

Quelle attractivite du système de réparation des préjudices concurrentiels à l'heure des réformes ?

Maurice Nussenbaum

mnussenbaum@sorgemeval.com

Professeur, Université Paris-Dauphine
Président, Sorgem Evaluation
Expert financier agréé par la Cour de cassation

Introduction

1. Quels sont les atouts et les limites de notre système de réparation des préjudices concurrentiels? Il faut tout d'abord rappeler qu'il est fondé sur le principe de la réparation intégrale, c'est-à-dire d'équivalence entre dommage et réparation et que, par ailleurs, il intègre du fait des directives européennes, des notions qui lui étaient auparavant étrangères comme en matière de contrefaçon avec la prise en compte des bénéfices du contrefacteur.

2. Notre système de réparation soulève également des questions de mise en œuvre, en particulier pour déterminer les dommages, du fait de la règle d'appréciation du préjudice à la date du jugement. En conséquence, les indemnités peuvent s'avérer inférieures ou supérieures aux dommages subis.

3. Cependant, le principe de réparation intégrale peut servir de guide à condition d'en élargir la portée tant en ce qui concerne le standard de preuve que la bonne compréhension des notions de coûts subis et de bénéfices perdus dès lors qu'on prend en compte non seulement les coûts effectifs mais aussi les coûts d'opportunité, c'est-à-dire le coût des opportunités auxquelles l'entreprise a renoncé ou n'a pas eu accès en n'employant pas ses ressources de manière optimale.

4. De plus, des mécanismes comme la restitution de gains illicites et la prise en compte de la faute de la victime pourraient constituer des améliorations.

5. Une clarification dans la mise en œuvre du concept de perte de chance constitue également un objectif à atteindre dans une perspective d'une plus grande attractivité.

I. Le principe de réparation intégrale a été dénaturé et intègre des notions étrangères à notre droit avec des dommages qui peuvent excéder la valeur du préjudice

1. Certains modes de fixation des dommages ont un caractère punitif notamment dans le cas de la contrefaçon

6. Les lois de 2007¹ et 2014² ont prévu la possibilité de déterminer les dommages non pas par le préjudice subi mais par la fixation d'une somme forfaitaire supérieure à la redevance indemnitaire ou encore par la prise en compte des bénéfices réalisés par le contrefacteur.

1 Loi 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon.

2 Loi 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle de la République française. Toute utilisation non autorisée, sans la permission écrite de l'auteur, est formellement interdite. Toute réimpression ou utilisation non autorisée sans la permission écrite de l'auteur est formellement interdite. Toute réimpression ou utilisation non autorisée sans la permission écrite de l'auteur est formellement interdite. Toute réimpression ou utilisation non autorisée sans la permission écrite de l'auteur est formellement interdite.

Ces deux mécanismes sont *a priori* étrangers au principe de réparation intégrale.

7. Pour expliquer cette divergence, on évoque la nécessité de dissuader les contrefacteurs, objectif inséparable de la réparation dès lors que l'on choisit la voie judiciaire.

8. Il faut rappeler que dissuasion et réparation ont des implications différentes.

9. Pour la théorie économique, la sanction pour être dissuasive doit être supérieure aux avantages tirés du délit divisés par la probabilité de réparation :

- si cette probabilité est égale à 1 : on retrouve la règle de restitution des gains illicites, car la réparation est égale aux avantages tirés du délit (en supposant que ceux-ci équivalent au dommage subi) ;
- si elle est inférieure à 1 : la réparation efficace est supérieure aux avantages qu'en tire l'auteur du dommage et on retrouve les dommages punitifs ;
- si ce principe n'est pas respecté, l'infraction est encouragée, car l'auteur du dommage aura toujours intérêt à avoir une conduite délictuelle dès lors que la sanction sera inférieure à son espérance de gain.

