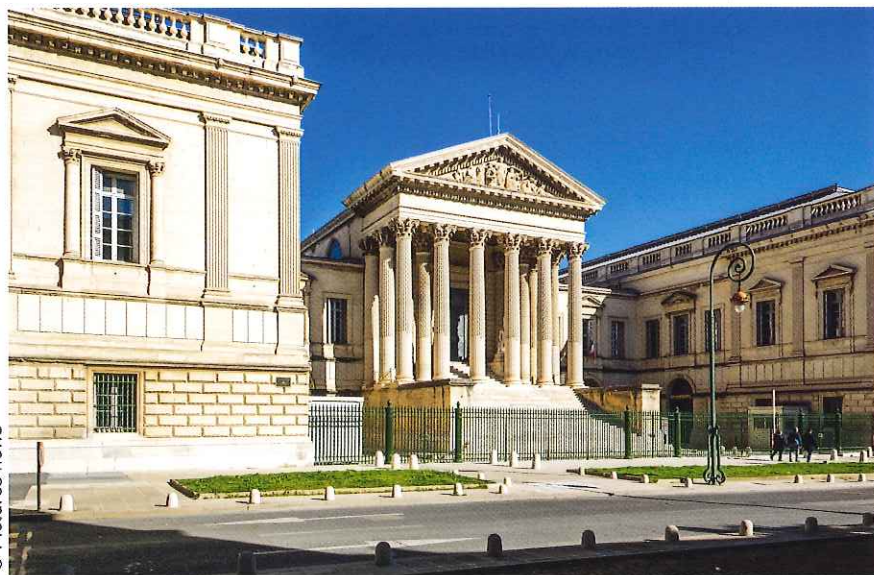


À la une

La Chancellerie travaille dans l'ombre à une réforme des cours d'appel

Le chantier de la réforme des cours d'appel n'est pas officiel, mais il existe bel et bien et pourrait se retrouver en haut de la pile des dossiers du prochain garde des Sceaux.



© Pictures news

Actualité

Avocats / magistrats : jusqu'à quel point sont-ils interchangeables ?

focus

« Partout, on déshabille Pierre pour habiller Paul »

entretien avec Céline MARTINI

Doctrine

Propositions pour la détermination du quantum du préjudice économique à réparer

étude par Philippe BAU

Jurisprudence

Chronique de jurisprudence de droit des transports

par Romain CARAYOL

Gazette Spécialisée

DROIT IMMOBILIER

SOUS LA RESPONSABILITÉ SCIENTIFIQUE DE

• Michel PEISSE

Avocat honoraire au barreau de Paris

• Marine PARMENTIER

Avocat au barreau de Paris

AVEC LA PARTICIPATION DE

François-Xavier AJACCIO, Albert CASTON, Julie DAUGA, Fabien DELHAES, Rémi PORTE et Vivien ZALEWSKI-SICARD

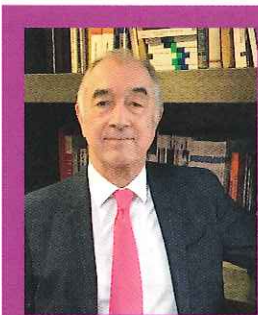


PRÉJUDICE

Propositions pour la détermination du quantum du préjudice économique à réparer 286w4

L'essentiel

Le préjudice économique est une discipline très complexe qui met en jeu une chaîne de probabilités, notamment d'un lien causal et d'une perte de chance. La détermination du quantum du préjudice contraint les avocats et les experts à une analyse fine des impacts sur le modèle économique de la victime et une grande pédagogie pour permettre aux juges de motiver leurs décisions, afin de réparer rien que le préjudice mais tout le préjudice.



Étude par
Philippe BAU
Expert-comptable, expert près la cour d'appel de Lyon, médiateur et arbitre CIMA, membre du GRAPI, membre de l'AIPPI (Association internationale pour la protection de la propriété intellectuelle), coach Master class PI de l'INPI

Pour pouvoir être réparé, un préjudice doit présenter un caractère certain ⁽¹⁾.

Or rares sont les préjudices certains à 100 %. La plupart du temps, le lien causal et la perte de chance présentent une probabilité inférieure à 100 % mais qui motive pourtant une réparation d'un préjudice probable.

