/abusive de négociations ou de relations commerciales établies ; actes de concurrence déloyale dans des marchés à forte intensité concurrentielle, détournement de clientèle, débauchage ; perte de chance résultant d'une asymétrie d'information entre le prescripteur (le sachant) et le client ou d'une divulgation d'informations trompeuses, imprécises ou inexactes ; perte de chance attachée au manquement d'un professionnel à son devoir de conseil avant la conclusion d'un contrat ; contrefaçon ; cession-acquisition de droits sociaux, etc.

L'évaluation d'un préjudice de perte de chance comprend deux étapes :

- 1^{re} étape : on détermine et on chiffre l'avantage qu'aurait procuré la chance (gain manqué) si elle s'était réalisée ou la perte limitée ou évitée si la chance s'était réalisée (perte subie) au cours de la période de temps affectée par le fait génératrice. On retrouve dans cette étape les questions de l'évaluation des préjudices avec notamment la comparaison entre une situation réelle (Ndrl : effective ou réelle) et une situation contre-factuelle (Ndrl : ce qui se serait passé si le dommage n'avait pas eu lieu) ;
- 2^e étape : on évalue la probabilité d'occurrence de l'événement. L'expert est confronté à ce moment à une question nouvelle qui est celle de la détermination de la probabilité.



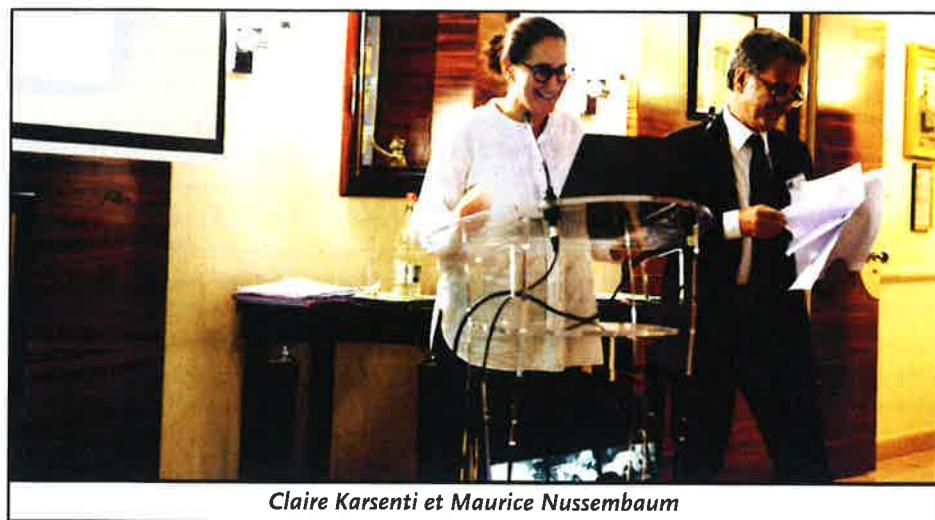
Le colloque de la CNEJGE était organisé à l'Automobile club de France, à Paris.

Actuellement on observe que, pour estimer cette « probabilité », les experts utilisent 3 grands types d'approche.

- L'approche quantitative. Par exemple : probabilité (taux de succès ou taux de transformation d'un devis en contrat dans un appel d'offres) établie sur la base des observations des pratiques sur un marché ou sur l'analyse historique des réalisations du demandeur.
- L'approche par l'analyse du comportement (perte de chance de l'investisseur). Cette analyse repose sur la connaissance du degré d'aversion au risque et à la structure du portefeuille de l'investisseur pour estimer comment il aurait arbitré son portefeuille s'il avait obtenu plus tôt l'information ou s'il avait pu obtenir une information complète. Exemple : cas d'un litige boursier (aversion au risque).
- L'approche qualitative. Cette approche est retenue lorsque la probabilité d'occurrence ne peut être déterminée mathématiquement et fait appel à l'identification de critères et à des modélisations. Exemple : appréciation du pouvoir de négociation des parties (capacité à tirer avantage dans une situation transactionnelle, capacité à pouvoir faire changer une décision, possibilité de détecter un fait anormal ou une fraude et d'éviter un risque en rompant la négociation).

Après avoir rappelé la nécessité de produire les documents nécessaires aux travaux de l'expert, dont le détail est contenu dans la fiche mise en ligne par la cour d'appel de Paris², Pierre Siamer a exposé une démarche d'évaluation expertale de la probabilité de perte de chance appliquée à un litige opposant ERDF à une multitude d'investisseurs dans l'énergie solaire.

