

**Numéro
Spécial**

Le juge et l'entreprise

**Quelles perspectives pour la réparation
du préjudice économique ?**

CA Paris, le 22 septembre 2016

KIOSQUE
lextenso

Votre revue OFFERTE
sur tous vos écrans

Édition quotidienne des Journaux Judiciaires Associés

petites-affiches.com

gazettedupalais.com

le-quotidien-juridique.com

lalo.com

Petites  affiches



Gazette du Palais

Le
quotidien
Juridique

La Loi

UN TRAVAIL - UN TEMPS - UN JOURNAL

annonces@petites-affiches.com
Tour Montparnasse 33, avenue du Maine - 75015 Paris
Tél. : 01 42 61 56 14

annonceslegales@gazette-du-palais.com
12, place Dauphine - 75001 Paris
Tél. : 01 44 32 01 50

annonces@le-quotidien-juridique.com
12, rue de la Chaussée d'Antin - 75009 Paris
Tél. : 01 49 49 06 49

loiannonce@lalo.com
Tour Montparnasse 33, avenue du Maine - 75015 Paris
Tél. : 01 42 34 52 34

**Maurice
NUSSENBAUM**

Professeur à l'université Paris
Dauphine

Président de Sorgem
Évaluation

Expert financier agréé
par la Cour de cassation

Pour une motivation détaillée de l'évaluation des dommages économiques dans les décisions de justice ^{124C4}

I. Introduction : Définition du préjudice économique

En matière d'évaluation de préjudice, l'appréciation du juge du fond est souveraine et son appréciation ne peut être censurée par la Cour de cassation¹. De ce fait, on ne dispose pas d'une doctrine détaillée concernant l'application des méthodes.

Par opposition au préjudice corporel pour lequel une nomenclature a pu être établie dès 2005² et qui est utilisée pour indemniser les victimes, les préjudices économiques présentent un caractère protéiforme qui les rend a priori moins apte à une codification stricte, même si une typologie a pu être proposée par un groupe de travail en 2007 en fonction des domaines économiques et des problématiques spécifiques des préjudices³.

Il faut donc revenir sur la notion de préjudice économique pour montrer ensuite qu'une meilleure prise en compte par notre droit suppose une motivation plus détaillée des solutions retenues pour estimer les dommages dans les décisions de justice.

A. L'hétérogénéité des définitions en droit français par opposition au *pure economic loss* du droit anglo-américain

1) L'absence de définition spécifique en droit français

Il n'existe ni dans la loi ni dans la doctrine de définition du préjudice économique puisqu'en droit tout préjudice est réparable dès lors qu'il est certain et en lien direct avec une faute qu'elle soit contractuelle ou délictuelle.

Il s'agit d'abord d'une catégorie générique synonyme de préjudice pécuniaire par rapport au préjudice corporel ou moral.

Pour en préciser le contenu on a proposé dans le cadre du groupe de travail suscité de retenir

- 1) Nussenbaum M., « La réparation du préjudice économique – Restitution publique à la Cour de cassation le 26 avril 2007 des travaux du groupe de travail animé par Maurice Nussenbaum – dans le cadre du Cycle de limite du préjudice », 2009, Dalloz, avant-propos du président Lamanda p. 1 et p. 279 à 357.
- 2) Rapport du groupe de travail, dirigé par Jean-Pierre Dintilhac président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels en juillet 2005.
- 3) Nussenbaum M., « La réparation du préjudice économique – Restitution publique à la Cour de cassation le 26 avril 2007 des travaux du groupe de travail animé par Maurice Nussenbaum – dans le cadre du Cycle de limite du préjudice », 2009, Dalloz, p. 343 à 344.

les préjudices économiques résultant de l'atteinte aux biens et à l'activité économique tant des individus que des entreprises à la suite de fautes contractuelles ou délictuelles⁴. Une autre définition retient la perte juridiquement sanctionnée d'une valeur actuelle ou future consécutive à l'atteinte à l'activité d'une entreprise⁵.

2) Le *pure economic loss* en droit anglo-américain

Il existe des définitions plus étroites, dans la *Common Law* avec le « *pure economic loss* » qui désigne un préjudice de nature pécuniaire indépendant de toute atteinte corporelle ou matérielle car pour ce droit il n'existe pas de principe général de responsabilité pour faute en dehors du domaine contractuel.

De ce fait le préjudice financier ou économique résultant d'une simple imprudence ou négligence n'est traditionnellement pas réparé⁶.

En matière délictuelle ne sont réparés que les dommages résultant de fautes intentionnelles ou par extension de négligence caractérisée « *duty of care* » ou « *tort of negligence* ».

B. Les limites à la réparation du dommage économique

1) La première limite tient à son évaluation et au contrôle de l'évaluation par le juge

Pour parvenir à une réparation adéquate, il faut que les dommages soient appréciés à l'aide de paramètres normalisés comme l'avait proposé le groupe de travail en 2007⁷. Mais cela suppose que cette question factuelle devienne aussi une question de droit pour que, faisant l'objet d'un contrôle, on puisse élaborer une doctrine fondée sur une jurisprudence adéquate. En effet aujourd'hui comme l'indiquent G. Viney et

4) Nussenbaum M., « La réparation du préjudice économique – Restitution publique à la Cour de cassation le 26 avril 2007 des travaux du groupe de travail animé par Maurice Nussenbaum – dans le cadre du Cycle de limite du préjudice », 2009, Dalloz, p. 279, note 1.