10. Il existe, cependant, une assez grande hétérogénéité en Europe dans l'application de la directive européenne ayant conduit aux lois de 2007 et 2014 sur la contrefaçon, notamment en ce qui concerne la détermination de la somme forfaitaire prévue par les textes, qui ne précisent pas dans quelle mesure elle peut être supérieure à la redevance indemnitaire. Par exemple :

- en Pologne, dans un arrêt de mai 2015, la Cour suprême a indiqué que la somme forfaitaire devait être le double ou le triple (en cas de faute lourde) de la redevance normale³ ;
- en Allemagne, ce caractère punitif n'a pas été retenu ;
- la Cour de justice européenne dans l'affaire *Systran c/ Union européenne*⁴ a attribué également des dommages punitifs dans la détermination de la somme forfaitaire.

11. L'autre exemple est celui de la prise en compte des bénéfices du contrefacteur qui est également prévue par la loi de 2014 pour indemniser la victime en matière de contrefaçon.

12. Cette possibilité qui paraît réaliste en pratique dans une optique de dissuasion est assez éloignée de la réparation intégrale puisqu'il n'y a pas nécessairement d'équivalence entre les bénéfices du contrefacteur et l'appauvrissement du titulaire du droit.

13. Elle tire son origine du droit anglo-américain, où existent le mécanisme des *restitutionary damages* et les *disgorgement of profits* considérés comme dissuasifs et qui visent à annuler les avantages tirés d'une infraction en les transférant à la victime.

14. Le système anglais de réparation basé sur les gains de l'auteur du dommage distingue en effet :

- les *restitutionary damages*, qui sont indépendants du caractère intentionnel ou non de la faute. Ils ont un objectif compensatoire et correspondent aux revenus normaux détournés ;
- les *disgorgement damages*, qui supposent le caractère intentionnellement lucratif. Ils sont indépendants du gain potentiellement manqué et correspondent à l'enrichissement de l'auteur du dommage⁵.

2. Les dommages peuvent également excéder la valeur du préjudice du fait de leur appréciation à la date du jugement

15. Ce principe est consacré par notre système de réparation. Cependant, entre la date de la réalisation du préjudice et celle du jugement à laquelle les dommages et intérêts sont appréciés, la causalité peut être rompue par la survenance d'événements extérieurs à la faute.

16. En effet, la victime sera indemnisée de l'aggravation du dommage jusqu'à la date du jugement si elle n'est pas de son fait et sans nécessairement tenir compte des actions qu'elle aurait pu mener pour le réduire (absence de *duty to mitigate* en droit français).

17. Cette approche est différente de celle de la *common law* dans le cadre des *expectation damages*, qui est plus proche de la logique économique et qui intègre la capacité du demandeur à réduire les conséquences du préjudice (avec le principe de *mitigation*).

3. Le cas de la rupture brutale des relations commerciales établies

18. L'application de l'art. L. 442-6 conduit dans la jurisprudence à indemniser la victime indépendamment du préjudice qu'elle a effectivement subi et de son éventuelle reconversion, puisqu'il ne considère pas qu'elle doive être prise en compte pour déterminer la durée du préavis et calcule une marge théoriquement perdue.

3 M. Vivant (ed.), *European Case Law on Infringements of Intellectual Property Rights*, Bruylant, 2016, p. 212

4 Arrêt de la Cour (1^{re} ch.) du 18 avril 2013, *Commission européenne c/ Systran SA et Systran Luxembourg SA* – aff. C-103/11P.

5 J. Edelman, *Gain-Based Damages*, Chap. 3, Hart Publishing, 2002.

II. Mais l'indemnité peut aussi être inférieure au dommage subi

19. Notamment dans le cadre de la perte de chance :

- pour la Cour de cassation, la perte de chance consiste en “[l]a disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable”;
- et “[l]a réparation d'une perte de chance 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”;
- pour la doctrine: “Elle permet d'indemniser partiellement une victime pour le préjudice qu'elle a subi lorsque le fait générateur semble avoir joué un rôle dans sa survenance sans que l'on ait la certitude qu'il en est la cause.”

20. Dans certains cas on qualifie de perte de chance ce qui est en fait une perte certaine, comme dans le cas des préjudices boursiers⁶.