Au début des années 2000, l'État a mis en place des mesures pour favoriser les investissements dans le solaire (cf. coût de rachat de l'électricité). En décembre 2009, constatant que ces mesures coutent très chères, il annonce des baisses de tarifs de rachat. Les investisseurs, craignant de ne plus pouvoir bénéficier de tarifs intéressants, s'empressent de déposer des demandes de raccordement auprès d'ERDF. Et le 9 décembre 2010, l'État publie un décret qui revient à mettre à l'arrêt tous les projets dont le devis de raccordement n'avait pas été accepté par ERDF au 2 décembre 2010. De nombreux investisseurs se sont alors retournés contre ERDF considérant que l'entreprise n'avait pas respecté le délai de 3 mois imparti par la Commission de régulation de l'énergie pour leur adresser ce devis, et qu'elle leur avait



Claire Karsenti et Maurice Nussebaum

ainsi fait perdre le bénéfice d'une tarification avantageuse.

Selon Pierre Siamer, l'objectif de l'expert (en l'occurrence, de partie) consiste à proposer une méthode discriminante de calcul du préjudice, établie en fonction des profils d'investisseurs et des types de projet photovoltaïque.

Le but était ici de pouvoir apprécier de façon objective les différentes situations, et apporter pour chacune d'elles la probabilité de perte de chance. Le modèle d'analyse proposé reposait sur trois constituants.

1. Établir une matrice d'analyse des différents scenarii : une matrice d'analyse des différents scenarii a été construite à partir d'une sélection de critères, réputés discriminants, choisis en fonction des dossiers. En combinant ces critères, cela a permis de définir à la fois le profil de l'investisseur, l'état d'avancement du projet, l'obtention ou non des financements attachés à l'exécution et à la mise en œuvre des projets, ainsi que la localisation géographique.

Par exemple, la matrice a pu reposer sur le profil du porteur de projet, le type de projet, la capacité du porteur de projet en terme d'expérience (disposait-il de l'expertise nécessaire ou était-il novice dans ce type d'investissement), la fiabilité des prévisions qu'il avait engagées pour pouvoir construire son projet. Des facteurs de risque (aggravants ou considérés plutôt comme des signaux faibles) ont également été pris en compte.

2. Modéliser le risque attaché au projet : une matrice a été construite ; la sensibilité des différents projets a été déterminée à partir d'elle. En fonction de leur sensibilité, un risque plus ou moins important leur a été associé ; cela a été fait en prenant

en compte le profil des investisseurs, les moyens financiers dont ils disposaient, leur expérience dans ce type de projet. L'objectif était alors de déterminer un taux d'actualisation qui augmentait en même temps que le risque. Plus le risque augmentait, plus il était constaté une incapacité probable à pouvoir mettre en œuvre le projet, avec une perte de chance qui tendait donc vers 0.

3. Mesurer le risque pour déterminer le quantum : de manière normative, la construction de l'analyse a permis de définir trois profils d'investisseurs-types dans ce contexte. Le profil de l'investisseur A était celui le moins risqué, celui sur lequel il était considéré que la perte de chance était la plus forte. Au contraire, le profil C était celui qui apparaissait le moins capable de réellement mener à bien un projet de cette nature.

Le profil A correspondait à un grand groupe de distribution cherchant à valoriser les toitures de ses magasins, ayant par ailleurs déjà réalisé des projets de centrales par le passé, présentant des prévisions détaillées (un business plan bien construit avec des éléments très factuels), dont les démarches étaient bien avancées dans la préparation du projet et ayant déjà engagé des investissements. Le profil A était celui qui présentait toutes les qualités pour pouvoir réellement mener à bien le projet, celui qui apparaissait le plus lésé dans ce contexte.

Le profil B correspondait à des groupes spécialisés dans le photovoltaïque (dont le métier consistait à commercialiser de l'électricité à travers leurs panneaux photovoltaïques) qui avaient identifié plusieurs projets possibles (en fonction de la taille, de la zone géographique, de la date de mise en exploitation, etc.) et qui devaient ensuite arbitrer entre ces projets. On constate que la probabilité d'en arriver est moins forte que pour ceux rattachés aux profils A ; on

trouve ici des solutions alternatives parmi lesquelles il restait des choix à faire, contrairement aux groupes du profil A pour lesquels les choses étaient déjà correctement cadrées et engagées.

Le profil C correspondait à des investisseurs inexpérimentés, qui cherchaient plutôt à diversifier leurs investissements ; leurs prévisions étaient peu détaillées et la recherche de financement peu avancée.

À partir de cette analyse, on voit qu'il est possible de classifier les différents porteurs de projets pour leur attribuer un quantum en terme de perte de chance.

