

## 6 Les nouvelles évolutions de l'expertise des préjudices économiques



**Maurice NUSSENBAUM,**  
professeur émérite de l'université Paris-Dauphine (PSL),  
expert financier agréé par la Cour de cassation (h),  
président de Sorgem Evaluation

### CONTEXTE

L'expertise économique a connu dans les dernières années, à l'origine sous l'impulsion de la Cour de cassation<sup>1</sup>, une profonde évolution guidée en grande partie par la complexité croissante des problématiques mises en œuvre dans les contentieux économiques et financiers, et principalement dans le domaine des préjudices nés des pratiques anticoncurrentielles pour lesquelles l'analyse économique tient une place déterminante à côté des analyses financières et comptables.

Cette évolution se traduit par une normalisation accrue qui se matérialise par un corpus de fiches méthodologiques élaborées sous l'égide de la cour d'appel de Paris<sup>2</sup>, qui vont être exposées dans une première partie. Ces fiches sont destinées à servir de guide pour l'expertise économique. Elles s'adressent à tous ceux qui sont confrontés aux « difficultés d'évaluation et à la diversité des préjudices économiques ».

Cette normalisation, qui a d'ores et déjà eu un impact significatif sur la jurisprudence du fait d'un contrôle accru des motivations des jugements par la Cour de cassation, prend en compte les méthodes employées par les juridictions pour se prononcer sur le quantum des dommages.

### ANALYSE

#### A. - Une normalisation accrue

La cour d'appel de Paris publie depuis 2016 des fiches méthodologiques qui se divisent en trois parties et qui traitent successivement des domaines suivants :

- les principes généraux ;
- les illustrations spécifiques dans les différents domaines de préjudices économiques ;
- la place de l'expertise.

#### 1° Principes généraux

##### a) Fiche 1 – Comment réparer le préjudice économique ?

Il s'agit d'analyser les différentes méthodes à mettre en œuvre pour apprécier le lien de causalité et évaluer les préjudices économiques, dont le préjudice de perte de chance, en analysant également l'impact du passage du temps et les questions de confidentialité et de secret des affaires qui interfèrent dans la possibilité, pour les victimes, de justifier leurs demandes. Les fiches présentent également dans de nombreux cas des rappels juridiques sur les conditions requises pour toute action en réparation.

##### b) Fiche 2 – Quelle appréciation du lien de causalité ?

La fiche 2 souligne l'intérêt d'une approche économique de l'appréciation du lien de causalité qui relève d'abord d'une analyse juridique.

Elle rappelle l'existence dans certains cas de présomptions : concurrence déloyale et dénigrement, ententes, rupture de contrat d'agent, rupture brutale de relations commerciales établies. Elle indique que le juge du fond dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve factuels de la causalité en s'appuyant sur la chronologie des événements ; la concomitance des faits reprochés et sur l'analyse économique, le tout sous le contrôle de la Cour de cassation. En ce qui concerne les enjeux économiques, cette fiche rappelle que la démonstration doit permettre d'évaluer et d'isoler la contribution du seul fait générateur à l'évolution de la variable affectée. Elle souligne l'intérêt de l'analyse économique qui doit s'appuyer sur une bonne compréhension du marché concerné, un choix judicieux des modèles économiques de comportement et des données suffisamment nombreuses et de bonne qualité pour pouvoir être exploitées par l'économiste.

##### c) Fiche 3a – Comment évaluer un préjudice économique ?

Le principe général consiste à comparer la situation observée avec la situation qui était celle du demandeur en l'absence du fait générateur de responsabilité. La question principale est donc de déterminer cette situation contrefactuelle qui ne peut être observée directement. Le préjudice est déterminé en comparant la situation observée avec la situation contrefactuelle.

La fiche rappelle les outils à mettre en œuvre : comptabilité, finance d'entreprise et économie pour comprendre le fonctionnement des marchés (offre et demande).

##### d) Fiche 3b – Quelle méthodologie comptable et financière d'identification et d'évaluation du préjudice économique ?

La fiche 3b précise la méthodologie comptable et financière à mettre en œuvre en distinguant :

- pour la situation factuelle : les étapes d'identification (nature et conséquences concrètes pour la victime) puis de

1. V. la contribution de Maurice Nussenbaum à l'ouvrage collectif relatif à la réparation du préjudice économique : Cycle de conférences « risques, assurances, responsabilité 2007 », coorganisé par la Cour de cassation, l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, l'Institut des hautes études pour la justice, l'École nationale supérieure de sécurité sociale et le Centre des hautes études de l'assurance (Les limites de la réparation du préjudice : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 279 à 357).

2. V. [www.cours-appel.justice.fr/paris/fiches-sur-la-reparation-du-prejudice-economique-2020](http://www.cours-appel.justice.fr/paris/fiches-sur-la-reparation-du-prejudice-economique-2020).

contextualisation consistant à recueillir les informations nécessaires comptables, financières et commerciales ;

- pour la situation contrefactuelle : les données micro et macroéconomiques à prendre en compte ainsi que l'analyse de la stratégie de l'entreprise.