21. Si un investisseur a payé trop cher un titre du fait d'une information mensongère, il a effectivement subi un préjudice qui réside dans l'écart entre le cours normal et le prix payé et non seulement, comme le sous-entend la jurisprudence, de la perte de chance d'effectuer un arbitrage éclairé sur l'emploi de ses fonds par la victime. Cela suppose d'individualiser les préjudices et de recourir aux méthodologies économiques appropriées pour mesurer ce préjudice.

22. De ce fait, le recours à la perte de chance peut contribuer à rendre peu attractif notre système d'indemnisation du fait de l'imprévisibilité qu'il comporte, mais en même temps elle permet d'indemniser partiellement des préjudices qui ne le seraient pas dans la *common law* du fait de l'incertitude existant dans la causalité entre faute et dommage au sens de la valeur de la chance perdue.

6 Rapport du Club des juristes, L'évaluation du préjudice financier de l'investisseur dans les sociétés cotées, novembre 2014.

III. Le principe de réparation intégrale peut cependant servir de guide à condition d'en élargir sa portée

1. En adoptant le standard de preuve adapté

23. Le guide de la Commission européenne de 2013⁷ a posé, dans un souci d'efficacité, la règle selon laquelle les autorités judiciaires devront veiller à ne pas exiger des preuves impossibles à fournir et permettre aux demandeurs, victimes de pratiques anticoncurrentielles, d'avoir un accès minimal aux éléments de preuve dont ils ont besoin pour démontrer le bien-fondé de leur demande (principe d'effectivité).

24. Unidroit a de son côté consacré le principe de la certitude raisonnable.

25. Par ailleurs, ce problème d'accès aux preuves est largement évoqué dans le projet de décret et d'ordonnance relatif aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles (projet relatif aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles transposant la directive européenne⁸).

26. Enfin, il s'agit de calibrer l'exigence de précision dans l'évaluation des dommages à la dimension de l'enjeu: on ne peut exiger une preuve à l'euro près pour un préjudice en k€.

2. En maîtrisant bien les concepts à mettre en œuvre dans la réparation intégrale tant en ce qui concerne l'appréciation des coûts subis que des bénéfices perdus

27. La réparation, en matière quasi délictuelle consiste en la remise en état comme s'il n'y avait pas eu de faute et de préjudice. Cela comprend principalement les pertes

7 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, 2013.

8 Directive européenne n° 2014/104 du 26 novembre 2014.

éprouvées, c'est-à-dire les coûts supplémentaires passés et futurs et le manque à gagner résultant de la situation.

28. Il s'agit le plus souvent de dommages compensatoires puisqu'il est impossible de remettre la victime strictement dans la situation d'avant le préjudice.

29. En matière contractuelle, on va plutôt replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si le contrat s'était déroulé normalement.

30. En droit anglo-américain on parle d'*expectation damages* alors que dans le cas de la simple remise en état, il s'agit de *reliance damages*.

31. Qu'il s'agisse de pertes subies ou de manque à gagner, des questions se posent concernant l'appréciation des coûts subis et les bénéfices perdus.

2.1 La question des coûts subis

32. Il s'agit des coûts supplémentaires par rapport à ceux qui préexistaient ou qui auraient dû être les coûts normaux. De ce fait :

- il peut s'agir généralement de coûts variables ou de coûts fixes, selon qu'ils sont dépendants ou non du niveau de production ;
- il peut s'agir de coûts de personnels supplémentaires ou de coûts de remise en état.

33. La question souvent soulevée est celle de la prise en compte d'une partie des coûts fixes, par exemple le temps perdu par l'entreprise pour gérer le sinistre.

34. Dès lors qu'ils auraient été supportés même en l'absence de sinistre ils ne sont pas la conséquence directe du sinistre.

35. Par contre, si le fait d'avoir dû concentrer des ressources fixes pour gérer le sinistre a fait perdre des opportunités commerciales, il s'agira alors d'un manque à gagner complémentaire.