5) Stoffel Munck P., « Le préjudice économique : propos introductifs », *Journal des sociétés* 2007, p. 26.

6) Reiss L., « Le juge et le préjudice. Étude comparée des droits français et anglais », 2003, PUAM, § 229.

7) Nussenbaum M., « La réparation du préjudice économique – Restitution publique à la Cour de cassation le 26 avril 2007 des travaux du groupe de travail animé par Maurice Nussenbaum – dans le cadre du Cycle de limite du préjudice », 2009, Dalloz, note 1.

P. Jourdain, moins le juge en dit, plus il est à l'abri de la censure⁸.

En effet, toutes les questions pratiques de l'évaluation soulèvent des questions d'ordre juridique dont on peut évoquer quelques exemples :

- la définition de la situation contrefactuelle c'est-à-dire celle qui aurait existé en l'absence de dommage. Quelles sont les preuves admissibles pour sa définition, peut-elle être purement théorique sans s'appuyer sur des observations factuelles ?
- jusqu'où va la définition du lien direct et l'étendue des conséquences prises en compte. Doit-on parler de certitude raisonnable ?
- concernant la date de la détermination du dommage, comment résout-on concrètement les conflits entre la règle de détermination du préjudice au jour du jugement et celle de lien direct dès lors que de nombreux autres événements ont pu affecter la victime depuis le jour de la faute ?

Si le contrôle de la motivation effectué par la Cour de cassation pouvait intégrer celui des méthodes mises en œuvre dans l'évaluation, celle-ci pourrait être plus détaillée et servir de référence jurisprudentielle pour les juges et les parties.

Actuellement, comme l'indique Nicolas Régis⁹, la haute cour n'effectue qu'un contrôle léger, soit que la question soulevée ne lui apparaisse comme étant purement factuelle soit qu'elle considère ne pas pouvoir adopter de position de principe par exemple quant à la qualification de véritable gain manqué ou de perte de chance du préjudice en cause¹⁰.

Cette pratique est différente de celle mise en œuvre aux États-Unis avec le recours aux critères *Daubert*¹¹, consacrés par la Cour suprême.

Il revient ainsi aux juges de se prononcer sur l'admissibilité des rapports d'experts en appréciant leur pertinence et leur fiabilité. Le juge peut alors écarter ou retenir une démonstration au motif qu'elle ne satisfait pas aux exigences requises sur la base d'un débat contradictoire des parties.

La mise en œuvre de ces critères permet ainsi de créer des lignes directrices pour évaluer les préjudices.

2) D'où la nécessité d'une véritable jurisprudence de l'évaluation

Il apparaît donc important de construire une véritable approche jurisprudentielle de l'évaluation des préjudices économiques.

Ceci implique que les décisions soient suffisamment détaillées pour que le lecteur puisse suivre dans le détail les choix méthodologiques effectués par le juge dans sa décision.

On peut à titre d'exemple, citer une décision du CAT britannique relative à une action de Sainsbury's supermarket contre Mastercard¹² qui consacre 60 pages à l'analyse de la situation contrefactuelle et se prononce sur le choix de la théorie adéquate permettant de la déterminer¹³ en examinant de manière critique les modèles proposés par les parties. Elle définit ainsi le niveau approprié de commission d'interchange à l'issue d'un raisonnement suffisamment détaillé pour qu'il puisse être compris et réutilisé dans d'autres espèces.

La Cour analyse dans le détail (60 pages) les ventes et les profits perdus par le demandeur. Elle examine également l'hypothèse de répercussion des surcoûts par Sainsbury's sur ses clients¹⁴ et adopte sa propre estimation après avoir confronté les arguments des deux parties.

La décision, de 300 pages, constitue un mix de considérations juridiques et d'analyses économiques.

Cet exemple illustre le caractère arbitraire de la séparation entre fait et droit car l'examen des faits implique une succession de prises de position de la part du juge qui sont à la fois d'ordre factuel et juridique.

Afin d'approfondir cette question du contrôle et de la motivation appliquée aux préjudices économiques on va d'abord définir une typologie des préjudices économiques et des conditions de leur caractérisation (**II. A**) puis des difficultés de la mise en œuvre de l'évaluation (**II. B**) pour analyser ensuite comment le rôle du juge pourrait être élargi (**II. C**).

8) Viney G. et Jourdain P., « Les effets de la responsabilité », 2^e éd., 2010 ; LGDJ, n°s 63 et s. (cité par L. Aynès, p. 352, note 1).

9) Régis N., « Le préjudice économique des entreprises », BICC n° 781, 1^{er} mai 2013, p. 6 à 19.

10) Régis N., « Le préjudice économique des entreprises », BICC n° 781, 1^{er} mai 2013, p. 10.

11) Nussenbaum M., « L'évaluation des préjudices économiques : l'application des critères Daubert », Colloque CEACC, 7 avr. 2010 ; Nussenbaum M. et Karsenti C., « L'application des critères Daubert aux contentieux de concurrence en France », Concurrences n° 4, 2010.

