

# Une justice aléatoire en matière d'évaluation du préjudice

**Alors que la justice française accorde encore trop peu d'attention à l'évaluation du préjudice des entreprises, plusieurs professionnels, dont l'APCEF, réfléchissent à des moyens de réduire l'aléa qui en découle. Formation des juges, standardisation, dialogue renforcé entre juges et experts... plusieurs pistes sont envisagées.**

**S**i la justice civile française permet de reconnaître la faute d'une entreprise et le préjudice qu'elle entraîne, l'évaluation de ce préjudice est souvent reléguée au second plan par le juge et implique une incertitude réelle pour les parties. Alors que l'article 1382 du Code civil oblige celui par la faute duquel un dommage est arrivé à le réparer, la Cour de cassation rappelle que cet article «ne détermine aucun mode spécial de réparation». Il reste donc à la charge du juge, dont le pouvoir est souverain, d'évaluer le préjudice de la victime, en estimant le différentiel entre la situation réelle et la situation normale. Or, cet exercice étant essentiellement comptable, financier ou économique, le juge n'a pas les compétences pour l'établir de manière précise, surtout dans les cas de dossiers complexes. Les décisions peuvent donc varier significativement d'un tribunal à l'autre pour des faits similaires, et entraîner cet aléa insupportable pour les entreprises. Une incertitude évidemment préjudiciable à l'attractivité de la justice française.

## Sensibiliser les juges

Pour chiffrer leur préjudice de la manière la plus étayée devant les juridictions, les entreprises recourent de plus en plus aux compétences des experts de partie. Une étude d'Eight Advisory publiée en avril indique en effet que les avocats et sociétés interrogés estiment à 69 % que leur apport contribue au jugement au final. Le travail de l'expert de partie «ne peut que se développer, c'est le seul moyen d'établir la preuve d'un préjudice, les juges n'ayant ni le temps, ni (le plus souvent) la compétence économique et financière requise», remarque un avocat. C'est d'ailleurs l'un des points les plus régulièrement soulevés par les professionnels : les magistrats ne sont pas suffisamment formés dans ce domaine. «Les juges n'ont pas vocation à être des experts techniques puisque ce sont avant tout des experts du droit», explique Mikaël Ouaniche, directeur général du cabinet d'expertise financière OCA et secrétaire général de l'APCEF (Association des professionnels du contentieux économique et financier). Et d'expliquer que lorsque les juges sont sensibilisés aux méthodologies d'évaluation des préjudices, ils peuvent apprécier la pertinence des rapports d'experts et ainsi de prendre des décisions mieux comprises et donc



**«Les juges n'ont pas vocation à être des experts techniques puisque ce sont avant tout des experts du droit.»**

Mikaël Ouaniche,  
secrétaire général de  
l'APCEF

mieux acceptées par les justiciables. «Il faut sensibiliser encore plus les juges sur ces questions. Bien que la situation s'améliore, les aléas restent forts en première instance dans les tribunaux de commerce où certains juges n'hésitent pas à user de leur pouvoir d'appréciation pour fixer, sans plus de justification, les dommages et intérêts», indique Jean-Baptiste de Courcel, associé d'Accuracy.

Le recours à des experts de partie permet aussi aux entreprises de mieux défendre leur position. «La force du dispositif juridique français en matière de détermination du dommage est que la phase d'expertise judiciaire permet d'épuiser contradictoirement les différents enjeux techniques. Lorsque le justiciable est en mesure de présenter à l'expertise un dossier justifié par des pièces et qui se fonde sur une méthodologie sérieuse et compréhensible, cela augmente considérablement les probabilités d'indemnisation», explique Mikaël Ouaniche. Le dialogue entre le juge et l'expert doit en outre être renforcé. «L'expert judiciaire fait encore trop souvent son rapport dans son coin et le remet au juge sans lui expliquer. Il est pourtant souhaitable qu'il puisse y avoir un dialogue contradictoire avec les parties, tout au long de l'expertise entre le juge et l'expert», préconisent Claire Karsenti, associée de Sorgem Evaluation et expert financier près la cour d'appel de Paris, et son associé Guy Jacquot. Certains spécialistes proposent en outre de réfléchir à la possi-

bilité d'élaborer une «standardisation» des critères d'évaluation du préjudice. Un défi ambitieux si l'on considère la variété des préjudices et les spécificités propres à chaque cas. Certains experts restent d'ailleurs sceptiques quant à cette possibilité. «Plutôt qu'une standardisation, on pourrait mettre en place un code de bonnes pratiques notamment sur la définition de la situation normale de référence par rapport à laquelle est défini le préjudice. Dans chaque catégorie de préjudice, on pourrait définir les postes à évaluer, la nature des informations à obtenir et les diligences à mener sur ces postes», suggèrent Maurice Nussembaum, président de Sorgem Evaluation et expert agréé par la Cour de cassation.