Pierre Siamer a conclu son intervention par deux remarques.

Il lui semble important de mettre en perspective la perte de chance et la notion d'incertitude attachée à l'évaluation des préjudices. Les experts sont, en effet, très souvent confrontés à des situations où le défendeur : conteste la prise en compte d'un gain manqué futur considérant qu'il est incertain alors que le préjudice doit être certain ; considère qu'un préjudice futur constitue du fait de son incertitude une perte de chance et qu'il doit donc à ce titre être abattu par l'application d'une probabilité d'occurrence.

De son point de vue, ces prises de position reposent sur une confusion entre l'incertitude du préjudice et le caractère estimatif de son évaluation ; le préjudice n'est indemnisable que s'il est certain et la perte de chance répond à cette définition. Le caractère estimatif de l'évaluation d'un préjudice n'est que la conséquence naturelle de la nécessité pour l'expert de retenir des hypothèses pour construire le scénario contre-factuel et choisir le taux approprié pour exprimer le préjudice futur à la date de l'évaluation.

4. Indemnisation de l'écoulement du temps

Claire Karsenti, expert près la cour d'appel de Paris, et Maurice Nussebaum, expert agréé par la Cour de cassation, ont signalé que l'écoulement du temps pouvait créer un nouveau préjudice et/ou accroître le préjudice initial dont il est demandé réparation. Afin de prendre en compte ce facteur temporel, des systèmes d'indemnisation ont été instaurés : les intérêts moratoires et le paiement d'intérêts compensatoires.

Les intérêts moratoires sont prévus aux articles 1231-6 et 1231-7 du Code civil (relatif à la condamnation à une indemnité en

toute matière), ainsi qu'à l'article L 441-6, alinéa 12, du Code de commerce, applicables à tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur dans le cadre de ses relations avec tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services pour les besoins de son activité professionnelle. Les intérêts moratoires ont pour but de réparer le préjudice résultant du seul fait du retard de paiement d'une somme d'argent. À la différence du système classique des dommages et intérêts, le préjudice est présumé, et le montant fixé par le législateur. Le juge est ainsi privé de son pouvoir d'appréciation au profit d'un système d'indemnisation forfaitaire en vertu duquel le créancier perçoit un loyer d'argent à un taux d'intérêt fixé par le législateur.

L'article 1231-6 du Code civil dispose qu'un préjudice indépendant du retard peut donner lieu à des dommages intérêts distincts de l'intérêt moratoire.

Claire Karsenti et Maurice Nussebaum relèvent une certaine ambiguïté dans la mise en œuvre de cet article 1231-6 qui fait la distinction entre ce qui relève du retard et ce qui en est indépendant. En effet, l'importance du préjudice, qui ne relève pas strictement du retard, va elle aussi dépendre de la durée pendant laquelle les fonds auront été indisponibles.

Dans de nombreux cas, l'indemnisation de tels préjudices pourra également prendre la forme de taux d'intérêts applicables sur une certaine durée mais qui seront plus élevés pour indemniser un préjudice autre que l'érosion monétaire ou les effets de l'inflation ou même les intérêts perdus d'un placement sans prise de risque.

On est alors dans le cas général des préjudices ne relevant pas strictement de dettes fixées et liquides qui rentrent dans la catégorie des intérêts compensatoires. La question est alors posée de définir quel taux retenir dans le cadre de dettes – soit indépendantes du retard soit non encore déterminées par le juge –, et sous quelles conditions peut-il être différent de celui des intérêts moratoires ?

En ce qui concerne les intérêts compensatoires, leur utilisation a été consacrée par la Cour de justice de l'Union européenne, ainsi que par la directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des

États membres et de l'Union européenne (transposée en droit français par l'ordonnance n° 2017-303 et le décret n° 2017-305). Lorsqu'une personne subit un préjudice, le dommage économique entraîne pour la victime un préjudice additionnel qui résulte de la privation de la trésorerie pendant la durée qui s'étend de la naissance du dommage jusqu'au jour du jugement de réparation. Ce préjudice peut être réparé par l'application d'un taux d'intérêt au montant alloué en réparation du préjudice initial : les intérêts compensatoires. La Cour de justice, comme les juges du fond, distinguent de manière constante deux types de préjudice résultant de l'écoulement du temps : l'érosion monétaire et la perte de chance subie par la partie lésée du fait de l'indisponibilité du capital (cour d'appel de Paris, 14 décembre 2016, n° 13/0875 ; CA Paris, 10 mai 2017, n° 15/05918 ; Cour de justice des Communautés européennes, 3 février 1994, aff. C-308/87).

