

# Table ronde

AVEC >

**MAURICE-ANTOINE LAFORTUNE**, AVOCAT GÉNÉRAL DOYEN HONORAIRE À LA COUR DE CASSATION, CONSULTANT, ARBITRE, MÉDIATEUR EN DROIT DES AFFAIRES, **JEAN-PASCAL CHAZAL**, AGRÉGÉ DES FACULTÉS DE DROIT, PROFESSEUR DES UNIVERSITÉS À L'ÉCOLE DE DROIT DE SCIENCES PO, **CHRISTIAN HAUSMANN**, AVOCAT OF COUNSEL AU CABINET SQUIRE SANDERS, **PIERRE LAPORTE**, DIRECTEUR JURIDIQUE – ALSTOM GRID, **MIKAËL OUANICHE**, EXPERT-COMPTABLE, COMMISSAIRE AUX COMPTES.

## 1 DÉFINITION ET ÉVALUATION DES PRÉJUDICES ÉCONOMIQUES DES ENTREPRISES

Pendant longtemps, la question de l'évaluation des préjudices a été négligée en doctrine au profit de constructions théoriques souvent très sophistiquées sur la faute et le lien de causalité. Les nécessités de la pratique ont fini par pousser les auteurs à s'y intéresser dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, car il faut bien savoir concrètement, pour la victime et son avocat, que demander au juge et pour ce dernier, que lui octroyer. On pense évidemment aux travaux d'Yves Chartier (*La réparation du préjudice* : Dalloz, 1983) et aux divers barèmes d'indemnisation des préjudices corporels qui circulent de moins en moins officieusement parmi les praticiens. La question de l'évaluation prend une tournure particulière s'agissant des préjudices économiques causés aux ou par les entreprises. C'est, en effet, dans ce domaine que le problème des fautes lucratives et des dommages-intérêts punitifs a émergé de la façon la plus évidente, révélant l'inadaptation à certaines situations du principe de la réparation intégrale des préjudices et de l'objectif traditionnellement assigné au droit de la responsabilité civile délictuelle, à savoir la remise de la victime dans l'état qui était le sien antérieurement au dommage. C'est également dans ce domaine que de nouveaux types de préjudices sont récemment apparus (les préjudices causés à l'économie, à l'environnement, etc.) engendrant non seulement des difficultés conceptuelles mais aussi pratiques tant les montants en jeu sont considérables et peuvent, en cas de condamnation, entraîner la ruine, tant des entreprises victimes que de celles qui sont déclarées responsables.

L'évaluation des préjudices économiques souligne enfin avec une nouvelle intensité la question du pouvoir des experts et de l'office du juge. La matière étant très technique du point de vue économique, comptable et financier, le juge peut difficilement se passer d'un avis technique sur l'évaluation, sans pourtant renoncer à son pouvoir d'appréciation, lequel est considéré comme souverain par la Cour de cassation. Ce constat explique pour une large part l'absence de travail de systématisation doctrinale, l'impression que la jurisprudence est une gigantesque casuistique dépourvue de lignes directrices et le fort sentiment des justiciables de devoir vivre un aléa judiciaire insoutenable. L'interdisciplinarité, dont on sait qu'elle n'est pas un point fort de la formation des juristes au sein des Facultés de droit françaises, est ici cruciale. C'est donc avec une certaine satisfaction mêlée de beaucoup d'espoir qu'il faut accueillir l'initiative de praticiens du droit et du chiffre de créer l'Association des professionnels du contentieux économique et financier (l'APCEF). Dans l'attente du colloque organisé par cette jeune et dynamique association, qui se tiendra à la Cour de cassation le 3 mars 2014, une table ronde qui s'est tenue en décembre dernier à l'École de Droit de Sciences Po a permis de poser les termes généraux du débat relatif à la définition et à l'évaluation du préjudice économique et d'aborder un certain nombre de difficultés et de problèmes, auxquels l'APCEF se propose de réfléchir, au sein d'un groupe de travail, afin de tenter d'apporter des solutions.

**Jean-Pascal Chazal :** Merci à tous d'être là. Je suis heureux que l'on ait pu réunir nos diverses compétences : magistrats, avocats, experts, directeurs juridiques de grands groupes, sur un thème qui est la définition et l'évaluation des préjudices économiques subis par l'entreprise.

Cela va nous donner l'occasion de présenter notre nouvelle association – l'APCEF (Association des professionnels du contentieux économique et financier) – qui est destinée à devenir le lieu de réflexion pour les prochaines années sur ces thèmes.

Une première question pour ouvrir la table ronde : en quoi l'approche transversale multidisciplinaire proposée par l'APCEF vous paraît-elle intéressante, indispensable, opportune ? Quelle est l'origine de cette association ?

**Mikaël Ouaniche :** L'APCEF est née il y a plus d'un an sous la présidence de monsieur Jean-Pierre Dumas, président honoraire de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de Cassation, que je voudrais remercier vivement d'avoir accepté de présider et d'accompagner la création de cette association. Celle-ci est née d'un double constat.

Premier constat : le contentieux économique et financier devient une matière à part entière qui tend à occuper une place de plus en plus importante dans la vie des acteurs économiques. La compétition internationale accrue et le ralentissement économique dans les pays occidentaux exacerbent les tensions et favorisent la judiciarisation de la vie économique. Cette guerre économique qui se joue dans les prétoires a pour enjeux la transparence de la sécurité financière, la loyauté des échanges commerciaux, la protection de la propriété intellectuelle et industrielle. Le contentieux économique et financier intègre ainsi des problématiques juridiques, comptables, financières et macroéconomiques qui nécessitent l'éclairage d'experts de chaque discipline.

Second constat : les associations professionnelles susceptibles de traiter ces sujets sont le plus souvent réservées à des professions spécifiques : juristes, avocats, experts, universitaires ou magistrats, mais à l'heure actuelle peu d'associations existent pour faire vivre le débat entre les différentes professions impliquées, et la recherche transdisciplinaire autour de ces enjeux.

L'objectif de l'APCEF est donc de remédier à cette absence en proposant un lieu d'échange à la fois académique et professionnel, mais également de réflexion autour de ces sujets.