L'étape suivante consiste à comparer les deux situations factuelles et contrefactuelles en termes de différences de revenus, coûts et profits.

## e) Fiche 3c – Quelles méthodes économiques pour évaluer un préjudice ?

La fiche 3c propose une approche plus spécialement économique à l'évaluation du préjudice en ayant recours notamment à l'analyse économétrique afin de mieux justifier les écarts entre situation factuelle et contrefactuelle, à l'aide notamment des méthodes de simple différence (comparaison dans le temps sur un même marché) et doubles différences (qui combine la comparaison temporelle avec celle d'un autre marché non affecté).

Il est suggéré d'utiliser des modèles économétriques pour construire la situation contrefactuelle afin de permettre, à l'aide d'équations mathématiques spécifiant les relations entre la variable que l'on cherche à expliquer avec des variables explicatives, de tester le rôle de chacune d'elles et ainsi de vérifier la solidité des hypothèses. Des exemples sont proposés notamment pour analyser l'impact des cartels ou bien encore l'effet d'une pratique d'éviction à l'encontre d'une entreprise innovante sur un nouveau marché.

## f) Fiche 4 – Comment réparer le préjudice économique résultant d'une perte de chance ?

La fiche 4 précise la nécessité de prendre en compte à la fois le fait générateur et la probabilité d'une éventualité favorable (« toute perte de chance ouvre droit à réparation »)<sup>3</sup> et la démonstration de la disparition de la probabilité de réalisation de cette éventualité (« seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable »)<sup>4</sup>.

L'indemnisation consiste ensuite à déterminer la valeur des gains manqués et les multiplier par la probabilité d'occurrence de l'éventualité favorable. Mais cette évaluation doit être motivée de manière précise et non forfaitaire<sup>5</sup>. Le demandeur doit fournir au juge les documents à l'appui de sa demande (analyses de marché et justification de la valeur des gains manqués).

## g) Fiche 5 – Comment réparer le préjudice moral (extrapatrimonial) ?

La fiche 5 traite du préjudice moral dont l'existence pour les sociétés a été consacrée par la Cour de cassation<sup>6</sup>. Ce préjudice peut se traduire par une dégradation de l'image de marque, la banalisation et la vulgarisation d'un produit ou la perte de confiance dans l'entreprise. La fiche insiste ici aussi sur la nature des documents à fournir : études de marché, sondages, surcoûts, etc.

## h) Fiche 6 – Quel concept de marge ?

La fiche 6 est consacrée à l'analyse du concept de marge à mettre en œuvre. Elle rappelle que la comptabilité a recours à de nombreux concepts tels que marge brute, marge commerciale, marge sur coûts variables, marge sur coûts directs et que ces concepts ne sont pas normalisés. De ce fait, le concept à

utiliser est celui qui répond le mieux à l'objectif de réparation qui est de remettre la victime dans la situation qui aurait été la sienne si le dommage ne s'était pas produit. Il s'agit donc du chiffre d'affaires perdu diminué des charges économisées qui seront le plus souvent les charges variables ou également certains coûts directs. En fonction de la durée des dommages, certains coûts fixes auront également pu être « économisés ».

## i) Fiche 7 – Comment réparer les préjudices liés à l'écoulement du temps ?

La fiche 7 rappelle la distinction entre intérêts moratoires (C. civ., art. 1231-6 et 1231-7) et compensatoires qui constituent une création jurisprudentielle.

Les intérêts moratoires qui réparent le préjudice résultant du seul fait du retard de paiement d'une somme d'argent sont réparés par l'application d'un taux d'intérêt fixé par la loi ou par un taux conventionnel.

Les intérêts compensatoires réparent un préjudice additionnel qui résulte de la privation de trésorerie pendant la durée qui s'étend de la survenance 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. Cette pratique est consacrée par les juges du fond en matière de concurrence ainsi que par la directive 2014/104 du 26 novembre 2014<sup>7</sup> (transposée en 2017)<sup>8</sup>. Il s'agit de réparer la perte de chance subie par la partie lésée du fait de l'indisponibilité de son capital. Celle-ci doit donc être démontrée notamment par la baisse d'activité de l'entreprise ou le renoncement à des investissements rentables qui n'ont pu être financés autrement.

## j) Fiche 8 – Quelle prise en compte du rôle de la victime de préjudices économiques ?

En matière de responsabilité contractuelle le cocontractant victime apparaît, tenu au regard du devoir de bonne foi qui s'impose entre les parties au contrat, à ne pas aggraver son préjudice.

Pendant en matière délictuelle, la Cour de cassation a rappelé à de nombreuses reprises « que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable du dommage »<sup>9</sup>.

Les dépenses engagées par la victime en vue de limiter ou ne pas aggraver son dommage sont réparables dès lors qu'elles ont un caractère certain et direct.

## k) Fiche 9 – Comment gérer la confidentialité et respecter le secret des affaires ?

La loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 et son décret d'application du 11 décembre 2018<sup>10</sup> ont précisé le détail des mesures à adopter notamment dans le cadre des demandes de communication de pièces. Ces textes précisent que la partie qui invoque le secret des affaires doit déposer au juge les pièces concernées et justifier pourquoi elles ont un caractère de secret d'affaires. Le juge peut ensuite décider des modalités

3. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 oct. 2016, n° 15-23.230 et 15-26.147 : *JurisData* n° 2016-021194 ; *JCP G* 2017, *doctr.* 257, § 2.

4. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 mars 2012, n° 11-14.234 : *JurisData* n° 2012-003593. – V. *JCI. Responsabilité civile et Assurances*, Synthèse 30.

5. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 nov. 2016, n° 15-25.513 : *JurisData* n° 2016-025222 ; *Resp. civ. et assur.* 2017, *comm.* 41, *note H. Groutel*.

6. Cass. com., 15 mai 2012, n° 11-10.278 : *JurisData* n° 2012-010606 ; *Resp. civ. et assur.* 2012, *comm.* 191.

7. PE et Cons. UE, *dir.* 2014/104/UE, 26 nov. 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 : *JOUE* n° L 349, 5 déc. 2014, p. 1 ; *JCP E* 2014, *act.* 943. – L. *Idot*, *Des premières suites de la directive 2014/104/UE sur les actions en dommages et intérêts : Europe 2015*, *focus* 6.

8. *Ord.* n° 2017-303, 9 mars 2017, relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles : *JO* 10 mars 2017, *texte* n° 29. – S. *Carval*, *Les actions en dommages-intérêts des victimes de pratiques anticoncurrentielles : JCP G* 2017, 298. – D. n° 2017-305, 9 mars 2017, relatif aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles : *JO* 10 mars 2017, *texte* n° 31 ; *JCP E* 2017, *act.* 201 ; *JCP E* 2017, *act.* 242.

9. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 26 mars 2015, n° 14-16.011 : *JurisData* n° 2015-006357 ; *Resp. civ. et assur.* 2015, *comm.* 172.

10. L. n° 2018-670, 30 juill. 2018, relative à la protection du secret des affaires : *JO* 31 juill. 2018, *texte* n° 1 ; *JCP E* 2020, *act.* 127. – D. n° 2018-1126, 11 déc. 2018, relatif à la protection du secret des affaires : *JO* 13 déc. 2018, *texte* n° 6 ; *Rev. int. Compliance* 2019, *comm.* 35.

de communication ou même les refuser. De même, le juge peut également décider de ne publier dans son jugement que la partie confidentielle de sa décision.

## 2° Illustrations spécifiques

Il s'agit là d'un guide plus juridique qu'économique pour indiquer les conditions requises pour agir dans tous les domaines susceptibles de générer des préjudices économiques.

### a) Fiche 10a – Comment agir en réparation des préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle ?

La fiche 10a précise les règles de droit applicables : qui peut agir en réparation ? À l'encontre de qui et jusqu'à quand ?

### b) Fiche 10b – Comment réparer les préjudices causés par une pratique anticoncurrentielle ?

La fiche 10b décrit les préjudices pour lesquels on peut demander une réparation ainsi que les règles instaurées par la directive 2014/104 et sa transposition par le décret et l'ordonnance de 2017. Il est rappelé qu'une entente génère nécessairement, mais de manière réfragable, un préjudice. Il en est de même d'un abus de position dominante mais dans certains cas seulement<sup>11</sup>.

Sur le plan des préjudices, il est précisé la distinction entre un effet prix, un effet volume et un effet sur l'innovation. Peuvent également s'ajouter, notamment en matière d'éviction, une perte de valeur du fonds de commerce et différents coûts subis par la victime ainsi qu'un préjudice d'image.

Par ailleurs, la question de la répercussion de la majoration de prix le long de la chaîne économique (*passing on*) se pose avec des règles de preuve spécifiques distinctes entre les victimes directes (la répercussion est réputée ne pas avoir eu lieu sauf preuve contraire) et indirectes, qui sont réputées avoir apporté la preuve de la répercussion dès lors qu'elles justifient la pratique a entraîné un surcoût sauf au défendeur à démontrer que la répercussion n'a pas eu lieu.

### c) Fiche 11 – Quelles réparations liées aux obligations de non-concurrence ?

La fiche 11 présente des considérations essentiellement juridiques mais pas de méthodes spécifiques quant à l'appréciation des préjudices causés par la violation de ces obligations.

### d) Fiche 12 – Comment réparer le préjudice résultant de faits de concurrence déloyale ?

La fiche 12 présente aussi des définitions juridiques et rappelle que la méthodologie relève du cadre général de la responsabilité civile sans qu'on puisse s'appuyer sur la méthodologie spécifique prévue en matière de contrefaçon avec néanmoins un revirement de jurisprudence qui précise que lorsque ces agissements « induisent un avantage concurrentiel indu dont les effets en terme de trouble économique sont difficiles à quantifier avec les éléments de preuve disponibles, sauf à engager des dépenses disproportionnées au regard des intérêts en jeu ».

« Lorsque tel est le cas, il y a lieu d'admettre que la réparation du préjudice peut être évaluée en prenant en compte l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale au détriment de ses concurrents, modulé à proportion des volumes d'affaires respectifs des parties affectées par ces actes »<sup>12</sup>. On retrouve ici la méthodologie consacrée en matière de violation de droits de propriété intellectuelle pour

lesquels sont pris en considération « les bénéfices réalisés par l'auteur de la contrefaçon y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirés de la contrefaçon »<sup>13</sup>.