12) Competition Appeal Tribunal (CAT), 14 July 2016, n° 1241/5/7/15 (T), Sainsbury's Supermarkets Ltd v/ MasterCard Incorporated and Others.

13) *Ibid.*, p. 144.

14) *Ibid.*, p. 254.

II. La caractérisation des préjudices

A. La typologie des préjudices économiques et les conditions de leur réparation

La première étape consiste à caractériser le préjudice ce qui implique de définir au préalable une situation normale (en l'absence de préjudice) ou encore « *but for* » ou encore situation contrefactuelle.

1) La définition de la situation contrefactuelle

Elle diffère entre le cadre contractuel pour lequel la victime est en droit d'attendre le résultat de la bonne exécution du contrat (« *expectation interest* ») ou quasi-délictuel où elle va rechercher à être replacée dans la situation qui aurait préexisté en l'absence de préjudice (« *reliance interest* »)¹⁵.

Le guide de la Commission européenne de 2013¹⁶ a précisé de manière détaillée les différentes méthodes qui peuvent être mises en œuvre pour reconstruire une telle situation de référence :

- les méthodes comparatives qui consistent soit à comparer la situation actuelle avec la situation d'avant ou bien avec d'autres entreprises ou marchés, ou encore à se référer à une situation normale caractérisée par une part de marché ou un niveau normal de marge ;
- les modèles de simulation qui consistent à simuler la situation sur le marché à l'aide d'hypothèses économiques ou sur la base d'un scénario contrefactuel à partir des coûts de production et d'une marge raisonnable. Ils peuvent recourir à des hypothèses théoriques dont on doit être en mesure de mesurer l'impact ;
- ou encore des modèles fondés sur des méthodes économiques et financières qui consistent à reconstruire un prix de concurrence à partir des coûts de production et d'une marge raisonnable¹⁷.

Selon la complexité des espèces, cette construction d'un scénario contrefactuel implique le choix d'hypothèses tant sur l'état des marchés que sur les comportements des entreprises. Elle permet de qualifier ce qu'aurait dû être la situation de la victime en l'absence de préjudice

15) « *Expectation interest* » et « *reliance interest* » désignent deux types de préjudices dans la *Common Law* américaine.

16) « Guide pratique de la Commission européenne relatif à 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 », JOUE, 13 juin 2013, p. 19.

17) Nussenbaum M., « L'évaluation des dommages concurrentiels », *AJCA* 2014, p. 261 à 265.

et de ce fait devient une question de droit qui devrait faire l'objet d'un contrôle au niveau du choix des hypothèses retenues pour la définir.

2) Les différentes catégories de préjudices

Il faut partir de la distinction classique opérée par le droit civil (C. civ., art. 1149) entre perte éprouvée (« amoindrissement pécuniaire qui s'inscrit dans le patrimoine », Cornu) et gain manqué (ou *lucrum cessans*, c'est-à-dire profit cessant¹⁸) à laquelle la jurisprudence a ajouté la notion de perte de chance.

On distingue pour le passé :

- des coûts supplémentaires d'exploitation, de remise en état ou de remplacement d'actifs endommagés ou détruit ;

- des revenus ou des gains manqués ;

et pour l'avenir :

- des coûts supplémentaires certains, même si leur quantum relève d'une estimation ;

- des insuffisances de revenus futurs ou encore des gains manqués futurs qui s'analysent comme la différence entre les revenus qui ne seront pas perçus dans le futur et les coûts qui seront économisés¹⁹.

Nous avons proposé de distinguer deux grands types d'actifs, de jouissance ou d'exploitation qui donnent lieu à des préjudices différents. Pour les premiers, la perte de jouissance est indemnisée à hauteur des coûts de remplacement ou de remise en état et pour les actifs d'exploitation il faut prendre en compte les coûts subis et les pertes de revenus.

On peut y ajouter le cas de la perte de valeur d'un actif qui peut relever de l'une ou l'autre des catégories. Dans le cas d'un actif d'exploitation, il faut s'interroger sur la valeur de remplacement qui peut correspondre soit à un prix de marché soit à sa valeur actuelle des revenus futurs que cet actif aurait pu générer.

On peut ensuite descendre dans le détail et construire des typologies de préjudice en fonction des domaines d'activité dans lesquels ils se produisent et des problématiques spécifiques qu'ils mettent en œuvre²⁰.

3) Le cas particulier de la perte de chance

Il s'agit d'un concept qui conduit à de nombreuses ambiguïtés et fait l'objet d'un contrôle effectif par la Cour de cassation en ce qui concerne la qualification mais du fait des ambiguïtés de sa mise œuvre conduit à des solutions

18) Régis N., « Le préjudice économique des entreprises », *BICC* n° 781, 1^{er} mai 2013, p. 12, note 9.

19) Nussenbaum M., *op. cit.*, note 1.

20) Nussenbaum M., *op. cit.*, p. 344, note 1.

qui n'assurent pas une bonne prévisibilité pour les victimes.

a. La perte de chance réparable

On rappelle que la perte de chance réparable consiste dans « la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable »²¹.

Par ailleurs, « la réparation d'une perte doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée »²².

Elle est donc inférieure à l'avantage perdu du fait du coefficient de probabilité. Il faut donc à la fois estimer cette probabilité de succès et la valeur de l'avantage perdu²³.