**J.-P. C. :** On trouve là l'interdisciplinarité qui était la question de départ. Un point de vue universitaire sur cette question : je me suis souvent demandé pourquoi dans la littérature doctrinale il y avait des milliers de pages sur la faute et le lien de causalité et quasiment rien sur l'évaluation du préjudice économique.

Peut-être qu'une des réponses est l'absolue nécessité, pour appréhender cette question, de pratiquer l'interdisciplinarité (des économistes, des comptables, des juristes), mais que la formation des juristes, leur culture en France est absolument hostile à cette interdisciplinarité.

Peut-être est-ce l'explication, peut-être est-ce un élément de réponse. Pour ma part je suis convaincu que la seule démarche



### ^ Jean-Pascal Chazal

Avocat spécialisé en droit des affaires, agrégé des facultés de droit (1999), et professeur des Universités à Sciences Po, Jean-Pascal Chazal est directeur de la spécialité EMR (Entreprises, marchés et régulations) du Master de droit économique délivré par l'École de Droit. Il enseigne le droit de la concurrence, le droit des biens, et l'épistémologie du droit.

possible pour résoudre ce type de problème est l'interdisciplinarité.

**Pierre Laporte :** La multiplication des réglementations, d'application souvent extraterritoriale, est potentiellement source de préjudices et de sanctions. Je pense aux réglementations qui se sont développées depuis 20 ans : la réglementation sur la protection des données personnelles, la réglementation financière, la réglementation et la législation de lutte contre la corruption et le contrôle des exportations, sont sources de préjudice éventuel.

À titre d'exemple, les actions en dommages-intérêts en réparation des préjudices subis du fait des pratiques illicites en matière de droit de la concurrence (ententes illicites) sont des préjudices difficiles à évaluer et à quantifier. L'évaluation et la quantification sont fixées par des experts. Mais plus que des experts-comptables, ces experts sont des économistes. Ils n'appliquent donc pas les règles de comptabilité, qui ont un élément d'objectivité reconnu, mais des théories économiques, qui elles-mêmes reposent sur des postulats. Ces règles sont donc sujettes à contestation et à discussion.

Les magistrats, quel que soit le pays, ne sont pas toujours armés pour pouvoir discuter et remettre en cause ou au moins apprécier la validité des postulats et théories économiques sur lesquels s'appuient les experts, parce qu'ils sont complexes, qu'ils font appel à un *corpus* de connaissances qu'ils ne maîtrisent pas nécessairement, parce qu'ils ne sont pas enseignés dans les facultés de droit ou les écoles de formation des magistrats.

Un autre point mérite d'être indiqué comme facteur d'incertitude, c'est celui du décalage entre le moment où le

préjudice est subi et le moment où il est éventuellement réparé. Comme l'économie et les rapports de force économiques évoluent très rapidement depuis 20 ou 30 ans, les sanctions administratives qui sont infligées et les dommages-intérêts qui sont prononcés à l'encontre des entreprises peuvent l'être avec un effet contra-cyclique significatif.

**J.-P. C. : Justement la question suivante est : quels sont les enjeux auxquels doit répondre l'association ? Monsieur Laporte a commencé à les poser.**

**M. O. :** Les objectifs de l'association se trouvent résumés dans les statuts : regrouper les professionnels du contentieux économique et financier, notamment les magistrats, avocats, juristes d'entreprises, arbitres et experts ; constituer un centre d'échange, de réflexion, de formation et de relation entre les personnes constituant cette association ; maintenir entre ces personnes l'éthique dans leur relation professionnelle ; mettre en place différents outils d'information pour ses membres et organiser sous la forme notamment de commissions, de conférences et de séminaires, des forums d'échange et de travail sur des thèmes qui répondent à son objet ; développer des relations avec d'autres associations qui ont un but complémentaire et convergent avec notre association, et d'une manière générale promouvoir la réflexion sur les pratiques professionnelles liées au contentieux économique et au droit des affaires.

Le conseil d'administration a défini comme premier sujet d'étude le préjudice économique, avec deux commissions qui vont être mises sur pied. Par la suite, d'autres thèmes attachés au contentieux économique et financier seront examinés.

La première commission s'attachera à envisager les évolutions possibles pour une meilleure réparation des préjudices économiques.

Cette commission traitera notamment :

– la question de la motivation des décisions de justice en matière de réparation, puisque la fixation du préjudice relève de l'appréciation souveraine du juge du fond. Toutefois, les questions d'évaluation et les techniques utilisées tendent à s'uniformiser et la doctrine en la matière s'étoffe. De ce point de vue, je crois que l'association a un rôle à jouer pour favoriser l'émergence de méthodologies qui fassent consensus ;

– la question d'une nomenclature des préjudices économiques sera posée, à l'instar de ce qui se fait en matière de préjudice corporel. Quels seraient les principes, la portée, les limites d'une telle nomenclature ? ;

– quelles sont les limites qu'il convient d'introduire aux principes de causalité et de réparation intégrale du préjudice économique. Les notions qui viennent du droit anglo-saxon de limitation du préjudice (*mitigation of damages*), de dommage punitif, de perte de chance... toutes ces notions permettent d'introduire un certain nombre de limites au principe de réparation intégrale ;

– nous pourrions également, dans le cadre de cette première commission, aborder la question des *class actions* en France.

La seconde commission s'attachera à analyser les nouvelles catégories de préjudices économiques, dont la jurisprudence est féconde. On peut par exemple citer le préjudice environne-



### ^ Maurice-Antoine Lafortune

Avocat général doyen honoraire à la Cour de cassation, consultant, arbitre et médiateur en droit des affaires.

Monsieur Lafortune a été avocat général à la chambre commerciale, économique et financière de la Cour de cassation de 1996 à 2007.

Professeur associé ou en charge d'enseignement dans diverses universités françaises, il a occupé précédemment les fonctions d'avocat général près la cour d'appel de Paris, de substitut général au parquet de la cour d'appel de Paris, de magistrat à l'administration du ministère de la Justice (MACJ) et de magistrat détaché au ministère du Commerce et de l'Artisanat.