### Des dommages punitifs en droit français

C'est justement la nouveauté apportée par la loi renforçant la lutte contre la contrefaçon du 11 mars 2014. Celle-ci liste désormais des postes à prendre en compte pour établir et

chiffrer le préjudice économique d'une victime de contrefaçon, dont les bénéfices réalisés par le contrefacteur et les économies d'investissement. La prise en compte du bénéfice du contrefacteur bouleverse la notion de réparation intégrale, le législateur visant désormais à lutter contre la faute lucrative. Cette loi introduit donc en filigrane des dommages punitifs à l'encontre de l'auteur de la faute. «La difficulté est qu'en indemnisant la victime au-delà de son propre préjudice, c'est-à-dire en lui octroyant un droit sur le gain réalisé par l'auteur de la faute, on risque alors créer la possibilité d'un préjudice lucratif», prévient Mikaël Ouaniche. «Le préjudice lucratif est moins choquant que la faute lucrative, car finalement, la victime n'a rien demandé», tempère Jean-Baptiste de Courcel.

Pour réduire les aléas judiciaires en matière d'évaluation et ainsi redonner une certaine attractivité à la justice française dans le traitement de ces litiges, la solution ne viendrait-elle finalement pas du législateur ? ■

Florent Le Quintrec

## «La recherche de la preuve peut poser des problèmes»

### Comment expliquer l'aléa qui entoure l'évaluation du préjudice économique ?

L'aléa est inhérent au contentieux, l'évaluation du préjudice économique est dès lors un aléa parmi d'autres. L'objectif de l'entreprise, qui a besoin de visibilité et de sécurité, est donc de réduire autant que possible cet aléa. Une des raisons expliquant l'aléa lié à l'évaluation du préjudice est le rôle du juge du fond qui a un pouvoir souverain d'appréciation, sous réserve de l'existence d'une motivation dont la Cour de cassation va vérifier l'existence, sans se prononcer sur son opportunité. Or, la complexification de l'économie fait aujourd'hui que le juge du fond doit utiliser des outils qui ne relèvent pas du droit mais de la science économique, de la comptabilité, de la finance, d'un corpus de sciences humaines qui ne sont pas son domaine d'expertise et qui ne sont encore que trop peu enseignés dans les facultés et écoles de droit et les écoles de magistrature. Le besoin est donc plus pressant que jamais d'aider la communauté juridique au sens large à mieux connaître et appréhender ces sciences qui font partie aujourd'hui du quotidien de leur pratique professionnelle.

### Quels nouveaux types de contentieux peuvent selon vous poser problème en termes d'évaluation du préjudice ?

Parmi les types de contentieux qui se sont développés dans le monde des affaires ces dernières années, deux en particulier peuvent poser problème en matière d'évaluation du préjudice. Les class actions, ces contentieux de masse, ouvrent un champ d'investigations et de recherche en termes d'appréciation du préjudice, et notamment sur la façon dont les entreprises qui y sont exposées peuvent gérer ce nouveau risque. Le second type de contentieux concerne les actions en dommages et intérêt fondées sur la violation des articles 101 et 102 du traité européen sur les ententes illicites. L'évaluation consiste alors à reconstituer le fonctionnement d'un marché tel qu'il aurait été si le comportement illicite n'avait pas existé. C'est un exercice complexe et les hypothèses retenues peuvent parfois être contestables.

### Quelles sont les principales difficultés d'une entreprise pour évaluer son préjudice ?

Lorsqu'il y a un décalage important entre la date à laquelle le dommage a été subi



**Pierre Laporte, directeur juridique d'Alstom Grid**

et la réparation du préjudice, il faut actualiser les valeurs réclamées, et notamment appliquer un taux d'intérêt. La question de savoir quel taux appliquer a en elle-même des implications économiques et financières considérables. Les montants et les formules retenus peuvent avoir des incidences très importantes sur le quantum final qui sera attribué. En outre, la recherche de la preuve peut poser des problèmes. Je traite actuellement un contentieux où nous sommes obligés d'aller rechercher des informations commerciales, économiques et financières qui pour certaines datent d'il y a plus de 20 ans. Ces cas nécessitent une organisation et un traitement du contentieux le plus en amont possible.