36. On retrouve ici la notion de coût d'opportunité qui correspond aux pertes subies ou manques à gagner résultant de l'affectation de ressources à un usage donné (ici la gestion du préjudice). Ce concept permet de faire le pont entre les coûts subis, caractérisés par des flux négatifs et les manques à gagner.

2.2 La question des bénéfices perdus

37. Ils peuvent se produire aussi bien en matière contractuelle que quasi délictuelle. En quoi consistent-ils ? La jurisprudence parle alternativement de marge brute ou de bénéfice perdu.

38. Dans le domaine de la rupture brutale des relations commerciales établies :

- CA Paris, 19/01/2004 – moyenne du bénéfice réalisé antérieurement à la rupture ;
- CA Paris, 19/01/2011 – perte de marge brute de la victime pendant la durée de préavis non respectée ;
- CA Paris, 19/01/2011 – “la notion de marge sur coûts variables” est plus approprié que celle de marge brute ou de résultat d'exploitation en matière de prestation de services.

39. Il ressort de ces décisions qui ne motivent pas précisément le calcul des dommages une impression de flou, car la décision ne permet pas de construire une méthodologie et par là même d'avoir une prévisibilité suffisante.

40. Parfois la marge brute est entendue comme la différence entre le prix de vente (PV) et le prix d'achat (cas de la distribution) ou comme la différence entre PV et prix de revient (PR), c'est-à-dire coût de production ou d'acquisition.

41. Il faut remplacer cette notion par celle de marge sur coûts évitables ou économisés, comme l'a définie la Commission européenne⁹ en matière de pratiques anticoncurrentielles.

42. La marge sur coûts évitables correspond au chiffre d'affaires perdu diminué des coûts économisés. En matière de rupture brutale, ce sera plus souvent la marge sur coûts variables c'est-à-dire :

- chiffre d'affaires – coûts variables ;
- avec coûts variables = coûts dépendant du niveau de production.

43. Un producteur déréférencé brutalement pourra invoquer ce type de marge perdue. Par contre, s'il a dû procéder à des licenciements, ceux-ci pourraient ne pas être imputés à la brutalité de la rupture mais à la rupture elle-même.

44. Le coût variable peut ne pas être calculé à l'unité produite mais globalement, notamment dans le cas d'une perte de clients pour un éditeur de logiciels.

45. Dans de nombreuses activités de services, l'essentiel des coûts sont fixes, sauf s'ils sont amenés à varier avec le niveau global de production : loyers, assurance, entretien... Il est donc nécessaire d'analyser la comptabilité analytique et générale et de suivre l'évolution des coûts d'une année sur l'autre.

46. De plus, à long terme, tous les coûts deviennent variables, car :

⁹ Communication de la Commission, Orientation sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (texte présentant de l'intérêt par l'EEE 2009/c 45/02 § 26. Le coût évitable moyen est la moyenne des coûts qui auraient pu être évités si l'entreprise n'avait pas produit une unité supplémentaire).

- le niveau de la masse salariale s'ajuste ;
- les contrats de location de matériels sont résiliés ;
- et la marge perdue devient le résultat d'exploitation dont a été privée l'entreprise: $Rex = (CA - CF - CV)^{10}$.

47. Il convient donc de se poser la question de la nature des coûts réellement économisés, qui peuvent comprendre, en sus des coûts variables, une partie des coûts fixes, et de s'appuyer sur des données de comptabilité générale et analytique.

3. En intégrant la possibilité d'obtenir la restitution des gains illicites

48. Cette possibilité doit être comprise comme un mode de fixation des dommages, ce qui exclut que cette restitution soit préemptée sous forme d'amende civile comme le prévoit le projet de 2016 de réparation des fautes lucratives, c'est-à-dire celles qui, malgré les dommages et intérêts, laissent à l'auteur du préjudice une marge bénéficiaire pour qu'il ait intérêt à la commettre, notamment la concurrence déloyale ou le parasitisme.