Il préside depuis 2008 la Commission de prévention des prises illégales d'intérêts de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris-Ile de France.

mental et le préjudice à l'économie, qui eux, sont entrés dans les textes.

**J.-P. C. : Merci pour cette présentation de l'APCEF et des enjeux auxquels elle aura à faire face et sur lesquels elle aura à réfléchir. Si on rentre un peu dans le fond du débat, quelles sont les principales difficultés rencontrées pour la détermination et l'évaluation des préjudices causés à l'entreprise ?**

**Maurice-Antoine Lafortune :** Mon affectation pendant près de 14 années à la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation me permet d'aborder cette question sous son angle juridique et judiciaire.

Il convient de rappeler que la Cour de cassation a dit très tôt que « si l'article 1382 oblige l'auteur d'un dommage à le réparer, il ne détermine aucun mode spécial de réparation ».

L'évaluation des préjudices subis par les victimes de fautes délictuelles ou contractuelles est fondamentalement une question de pur fait qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

La Cour de cassation n'est pas le troisième degré de juridiction. Elle statue sur les pourvois en cassation formés contre les arrêts ou jugements rendus en dernier ressort par les juridic-

tions du fond de l'ordre judiciaire et « ne connaît pas du fond des affaires, sauf disposition législative contraire ».

Le pourvoi ne peut donc être apprécié par la Cour de cassation que dans l'état où la procédure s'est déroulée devant les juges du fond.

Contrairement au pouvoir discrétionnaire qui permet au juge du fond de se prononcer sans avoir à exposer les motifs de sa décision, l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve et de fait soutenus par les plaideurs oblige ce juge à motiver sa décision comme l'impose l'article 455 du Code de procédure civile.

Aussi la Cour de cassation rejette les griefs relatifs au pouvoir souverain en disant que c'est « souverainement que le juge du fond, par une décision motivée », a pu statuer comme il a fait, démontrant, par cette formule, qu'elle a contrôlé que la motivation de la décision attaquée est dépourvue de tout vice.

Pour autant il ne peut être déduit de cette absence de contrôle de l'exercice du pouvoir souverain du juge du fond une approbation par la Cour de cassation des motifs exposés par celui-ci pour statuer comme il l'a fait sur l'étendue du préjudice et le montant de la réparation accordée à la victime.

Voici mes premières observations générales pour bien situer notre débat sur le plan procédural.

**Christian Hausmann** : J'ai rejoint l'association car après une vie de praticien (conseil juridique, juriste d'entreprise, avocat) exercée en France et à l'étranger, j'ai constaté qu'on n'avait trouvé nulle part une réponse satisfaisante à cette question. Même dans les autres systèmes juridiques, il y a toujours ce décalage entre le moment où le préjudice est subi et le moment où il est réparé.

Ce décalage est dû à la lenteur du système judiciaire, aux assureurs et parfois à la mauvaise foi de celui qui a créé le préjudice. Donc il y a ce décalage, insupportable, et peut-être que nous n'allons pas trouver la solution parfaite, mais nous allons tenter de travailler sur ce décalage.

J'ai une expérience, tant du volet judiciaire qu'arbitral : la solution n'est jamais satisfaisante et la réparation n'a souvent rien à voir avec le préjudice subi. C'est le constat que peut faire tout praticien.

C'est comme si, après avoir subi un préjudice, vous jouiez à la loterie plusieurs années plus tard et vous empochiez le gros lot ou pas. La réparation du préjudice se passe ainsi : parfois on vous dit que votre déclaration est tardive, que vous n'apportez pas les preuves suffisantes ou que vous n'établissez pas le lien de causalité, une troisième fois on vous dit que ce n'est pas cela le préjudice ou que vous vous êtes trompé de procédure, de tribunal ou de défendeur.

Il arrive aussi que l'auteur du préjudice ait disparu ou ait déclaré sa cessation de paiements. Il y a beaucoup de préjudices nouveaux, comme par exemple le préjudice écologique ou le préjudice de stress, d'angoisse, voire la perte de chance, qui ne sont pas encore clairement définis. J'ai lu récemment dans la presse que des mineurs réclamaient, de nombreuses années après la fermeture de la mine, réparation de leur préjudice d'angoisse d'avoir risqué de contracter une maladie incurable. Ils n'ont pas de maladie, mais ils ont eu peur d'avoir contracté



### ^ Christian Hausmann

Christian a débuté sa carrière internationale chez Cleary Gottlieb à Bruxelles et travaillé ensuite à New York et Paris (1972-1979). Il a rejoint la banque Rothschild en 1979, puis Michelin en 1982 comme directeur juridique, responsable pour l'Amérique du Nord. Sa langue maternelle est l'allemand.

Après avoir acquis une solide formation en droit des affaires, exercé en qualité de conseil juridique et passé sept années dans la banque et l'industrie, Christian a été admis en 1987 au barreau de Paris et pratiqué dans le domaine de la transmission d'entreprises et des restructurations industrielles. Il s'est ensuite consacré à l'arbitrage et modes alternatifs de résolution des litiges, dont la médiation et la prévention des litiges. Il est inscrit comme arbitre auprès du Comité national français de la CCI, au CMAP et divers centres d'arbitrage et de médiation étrangers.

Membre de la commission Internationale de l'ACE, il a été chargé d'enseignement à la Faculté de Droit de Strasbourg (DJCE) de 1986 à 1996, puis à l'Université de Cergy-Pontoise. Titulaire d'un DESS de Droit Public de l'Université de Strasbourg, d'un MJC de New York University - School of Law, il a aussi étudié à Tulane University. Il est Fullbright Fellow et auteur d'ouvrages et articles, dont *Les garanties de passif* (4<sup>e</sup> éd., 2012), chez EFE.

une maladie due au milieu professionnel. Et pour ce préjudice, ils demandent aujourd'hui réparation, comme pour le tabagisme passif ou l'usage immodéré de talons hauts.

La société évolue et elle invente ou crée de nouveaux préjudices auxquels les juristes, les avocats, les juges et le législateur doivent apporter une réponse et des remèdes.

