



par
Mikaël OUANICHE
Expert-comptable et Commissaire aux comptes,
OCA - Organisation, Conseil, Audit

QU'IL S'AGISSE DE LITIGES COMMERCIAUX, ÉCONOMIQUES OU FINANCIERS, LA RECHERCHE DE RÉPARATION FINANCIÈRE EST LE PRINCIPAL MOTEUR — ET POUR CAUSE ! — DU DÉCLENCHEMENT DES PROCÉDURES CONTENTIEUSES. POURTANT, LORS DU DÉROULEMENT DES PROCÉDURES JUDICIAIRES OU ARBITRALES, LA QUESTION FONDAMENTALE DE L'INDEMNISATION EST SOUVENT TRAITÉE DE MANIÈRE SECONDAIRE ET INSUFFISAMMENT ANTICIPÉE.

Litiges et réparation financière : mode d'emploi

en savoir plus

► « La détermination et l'évaluation du préjudice réparable : principes généraux et principes en émergence », *Transnational Rules in International Commercial arbitration, Dossier of the Institute of International Business Law and Practice (1993)*, p. 209



DANS DE TROP NOMBREUX CAS, les efforts déployés par les parties et leurs conseils se concentrent exclusivement sur les questions d'ordre juridique, les réclamations financières demeurant, quant à elles, présentées de manière approximative. Ainsi, il n'est pas rare de voir des sociétés, pourtant bien conseillées et disposant de services juridiques compétents, sortir victorieuses d'après batailles juridiques... et se voir octroyer des dommages et intérêts insignifiants en raison de l'insuffisance de justification et de documentation de l'évaluation de leur préjudice.

POURQUOI LA JUSTIFICATION DU PRÉJUDICE ÉCONOMIQUE EST-ELLE SOUS-ESTIMÉE ?

Une raison doctrinale. Si la question de la notion de préjudice a fait l'objet d'une interprétation doctrinale et jurisprudentielle abondante quant à sa définition, à la nature du lien de causalité devant exister entre la faute et le dommage, au concept de réparation inté-

grale... le droit français demeure en revanche très discret lorsqu'il s'agit d'aborder la difficile question de l'évaluation du dommage. Alors que les jurisprudences du *Common Law* ont depuis longtemps accordé une large place aux modalités de détermination du *quantum*, le droit français, en considérant cette problématique comme une question de fait relevant de l'appréciation souveraine du juge du fond, a longtemps évité de préciser en quoi devrait consister un juste calcul du préjudice.

Une raison procédurale. Les parties considèrent souvent que la question de l'évaluation du préjudice sera traitée postérieurement à la décision de justice, dans le cadre d'une procédure d'expertise. Ce raisonnement est toutefois risqué puisque la désignation d'un expert n'a rien de systématique et que le montant de la réparation peut parfaitement être fixé par le juge ou le tribunal arbitral qui sont souverains en la matière. De plus, dans la procédure civile, la partie *d e m a n d e r e s s e* conserve la charge de la preuve et l'expert n'a pas pour vocation de se substituer à elle pour la détermination du *quantum*. En l'absence de preuves suffisantes versées à l'expertise par la victime, l'expert sera donc

contraint d'adopter une position défavorable et ce, d'autant plus aisément que la partie adverse ne manquera pas de souligner l'incapacité de l'adversaire à justifier sa réclamation. Enfin, en l'absence d'analyse préalable, la victime risque de se trouver dans la situation inconfortable de devoir revenir, en phase d'expertise, sur des chiffres erronés, annoncés à la légère lors des premières écritures.

Une raison technique. Rares sont les cabinets d'avocats qui comptent en leur sein des experts financiers capables d'apporter à la question du préjudice le même souci du détail que pour les aspects juridiques du dossier. D'où la tentation compréhensible de remettre à plus tard cette question pourtant cruciale. Dans

le même ordre d'idée, on constate chez certaines entreprises de taille significative que les dossiers de contentieux sont quasi-exclusivement traités par le pôle juridique alors que les directions financières et opérationnelles, à qui revient pourtant la responsabilité du

LES DIRECTIONS FINANCIÈRES INTERVIENNENT DE MANIÈRE TROP TIMIDE

chiffrage, interviennent de manière trop timide, et surtout trop tardive dans la gestion des dossiers de litiges. Comme pour toute stratégie guerrière, la gestion d'un dossier de réclamation demande

donc une préparation rigoureuse dès le début de la procédure, qui nécessite l'implication des différentes compétences juridiques, techniques et financières internes ou externes à l'entreprise. L'objectif de ce travail est de permettre la construction en amont d'une argumentation cohérente et solidement étayée par des preuves indiscutables. Encore convient-il de respecter un certain nombre de principes et de règles méthodologiques.