49. Cette possibilité devrait être limitée aux fautes intentionnelles dépassant la simple négligence, car la victime a été privée d'une négociation, celle qui l'aurait conduite à refuser l'usage de certains de ses actifs, généralement immatériels, marques, brevets, notoriété...

50. Le prix qui se serait établi dans cette négociation fictive constitue pour elle un coût d'opportunité, c'est-à-dire une perte de revenu correspondant à la perte d'une opportunité. Le prix est celui qui aurait rendu inintéressant ou dissuasif l'acte illicite. Nul n'est besoin d'en confisquer une partie sous forme d'amende civile sauf si on l'affecte d'un multiple destiné à lui conférer un caractère punitif.

51. L'analyse juridique et économique de cette restitution demeure un objet de débat, car elle ne correspond pas au concept de réparation intégrale. De ce fait, beaucoup de systèmes juridiques n'ont pas adopté cette possibilité. En cette absence, il en résulte que la faute lucrative peut s'avérer rentable.

52. Les systèmes de *common law* s'avèrent plus pragmatiques en l'espèce et admettent sa mise en œuvre dans certaines situations de fautes intentionnelles. Les principes européens de la *tort law* reconnaissent également que les profits de l'auteur de la faute ne doivent pas lui bénéficier¹¹.

10 Résultat d'exploitation = chiffre d'affaires – coûts fixes – coûts variables.

11 Cf. E. Hondius - A. Janssen (eds) - *Disgorgement of Profits*, *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law* – Vol 8 – Springer 2015

53. Notre système gagnera en compétitivité s'il prend une position claire et pragmatique en la matière, notamment en matière de contrefaçon, car le texte ne précise pas si la prise en compte des bénéfices du contrefacteur s'ajoute ou se substitue à la marge perdue sur la masse contrefaisante.

4. Prise en compte de la faute de la victime

54. L'obligation de minimiser son propre dommage (*duty to mitigate*) existe dans la *common law* et sa démonstration incombe à la victime, qui doit établir qu'elle a contribué à réduire son préjudice.

55. Cette règle répond à une logique économique si l'objectif collectif est de rechercher l'efficacité dans l'allocation des ressources en minimisant la somme des dommages et des coûts de précautions¹². Seule la volonté politique et morale de protéger la victime s'y oppose.

56. Son origine réside dans l'obligation d'un comportement raisonnable de la part de la victime pour réduire son préjudice. Le principe est largement admis en droit anglo-américain.

57. Plusieurs décisions récentes de la Cour de cassation ont rappelé que ce principe n'était pas en vigueur en France¹³ sauf à invoquer une faute séparable ou à sanctionner l'attentisme de la victime ayant notamment conduit à une aggravation du préjudice à travers la mise en œuvre de la causalité stricte (ancien art. 1151 / nouveau 1231-4) en invoquant l'idée qu'une partie du dommage n'est pas la conséquence directe de la faute. La Cour de cassation a notamment admis que la victime ne devait pas contribuer à aggraver son préjudice¹⁴.

58. En pratique, il est cependant fréquent qu'en matière d'évaluation de préjudice, l'expert prenne en compte cette éventuelle contribution de la victime à son propre dommage.

59. Cette position de principe restrictive de la Cour de cassation constitue un élément négatif de positionnement concurrentiel de notre système de réparation alors que cette obligation est généralement acceptée dans le commerce international.

12 cf. S. Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, 2009.

13 Cass. 1^{re} civ., 2 juillet 2014, n° 13-17-599 : "(...) vu l'article 1382 du Code civil, l'auteur d'un dommage doit en réparer toutes les conséquences et la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable."

14 *JCP G*, 23 avril 2012, doctr. 530, note de P. Stoffel-Munck.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, des poursuites judiciaires pouvant intervenir à ce titre. Toute réimpression ou diffusion sans autorisation écrite de l'éditeur est formellement interdite. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, des poursuites judiciaires pouvant intervenir à ce titre. Toute réimpression ou diffusion sans autorisation écrite de l'éditeur est formellement interdite.