Ma réponse – et je ne sais pas si j'arriverai à convaincre l'association de travailler dessus – ce n'est pas de confier à la justice, pas plus qu'à des arbitres la détermination et quantification du préjudice, mais d'aller en médiation. La réparation des préjudices est tellement aléatoire qu'elle nécessite beaucoup d'intervenants : comptables, ingénieurs, financiers, économistes, juristes. La solution serait de confier davantage la détermination du préjudice et sa réparation à des médiateurs-experts, cela irait plus vite, coûterait moins cher et surtout ce décalage, dont j'ai parlé, n'existerait pas.

**M. O. :** Sur les principes généraux de l'évaluation du préjudice, l'expert s'attache à évaluer un préjudice et mettre en application le principe général de la réparation intégrale, lequel consiste à replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée en l'absence des faits dommageables. La question concrète que se pose l'expert est de savoir quelle aurait été la situation de la victime si le fait dommageable ne s'était pas produit.

L'expert se livre alors à un travail de reconstitution du *business plan* de la société, dans un scénario sans préjudice, afin de déterminer quel aurait été le chiffre d'affaires réalisé, quels coûts auraient été engagés en l'absence de dommage, et de comparer ce *business plan* reconstitué avec la situation réellement constatée dans les comptes ; le différentiel correspond au préjudice. Cette méthodologie s'applique à la plupart des situations que l'on peut rencontrer dans la pratique en matière d'évaluation du préjudice.

Cette démarche se heurte toutefois à une difficulté technique majeure qui consiste à devoir neutraliser les conséquences financières des paramètres extérieurs au litige.

À l'heure actuelle, une partie des dossiers que nous traitons ont eu lieu en 2007 et 2008, en période de crise économique. La difficulté que l'on rencontre dans ces dossiers est qu'effectivement, une partie des dégradations constatées sont imputables, non aux faits dommageables, mais à la conjoncture économique.

Autrement dit, la difficulté et tout l'intérêt, bien sûr, du travail de l'expert réside dans cette nécessité d'isoler les incidences du fait dommageable – et uniquement ces incidences – sur la situation de l'entreprise.

**J.-P. C. :** Là on est à la frontière de l'évaluation du préjudice et de la détermination du lien de causalité. On voit que les deux sujets sont très étroitement et intimement liés, avec le caractère direct ou indirect du préjudice par rapport à la faute.

**M. O. :** Oui, puisque pour pouvoir établir un chiffrage, on doit prendre en considération l'ensemble de ces facteurs et les quantifier. L'autre difficulté, qui a déjà été évoquée par maître Christian Hausmann et par monsieur Laporte, c'est le problème de la durée entre le moment où s'est produit le fait dommageable et le moment où on évalue le préjudice.

Souvent le problème de la conservation de la preuve se pose de manière extrêmement aigüe. La société victime doit alors réaliser un véritable travail d'archéologie pour retrouver dans les archives comptables et économiques de l'entreprise, dans ses échanges et sa correspondance l'ensemble des éléments susceptibles d'établir la preuve du préjudice subi. Dans certaines situations, l'entreprise est d'ailleurs contrainte d'abandonner un certain nombre de demandes pourtant bien fondées, parce qu'elle n'est tout simplement pas en mesure d'en produire les éléments justificatifs.

Les entreprises doivent prendre conscience de ces enjeux très en amont, dès l'origine des difficultés, afin de décider de mesures conservatoires nécessaires à la préservation de la preuve dans l'éventualité d'un contentieux futur.

**J.-P. C. :** Est-ce que le principe de la réparation intégrale (c'est-à-dire de la prétendue remise de l'entreprise victime en l'état qui devrait être le sien si le dommage n'était pas survenu) ne pose pas un problème, ne cause pas des difficultés ? Parce que peut-être que sur certains préjudices on comprend bien : pour l'inexécution d'un contrat, il faut donner la somme qu'il aurait eue si la contrepartie avait été exécutée. Mais sur des préjudices un peu plus complexes comme le dommage causé à l'économie, est-ce qu'on peut imaginer un instant être capable de remettre l'entreprise dans la situation qui aurait été la sienne ? Est-ce qu'on n'est pas forcé de perdre de vue cet objectif ?

**M.-A. L. :** Il faut à nouveau se référer aux données juridiques du Code civil qui peuvent effectivement apparaître comme étant insuffisantes pour répondre aux exigences de la réparation, notamment dans le domaine économique, des préjudices les plus complexes.

Mais les textes ont le mérite d'exister et leur généralité a permis aux juges du fond et à la jurisprudence, source de droit également, de donner naissance à une sorte de « droit à » ou « droit de » la réparation.

Il existe en effet en droit français une théorie générale de la responsabilité. Elle est fondée sur la faute délictuelle, précontractuelle ou contractuelle qui, dans tous les cas peut s'analyser en un « fait quelconque, une négligence, une imprudence » de l'homme qui causent à autrui un dommage et l'oblige à les réparer.

Ainsi les termes très souples des articles 1382 et 1383 du Code civil, pour ce qui concerne la faute, ont pu contribuer à une généralisation, d'une part, de l'obligation pour l'auteur du dommage de le réparer et, d'autre part, à l'existence pour la victime d'un droit à l'indemnisation qui peut même être considéré, fondamentalement, comme étant constitutionnel.

Les articles 1148 et 1149, qui se complètent dans le Code civil, s'intègrent dans cette théorie générale de la responsabilité, délictuelle ou contractuelle, pour faute en fondant le régime de l'indemnisation du créancier-victime sur des dommages-intérêts qui doivent de « la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé ».

Cette théorie générale de la responsabilité conduit, au stade de la réparation de tout préjudice invoqué par la victime, au respect par le juge de l'indemnisation de la règle, également fondamentale, de l'équivalence entre la réparation et le dommage.

Véritable règle d'airain dans le régime de cette indemnisation du préjudice subi par la victime, le principe de la réparation intégrale signifie, selon la jurisprudence en matière tant délictuelle que contractuelle, que « le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit ».

Mais force est de constater que les textes du Code civil, en ne disant rien sur les méthodes qu'il convient de mettre en œuvre pour permettre cette indemnisation de la victime, ont ouvert très largement la voie à l'exercice du pouvoir souverain des

juges du fond pour l'application de ce principe de la réparation intégrale.