On a également pu considérer que la perte de chance pouvait s'appliquer à des dommages résultant d'un processus au dénouement incertain mais dont l'existence d'une perte était certaine²⁴.

Il existe des oscillations de la jurisprudence sur le fait de savoir si toute perte de chance est réparable ou s'il faut que cette perte soit réelle et sérieuse.

On constate en fait que la perte de chance s'applique à la fois dans des situations où l'incertitude porte sur l'issue d'un processus aléatoire ou dans celles où l'incertitude porte sur la causalité elle-même²⁵.

Plutôt que de rejeter l'action, faute de certitude sur le lien de causalité, les juges substituent au préjudice final la perte de chance de l'éviter²⁶.

C'est d'abord dans le domaine médical que cette notion s'est appliquée dans le cas de fautes avérées dont on ne pouvait être certain qu'elles étaient la cause exclusive du dommage subi.

En pratique, les cas de perte de chance se rencontrent dans trois domaines où la faute est certaine mais les conséquences sont soit incertaines, soit difficilement mesurables :

- conséquence incertaine du fait des limites scientifiques relatives à l'état de l'art (ex. : le domaine médical, avec le cas de preuve par présomption dans le domaine des vaccins²⁷) ;

- conséquence incertaine du fait de la perte d'opportunités de décisions pour la victime (cas de la réticence dolosive ou des fausses informations affectant un titre coté) ;

- mesure aléatoire des conséquences d'une faute certaine.

Dans le dernier cas, il faut faire attention à ne pas qualifier de perte de chance ce qui ne relève que d'un aléa dans la mesure du quantum car cela reviendrait à cumuler deux décotes, la première du fait du coefficient de probabilité propre à la perte de chance et l'autre dans la mesure de la perte²⁸.

À titre comparatif, on peut noter que le droit anglais ne reconnaît pas « la réparation de la perte de chance en présence d'une faute avérée dont il n'est pas certain qu'elle soit la cause exclusive du dommage finalement subi. La jurisprudence conduit donc à des solutions qui, soit refusent purement et simplement d'octroyer une réparation pour perte d'une chance, soit allouent une réparation intégrale du préjudice subi »²⁹.

L'ambiguïté du système français tient au fait que la perte de chance constitue non seulement un chef de préjudice mais aussi un mode de détermination du quantum réparable³⁰.

Comme l'ont souligné G. Viney et P. Jourdain³¹ « lorsque le préjudice n'est pas réellement aléatoire, il ne doit pas être assimilé à une simple perte de chance dont l'indemnisation est moins avantageuse pour la victime ».

Ces observations nous ont conduits à considérer, notamment dans les cas de réticence dolosive, qu'il existe deux aléas³², un aléa de décision qui consiste à déterminer ce qu'aurait fait la victime si elle avait connu l'information qui lui a été cachée et un aléa de valorisation qui caractérise la valeur de l'avantage dont la victime a été privée.

Cette approche permet de distinguer le choix dont a été privée la victime (par exemple de ne pas acheter, aléa de décision) de son impact potentiel, notamment sur le prix (aléa de valorisation).

21) Cass. 1^{re} civ., 21 nov. 2006, n° 05-15674 : Bull. civ. I, n° 498.

22) Cass. 1^{re} civ., 9 mai 2002, n° 00-13314 : Bull. civ. I, n° 116.

23) Nussenbaum M., « L'évaluation des préjudices économiques », RD bancaire et fin. 2013, étude 13.

24) Borghetti J.-S., RDC 2008, p. 776 et s.

25) Jourdain P., « Les nouveaux usages de la perte de chance », RTD civ 2010, p. 330 et s.

26) Bénabent A., « La chance et le droit », 1973, LGD.

27) « Responsabilité du fait d'un vaccin défectueux et lien de causalité : renvoi devant la CJUE », Dalloz actualité, 19 nov 2015.

28) Nussenbaum M., « L'évaluation des préjudices économiques », RD bancaire et fin. 2013, étude 13, § 11.

29) Reiss L., « Le juge et le préjudice. Étude comparée des droits français et anglais », 2003, PUAM, § 288, note 6.

30) Reiss L., « Le juge et le préjudice. Étude comparée des droits français et anglais », 2003, PUAM, § 328, note 6.

31) Viney G. et Jourdain P., « Les conditions de la responsabilité », 2006, LGD.

32) Nussenbaum M., « L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté, colloque loyauté et impartialité en droit des affaires », Gaz. Pal. 24 mai 2012 n° 19829, p. 34 à 43.

Dans une affaire *Société Parsys c/ GLS*³³ la cour d'appel de Paris avait caractérisé la perte de chance comme étant celle (pour la victime) d'obtenir les gains attendus par elle en l'absence des contre-lettres adressées aux clients qui leur permettaient ainsi de reprendre pour 1 € des matériels informatiques qui faisaient l'objet de contrats de location au lieu de renouveler les contrats.

La Cour de cassation, le 25 mars 2010³⁴, a considéré que la perte de chance avait été incorrectement caractérisée : « le préjudice ne pouvait en l'espèce, résulter que de la perte d'une chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses que celles qu'a acceptées la société Parsys, et non de la perte de chance d'obtenir les gains attendus par elle qu'interdisaient les contre-lettres litigieuses, même si celles-ci n'avaient pas été dissimulées, la cour d'appel a replacé la société Parsys dans une situation qui n'aurait jamais pu exister même en l'absence de réticence dolosive de la société GLS ».

