

par

Christian HAUSMANN

Avocat à la Cour, Squire Sanders Hammonds
Coauteur de *Les Garanties de Passif* chez EFE, Édition 2007.

Mikaël OUANICHE

Expert-comptable et commissaire aux comptes, OCA Audit & Corporate Finance
Auteur de *La Fraude en Entreprise* chez MAXIMA, Édition 2009.

Guillaume de LAGASNERIE

Expert-comptable et commissaire aux comptes, LT&Associés

SOUS L'INFLUENCE DES JURISPRUDENCES ANGLO-SAXONNES, LES INSTANCES JUDICIAIRES ET ARBITRALES DE NOTRE PAYS ONT CES DERNIÈRES ANNÉES SENSIBLEMENT ACCRU LEUR NIVEAU D'EXIGENCE EN MATIÈRE DE JUSTIFICATION DU PRÉJUDICE ÉCONOMIQUE!

Litiges, sinistres et réparation du préjudice

Quelle méthodologie ?

L'ENTREPRISE VICTIME d'un dommage (sinistre, rupture en inexécution contractuelle, malfaçon, fraude, etc.) doit être en mesure de justifier sa demande de réparation par la mise en œuvre d'une méthodologie solide et la constitution progressive d'un dossier de réclamation étayé par des éléments de preuve incontestables. Dans ce contexte de professionnalisation croissante des techniques de détermination du préjudice, la question centrale de la conservation de la preuve se pose avec d'autant plus d'acuité qu'un laps de temps, parfois très long, peut s'écouler entre la survenance du fait dommageable et la demande de réparation, plus est de l'instruction de la demande par l'instance judiciaire ou arbitrale.

On constate en effet, dans la pratique, que les organes de direction et les départements opérationnels sur lesquels ils s'appuient, appliqués à gérer dans l'urgence les problèmes immédiats, omettent de déclencher les mesures visant à assurer la préservation de l'information comptable, économique, technique et financière, permettant de justifier ultérieurement le chiffrage du préjudice subi.

Afin d'éviter le risque de déperdition de la preuve, les différentes techniques de l'entreprise — comptables, financières, informatiques et juridiques — doivent donc être mises à contribution sous le pilotage d'un acteur clairement désigné, juriste (*claim manager*) ou financier (expert-comptable spécialisé), dès la survenance du fait dommageable et ce, tout au long de la procédure d'indemnisation.

COMMENT L'ENTREPRISE PROUVE-T-ELLE SON PRÉJUDICE ?

La réparation du préjudice économique trouve son fondement dans la théorie générale de la responsabilité qui puise sa définition aux articles 1382 en matière délictuelle et 1151 pour ce qui concerne le droit des contrats du Code civil.

Le principe général est celui de la réparation intégrale, édicté par l'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* ».

Concrètement, l'application de ce principe doit conduire l'entreprise à formuler sa réclamation au titre de deux chefs de préjudices : d'une part, les coûts exceptionnels engagés (*Damnum Emergens*) en raison du fait dommageable, et d'autre part, les gains manqués (*Lucrum Cessans*) pouvant s'analyser comme la différence entre la marge sur coûts variables historiquement constatée et la marge sur coûts variables reconstituée en l'absence de fait dommageable.

Une véritable réflexion doit être conduite en amont afin d'identifier les différents chefs de préjudice résultant de cette définition. Avec l'assistance conjointe de l'expert-comptable, de l'avocat et de ses conseils techniques, l'entreprise victime doit délimiter précisément le périmètre du dommage réparable en prenant soin

de distinguer les préjudices « calculables », devant faire l'objet d'une démonstration financière documentée, des préjudices relevant d'une appréciation subjective (préjudice moral, préjudice d'image, voire perte de chance, etc.).

Concernant les préjudices financiers, la recherche de preuve nécessite l'utilisation d'informations spécifiques que l'entreprise doit être en mesure de produire et de conserver en vue d'obtenir une juste réparation.

Prouver les pertes matérielles et les surcoûts.

Ce poste de préjudice ne présente pas, *a priori*, de difficulté conceptuelle particulière puisqu'il s'agit de recenser les coûts directement engagés par l'entreprise victime et de rassembler les factures d'achat correspondantes. Si le travail de réparation a été effectué en interne, il faudra que l'entreprise puisse aussi en justifier, idéalement par une facturation intra-entreprises.

Encore convient-il que l'entreprise soit en mesure, d'une part, d'identifier ces coûts de manière précise, probante et exhaustive en comptabilité et, d'autre part, de matérialiser le lien de causalité existant entre les coûts réclamés et le fait dommageable.