**M. O. :** Sur les limites au principe de la réparation intégrale, on peut indiquer qu'en matière de contrefaçon, la loi a introduit une dérogation à ce principe précisément pour éviter qu'on tombe dans des fautes lucratives pour le contrefacteur. L'application stricte du principe de réparation intégrale pose en effet problème puisque la victime n'a pas toujours les moyens techniques, économiques et financiers de réaliser une marge comparable à celle du contrefacteur. La loi a donc introduit la possibilité d'un plancher indemnitaire, soit égal au bénéfice réalisé par le contrefacteur, soit égal au montant de la redevance qu'aurait pu percevoir le propriétaire des droits si le contrefacteur lui avait demandé l'autorisation d'exploiter.

**M.-A. L. :** Est-ce que la perte de chance, en tant que création jurisprudentielle, n'apporte pas elle aussi une limitation au principe de réparation intégrale en raison de la dispense qu'elle offre à la victime d'établir la preuve soit de la certitude du dommage soit du lien de causalité entre la faute et le préjudice réparable ?

**M. O. :** Nous nous efforcerons de traiter cette question dans le cadre de la première commission sur l'aléa judiciaire. La question de la probabilité de la perte de chance est, en effet, éminemment subjective. Car si le principe de la perte de chance doit être certain, la probabilité de réalisation de cette chance en l'absence de fait dommageable est toujours sujette à discussion. Il est néanmoins possible d'introduire des éléments concrets d'appréciation : j'ai l'exemple d'un dossier où une société venait d'être créée, avec un *business plan* nouveau ; la question était de savoir ce qu'on retenait comme probabilité de réalisation de ce *business plan*. La solution proposée à l'expert consistait à retenir le pourcentage de survie d'une entreprise : statistiquement, après deux ans, une entreprise sur deux a disparu. L'expert a donc suivi la proposition du demandeur en retenant cette probabilité documentée pour chiffrer la perte de chance. On peut donc aussi introduire des éléments de documentation, de preuve, pour étayer des éléments qui à première vue paraissent très subjectifs.

**P. L. :** Est-ce que la perte de chance n'est pas appréhendée aussi quelques fois par certaines modalités de calcul du taux d'intérêt ? Si on considère le coût moyen du capital, c'est ce que l'on aurait fait de l'argent si on l'avait eu. Cela intègre une prime de risque et permet donc d'appréhender la perte de chance.

**C. H. :** La réparation intégrale est une règle théorique qui en réalité ne veut pas dire grand chose. C'est bien d'avoir instauré le principe de réparation intégrale, mais ensuite il faut savoir ce qu'on met dedans. Je pense que c'est une chimère. L'entreprise ayant continué à vivre pendant les trois, quatre ou cinq ans séparant le moment où le préjudice est né et le moment de la réparation. Comment réduire cette durée ? C'est un rêve quelque peu absurde me semble-t-il. Le juge peut motiver sa décision en rappelant le principe, mais une fois qu'il l'a rappelé, il ne se passe rien, et ça reste à mon avis un problème



### ^ Pierre Laporte

Pierre Laporte a débuté sa carrière en 1987 en tant qu'avocat spécialisé en droit des affaires dans différents cabinets à Washington et à Paris. Il a occupé plusieurs postes de directeur juridique chez General Electric Healthcare et Areva T & D, et a été directeur juridique du Groupe Areva. Il a travaillé en Europe, au Moyen-Orient, en Afrique et en Asie-Pacifique. Il est actuellement directeur juridique d'Alstom Grid.

théorique. Je pense qu'il faut effectivement que l'association s'intéresse aux questions de droit, aux aspects économiques et techniques, aux questions comptables et financières, mais surtout propose une méthodologie. Et là on constate une différence entre les pratiques arbitrale et judiciaire.

En arbitrage, notamment international, l'arbitre essaie de comprendre la réalité, et il prend le temps nécessaire (vu qu'on paye l'arbitre au temps passé, il a effectivement le loisir de réfléchir et de s'informer). Il peut nommer des experts. Si le tribunal arbitral ou le tribunal judiciaire nomme un expert, que se passe-t-il ? Chacune des parties va nommer son propre expert (« *expert witness* »), et cela va alourdir et compliquer les choses, car par définition, lorsqu'un expert d'une des parties dira une chose, l'autre affirmera le contraire et finalement l'expert nommé par le tribunal deviendra un expert répartiteur. En arbitrage, si les parties ont bien composé le tribunal, elles peuvent nommer des ingénieurs co-arbitres, avoir un président juriste, ou des arbitres qui sont experts-comptables ou économistes ; c'est tout à fait possible et c'est même parfois souhaitable. Mais malheureusement cela se fait rarement. L'arbitrage a aussi ses déviations : on rencontre de plus en plus de tribunaux arbitraux composés uniquement de juristes, et c'est dommage, sans jeu de mots.

L'association a aussi pour but, me semble-t-il, de réfléchir sur la bonne méthode et sur la capacité de la loi française à faire face à la concurrence du système anglais. La *common law* par principe n'a pas de texte, mais une jurisprudence structurée, les précédents. C'est – nous dit-on – plus facile de travailler en *common law*, étant donné qu'il y a cette importante jurispru-

dence (« *precedent* ») qui fait loi (« *case law* »). Donc il y a un problème de méthode : c'est bien de se dire que le juge du fond est souverain, mais est-ce qu'il a les bons outils, est-ce qu'il est compétent, est-ce qu'il a la capacité de le faire ?

**M. O. :** Je peux apporter un premier élément de réponse ; parmi les outils dont disposent les magistrats français pour évaluer le préjudice économique, il y a l'expert. C'est le Code de procédure civile qui le prévoit en son article 232 : le juge peut désigner toute personne de son choix pour l'éclairer sur les questions de fait qui requièrent la lumière d'un technicien. Bien sûr, le juge n'est pas tenu par les constatations et les conclusions de l'expert.