Aussi, dans tous les cas où une situation entraîne un préjudice, la question à résoudre n'est pas de savoir si le préjudice est certain mais de considérer qu'il existe certainement un préjudice du fait d'un acte ou un fait dommageable qui entraîne une probabilité d'un lien causal et une probabilité

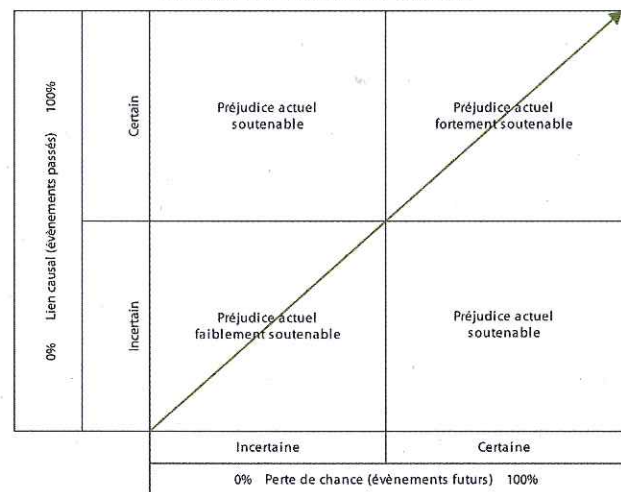
d'une perte de chance.

C'est sur cette base que le quantum de ce préjudice peut être fixé.

Les principes de la fixation du quantum sont :

- la probabilité d'un préjudice qui est la plupart du temps inférieure à 100 % et fera appel à la perte de chance ;
- la perte subie qui est facile à déterminer et met en jeu des événements présents ;
- le gain manqué qui est difficile à déterminer car elle met en jeu des événements.

Principes de la fixation du quantum



I. LA DÉTERMINATION DU GAIN MANQUÉ

Le préjudice provenant d'un gain manqué s'apprécie comme étant la probabilité combinée d'un lien causal et d'une perte de chance ; la perte de chance existe dès lors que la victime n'est plus en mesure de saisir des éventualités favorables.

Le gain manqué s'apprécie donc par rapport à l'incapacité que le fait ou l'acte dommageable a causée, entraînant une perte de chance de ne plus pouvoir saisir des éventualités favorables.

C'est pourquoi il s'agit de comprendre :

- Quelles étaient les éventualités favorables que l'entité qui a subi le préjudice était en mesure de saisir au moment où s'est produit l'acte ou le fait dommageable ?
- En quoi l'acte ou le fait dommageable a-t-il avili la capacité de l'entité de saisir, postérieurement et avec quelle probabilité (perte de chance), ces éventualités favorables et avec quelle intensité ?
- Quel est le lien causal entre l'acte ou le fait dommageable et cette perte de chance ?
- Quel est l'impact financier et/ou extra-financier de cette perte de chance subite à saisir ces éventualités favorables ?

(1) Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 2006, n° 05-15674.

Dans une certaine mesure, on va tenter de mesurer si on observe un changement de trajectoire.

Cependant, « les performances du passé ne préfigurent pas des performances à venir » (AMF) ⁽²⁾.

C'est pourquoi, sans toutefois négliger les tendances d'activité observées antérieurement au sinistre/litige, on tentera de comprendre surtout comment la stratégie mise en place par l'entité victime est capable de saisir des éventualités favorables.

La grande difficulté est de déterminer les volumes d'affaires manqués du fait des désordres et compte tenu du potentiel économique, des atouts de la victime, de déterminer les prix auxquels ces volumes d'affaires manqués auraient pu être vendus par rapport aux prix des concurrents, les clients actuels ou potentiels à qui ces volumes d'affaires auraient dû être vendus, compte tenu des fonctionnalités différentes contenues dans les produits/services proposés par les concurrents, de la durée pendant laquelle ces désordres vont impacter ces volumes/prix/clients, et à quelle intensité... ⁽³⁾

Pour une entreprise, la capacité à saisir des éventualités favorables réside dans la force, la puissance de son modèle économique en face d'un ou plusieurs marchés pertinents et la mise en œuvre de ressources créatrices de valeur (générant des avantages économiques et des bénéfices financiers), son positionnement concurrentiel...

A. Actifs créateurs de valeur

Un modèle économique est un portefeuille d'actifs organisés par la gouvernance pour générer des profits futurs.