L'aléa de décision consistait en la définition de la décision potentielle de la victime si elle avait connu les faits. L'aléa de valorisation concernait l'impact de l'information cachée sur la valeur de l'entreprise si l'acquéreur avait décidé de maintenir sa décision d'achat.

Seules les situations où il existe un réel aléa de décision devraient ressortir de la perte de chance car les aléas de valorisation concernent tout préjudice dont les conséquences vont se poursuivre dans le futur et mettre en jeu, pour les évaluer, le recours à des hypothèses probabilistes comme c'est le cas traditionnellement lorsqu'on évalue un projet ou une entreprise en ayant recours à un plan d'affaire qui ne constitue rien d'autre qu'une projection financière probabilisée de l'avenir.

- b. Le cas des préjudices boursiers constitue un exemple de préjudices certains considérés par la jurisprudence, comme une perte de chance

Un rapport du club des juristes, consacré à cette question³⁵, rappelle que la Cour de cassation a exposé « les principes qui constituent l'état actuel du droit positif dans son arrêt *Gaudriot* du 9 mars 2010 en énonçant que "celui qui acquiert ou conserve des titres émis par voie d'offre au public au vu d'informations inexactes, imprécises ou trompeuses sur la situation de la

société émettrice perd seulement une chance d'investir ses capitaux dans un autre placement ou de renoncer à celui déjà réalisé" »³⁶.

L'arrêt de la cour d'appel avait d'ailleurs été cassé pour avoir défini le préjudice des actionnaires de la société comme étant au minimum de l'investissement réalisé en suite des informations tronquées portées à leur connaissance³⁷.

Cette décision s'appuie sur l'idée que l'investisseur, victime de l'information trompeuse, a été privé de la possibilité d'effectuer un arbitrage éclairé quant au placement de ses fonds³⁸, ce qui conduit les juges à octroyer en pratique des indemnités forfaitaires selon des critères non déterminés, sans rapport avec le préjudice effectivement subi³⁹ ou à l'effet réel de la faute sur la formation du cours de l'action⁴⁰.

À titre d'exemple, dans les affaires *Sidel* et *Vivendi* (réformée depuis) – 10 € par action sans justification du pourcentage de la perte.

C'est pourquoi ce rapport a proposé une méthodologie de calcul du préjudice financier de l'investisseur fondée sur l'individualisation des préjudices subis en tenant compte de l'impact réel de la fausse information sur les cours en utilisant une méthodologie appropriée s'appuyant sur l'analyse économétrique, à l'aide d'études d'événements, méthode largement utilisée aux États-Unis.

Une telle approche renforcerait la prévisibilité des décisions en prenant en compte la réalité du préjudice. Celui-ci ne se limite pas à une hypothétique perte de chance de n'avoir pu réaliser un autre investissement qui est par nature difficile à identifier en pratique ce qui conduit à des indemnités forfaitaires sans lien avec le préjudice réel⁴¹.

La jurisprudence actuelle crée à la fois une imprévision et une incertitude juridique à laquelle les tribunaux sont eux-mêmes exposés vu les décisions de réformations dont font l'objet les qualifications relatives à la perte de chance.

36) Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21547 et 08-21793 : Bull. civ. IV, n° 48.

37) Club des juristes, « L'évaluation du préjudice financier de l'investisseur dans les sociétés cotées », Rapp., nov. 2014., note 35, p. 30.

38) Club des juristes, « L'évaluation du préjudice financier de l'investisseur dans les sociétés cotées », Rapp., nov. 2014., note 35, p. 32.

39) Club des juristes, « L'évaluation du préjudice financier de l'investisseur dans les sociétés cotées », Rapp., nov. 2014., note 35, p. 34.

40) Club des juristes, « L'évaluation du préjudice financier de l'investisseur dans les sociétés cotées », Rapp., nov. 2014., note 35, p. 42.

41) Club des juristes, « L'évaluation du préjudice financier de l'investisseur dans les sociétés cotées », Rapp., nov. 2014., note 35, p. 58.

33) CA Paris, 1^{er} ch., sect. C, 12 mars 2009, n° 05/09289, GLS c/ Parsys.

34) Cass. 1^{er} civ., 25 mars 2010, n° 09-12895.

35) Club des juristes, « L'évaluation du préjudice financier de l'investisseur dans les sociétés cotées », Rapp., nov. 2014.

B. La mise en œuvre de l'évaluation : comment améliorer la prévisibilité des décisions

1) Le problème de la date d'estimation du préjudice et ses ambiguïtés

Cette date⁴² est en théorie bien définie : la consistance du dommage naît au jour du préjudice mais le quantum est déterminé au jour du jugement car la dette de réparation est une dette de valeur dont le montant se détermine au jour du paiement. Cette solution a été retenue par la jurisprudence pour permettre une réparation intégrale qui préserve au mieux les intérêts de la victime.

La date de départ dépend du type de faute, contractuelle (date du sinistre) ou quasi délictuelle (date de la demande ou bien entre les deux si le juge le décide).