En revanche, si l'expert a fait correctement son travail, il a, dans le cadre de l'expertise, répondu aux observations et aux contestations des parties, dans le cadre d'un débat contradictoire et il est en mesure d'éclairer le juge. Voilà simplement pour répondre à l'argument de maître Hausmann. La grande force de la procédure d'expertise en droit français, c'est de permettre, à la suite d'un débat contradictoire, d'aboutir à une conclusion qui doit ensuite être présentée de manière suffisamment claire et pédagogique pour être comprise par le juge et les parties. Alors que dans le cas d'un arbitrage, le plus souvent, aucun expert indépendant n'est désigné, on peut arriver à une situation où effectivement les juges – dont la vocation n'est pas d'être techniciens – doivent statuer sur des questions de fait sur lesquelles ils n'ont pas de compétence.

Donc il y a aussi une question à se poser sur la capacité des arbitres à se prononcer sur les questions purement techniques, notamment sur les questions d'évaluation, lorsqu'ils ne font pas appel aux experts.

**P. L. :** Pour rebondir sur ce que dit maître Christian Hausmann, effectivement est-ce que le juge dans sa souveraineté a les outils ? Je crois que c'est là une vraie question sur laquelle l'association peut se pencher. Je ne crois pas que l'objet de l'association soit de remettre en cause la souveraineté du pouvoir du juge, mais plutôt de l'aider à appréhender et à avoir les outils pour la détermination des préjudices subis.

Pour revenir notamment sur le préjudice imposé aux marchés, les distorsions de marché sont difficiles à appréhender.

Les mécanismes de reconstitution du fonctionnement du marché sont aussi des éléments difficiles à comprendre car ils nécessitent d'avoir recours à des théories économiques. Je crois qu'un des objets de l'association sera d'expliquer quelles sont ces théories, d'enrichir et d'éclairer le juge sur leurs mécanismes et sur leurs fondements. Ainsi, il comprendra mieux la reconstitution d'un marché qui a été affecté par des distorsions et l'interaction entre les différents facteurs qui influent sur le marché, de sorte qu'il puisse se rapprocher au mieux de la compréhension du préjudice subi.

Pour finir, je parlerai aussi de l'actualisation du préjudice. Très souvent, dans l'évaluation du préjudice, il y a aussi son actualisation et notamment toute la théorie autour du taux d'intérêt. Il y a différentes manières de calculer un taux d'intérêt, et ces calculs font appel à différentes théories économiques dont il convient de comprendre les fondements.



### ^ Mikaël Ouaniche

Expert-comptable et commissaire aux comptes et directeur général du cabinet O.C.A. À ce titre, il réalise de nombreuses missions en matière d'évaluation de préjudice, d'audit et de restructuration d'entreprises en difficulté.

Diplômé de l'EM Lyon, il est l'auteur de plusieurs articles publiés dans la Revue Française de Comptabilité et d'un livre intitulé *La fraude en entreprise* aux éditions Maxima.

Il est chargé de formation à l'École de Droit de Sciences Po et à l'École Nationale de la Magistrature et secrétaire général de l'APCEF.

**J.-P. C. :** Beaucoup de choses passionnantes ont été dites. J'aimerais prolonger ce débat en vous demandant comment réduire l'aléa judiciaire en matière de réparation du préjudice, qui me paraît être un problème sous-jacent dans la plupart des interventions que nous avons entendues ? Est-ce qu'il est possible de réduire cet aléa ? Est-ce qu'il est souhaitable de le réduire ? Quels sont les moyens de réduction de cet aléa judiciaire ? J'ai cru comprendre qu'il y a un certain nombre d'inquiétudes qui s'expriment sur cette question. Comme a dit maître Hausmann, c'est la loterie et donc un jeu aléatoire. Est-ce qu'on est vraiment dans ce cas de figure-là ou est-ce que c'est un peu exagéré ?

**M.-A. L. :** Je pense qu'il existe un aléa judiciaire dans tout procès. En effet celui qui intente une action en justice court le risque d'être débouté par le tribunal saisi.

Mais la question peut se poser de savoir si, dans le domaine de l'économie comme du fonctionnement des marchés boursiers qui concernent des secteurs qui touchent à l'ordre public, il ne serait pas nécessaire, à l'exemple de certains droits étrangers (je pense au droit américain notamment), d'introduire des présomptions de responsabilité à l'encontre des auteurs de certains dommages complexes. Elles joueraient un rôle de prévention des agissements de ceux qui seraient tentés de commettre les dommages, mais aussi faciliteraient le succès des actions tendant à l'indemnisation des victimes en raison du renversement de la preuve qui pèserait sur les auteurs des faits

dommageables. La chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation a statué dans ce sens dans son arrêt de principe du 30 mars 2010 (arrêt *Crédit Martiniquais*) qui fait peser sur les membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de la société une présomption de faute lorsque des décisions prises par ces organes ont pu causer des préjudices réparables à la société, aux actionnaires, voire aux tiers.

**J.-P. C.** : Si on a envie de se débarrasser de la théorie générale de la responsabilité civile, débarrassons-nous-en ! Il suffit que la Cour de Cassation le dise.

**M.-A. L.** : J'ajoute que, pour se disculper, les dirigeants mis en cause ne peuvent se contenter de soutenir qu'ils ont voté contre les mesures ou décisions préjudiciables aux victimes. En effet, pour écarter cette présomption de faute, ils doivent apporter la preuve qu'ils ont notamment démissionné de leurs fonctions sociales pour marquer leur nette opposition à l'égard des décisions qu'ils estimaient fautives et dommageables pour les victimes.

**C. H.** : Pour revenir sur la question de l'aléa judiciaire, l'association pour moi est un « *think tank* » : les idées et les sensibilités différentes doivent s'y exprimer avant qu'on les rende publiques et qu'on en débattenne. L'aléa judiciaire est insupportable pour les victimes (l'entreprise, les particuliers et tous ceux qui ont à faire à la justice). La perception de l'aléa judiciaire varie selon les pays : il n'est pas du tout perçu de la même façon en Allemagne et en Angleterre, où les usagers de la justice estiment que l'aléa judiciaire est relativement faible. En France ce n'est pas le cas, peut-être parce que le Français est naturellement critique et qu'il a une perception négative de sa justice. On voit donc aujourd'hui naître une compétition judiciaire – compétition qui existe déjà en matière arbitrale. De grandes causes internationales vont devant les tribunaux anglais, ceux de l'État de New York, voire les tribunaux suisses alors qu'elles n'ont aucun lien territorial avec ces pays. Prenons par exemple une entreprise ukrainienne et une entreprise russe qui se retrouvent devant les juges à Londres, où on va rendre une justice en anglais, ce que presque tout le monde accepte. Avant qu'une procédure judiciaire se déroule en anglais en France, beaucoup de péniches passeront dans la Seine. Et la compétition judiciaire comme la compétition arbitrale bénéficient à l'économie du pays où sont localisés les causes, cela fait marcher les hôtels, les restaurants, les traducteurs, tous les services accessoires... Les *solicitors* à Londres sont satisfaits de leur activité malgré la crise économique parce qu'ils attirent de plus en plus de litiges extérieurs.