### e) Fiche 13 – Comment réparer les préjudices résultant de la rupture brutale des relations commerciales établies ?

La fiche 13 présente le domaine bien connu d'application de l'article L. 442-6, I, 5° antérieurement à l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019<sup>14</sup>, portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce, qui vient limiter à 18 mois la durée du préavis.

Cette fiche rappelle l'ensemble des conditions juridiques d'exercice d'une action à ce titre : notion étroite de relations commerciales, caractère brutal de la rupture, avec un courant d'affaires antérieur à la fois significatif et stable et précise que la durée du préavis doit être suffisamment longue pour permettre à l'entreprise victime de retrouver un flux d'affaires équivalent.

Le préjudice estimé en se plaçant au moment de la rupture consiste à la fois dans les gains manqués et les coûts subis (C. civ., art. 1231-2) résultant de la brutalité de la rupture (et non de la rupture elle-même). Le gain manqué consiste dans la marge sur coûts variables perdue (chiffre d'affaires diminué des coûts économisés).

D'autres préjudices peuvent également être invoqués : investissements non amortis, licenciements, etc.

### f) Fiche 14 – Comment réparer les préjudices résultant de la cessation du contrat d'agent commercial ?

Il s'agit du rappel juridique des conditions d'exercice de cette action encadrée par l'article L. 134-12 du Code de commerce. Il n'existe pas de règle concernant le mode de calcul de l'indemnité qui est laissé à l'appréciation du juge et doit compenser la perte subie en raison de la privation des commissions que l'agent aurait pu percevoir pendant une durée usuellement fixée à 2 années.

### g) Fiche 15a – Comment administrer les preuves d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle ?

La fiche 15a rappelle les règles procédurales à respecter pour apporter la preuve de l'infraction : saisie contrefaçon et droit à l'information permettant à la victime de demander au juge la production de tout document ou information permettant de déterminer l'origine et les réseaux de distribution des produits considérés comme contrefaisants.

### h) Fiche 15b – Comment réparer les préjudices résultant de l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle ?

La fiche 15b rappelle les préjudices indemnisables à ce titre : conséquences économiques négatives de l'atteinte aux droits de la partie lésée, dont le manque à gagner et la perte subie (perte de chiffre d'affaires, banalisation ou avilissement) ainsi que les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci en a retirés. À titre d'alternative, la partie lésée peut demander une somme forfaitaire supérieure aux redevances ou droits qui lui auraient été dus si le contrefacteur avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte.

### i) Fiche 16 – Quelles sont les garanties dans les cessions de titres ?

La fiche 16 présente une analyse purement juridique des garanties légales (erreur, dol, vices cachés) et convention-

11. V. TGI Paris, 22 févr. 2018, n° 15/09129 : JurisData n° 2018-004044 ; Contrats, conc. consom. 2018, comm. 93, G. Decocq. – T. com. Paris, 15° ch., 30 mars 2015, n° 2012000109 : JurisData n° 2015-018027 ; RJ com. 2015, p. 444, obs. M. Chagny.

12. Cass. com., 12 févr. 2020, n° 17-31.614 : JurisData n° 2020-001762 ; JCP G 2020, 792, note V. Rebeyrol ; JCP E 2020, 1363, note T. d'Alès et P. Tiberghien.

13. V. fiche méthodologique 12, Réparation du préjudice économique.

14. Ord. n° 2019-359, 24 avr. 2019, portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées : JO 25 avr. 2019, texte n° 16. – N. Dissaux, Réforme d'ampleur du droit des relations commerciales : JCP G 2019, 589.

nelles (issues des déclarations et des garanties d'actif et de passif).

**j) Fiche 17 – Quels préjudices pour le dirigeant en cas de révocation ?**

Il s'agit d'un rappel du cadre des révocations selon le type de société (révocation *ad nutum* ou révocation pour juste motif), de leurs conséquences accessoires avec notamment la cession forcée des actions.

**k) Fiche 18 – Comment réparer le préjudice financier de l'actionnaire ?**

Ce domaine important de préjudice pose non seulement des problèmes d'évaluation mais avant cela de qualification juridique.

Le cas principal est celui de l'actionnaire d'une société qui se trouve victime d'une perte de valeur de son titre à raison d'un défaut d'information ou d'une information inexacte, imprécise ou trompeuse qui aurait été diffusée par les dirigeants de la société.

Le principe de la réparation est celui de la réparation intégrale mais la Cour de cassation considère depuis l'arrêt Gaudriot que ce préjudice constitue une perte de chance<sup>15</sup> bien que cette solution ait été critiquée par la doctrine<sup>16</sup>. L'éventualité favorable perdue est celle d'une acquisition ou d'une cession dans de meilleures conditions des titres considérés, ce qui suppose que l'actionnaire caractérise le lien de causalité en démontrant l'incidence de ces fausses informations sur les décisions qu'il a prises et en particulier quel aurait été l'investissement alternatif dont il a été privé et les résultats qu'il en aurait tirés.