Cependant en termes de prévisibilité des décisions, cette approche repose sur une quasi-fiction, celle de la possibilité de séparer la substance du préjudice de son quantum. Il peut se produire entre la date de la faute et l'évaluation des dommages de nombreux événements externes à la faute mais qui vont influencer les dommages.

En théorie, la victime sera indemnisée de l'aggravation du dommage jusqu'à la date du jugement si cette aggravation n'est pas de son fait mais il n'est pas tenu compte des actions qu'elle aurait pu mener pour le réduire (absence de « *duty to mitigate* » ou d'obligation de réduire son propre préjudice en droit français).

La victime pourra ainsi bénéficier d'un enrichissement du fait de la variation de la valeur de l'actif, ou des effets des fluctuations monétaires. Mais que se passe-t-il si cette variation de valeur est liée à une fonction de l'actif inexistante à la date de la faute et qui vient affecter sa substance ?

La *Common Law*, avec les « *expectation damages* », est plus proche de la logique économique en intégrant la capacité du demandeur à réduire les conséquences du préjudice (principe de « *mitigation* »).

2) La question de la capitalisation ou de l'actualisation des dommages

Les dommages étant déterminés à la date où se terminent les effets du préjudice, il faut rapporter cette somme à la date du jugement. En principe, une fois fixée par le juge, cette somme devient sans aléa et le taux d'intérêt qu'accepterait un investisseur pour rémunérer un tel placement est le taux sans risque qui est sou-

vent pris, égal au taux légal sauf si ces sommes ont effectivement fait défaut à l'entreprise qui a dû s'endetter pour en compenser le manque, auquel cas, les frais financiers effectivement supportés pourront être pris en compte.

Certains experts de partie, du côté des demandeurs, revendiquent parfois un taux de rendement ou coût moyen pondéré du capital rémunérant l'ensemble des capitaux investis, dettes et fonds propres, considérant que l'entreprise aurait pu réinvestir les sommes qui lui ont fait défaut à un taux plus élevé que le taux sans risque. Ceci peut conduire pour des préjudices anciens s'étalant sur plusieurs années à des montants variant dans des proportions égales à plusieurs fois le principal. Une telle hypothèse ne peut être envisagée que dans le cas où l'entreprise peut justifier de pertes d'opportunités qu'elle n'aurait pas été en mesure de financer de manière alternative.

Les décisions de justice sont souvent lapidaires à cet égard à la différence des longs développements que l'on peut rencontrer sur cette question dans des décisions anglaises⁴³ comme celle évoquée précédemment qui s'appuie sur une jurisprudence consacrée⁴⁴, et justifie sur 15 pages le recours à différents taux d'intérêt et non au coût moyen du capital de l'entreprise.

Sur cette question, des positions claires de la jurisprudence sont nécessaires pour éviter des demandes irréalistes et des décisions imprévisibles⁴⁵.

3) La question de la certitude dans l'évaluation

La question de la certitude du préjudice concerne son existence et non son quantum même si une impossibilité de l'évaluer peut réagir sur son existence. La mesure du quantum peut être incertaine ou aléatoire. Certains codes comme l'UCC (Uniform Commercial Code) équivalent du Code de commerce aux États-Unis précisent même qu'il doit être évalué et prouvé avec la précision autorisée par les faits et pas plus. C'est également à une telle solution que renvoie la mise en œuvre du principe d'effectivité pour l'indemnisation des préjudices privés résultant de pratiques anticoncurrentielles⁴⁶.

Afin d'accroître la prévisibilité des décisions, l'évaluation, face à un univers incertain, ne

43) Competition Appeal Tribunal (CAT), 14 July 2016, n° 1241/5/7/15 (T), *Sainsbury's Supermarkets Ltd v MasterCard Incorporated and Others*, p. 278 à 293.

44) *Sempra Metals Ltd v Commissioners of Inland Revenue* (2007) UKHL 34 et *Slaughter and May Sempra Metals - A simple solution to compound interest* - Aug. 2007.

45) T. com. Paris, 15^e ch., 16 mars 2015, n° 2010073867, *Sas Outremer Telecom c/ Orange Caraïbe*.

46) Nussenbaum M., *op. cit.*, note 17.

42) Nussenbaum M., *op. cit.*, note 23, § 30 à 32.

doit pas être excessivement réductrice en ne retenant que la valeur minimale certaine et indiscutable du quantum au risque de ne pas réparer intégralement. Restent les solutions du quantum le plus probable, diminué ou non d'un abattement pour incertitude. La décision relève du juge qui doit la motiver.

Il faut éviter que le défendeur ne bénéficie de l'incertitude surtout lorsqu'il ne fournit pas toutes les informations utiles. Il faut garder à l'esprit qu'en absence de mesures effectives du type de celles relevant de l'article 145, la charge de la preuve reposant sur le demandeur risque de le placer en mauvaise position pour justifier de son préjudice.

De notre point de vue, dès lors que la faute est établie, les effets de l'incertitude devraient être partagés et ne pas être préjudiciables à la seule victime.

C. Le rôle du juge dans la construction d'une jurisprudence de l'évaluation

Pour améliorer la prévisibilité des décisions, il ne suffit pas de développer des nomenclatures et des méthodologies⁴⁷.