La puissance d'un modèle économique dépend de la puissance des actifs sous-jacents en termes de puissance de création de valeur.

Ces actifs comprennent bien entendu des actifs corporels, mais avant tout et surtout des actifs immatériels, intangibles : marques, brevets, savoir-faire, contrats, droits d'auteur, clientèle, base de données, réseau de connaissance, site internet, algorithme...

La puissance de création de valeur des actifs est d'autant plus importante que ces actifs sont des avantages concurrentiels et d'autant plus forte encore qu'ils constituent des barrières à l'entrée.

Selon Mickaël Porter, un avantage concurrentiel représente « les offres proposées par une entreprise qui la différencie de ses concurrents et lui procure un avantage par rapport à eux » ⁽⁴⁾.

Une barrière à l'entrée est un « obstacle de caractère réglementaire, économique, financier ou technologique, qui rend difficile l'entrée de nouvelles entreprises sur ce marché » (Mercator, 2016) ⁽⁵⁾.

(2) <http://www.amf-france.org/Epargne-Info-Service/Autres-infos-et-guides-pratiques/A-savoir-avant-d-investir/Les-performances-passees-ne-prejugent-pas-des-performances-futures---pourquoi-cette-mention-.html>

(3) Voir par exemple le Guide pratique concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_fr.pdf.

(4) Porter M., « How Competitive Forces Shape Strategy », Harvard Business Review, mars-avril 1979, p. 137-145.

(5) Lendrevie J. et Lévy J. (dir.), *Mercator*, 2016, Dunod.

En ce qui concerne les actifs immatériels, ces conditions trouvent une réponse dans la qualité des droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés et qui garantissent leur protection et leur pérennité.

C'est pourquoi l'appréciation du lien causal et la probabilité que le dommage impacte la probabilité d'un préjudice passent par la compréhension fine du modèle économique et de ses actifs sous-jacents, créateurs de revenus futurs et la description de l'impact du dommage sur l'éventuel préjudice.

B. Impact de la perte de chance sur le potentiel de création de valeur des actifs du modèle économique

L'acte ou le fait dommageable va entraîner un lien causal sur une perte de chance de ne plus pouvoir saisir des opportunités favorables du fait de l'aviilissement de certains actifs du modèle économique.

C'est pourquoi la détermination du quantum du préjudice passe par plusieurs phases :

– identification du modèle économique au moment des faits ;

– identification des actifs-clés constituant ce modèle économique ;

– compréhension et mesure de l'impact financier de l'acte ou du fait dommageable sur la capacité de création de valeur des actifs du modèle économique ;

Bien entendu, dans le contexte actuel, les modèles économiques sont tous remis en question à des niveaux plus ou moins profonds (pression concurrentielle, innovation, numérique).

La capacité stratégique de la victime de faire évoluer son modèle économique, voire dans les cas critiques de la faire pivoter doit être appréciée pour comprendre comment la victime est en mesure de « saisir des éventualités favorables ».

Une des manifestations de cette capacité se trouve dans le respect régulier des prévisions financières.

1. Identification du modèle économique

À travers les actifs clés du modèle économique, éventuellement avantages concurrentiels ou barrières à l'entrée, il s'agit de comprendre comment l'entreprise est positionnée sur son marché, comment elle répond aux attentes de ses clients, notamment en termes de prix, etc. : comment elle est donc en mesure de saisir des éventualités favorables.

Le diagnostic stratégique pour apprécier ce positionnement passe par l'utilisation d'un certain nombre d'outils comme la matrice des 5 forces de Porter ⁽⁶⁾, l'analyse PESTEL ⁽⁷⁾, la matrice SWOT (Forces-faiblesses-opportunités-menaces) qui permet de faire un bilan des

(6) L'analyse des cinq forces de Porter permet de décrire le positionnement de l'entreprise sur sa chaîne de valeurs : pouvoir de négociation des fournisseurs, intensité concurrentielle, pouvoir de négociation des clients, nouveaux entrants, nouvelles technologies.

(7) L'analyse PESTEL permet de comprendre le champ d'influences et de contraintes de l'entreprise dans son environnement : politique, économique, sociologique, technologique, écologique, légal.

capacités de l'entreprise à mettre en œuvre son modèle économique pour générer des profits.