En fait, comme il était développé dans le rapport du Club des juristes suscitée, on peut évaluer de manière spécifique pour chaque actionnaire son préjudice en mesurant l'incidence de l'information sur le cours de l'action et en identifiant un rendement anormal (à l'aide de la méthode des études d'événements). On établit ainsi un scénario contrefactuel en vue d'identifier le rendement anormal engendré par la fausse information.

L'intérêt de cette méthode est double : caractériser un préjudice certain et non une perte de chance et offrir une méthode économétrique concrète pour le faire. Cette méthode, utilisée aux États-Unis, n'est pas consacrée par la jurisprudence en France. Elle est cependant relativement délicate à mettre en œuvre (ce qui peut donner lieu à des débats méthodologiques) mais ce n'est pas une raison pour ne pas y recourir.

Pour une société non cotée, les références au dol ou à l'information trompeuse débouchent toutes deux sur la perte de chance de réaliser un investissement alternatif en l'absence de ces informations trompeuses.

**l) Fiche 19 – Comment réparer les préjudices résultant de l'éviction du preneur à bail commercial ?**

La fiche 19 ne se situe pas dans le même domaine que les précédentes, elle rappelle les différentes indemnités attachées à l'éviction du preneur.

On distingue l'indemnité de remplacement correspondant à la perte du fonds de commerce dont la valeur ne peut être inférieure à celle du droit au bail.

La valeur du fonds de commerce s'apprécie par référence à des barèmes se référant au chiffre d'affaires ou par référence à

l'EBE (excédent brut d'exploitation) affecté d'un multiple adapté à l'activité.

**3° La place de l'expertise rappelant l'intérêt et les règles de l'expertise tant privée que judiciaire**

Les différentes actions, tant en demande qu'en défense, supposent l'intervention d'experts, tant judiciaires désignés par les juges, que privés choisis par les parties. Ces 4 dernières fiches précisent les rôles des experts et rappellent leurs règles déontologiques.

**a) Fiche 20 – Quelle place pour l'expertise dans un processus amiable ?**

La fiche 20 rappelle les conditions d'indépendance, de conscience et d'impartialité de l'expert désigné dans une médiation ou une procédure participative.

**b) Fiche 21 – Quelles sont les règles de déontologie de l'expert judiciaire ?**

La fiche 21 rappelle les règles de déontologie de l'expert judiciaire qui tiennent à la fois de son statut juridique, de sa formation et de son expérience.

Les règles d'indépendance et d'impartialité sont rappelées. Il est également précisé que l'expert doit établir un rapport complet fondé sur une analyse objective des éléments portés à sa connaissance en ne faisant pas une sélection opportuniste des pièces auxquelles il a pu avoir accès.

On peut regretter qu'il ne soit pas demandé à l'expert, au-delà des critères d'indépendance, d'impartialité et de loyauté, de présenter un éclairage sur sa compétence spécifique pour le sujet traité, dans l'esprit des critères Daubert<sup>17</sup> de la procédure américaine, permettant de justifier à la fois au juge et aux parties de l'aptitude de l'expert à traiter le sujet sur lequel il est désigné, car, dans un monde de plus en plus spécialisé, un expert, même inscrit sur les listes des cours d'appel, n'est pas nécessairement compétent sur tous les sujets de la rubrique dans laquelle il a été inscrit.

**c) Fiche 22 – Quelle expertise privée en matière d'évaluation des préjudices économiques ?**

La fiche 22 traite spécifiquement de l'expertise privée et des règles de déontologie auxquelles doivent s'astreindre les experts judiciaires intervenant dans des expertises privées. Il s'agit de bien préciser le périmètre d'intervention de l'expert et les données utilisées dont la source aura préalablement été vérifiée.

Les modèles utilisés seront adaptés aux circonstances de l'espèce et les hypothèses explicitées. L'expert devra fournir tout moyen permettant à la partie adverse de répliquer son analyse (en particulier communiquer ses tableaux de calculs). Toutes ces exigences tout à fait justifiées pourraient également être étendues à l'expertise judiciaire. Dans ce domaine, il est rappelé que le juge peut recourir à une expertise ou au format simplifié que constitue la consultation.

Il est renvoyé dans ce domaine aux conventions conclues par la cour d'appel et le tribunal judiciaire de Paris, par l'ordre des avocats de Paris et des barreaux du ressort et l'UCECAP qui portent sur le déroulement des expertises.

**d) Fiche 23 – Quelle expertise judiciaire en matière d'évaluation des préjudices économiques ?**

La fiche 23 précise les champs respectifs des différents recours à un technicien, expert judiciaire, et rappelle les modalités de son intervention, de la lettre de mission au dépôt du rapport. Elle précise également les moyens à mettre en

15. Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21.547 et 08-21.793 : *JurisData* n° 2010-001500 ; *Bull. civ. IV*, n° 48 ; *Dr. sociétés* 2010, comm. 109, note M.-L. Coquelle ; *JCP E* 2010, 1483, note S. Schiller.