Voilà pourquoi l'aléa judiciaire est insupportable et la justice mal outillée pour décider du *quantum* ; il faut faire quelque chose. Peut-être que le budget alloué à la justice n'est pas suffisant, que les juges n'ont pas le temps, ne sont pas assez nombreux ou peut-être pas assez formés ; quoi qu'il en soit, il y a un décalage entre la justice et l'attente légitime de l'utilisateur de la justice.

**M. O.** : Monsieur Laporte, comment gère-t-on l'aléa judiciaire dans un groupe comme le vôtre ?

**P. L.** : D'abord, qu'est-ce que l'aléa judiciaire et quels sont les facteurs de cet aléa ? Si c'est l'imprévisibilité de la décision, il me semble qu'une des missions de l'association sera d'émettre des recommandations pour réduire cette imprévisibilité, et donc de voir quels sont les outils qui peuvent éventuellement être mis à la disposition du juge ou de l'arbitre, pour appréhender, au plus près possible de la réalité, la compréhension du préjudice pour qu'il soit réparé en fonction du montant réellement subi. Voilà comment, je crois, on peut réduire l'aléa judiciaire. Et vous me posez la question de comment l'aléa judiciaire est vécu par un groupe : mal évidemment, et j'en reviens à des affaires actuelles qui sont celles d'actions en dommages-intérêts en matière de droit de la concurrence, où sur des périodes très longues, sur des marchés qui peuvent être vastes et donc pour des montants importants, les entreprises sont attaquées par leurs clients. Compte tenu des durées très longues, de la complexité des marchés considérés et de leurs mécanismes de fonctionnement, de la difficulté de faire – comme on en parlait plus tôt – de l'archéologie des données comptables et commerciales, cela cause des incertitudes importantes et laisse une grande partie du pouvoir à des économistes.

**M. O.** : Je dirais, pour compléter, que les questions que nous traitons relèvent de disciplines qui ne sont pas des sciences exactes. Il y a donc toujours matière à interprétation. D'ailleurs si tout le monde était d'accord sur l'interprétation qu'on doit donner d'un texte et si tout le monde pouvait prévoir à l'avance la décision, il n'y aurait plus de contentieux. L'institution judiciaire en tant que telle naît du caractère non-prévisible de la décision de justice. L'aléa est donc inhérent au travail judiciaire. En revanche, on peut réfléchir à une limitation de l'aléa à travers les méthodes retenues concernant l'évaluation du dommage. On parlait tout à l'heure du taux d'actualisation : aujourd'hui une doctrine tend à faire consensus chez les experts. On arrive ainsi à établir, sur certains points techniques, des standards d'évaluation. C'est dans le cadre de ces sujets strictement techniques et factuels qu'on peut réduire l'aléa, si tant est que par la suite les magistrats suivent. Ce qui est effectivement assez frustrant, parfois, c'est que l'expert peut déployer des trésors d'inventivité et de travail pour parvenir au chiffre qu'il estime le plus pertinent au terme d'un débat contradictoire nourri, et qu'à la suite de ce travail, la juridiction, usant de son pouvoir d'appréciation souverain, retienne un montant, qui peut être différent, sans possibilité de comprendre cette différence.

**J.-P. C.** : On peut donner peut-être un exemple de consensus chez les experts qui permet une espèce de standardisation – peut-être la marge brute ?

**M. O.** : Cette question se pose notamment dans le cadre de ruptures brutales de relations commerciales établies. Je suis régulièrement interrogé par les avocats sur ce que la jurisprudence entend par « marge brute ».

La difficulté est que comptablement, la marge brute est une notion assez floue qui est donc sujette à interprétation.

Le consensus qui existe chez les experts est de retenir en déduction du chiffre d'affaires manqué l'ensemble des coûts qui ont pu être économisés du fait de cette réduction du chiffre d'affaires. C'est donc la notion de marge sur coût variable qui doit être privilégiée, ce qui nécessite pour chaque situation spécifique d'effectuer une analyse détaillée des critères de variabilité et d'élasticité des postes de coûts au sein de la structure concernée.

**J.-P. C. :** Et là on pourrait avoir une réduction d'aléa. On pourrait dire qu'à chaque fois qu'on a un préjudice causé par la rupture brutale d'une relation commerciale établie, c'est bien la marge sur coût variable qu'il faut prendre comme agrégat pour calculer le préjudice. Cela ne résout pas tous les problèmes, mais on réduit déjà en partie l'aléa.

**M. O. :** La difficulté est que la marge sur coût variable n'est pas un agrégat qui peut être identifié par une lecture direct des états financiers. La détermination de la marge sur coût variable est un travail complexe qui peut toujours être discuté. Il est également nécessaire de prouver la capacité économique de l'entreprise victime à réaliser cette marge variable dans un scénario sans préjudice.

**M.-A. L. :** Dans ce que dit Mikael Ouaniche, il y a deux choses importantes. Premièrement, il relève de la compétence de l'expert de déterminer les méthodes d'évaluation du préjudice. Deuxièmement, lorsqu'il y a lieu de déterminer la réparation du préjudice, c'est le juge du fond qui se prononcera dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation.

**J.-P. C. :** Si le *quantum* du préjudice n'est ni contrôlé ni justifié, c'est pour moi une décision entièrement arbitraire. La définition de l'arbitraire c'est ça : il n'y a rien au-dessus, et la personne qui prend la décision n'a pas à expliquer pourquoi elle se prononce ainsi.