2. Identification des actifs clés du modèle économique

L'identification des actifs clés permet de comprendre comment l'acte ou le fait dommageable va impacter certains actifs clés et donc la capacité du modèle économique dans sa capacité de générer des profits futurs.

Par exemple, un acte de contrefaçon de brevet va avoir un impact significatif si le brevet de l'entreprise qui a été contrefait est un actif-clé de l'activité de l'entreprise et s'il est déjà exploité sur un marché pertinent et mature.

Un accident qui survient à une personne de l'entreprise détenant un savoir-faire clé, entraîne un préjudice vis-à-vis des parties-prenantes concernées par la mise en œuvre de ce savoir-faire.

Chaque type de fait ou acte dommageable va entraîner un impact spécifique sur un ou plusieurs actifs spécifiques, et entraîner par voie de conséquence un affaiblissement du modèle économique et sa capacité à générer des profits futurs, du fait de la perte de pouvoir saisir des éventualités favorables.

3. Impact financier sur la capacité de génération de profits (création de valeur) du modèle économique

Après avoir identifié les actifs dont la puissance a été impactée par le fait ou l'acte dommageable, on recherchera les indicateurs de mesure de cette puissance pour constater une éventuelle évolution défavorable qui sera un élément pour démontrer le lien causal de l'acte ou du fait dommageable.

Par exemple, pour évaluer l'impact d'une contrefaçon de marque, on recherchera quelques indicateurs de la puissance de la marque, par exemple : le taux de notoriété de la marque (spontanée ou assistée), le potentiel de développement de la marque sur de nouveaux territoires, sa capacité à faire accepter un prix plus important qu'un produit/service identique sans marque...

Un impact sur un actif peut entraîner une réaction en chaîne sur d'autres actifs pour lesquels on recherchera l'évolution de la mesure des indicateurs.

II. LA MOTIVATION DE LA DÉCISION DU JUGE DANS LE RESPECT DES TEXTES

La détermination du préjudice économique est très complexe, du fait du lien causal, de la probabilité d'une perte de chance et de la détermination du quantum du préjudice.

Le juge est en difficulté de rendre une décision adaptée s'il n'a pas communication d'éléments tangibles et clairs sur ces points ⁽⁸⁾.

(8) Lors du colloque « Entretiens du préjudice économique » du 2 décembre 2016, organisé à Lyon, auquel sont intervenus de nombreux magistrats de plusieurs juridictions, des avocats, la DIRECCTE, l'AFJE, il a été constaté que les demandes de réparation sont très souvent insuffisantes pour qualifier le lien causal, la probabilité de perte de chance et le quantum du préjudice.

A. La demande de réparation du préjudice doit être étayée

La demande en réclamation de préjudice doit être étayée. Daniel Tricot, président honoraire de la chambre commerciale de la Cour de cassation conclut ⁽⁹⁾ : « Tous les juges de cette maison, comme tous les juges en France, vous diront qu'en matière d'expertises les dossiers sont vides... Si les parties ne donnent pas au juge des instruments précis d'évaluation de ce préjudice, ce n'est pas lui qui va les trouver... parce que s'il les trouve seul il va alors devenir conseil des parties et statuer *ultra petita* ».

Enfin, comment peut-on réparer rien que le préjudice et tout le préjudice, dès lors que le lien causal et sa probabilité sur l'avilissement de pouvoir saisir des éventualités favorables est si difficile à définir ?

Selon Luc-Marie Augagneur ⁽¹⁰⁾, « le droit français est finalement très arrogant : il prétend réparer le dommage, rien que le dommage mais tout le dommage. Il croit à la réparation absolue. Mais il ne s'en donne pas vraiment les moyens... La justice anglo-saxonne, elle, encourage une objectivation relative du préjudice par les parties elles-mêmes en faisant peser le risque de dommages punitifs... elle prend directement en compte le phénomène de probabilité en admettant qu'il n'est pas certain que le demandeur obtienne une complète réparation parce que i) la procédure est coûteuse/aléatoire et ii) l'évaluation est elle-même aléatoire et qu'il n'est pas certain que le juge parvienne à bien évaluer le dommage ».

B. La réparation doit être motivée par le juge et ne saurait présenter un caractère forfaitaire

Il résulte également du principe de réparation intégrale que l'indemnisation ne saurait être forfaitaire. La Cour de cassation censure régulièrement les juges qui procèdent à la fixation forfaitaire du montant du préjudice ⁽¹¹⁾.