Néanmoins, la jurisprudence sur les intérêts compensatoires semble à ce jour encore instable. En effet, Claire Karsenti et Maurice Nussebaum relatent des décisions divergentes dans deux affaires particulièrement médiatisées, à savoir l'affaire Switch contre SNCF et l'affaire Outremer Telecom contre Orange Caraïbe, toutes deux concernant des pratiques sanctionnées par le Conseil de la concurrence en 2009. Dans la première affaire, l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 14 décembre 2016 confirme la capitalisation au taux de capitalisation moyen dans le secteur du tourisme retenue par les juges du Tribunal de commerce de Paris, et écarte la capitalisation au taux de l'intérêt légal adoptée par l'expert judiciaire commis par elle.

En revanche, dans la seconde affaire, l'arrêt de la cour d'appel du 10 mai 2017 infirme le jugement du Tribunal de commerce de Paris et considère que la capitalisation doit se faire au taux d'intérêt légal majoré de 0,5 point.

Après avoir commenté les motivations de ces décisions, Claire Karsenti et Maurice Nussebaum ont porté l'attention de l'auditoire sur la nécessité pour le requérant qui se prévaut d'une perte de profits consécutives à la perte d'opportunité d'investissement d'établir simultanément :

- l'existence d'un investissement manqué,
- dont la réalisation n'était pas financable par un autre moyen,
- et qui s'est avéré être effectivement rentable.

Claire Karsenti et Maurice Nussebaum précisent que pour établir la perte de chance au cas d'espèce il faut :

- que le projet, sur lequel ce capital aurait été investi, ait bien été identifié ;
- que l'on puisse mesurer le taux de rendement qu'on aurait obtenu si le projet avait été réalisé et non le taux qu'on aurait effectivement requis pour le réaliser ;
- que l'on affecte une probabilité aux gains potentiels.

La perte de chance doit être rigoureusement démontrée car elle repose sur l'idée qu'un investissement génère nécessairement des profits qui se traduit par un taux de rendement largement supérieur au taux légal alors qu'il peut aussi générer des pertes, aspect qui n'est pas pris en compte par le demandeur.

Le moment était alors venu pour Claire Karsenti et Maurice Nussebaum de proposer le taux d'intérêt compensatoire le plus pertinent :

- le taux sans risque est le taux d'intérêt légal ou taux refinancement BCE (Banque centrale européenne) ou taux de rendement des emprunts d'État (OAT en France) ;
- le taux demandé par le banquier pour prêter correspond au taux d'emprunt bancaire (taux sans risque + spread de crédit) ;
- le taux moyen demandé par les différents apporteurs de capitaux (actionnaires et banquiers), soit le coût moyen pondéré du capital (CMPC) ou WACC (Weighted Average Cost of Capital)³.

Claire Karsenti et Maurice Nussebaum ont exprimé leur circonspection à l'égard du WACC qui, selon eux, est un taux exigé par

les investisseurs pour financer une société, plus adapté pour calculer la valeur actuelle de flux futurs aléatoires que le rendement d'un projet donné. Ils estiment que le WACC s'avère donc le plus souvent inadapté pour définir un taux de capitalisation à la fois du fait de son caractère exigé ex-ante et parce qu'il s'agit d'un taux moyen requis pour l'ensemble des projets de l'entreprise et non le taux de rendement marginal d'un projet particulier.

Or, la perte de chance de ne pas avoir pu réaliser un investissement qui s'est avéré être rentable consiste à n'avoir pu bénéficier de la création de valeur (traduite par la Valeur Actuelle Nette – VAN) – c'est-à-dire les bénéfices d'un projet net des investissements nécessaires – , que lui aurait apportée cet investissement qu'elle n'a pu réaliser par un autre moyen de financement.

$$VAN = \text{Investissements } (t_0) - \frac{FT1}{(1+tx)^n1} + \frac{FT2}{(1+tx)^n2} + \dots + \frac{FTn}{(1+tx)^nn}$$

Avec FT = Flux de trésorerie, et tx = Taux d'actualisation retenu / taux exigé par les apporteurs de fonds.