16. Le Club des juristes, *Rapport sur L'évaluation du préjudice financier de l'investisseur dans les sociétés cotées* : [www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2014/02/CDJ\\_Rapports-2014\\_R%C3%A9paration-du-pr%C3%A9judice-financier\\_Nov.2014\\_web.pdf](http://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2014/02/CDJ_Rapports-2014_R%C3%A9paration-du-pr%C3%A9judice-financier_Nov.2014_web.pdf).

17. V. M. Nussenbaum et C. Karsenti, *L'application des critères Daubert aux contentieux de concurrence en France* : *Concurrences* n° 4-2010 ([https://www.cnejef.org/sites/default/files/fichiers/public/54\\_criteres\\_daubert\\_concurrence\\_no\\_4\\_2010.pdf](https://www.cnejef.org/sites/default/files/fichiers/public/54_criteres_daubert_concurrence_no_4_2010.pdf)).

œuvre pour réduire les délais de l'expertise, dans le respect du contradictoire, et renvoie également (comme la fiche 22) aux conventions conclues par la cour d'appel et le tribunal judiciaire de Paris, l'Ordre des avocats de Paris et l'UCECAP sur la conduite des expertises tant civiles que pénales et sur l'élaboration des conclusions des rapports.

## B. - L'impact de cette normalisation accrue

L'existence d'un corpus visant à rappeler les bonnes pratiques à mettre en œuvre conduit à une exigence accrue de justification des calculs des dommages par les cours d'appel du fait d'un contrôle de la motivation par la Cour de cassation pouvant aller jusqu'au contrôle de la méthode mise en œuvre.

Plusieurs exemples peuvent être cités à cet égard.

### 1° Premier exemple : pratique anticoncurrentielle

La décision Switch de la Cour de cassation<sup>18</sup> fait suite à un arrêt de la cour d'appel de Paris<sup>19</sup> faisant lui-même suite à une décision du Conseil de la concurrence<sup>20</sup>.

Du fait de pratiques anticoncurrentielles de la SNCF (entente entre la SNCF et la société Expedia), la cour d'appel avait condamné la SNCF à verser 8,9 M€ au liquidateur de la société Switch. La Cour de cassation va écarter tout d'abord la qualification de perte de chance invoquée par la SNCF pour suivre la cour d'appel qui a retenu un manque à gagner certain résultant de la perte de chiffre d'affaires qu'elle aurait pu réaliser auprès de la clientèle internautes de la SNCF, dont elle a été évincée du fait de la pratique anticoncurrentielle.

Elle a également suivi la cour d'appel dans son appréciation du marché visé constitué par le segment de marché directement affecté par la pratique anticoncurrentielle et non le marché pertinent défini par le Conseil de la concurrence.

De plus concernant l'évaluation du préjudice, elle approuve la cour d'appel qui retient non seulement la perte directe et immédiate mais aussi un effet différé de la pratique définie par l'expert judiciaire comme correspondant à une baisse du volume d'affaires induite par l'absence de fidélisation de la clientèle détournée. La Cour indique ensuite « *que cet effet différé conduisait ainsi que l'avait souligné l'expert à des effets cumulatifs dépassant le montant du préjudice direct* » et que de ce fait « *l'arrêt retient que le montant du préjudice demandé à ce titre doit être réduit ; qu'ayant ainsi caractérisé la certitude du préjudice causé par cet effet différé, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation et sans violer le principe de la réparation intégrale du préjudice que la cour d'appel en a fixé le montant* ».

On note, dans cet exemple, un contrôle étroit par la Cour de cassation de la motivation de la cour d'appel concernant l'appréciation du préjudice. La cour d'appel ayant présenté une analyse très détaillée dudit préjudice, cela a permis à la Cour de cassation de contrôler son raisonnement et de se prononcer sur la méthode retenue, et au lecteur de suivre les principales étapes du raisonnement.

### 2° Deuxième exemple : réparation d'un préjudice dans une action en concurrence déloyale sur la base des avantages indus que s'est octroyé l'auteur des pratiques

Dans la fiche 12, il a été rappelé que la Cour de cassation<sup>21</sup> a relevé que, lorsque les effets préjudiciables, en termes de trouble économique, d'actes de concurrence déloyale, sont particulièrement difficiles à quantifier, et que l'évaluation du préjudice est difficile à quantifier sauf à engager « *des*

*dépenses disproportionnées au regard des intérêts en jeu* », il y a lieu d'admettre que la réparation du préjudice peut-être évaluée en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale.

La Cour a motivé sa décision en indiquant qu'il ne s'agit pas de dispenser le demandeur de démontrer l'étendue de son préjudice (même si en cas de concurrence déloyale, un préjudice s'infère nécessairement de la faute) mais qu'il faut permettre aux juges une moindre exigence probatoire, lorsque le préjudice est particulièrement difficile à démontrer (§ 8 et 9).