• **Isoler les coûts en comptabilité.** Dès la survenance du fait dommageable, il est urgent de créer une ou plusieurs section(s) analytique(s) spécifique(s) afin d'isoler, lors de leur comptabilisation, les charges susceptibles de donner lieu à indemnisation. Un circuit de validation des imputations analytiques au ■■■

■ ■ ■ sein de cette rubrique doit être mis en œuvre par la même occasion.

• **Exiger des factures fournisseurs au libellé clair et précis.** On constate souvent que les contrats signés, les bons de commande et les factures fournisseurs sont insuffisamment détaillés et ne mettent pas en évidence le lien de causalité entre les coûts engagés et le fait dommageable. Il est donc important d'exiger de ses fournisseurs, notamment de ses prestataires de services, de faire figurer sur leurs factures des libellés clairs et précis, et mentionnant le cas échéant le lien entre la prestation effectuée et le fait dommageable (numérotation, datation, objet ou nom de code spécifique à l'affaire).

• **Procéder à une analyse régulière des biens devenus**

inutilisables. Lorsque des biens figurant en stock ou en immobilisation à l'actif de l'entreprise deviennent inutilisables, il convient de comptabiliser leur dépréciation ou leur sortie du bilan à la date de survenance du fait dommageable. Les écritures doivent elles-mêmes être sous-tendues par des pièces justificatives probantes (constats d'huissier, procès-verbaux de mise au rebut, relevés d'inventaire, etc.).

Notons qu'en matière d'immobilisation, le montant comptabilisé ne correspond pas nécessairement à celui du préjudice subi. En effet, en cas de mise au rebut, il peut être retenu soit la valeur nette comptable des biens détruits, soit leur coût de remplacement. L'option pour la deuxième possibilité nécessite d'être en mesure d'établir le coût de remplacement par l'établissement de devis pour du matériel comparable, à la date de la mise au rebut du matériel détruit.

Au surplus, l'entreprise devra se constituer des preuves de la destruction des biens devenus inutilisables, de leur mise au rebut ou de leur remise à un tiers chargé de les détruire.

Prouver la perte de profit. Une perte de profit se démontre en comparant la performance financière historique de l'entreprise avec la performance financière reconstituée qui aurait pu être réalisée en l'absence de dommage.

• **Établir la performance financière historique** nécessite d'avoir à disposition un compte de résultat analytique spécifique sur l'ensemble de la période au titre de laquelle sera chiffré le préjudice, mettant notamment en évidence :

- les différentes activités de l'entreprise : ces dernières ont pu être impactées différemment par le fait dommageable. Elles doivent donc faire l'objet d'une analyse différenciée ;

- le niveau de marge sur coût variable : afin de déterminer le préjudice d'exploitation, il convient en effet de déduire du montant de la perte de chiffre d'affaires, les coûts variables qui auraient été économisés en l'absence de dommage. D'où la nécessité de procéder très en amont à une analyse détaillée des diffé-

rents critères de variabilité des charges et de leurs coefficients d'élasticité ;

- les produits et charges directement liés au fait dommageable : ces derniers doivent être isolés afin d'éviter le risque de double prise en compte avec les éléments recensés au titre du premier chef de préjudice ;

- les charges de personnel : ces charges doivent faire l'objet d'une analyse en termes d'effectifs (équivalent temps plein), de salaires moyens et de taux de charges sociales. Une ventilation par catégorie de personnel et/ou d'activités peut en outre s'avérer nécessaire.

La production d'attestations du commissaire aux comptes validant la conformité de ces données analytiques avec les états financiers certifiés constitue un élément de preuve solide. Il est impératif d'assurer la conservation et la cohérence de ces informations pour l'ensemble de la période de réclamation pouvant s'étaler sur plusieurs exercices.

Reconstituer la performance financière en l'absence de dommage :

• **Il faut donc établir un budget pluriannuel** détaillé à la date de survenance du dommage, en excluant de l'analyse les incidences du fait dommageable. Le budget doit être construit selon le même format que le compte de résultat analytique présenté plus haut, afin de faciliter le travail de comparaison budget/réalisé

à l'origine du calcul du préjudice. Toutes les hypothèses retenues pour l'établissement de ce budget doivent être solidement justifiées, en s'appuyant notamment sur des données historiques internes à l'entreprise ou propres à son secteur d'activité. Une mise à jour régulière du budget devra être effectuée tout au long de la période de sinistralité.