PRINCIPES ET MÉTHODOLOGIE DE L'ÉVALUATION DE PRÉJUDICE

La réparation du préjudice économique trouve son fondement dans une théorie générale de la responsabilité qui puise sa définition aux articles 1382 du Code civil en matière délictuelle et 1151 pour ce qui concerne le droit des contrats. La méthodologie d'évaluation de préjudice est gouvernée par trois grandes notions.

La notion de préjudice, qui peut s'analyser sous la forme d'un coût matériel lié à la réparation ou au remplacement de l'actif affecté, auquel s'ajoute une

atteinte immatérielle dont la nature diffère selon la catégorie du bien (perte de jouissance s'agissant d'un « actif patrimonial » ne générant pas de revenu ou perte de profit s'agissant d'un actif destiné au contraire à faire l'objet d'une exploitation économique).

La notion de perte de chance est très fréquente dans la vie des affaires, par exemple lorsqu'un contrat sur le point d'être signé est finalement perdu suite à une faute. Si la perte de chance constitue bien une certitude dans son principe, le niveau de probabilité que cette chance avait de se réaliser avant la survenance de la faute doit, quant à lui, être finement analysé pour apprécier l'étendue du préjudice.

La notion de réparation intégrale, édictée par le célèbre arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 16 décembre 1970 : « *Le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* ». On retrouve ce principe en matière arbitrale, par exemple

dans la sentence CCI n°5910 de 1988 : « *s'agissant de l'allocation de dommages et intérêts du chef de l'inexécution d'un contrat, la demanderesse doit être replacée dans la situation qui eut été la sienne si la défenderesse avait correctement rempli les obligations qui lui incombait* ».

LES LIMITES DU PRINCIPE DE RÉPARATION INTÉGRALE : LE CAS DE LA CONTREFAÇON

La méthodologie qui vient d'être présentée (cf. tableau « *Évaluation du préjudice économique : les cinq étapes clés* ») constitue un cadre général qui peut s'appliquer à la majorité des situations rencontrées. Les entreprises victimes de contrefaçon constituent toutefois une exception notable, dans la mesure où la stricte application du principe de réparation intégrale ne permet pas de parvenir à une juste indemnisation des justiciables.

Le cas d'une société évoluant dans le secteur du luxe victime de l'exploitation illicite de sa marque. En application du principe de réparation intégrale, la détermination du ■■■

Évaluation du préjudice économique : les cinq étapes clés

1 Identification des postes de préjudice de concert avec l'entreprise victime et ses conseils juridiques

2 Valorisation des pertes matérielles subies sur la base des coûts engagés. On peut à ce titre adopter deux approches alternatives : soit l'on considère la valeur nette comptable des biens détruits, soit l'on retient leur coût de remise en état, de réparation ou de remplacement. Quelle que soit la méthode retenue, le traitement comptable par l'entreprise victime de la destruction des biens visés doit faire l'objet d'une analyse détaillée

3 Détermination de la perte de profit. L'application du principe de réparation intégrale nécessite de reconstruire le business plan de l'entreprise victime en fonction des hypothèses qui étaient prévisibles avant la survenance du fait générateur de la réclamation. Cette approche rétrospective nécessite une analyse rigoureuse pour déterminer les tendances de l'activité à la date considérée et apprécier le degré de variabilité des charges d'exploitation ainsi que l'élasticité des postes de revenus et de charges à prendre en compte. Les problématiques à envisager sont multiples et souvent complexes : Quel périmètre temporel doit-on considérer ? Quelle tendance observait-on sur le(s) marché(s) de l'entreprise victime sur la période considérée ? Quelles limites en termes de capacité techniques doit-on prendre en compte ? Quel traitement accorder aux facteurs exogènes survenus postérieurement au fait générateur du préjudice ? Comment calculer les économies réalisées et les revenus résultant de la survenance même de la faute (les « externalités » positives) ?