### 3° Troisième exemple : le calcul du préjudice de rupture brutale des relations commerciales établies

Le préjudice correspond, comme il a été indiqué plus haut (V. fiche 13) à la marge perdue durant la période normale de préavis. C'est généralement le concept de marge sur coûts variables qui est retenu. La cour d'appel de Paris a dû se prononcer à plusieurs reprises sur ce calcul ; on peut citer à cet égard :

- une décision de la cour d'appel de Paris du 5 juin 2015<sup>22</sup> dans laquelle elle considère que le tribunal a majoré le préjudice en retenant un niveau de marge brute correspondant à 100 % du chiffre d'affaires et le ramène à 80 % compte tenu de l'activité (imprimerie) ;

- une autre décision, rendue par la cour d'appel de Paris du 8 mars 2017<sup>23</sup>, dans laquelle la cour relève l'absence de justification du taux de marge demandé à 100 % du chiffre d'affaires et le fixe arbitrairement à 50 % « *en tenant compte des charges d'exploitation d'une entreprise de services* » ;

- la Cour de cassation consacre le recours à la marge brute comme critère d'évaluation du préjudice<sup>24</sup>. Elle précise que la marge brute est une notion comptable définie comme la différence entre le chiffre d'affaires HT et les coûts HT. Ce critère se justifie car la victime continue de supporter certaines charges fixes pendant la période de préavis. En fait la Cour justifie le recours au critère de la marge sur coûts variables sans le dire explicitement.

La Cour rejette également le pourvoi en indiquant : « *que la société RPM a subi, en raison de la rupture de la relation commerciale une perte de commissions égale à 124 214 € et que pendant cette même période, cette dernière a réalisé des économies de frais fixes, en particulier de personnel et de loyer, d'un montant total de 71 039 € ; qu'en cet état, la cour d'appel, qui a pris en considération les éléments pertinents, qu'elle a souverainement appréciés, pour définir la marge perdue par la société RPM pendant le préavis non exécuté, a pu retenir que le préjudice subi par celle-ci s'élevait à la somme de 53 175 €* » (note du rédacteur : 124214 - 71039 = 53 175). On note par ailleurs que dans cet arrêt, la Cour de cassation retient l'impact de faits postérieurs à la rupture (réduction de certains coûts fixes) alors que sa jurisprudence antérieure ne tenait compte que des faits connus à la date de la rupture. Elle avait même censuré une décision qui s'était fondée sur des faits postérieurs à celle-ci<sup>25</sup>.

On voit ainsi que l'examen plus précis de la motivation économique conduit la Cour de cassation à regarder de beaucoup plus près l'analyse économique produite par les parties et examinée par les cours d'appel.

18. Cass. com., 29 janv. 2020, n° 17-15.156, inédit.

19. CA Paris, pôle 5, ch. 4, 14 déc. 2016, n° 13/08975 : JurisData n° 2016-031086 ; JCP E 2017, 1582.

20. Cons. conc., déc. n° 09-D-06, 5 févr. 2009, relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia dans le secteur de la vente de voyages en ligne.

21. Cass. com., 12 févr. 2020, n° 17-31.614, Cristal de Paris c/ Cristallerie de Montbronn : JurisData n° 2020-001762 ; JCP E 2020, 1363, thèse D'Alès et P. Tiberghien ; JCP G 2020, 792, V. Rebeyrol.

22. CA Paris, 5 juin 2015, n° 13/24905.

23. CA Paris, pôle 5, ch. 4, 8 mars 2017, n° 14/17164.

24. Cass. com., 23 janv. 2019, n° 17-26.870 : JurisData n° 2019-024907 ; Contrats, conc. consom. 2019, comm. 46, note N. Mathey.

25. Cass. com., 5 juill. 2017, n° 16-14.201 : Contrats, conc. consom. 2017, comm. 201, obs. N. Mathey.

#### 4° Quatrième exemple : application des nouvelles dispositions sur le secret des affaires, susceptibles de faciliter les communications de pièces et donc l'évaluation du préjudice

Dans une autre affaire<sup>26</sup>, le conseiller de la mise en état a mis en place avec les parties un dispositif de nature à assurer la protection du secret des affaires avec communication en accès restreint de pièces accessibles aux seuls avocats des parties, à la cour et à des personnes ayant signé des engagements de confidentialité (experts) et avec présentation à la cour de deux versions des conclusions écrites : une version complète, considérée comme officielle avec informations confidentielles et une version expurgée. Ce type de procédure permet de faciliter grandement le travail des experts.

#### 5° Cinquième exemple : le recours à l'expertise

Le recours à l'expertise est souvent requis en matière de pratiques anticoncurrentielles de manière à permettre au juge de fixer le montant des dommages sans recourir à une évaluation forfaitaire, et, dans certains cas, le juge ayant déterminé les responsabilités peut octroyer des provisions en réparation de ces pratiques en attente des conclusions de l'expertise<sup>27</sup>.

On note ainsi à travers ces différents exemples le développement, principalement dans le domaine de la concurrence, d'une plus grande exigence de la part des juges quant à la rigueur de la justification économique des préjudices.

### C. - Un mouvement irréversible

Les exemples évoqués ci-dessus montrent que le droit de la concurrence, qui est un droit économique, a ouvert la voie à une meilleure prise en compte de l'analyse économique dans les décisions judiciaires.