Dans le *Bulletin d'information de la Cour de cassation* n° 781 de mai 2013 ⁽¹²⁾, Nicolas Regis rappelle que « le droit à un procès équitable repose sur l'exigence de motivation qui pèse sur le juge... la Cour de cassation exerce toujours un contrôle dit disciplinaire sur la pertinence et la cohérence des décisions qui lui sont soumises ».

C. L'appréciation souveraine par les juges du fond

La Cour de cassation énonce que les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation de l'existence du préjudice par l'évaluation qu'ils en font, sans être tenus d'en préciser les divers éléments ⁽¹³⁾. La Cour de cassation exerce cependant en la matière un contrôle

(9) Colloque 2015 de la CNECJ : « L'évaluation du préjudice de l'investisseur dans les sociétés cotées ou non cotées » organisé par la Compagnie des experts-comptables de justice de Paris.

(10) Augagneur L.-M., « L'évaluation du préjudice concurrentiel à l'ère du Big Data », JCP E 21015, 25.

(11) Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 1996, n° 94-14820 ; Cass. 1^{re} civ., 18 juill. 2000, n° 98-20430.

(12) Regis N., « Le préjudice économique des entreprises », BICC n° 781, 1^{er} mai 2013, p. 6 ; https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Bicc_781.pdf.

(13) Cass. ass. plén., 26 mars 1999, n° 95-20640 ; Bull. ass. plén., n° 3 : « Mais attendu que la cour d'appel a apprécié souverainement le montant du préjudice dont elle a justifié l'existence par l'évaluation qu'elle en a fait, sans être tenue d'en préciser les divers éléments ».

sur la qualification du préjudice réparable compte tenu de ses caractères légaux.

Du fait de la difficulté d'établir le lien causal et la probabilité d'un préjudice, les juges tendent à attribuer souverainement une indemnité *forfaitaire variable et largement imprévisible* ; de fait on observe de très grandes disparités dans les décisions de réparation de préjudice pour des natures et caractéristiques identiques ou très proches.

Le recours à la perte de chance conduit au développement d'une jurisprudence imprévisible dans laquelle la quantification s'opère de façon arbitraire, sous couvert de l'aléa de marché. La quantification du préjudice est ainsi réalisée quelquefois sans une justification rigoureuse sur le terrain du lien de causalité.

Il est important que les juges acceptent de considérer que tout acte ou fait dommageable entraîne certainement un préjudice dès lors qu'il existe une probabilité raisonnable d'un lien causal et d'une perte de chance.

Le fait de réparer correctement permet de mieux négocier en amont car pour l'instant les victimes le sont deux fois : une fois du fait du litige ou du sinistre et une deuxième fois car elles n'obtiennent réparation que d'une partie seulement de leur préjudice ce qui est contraire au principe de la réparation de tout le préjudice, mais rien que le préjudice.

Par ailleurs, le colloque « Entretiens du préjudice économique » qui s'est tenu à Lyon en décembre 2016, qui devrait être renouvelé en 2017, a permis de constater :

– la disparité des approches de la réparation du préjudice économique selon les juridictions (par exemple, une juridiction considère comme certain le préjudice si la probabilité atteint 50 %) ;

– les entreprises qui réclament réparation ne le font pas par plaisir. Elles ont une raison de le faire et de dépenser souvent beaucoup d'argent pour cela ;

– toutefois, elles dépensent beaucoup d'énergie à démontrer la faute mais pas suffisamment sur le lien de causalité et sur la perte de chance ;

– souvent les décisions accordent un montant forfaitaire, insuffisamment motivé et assez éloigné de la demande initiale ;

– il est nécessaire de travailler sur toute la chaîne avec tous les acteurs (entreprises, avocats, juridictions, experts) pour parler le même langage sur ce sujet complexe de la réparation du préjudice économique ;

– il est nécessaire d'avoir une bonne culture sur ce qu'est un modèle économique, la manière dont il génère des profits, et sur les actifs sous-jacents de ce modèle économique en particulier les actifs immatériels qui sont concernés fortement par des questions touchant à la propriété intellectuelle et industrielle ;

– la démonstration du préjudice nécessite une grande pédagogie vis-à-vis des magistrats et une grande confiance entre tous les acteurs de la chaîne.