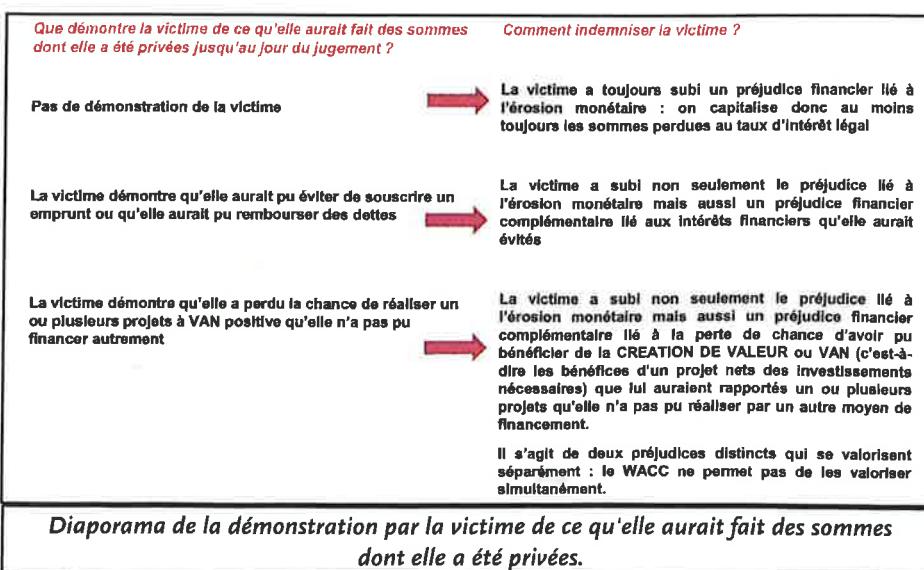
Dès lors, l'indemnisation du préjudice doit distinguer : le préjudice lié à l'érosion monétaire (qui est indemnisé par la capitalisation au taux de l'argent court terme – sans risque) ; et le préjudice résultant des pertes de chance du fait de l'indisponibilité des sommes qui sont liées aux pertes de la création de valeur de ces projets.

Au moment de conclure leur intervention, Claire Karsenti et Maurice Nussebaum ont présenté un dernier diaporama particulièrement éloquent des arguments qui s'offrent à la victime et de la démonstration qui lui incombe (voir graphique ci-dessous).

Chargée de conclure le colloque, Nathalie Dostert, présidente de la chambre de la concurrence au Tribunal de commerce de Paris, a rappelé l'importance pour les experts de rendre des rapports compréhensibles par un non-spécialiste. « Il est aussi important que, dans leurs rapports, les experts expliquent encore mieux qu'ils ne le font aujourd'hui quels sont les postulats sur lesquels ils travaillent, si le scénario contre-factuel leur a été donné tout fait par leur client [Ndrl : par le requérant] ou s'ils ont pu déterminer eux-mêmes ce scénario et le chiffrage. Cela change l'approche que le tribunal peut avoir du rapport d'expertise », a-t-elle précisé. Nathalie Dostert invite les experts à ne pas se priver de raconter l'histoire de la victime : ce qui s'est passé au moment du litige, le contexte, l'ancienneté des relations entre la victime et l'auteur de la faute.

Elle a, par ailleurs, souligné qu'il fallait que les dirigeants d'entreprise soient informés que, « s'ils ne souhaitent pas livrer des données, mettre à nu leurs structures internes, leurs coûts, leurs marges, pour des raisons compréhensibles de concurrence et de révélation de données stratégiques, ils ne doivent pas venir au tribunal, mais concilier ou faire une médiation. Le Tribunal de commerce va les déshabiller d'une certaine façon. Il y a une réflexion à conduire quant à la venue devant un Tribunal de commerce. »

Le colloque organisé par la CNEJGE a, par ailleurs, été l'occasion pour Jean Messinessi, président du Tribunal de commerce de Paris, de parler de la chambre internationale du Tribunal de commerce et du rôle que les experts peuvent y jouer : « Nous espérons que le rôle des experts dans la chambre internationale sera agrandi par le fait qu'ils ne fassent pas seulement un rapport, mais qu'ils puissent être interrogés sur leurs expertises par les parties et leurs conseils, de façon plus active que cela est actuellement le cas. » ■



1. Référence sur laquelle la rédaction de la Revue Experts laisse le soin aux lecteurs d'apprecier la pertinence dans le contexte.

2. Édition de 12 fiches méthodologiques sur la réparation du préjudice économique par la cour d'appel de Paris, consultables sur Internet : www.cours-appel.judice.fr/paris/la-reparation-du-prejudice-economique-octobre-2017.

3. WACC : $R = K_d(1-t) \times D / (FP+D) + K_{FP} \times K_{FP} / (FP+D)$, avec Avec : K_{FP} : taux de rendement attendu sur fonds propres ; FP : valeur de marché des fonds propres ; D : valeur des dettes financières nettes ; K_d : taux sur les dettes financières ; t : taux d'impôt sur les sociétés.