Dans ses propos introductifs à un colloque sur les " actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles ", Chantal Arens, à l'époque Première présidente de la cour d'appel de Paris, soulignait la nécessité de regrouper le contentieux de la concurrence dans des chambres spécialisées (notamment la chambre 5.4 de la cour d'appel de Paris) compte tenu de sa complexité, et a évoqué le développement de l'expertise judiciaire dans ce domaine en citant notamment l'exemple du préjudice subi par un acheteur de phosphate suite à la condamnation du cartel par la Commission<sup>28</sup>. Elle a également cité la question de l'évaluation du préjudice dans le domaine de la signalisation routière tenant à la perte de chance de gagner un marché, « *subi par une PME empêchée de participer à un appel d'offre du fait d'un cartel dans un arrêt du 28 février 2018* »<sup>29</sup>. Elle ajoutait également que « *beaucoup d'affaires de concurrence rendent nécessaire le recours à l'expertise, qu'il s'agisse d'expertises privées ou d'expertises judiciaires* ».

L'affaire des phosphates a bien mis en évidence la difficulté d'évaluer le préjudice résultant d'un cartel. Mais l'affaire du PMU<sup>30</sup> montre que les abus de position dominante qui empêchent les concurrents d'entrer sur un marché génèrent des préjudices d'éviction tout aussi complexes à évaluer.

Il faut souligner le fort développement de l'expertise privée notamment devant le tribunal de commerce de Paris qui, du fait de sa procédure orale, a pu donner place à des débats auxquels participent les experts de chaque partie ce qui contribue à éclairer le juge sur la complexité des hypothèses et des données. La cour d'appel de Paris, grâce notamment au développement de sa chambre commerciale internationale, donne une plus grande place à la preuve testimoniale, à travers l'audition des parties et des experts qui peuvent être invités à répondre aux questions que les autres parties souhaitent lui poser<sup>31</sup>.

Comme le montre la pratique développée dans les pays de *Common Law* et dans les procédures d'arbitrage, le débat contradictoire, allant jusqu'aux questions adressées aux experts des parties (*cross-examination*), est un moyen utile pour faire émerger la vérité du procès recherchée par le juge<sup>32</sup>. En effet, chaque partie a un intérêt à présenter les faits de la manière la plus avantageuse pour elle. Même l'expert judiciaire fait une sélection dans ses conclusions des arguments et des faits qui lui paraissent les plus probants pour expliquer ses conclusions. Pour que le juge puisse parvenir à mieux cerner les difficultés inhérentes à l'établissement des faits, au traitement des données et aux conclusions des experts, leur questionnement, ou même leur mise en débat contradictoire (« *hot tub method* »)<sup>33</sup> lors de l'audience, est un moyen pour le juge d'éviter les malentendus ou les incompréhensions.

En conclusion, le développement des réparations en matière de pratiques anticoncurrentielles a joué un rôle de catalyseur dans la normalisation de l'expertise économique avec le développement de fiches pratiques et méthodologiques par la cour d'appel de Paris permettant de rassembler et de partager l'ensemble des outils opérationnels en la matière.

De nombreuses décisions récentes ont montré l'engagement croissant des juridictions dans le sens d'une meilleure motivation des décisions en matière d'évaluation de préjudices permettant de donner plus de corps au pouvoir souverain du juge. La Cour de cassation s'est elle-même engagée dans ce mouvement en validant certaines méthodes montrant ainsi que le contrôle de la motivation pouvait déplacer les lignes entre le fait et le droit.

Ce mouvement s'inscrit dans une démarche internationale destinée à donner une plus grande compétitivité à la place judiciaire de Paris par un meilleur partage des outils et des méthodes.

**Mots-Clés :** Préjudice économique - Expertise - Évaluation

26. CA Paris, 16 avr. 2019, n° 15/17037 : PIBD 2019, n° 1117, III, p. 250 ; *Propriété industr.* 2019, comm. 33, note J. Raynard.

27. CAA Nantes, 4<sup>e</sup> ch., 22 janv. 2021, n° 19NT05057 et 20NT02005, inédit au recueil Lebon : *JurisData* n° 2021-000811 ; *Contrats-Marchés publ.* 2021, comm. 110.

28. CA Paris, pôle 5, ch. 4, 6 févr. 2019, n° 17/04101 : *Contrats, conc. consom.* 2019, comm. 89, obs. G. Decocq.

29. CA Paris, pôle 5, ch. 4, 28 févr. 2018, n° 15/11824.

30. CA Paris, pôle 5, ch. 4, 12 sept. 2018, n° 18/04914 : *JurisData* n° 2018-015451.

31. Ch. Arens, *Propos introductifs, Conférence : Actions en réparation des pratiques anticoncurrentielles : État des lieux en France et dans l'Union : Concurrences* n° 3-2019, p. 3 ; <https://www.laborde-advisory.com/PDF/2019-03-28%20Compte%20rendu%20conférence%20Cour%20d%27appel%20de%20Paris>.

32. J.-H. Wigmore, *Evidence : Little Brown and Co*, 3<sup>e</sup> éd., 1940, § 1387 : « *It is the greatest legal engine ever invented for the discovery of the truth* ».

33. L.-C. Wood, *Experts in the Hot Tub* (2007) : *Anti-Trust* 95.