Il faut des prises de position jurisprudentielles sur les méthodes d'évaluation appliquées dans différents contextes qui puissent servir de guide.

L'exemple est donné par les pratiques anti-concurrentielles où les démonstrations des infractions sont balisées par des méthodologies consacrées au niveau communautaire (v. l'exemple des tests de coût pour la démonstration de l'existence des prix prédateurs).

Les décisions de justice doivent donc intégrer de manière détaillée, l'analyse des méthodologies développées dans les rapports d'expertise pour construire une véritable jurisprudence de l'évaluation.

1) Dommage, question de fait ou de droit ? Dépasser cette opposition pour une exigence de plus grande motivation et de contrôle par la Cour de cassation

Il ne s'agit pas d'une simple question de philosophie du droit.

Dans la pratique, le dommage est une question de fait et le juge du fond est souverain.

La Cour de cassation contrôle la motivation qui doit être à la fois réelle (et non seulement appa-

rente) et cohérente⁴⁸. À cet effet, elle analyse les faits de l'espèce et les éléments qui commandent la qualification en matière de responsabilité (faute, dommage et lien de causalité)⁴⁹ mais ne contrôle pas le quantum des dommages.

Elle s'intéresse aux éléments de fait dès lors qu'ils ont été dûment constatés par les juges du fond dans leur décision. Pour J.-L. Auber « la cassation peut intervenir si le juge du fond ne tire pas du fait constaté toutes les conséquences légales ou encore si le fondement énoncé par le juge ne fonde pas sa décision »⁵⁰.

L'évaluation de certains préjudices fait l'objet d'un contrôle maximum au plan de la motivation dans des domaines où les paramètres d'évaluation relevés par le juge du fond sont les mieux connus⁵¹. Ces contrôles ne portent pas tant sur l'indemnisation que sur la sanction du dommage à l'économie qui est un concept à la fois économique et juridique et ressort de l'application de la loi.

Le juge du fond ne cherche pas trop à s'étendre sur des terrains qui pourraient conduire à une censure et va rechercher une certaine concision lui évitant de donner des prises à des critiques éventuelles qui pourraient porter sur des questions d'appréciation des faits.

Cette concision s'étend aux méthodes employées pour déterminer le préjudice bien qu'elles contribuent à caractériser les dommages, notamment en analysant la situation contrefactuelle, qui relève autant du fait que du droit.

2) Pour une intégration détaillée des méthodologies d'évaluation dans les jugements afin de développer une jurisprudence de l'évaluation des préjudices

- a. Pour une plus grande homogénéité des décisions

Les mêmes faits ne doivent pas donner lieu à des décisions différentes en ce qui concerne le calcul des dommages, ce qui peut être le cas aujourd'hui faute d'une standardisation suffisante dans l'application des méthodes comme le montre par exemple la définition de la marge brute dans la rupture brutale des relations commerciales établies relevant de l'article L. 442-6 du Code de commerce.

48) Régis N., « Le préjudice économique des entreprises », BICC n° 781, 1^{er} mai 2013, p. 12, note 9.

49) Régis N., « Le préjudice économique des entreprises », BICC n° 781, 1^{er} mai 2013, p. 12, note 9, p. 18.

50) Auber J.-L., « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », Dalloz 2005, chron. p. 1115.

51) Régis N., « Le préjudice économique des entreprises », BICC n° 781, 1^{er} mai 2013, p. 12, note 9, p. 18.

47) « Guide pratique de la commission européenne relatif à 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 », JOUE, 13 juin 2013, note 16.

D'après ce texte le donneur d'ordre doit, en cas de rupture brutale, accorder un préavis d'une durée minimale respectant les usages. En pratique, les indemnités accordées sont fondées sur des préavis théoriques dont la durée est déterminée en fonction de la durée des relations ce qui se traduit par des indemnités calculées en fonction de la marge brute de la victime, question de fait qui relève manifestement du juge du fond.

Cependant cette notion n'est pas souvent définie de manière précise d'autant plus que ce concept est peu normalisé et que son mode de calcul varie d'un secteur à l'autre. Pour la grande distribution, il s'agit d'une marge commerciale, alors que pour une entreprise de production il peut s'agir d'une marge sur coûts variables, sur coûts directs ou encore sur coûts totaux. La règle devrait se référer à la marge sur les coûts évitables du fait de la rupture. Encore faut-il que l'analyse soit faite à l'aide d'une méthode scientifiquement reconnue et que le jugement en rende compte pour assurer une bonne prévisibilité des décisions...

b. Pour une motivation détaillée par le juge du fond

Il ne faut pas confondre, comme le souligne Nicolas Régis⁵², pouvoir d'appréciation souveraine du juge et pouvoir discrétionnaire.

C'est pourquoi, pour répondre à l'objectif de prévisibilité des décisions en matière de préjudice économique, la motivation du juge, dans les décisions de justice, doit aller au-delà, de l'analyse juridique et de l'analyse des faits de l'espèce ayant conduit à la qualification juridique. Elle doit non seulement prendre en compte l'analyse des méthodes d'évaluation employées par les parties et les experts mais aussi exposer de manière détaillée les critiques qu'elle leur adresse et les arguments qu'elle retient. C'est la condition pour que les méthodologies validées puissent servir de références dans d'autres espèces à la fois aux parties et aux experts.