• **Conserver les données statistiques du ou des marché(s)** dans le(s)quel(s) évolue l'entreprise : les indicateurs conjoncturels externes influant sur l'activité de l'entreprise (cours des matières premières, conditions financières d'octroi de prêts, taux de change de devises, part de marché, etc.) doivent être identifiés et conservés avec soin. Il peut en effet être difficile d'accéder à ces indicateurs plusieurs années après la survenance des dommages.

L'ensemble des mesures proposées nécessite de la part de l'entreprise victime un véritable travail d'anticipation pour collecter efficacement et conserver l'ensemble des preuves nécessaires à la démonstration de son préjudice. Il est donc préconisé que, dès la survenance du dommage, l'entreprise victime désigne un *claim manager* ou un *project manager* chargé de gérer le dossier d'indemnisation et de coordonner les services concernés de l'entreprise.

Une réflexion doit être menée en amont par l'entreprise et ses conseils afin de définir le périmètre des préjudices subis, de s'assurer de la capacité de ses processus comptables et opérationnels à isoler et conserver les données nécessaires au calcul du quantum. Bien mises en place et respectées, ces procédures et la méthodologie adéquate sont de nature à faciliter grandement le travail ultérieur d'évaluation et de justification du préjudice subi, et de permettre d'optimiser les chances pour l'entreprise d'obtenir une réparation équitable et ce, dans des délais raisonnables.

L'évaluation du préjudice subi par une entreprise dont elle entend obtenir réparation d'un tiers, fautif ou non, est un travail complexe qui nécessite une coopération étroite entre l'entreprise victime et les différents professionnels de métier choisis.

Cette interprofessionnalité comprend évidemment les spécialistes du chiffre et du droit, mais également des économistes et, selon l'environnement

industriel et la nature du préjudice, des experts techniques, comme les ingénieurs, les spécialistes en planning industriel, les consultants en matière d'environnement, sans oublier les fiscalistes. Vu l'ampleur du travail et sa complexité, sans minimiser les difficultés inhérentes au travail en équipe de professionnels de spécialités différentes, l'entreprise qui, par sa taille et son activité subit des dommages avec une certaine fréquence, a grand intérêt à mettre en place un système préventif des risques et de se doter d'un service chargé à la fois de la prévention et du suivi des contentieux. Le juge français appréciait traditionnellement le montant du préjudice de manière quasi souveraine, parfois en faisant appel à un expert.

La tendance moderne est que le juge, à l'instar des pays anglo-saxons, s'attend à ce que la demanderesse prouve le préjudice subi et justifie le montant des dommages qu'elle réclame. Évidemment, la demanderesse a la charge de la preuve, non seulement des responsabilités encourues, mais également du préjudice subi, de la causalité et du montant de l'indemnité destiné à réparer l'intégralité du préjudice et ses accessoires.

Le droit français n'admet pas les dommages exemplaires ou punitifs. On observe toutefois une timide tendance dans cette direction.

Le constat effectué sur la pratique des tribunaux français doit être adapté si le litige est soumis à un tribunal arbitral, notamment en matière internationale. Il est recommandé en toutes circonstances, de privilégier la prévention des risques. Dès la survenance du sinistre, il faut constituer l'équipe *forensic* et collecter toutes les preuves disponibles.

Imaginez un sinistre du type Erika ou AZF. Quelques heures après la catastrophe, des intervenants de toute obédience convergent vers le site du sinistre avant que celui-ci ne soit sécurisé, qu'il s'agisse de la police, des gendarmes, pompiers, journalistes, sous-traitants, le personnel de l'entreprise elle-même victime, pour n'en citer que quelques-uns, et chacun prélève des éléments de preuve, en efface d'autres et parfois en dissimule. La célérité constitue donc une arme de combat gagnante... ■

1. Sur les raisons de cette évolution voir l'article « Litige et Réparation financière : Mode d'emploi » - Échanges n°277 - Mikael OUANICHE, juin 2010.



Les journées conférences by DFCG

Décryptez l'actualité
de la fonction
Finances-Gestion
pour renforcer
votre expertise

- Un format original alliant intervenants experts et opérationnels
- Un benchmark des meilleures pratiques en entreprise
- Des échanges de points de vue entre participants
- Des retours d'expériences sur des projets innovants



SAVE THE DATE

- **Vendredi 16 mars 2012**
La fonction finances-gestion face aux nouvelles obligations fiscales 2012
- **Vendredi 23 mars 2012**
Indicateurs de performance :
quels outils de pilotage pour gérer au mieux le cash ?

Retrouvez nos prochaines
Journées Conférences
sur www.dfcg-formation.com