4 Appréciation du préjudice moral : notamment perte de jouissance, perte d'image et de réputation

5 Capitalisation des flux de trésorerie passés et actualisation des flux futurs

■ ■ ■ manque à gagner consiste à estimer, d'une part, l'incidence de l'avilissement de la marque et de la perte d'image sur la marge opérationnelle de l'entreprise victime (baisse des prix, augmentation des dépenses publicitaires, perte de part de marché, etc.) et, d'autre part, le niveau des ventes captées de manière illicite par le contrefacteur au détriment de la victime.

Sur le premier point, la démonstration d'un lien de causalité direct et exclusif entre l'acte de contrefaçon et la dépréciation de la marque est source de difficultés, en raison de la multiplicité des facteurs exogènes et du caractère immatériel de l'actif déprécié.

Sur le second aspect, le problème fréquemment rencontré réside en ce que le volume des ventes perdues au profit du contrefacteur est nécessairement limité par les capacités économiques de l'entreprise victime.

Plusieurs facteurs doivent être pris en compte :

- la capacité de production effective de l'entreprise : il est possible dans certains cas que la victime ne dispose pas des moyens nécessaires à la production des quantités écoulées par le contrefacteur ;
- le niveau d'élasticité de la demande par rapport au prix de vente : les quantités contrefaites correspondent la plupart du temps à des produits de qualités

et de prix sensiblement inférieurs aux originaux. Pour déterminer le niveau effectif de vente perdue, il convient donc d'apprécier la sensibilité de la demande par rapport au niveau de prix pratiqué. Sauf exception, les ventes perdues par la victime ne sauraient ainsi être équivalentes à la masse contrefaisante compte tenu du différentiel de prix entre les produits du contrefacteur et ceux de la partie lésée ;

- les contraintes financières, techniques, juridiques ;
 - l'étendue du réseau de distribution, notamment sur certains marchés à l'étranger ;
 - l'existence éventuelle de produits substituables sur le marché ;
- L'application du principe de réparation intégrale peut ainsi avoir pour conséquence de réduire le montant des dommages et intérêts à un niveau inférieur au profit réalisé par le contrefacteur.

Pour éviter le risque de « faute lucrative », la loi n°2007-1544 du 29 octobre 2007 a introduit une innovation majeure, en prévoyant que la fixation des dommages et intérêts, devra désormais être déterminée en « prenant en considération », non seulement « les conséquences économiques négatives de la contrefaçon dont le manque à gagner » et « le préjudice moral », mais également « les bénéfices réalisés par

le contrefacteur ». La loi de 2007 prévoit enfin que la partie lésée peut, à titre d'alternative, solliciter une indemnisation forfaitaire au moins égale au montant des redevances contractuelles qu'un licencié aurait dû acquitter. Cette disposition introduit ainsi l'idée d'un montant plancher de dommages et intérêts reposant sur le calcul d'une redevance indemnitaire. Sur ce point, la détermination des taux de redevance à retenir ainsi que le montant de la masse contrefaisante à déterminer, constitueront autant de paramètres à prendre en compte dans les contentieux à venir.

L'IMPLICATION DES DIRECTIONS OPÉRATIONNELLES ET FINANCIÈRES

Le fort degré de technicité des problématiques évoquées plus haut requiert l'implication des directions opérationnelles et financières pour collecter l'ensemble des éléments de preuve. L'intervention d'experts-comptables spécialisés, peut également, dans ces contextes spécifiques, s'avérer nécessaire pour formaliser et documenter les réclamations, rédiger des rapports techniques destinés à être annexés aux écritures des avocats, et assister les parties dès les premières phases de la procédure. La cohérence globale de l'approche retenue est d'autant plus importante qu'elle devra par la suite soutenir l'épreuve d'une revue contradictoire par les parties adverses et/ou les experts de la procédure. ■



le blog des professions financières par la DFCG

BIENVENUE SUR LE BLOG DE LA DFCG !

Consacré à l'actualité de la fonction finances-gestion, celui-ci est animé quotidiennement par les membres du comité scientifique de l'association et des spécialistes de la finance. N'hésitez pas à le consulter régulièrement et à prendre part aux débats qui y sont lancés en commentant les articles publiés.

Découvrez le Blog des professions financières par la DFCG !

www.dfcg.com/blog