Pour illustrer cette analyse, on va évoquer deux catégories particulièrement importantes de préjudices économiques.

Contrefaçon et questions relatives à la redevance indemnitaire et au tout commercial.

Cette catégorie de préjudices pose de nombreuses questions d'évaluation, et notamment celles de la masse contrefaisante, de la marge perdue et de l'élasticité prix.

Ces questions d'évaluation sont parfois simplifiées par des évaluations forfaitaires comme

celle prévue par la loi du 11 mars 2014 qui intègre par ailleurs, la prise en compte du manque à gagner et de la perte subie par la partie lésée ainsi que son préjudice moral et les bénéfices réalisés par le contrefacteur.

Pour la masse contrefaisante, la question essentielle est celle du scénario contrefactuel qui implique la prise en compte de la sensibilité de la demande au prix dans le cas où les produits contrefaisants ne sont pas vendus au même prix et aussi celle du tout commercial qui va déterminer si on prend en compte le chiffre d'affaires perdu uniquement sur l'élément contrefait ou sur l'ensemble dans lequel il s'insère.

Il y a également la question de la marge sur coûts variables ou directs qui implique une véritable analyse économique car ces informations ne sont pas disponibles directement dans les comptes.

Dans le cas de l'option pour une somme forfaitaire, il convient que la victime justifie précisément de ce qu'aurait été un taux de redevance indemnitaire à travers des éléments de comparaison ou encore une négociation hypothétique pour arriver à ce taux en s'appuyant sur les avantages et en tenant compte du caractère forcé de la situation⁵³. Aux États-Unis, cette approche a été codifiée par la jurisprudence dans le cadre des quinze facteurs tirés de la décision *Georgia Pacific*⁵⁴.

En matière de préjudice moral que l'on assimile souvent à un préjudice d'image⁵⁵, l'entreprise doit justifier les conséquences de la contrefaçon.

Pour ce qui concerne le tout commercial⁵⁶, il faut une analyse détaillée des modes de décisions des utilisateurs pour déterminer l'impact effectif du brevet dans la décision d'achat.

Sur tous ces points, les décisions doivent être suffisamment justifiées pour faire émerger des critères jurisprudentiels d'évaluation.

53) CA Paris, 12 nov. 1991 : PIBD 1992, 519, III-194 confirmé par Cass. com., 1^{er} mars 1994, n° 92-11633 : Bull. civ. IV, n° 84, p. 64 et égal. Cass. com., 19 févr. 1991, n° 89-12333 commenté in Piotraut J.-L. et Dechristé P.-J., *Jugements et arrêts fondamentaux de la propriété intellectuelle*, 2002, Tec et Toc, Lavoisier, Paris, 664 p.

54) *Georgia Pacific Corp c/ United States Plywood Corp.*, 318 F. Supp. 1116 (SDNY 1970), 28 May 1970.

55) Voir la restitution publique du groupe de travail « la réparation du préjudice extra-patrimonial » de la Cour de cassation qui s'est tenu le 2 juillet 2007 : Collectif, *Les limites de la réparation du préjudice*, 2009, Dalloz.

56) Cette approche est aujourd'hui critiquée dans le cadre des brevets essentiels pour être remplacée par celle de la plus petite unité commercialisable utilisant le brevet (Armstrong et a. 2014). V. « Propriété Intellectuelle et processus de normalisation », OCDE, 17-18 déc. 2014, DAF/COMP (2014) 27, p. 24.

52) Régis N., « Le préjudice économique des entreprises », BICC n° 781, 1^{er} mai 2013, p. 12, note 9.

Pratiques anticoncurrentielles et dommage à l'économie. Le dommage à l'économie fait partie des dispositions réglementaires relatives aux pratiques anticoncurrentielles. Il ne peut être présumé du fait des pratiques et il convient de démontrer son existence.

À titre d'exemple, la Cour de cassation⁵⁷ a retenu que le fait de ne pas avoir tenu compte de la sensibilité de la demande au prix avait privé la décision de la cour d'appel de base légale⁵⁸.

Ce type de contrôle pourrait servir d'exemple et être généralisé à l'ensemble des préjudices.

Conclusion. Les questions relatives à l'évaluation des dommages constituent un véri-

table enjeu. La Directive de 2014 en renouvelle l'acuité.

Il existe une véritable concurrence entre les places juridiques en fonction de leur aptitude à répondre à ces enjeux de manière fiable et prévisible.

Il est donc souhaitable que la jurisprudence française développe une doctrine relative aux méthodes d'analyse des préjudices mais pour cela il faut que le juge du fond en rende compte dans ses décisions de manière détaillée afin que s'établisse, entre le fait et le droit, comme disait Guy Canivet à propos des relations entre la doctrine et la pratique, une relation « stimulante, mélodique, parfois jubilatoire »⁵⁹.

57) Cass. com., 7 avr. 2010, n°s 09-12984, 09-13163 et 09-65940 : Bull. civ. IV, n° 70.

58) Nussenbaum M., « Les Echos/Concurrence : la Cour de cassation précise le dommage à l'économie », 27 mai 2010, chron. Club des juristes.

59) Canivet G., *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, 2005, Dalloz, p. 381 à 382.