**J.-P. C. :** Alors pourquoi ne pas changer cela et en venir à imposer une certaine méthode ? La méthode de la marge sur coût variable pourrait très bien être considérée comme une règle juridique qui permettrait de dégager une jurisprudence et de donner un guide au juge pour éviter justement cet aléa qui provient de l'arbitraire de la décision.

**M. O. :** Dans ce cas-là, il s'agirait de transférer la question du préjudice du domaine du fait au domaine du droit, et donc l'exposer à la censure de la Cour de cassation. Cela compliquerait la tâche du juge.

**M.-A. L. :** La question n'est pas totalement nouvelle puisque, dans la législation actuelle, lorsque deux personnes veulent conclure la vente d'une chose et ne peuvent se mettre d'accord sur le prix, l'article 1592 du Code civil énonce qu'elles peuvent se référer à cette fin à un tiers-évaluateur qui, en pratique, est un expert doté d'un pouvoir considérable puisque, s'il « ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente ».

**J.-P. C. :** À la nuance près qu'ici les parties choisissent l'aléa, on ne peut pas leur imposer le tiers-évaluateur. À partir du

moment où elles ont voulu l'aléa, elles l'assument. Au contraire, la victime ne choisit jamais l'aléa qu'elle subit dans l'évaluation du préjudice. Je pense qu'il y a une grande différence.

**M.-A. L. :** Certes. Mais il n'empêche qu'une contestation pourrait naître entre les parties sur l'expertise faite par ce tiers et que les juges du fond et, le cas échéant, la Cour de cassation peuvent être amenés à statuer aussi bien sur les résultats de ladite expertise que sur la régularité de la vente elle-même.

J'indique également que l'article 1843-4 du Code civil, texte d'ordre public, nous dit que « dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme de référés et sans recours possible ».

On connaît l'abondante littérature doctrinale qu'a entraînée la jurisprudence récente qui résulte de l'interprétation et l'application de ce texte.

Mais, pour ce qui concerne notre débat, ce qu'il faut retenir de ce texte, comme de l'article 1592 précité, c'est que « l'expert » qui officie possède un véritable *imperium* qui, dans l'exécution de sa mission, facilite le règlement de la situation litigieuse et ce, sous le contrôle de l'autorité judiciaire en cas de difficultés ou de contestation dans les rapports entre les parties concernées.

**J.-P. C. :** Pour prolonger le débat, passons à la question suivante : que pensez-vous de l'articulation entre le rôle de l'expert et l'office du juge dans l'évaluation du préjudice ? J'ai entendu deux avis qui peuvent paraître, au premier abord, contradictoires. L'un consiste à dire qu'heureusement qu'il y a les experts qui viennent éclairer de leur science la décision du juge. L'autre dit que ces experts-là utilisent des outils intellectuels qui viennent plutôt jeter le trouble car le juge, qui les connaît mal, peut penser qu'ils produisent des vérités économiques, et donc se sentir lié par une rhétorique économétrique alors qu'il devrait prendre une distance critique. L'idéologie économique est en effet très forte aujourd'hui. Il y a donc deux discours, un positif et optimiste, et l'autre négatif avec le juge qui perdrait de son pouvoir et où au lieu de réduire l'aléa en recourant à des experts on perdrait des garanties puisque le juge abdique de son pouvoir au profit des experts. Alors, quelle articulation ?

**C. H. :** D'abord, le juge n'est jamais obligé de nommer un expert, donc quand il délègue une partie de sa mission, il le fait consciemment. L'expertise ajoute de l'aléa judiciaire à deux niveaux. Le premier est la durée. Une expertise prolonge parfois de plusieurs années le procès de première instance, quand vous avez des experts qui sont nommés dans des affaires compliquées et qui mettent plusieurs années à déposer leur rapport avec les dires. L'expert remet d'abord un projet et attend que les parties lui donnent leur avis (il peut y avoir des expertises impliquant des dizaines de parties). Le processus est excessivement lent et lourd (respect du contradictoire oblige) et donc insupportable sur le plan pratique pour la victime,

puisque cela prolonge encore le temps entre le moment où le préjudice est né et le moment où il sera réparé. Le deuxième est la qualité de l'expert qui compte, et comme ce sont des affaires complexes, il est évident qu'il n'a pas toujours toute la compétence, d'où la tendance à nommer des sapiteurs, et *cætera...* Donc l'expertise à ses limites, son coût mis à part.

Il faudrait réfléchir à un système qui ne fasse pas fi de l'expert, mais qui soit plus exigeant en matière de temps, sur la définition de la mission, et sur le contrôle par le juge du travail de l'expert qui est aujourd'hui quasiment inexistant. L'expert remet de temps en temps un rapport d'étape, mais le juge n'est pas forcément équipé pour apprécier ce travail. Il prolonge la durée de l'expertise généralement à l'insu des parties, fixe les honoraires et puis cela s'arrête là.

**J.-P.C.** : Juste une petite incise : je me suis toujours demandé pourquoi le juge en pratique recourait systématiquement à l'expertise comme mesure d'instruction, alors qu'il pourrait recourir à la mesure de consultation, qui consisterait à interroger un expert sur un point théorique qui lui servirait ensuite à calculer le préjudice, ce qui réduirait les coûts et les délais. Car après tout, la preuve du préjudice appartient quand même aux parties, donc c'est un élément probatoire qui est soumis à l'office du juge et dont on comprend mal que le juge se décharge sur l'expert. Pourquoi ne pas réduire l'expert à un rôle consultatif, surtout dans le domaine économique, où son seul rôle serait d'indiquer l'agrégat économique pertinent pour évaluer le préjudice ? Le juge calculerait ensuite lui-même le dommage.

**M.-A.L.** : Effectivement, la question de l'expertise est posée, car au-delà de ce débat qui se noue à l'occasion d'une affaire, il existe, de manière sous-jacente, le problème de savoir qui, du juge ou du sachant, doit détenir le véritable pouvoir de détermination de la réparation du préjudice causé à la victime.

Laissons de côté ce vieux débat. L'expertise a une vertu principale et cardinale. Elle se déroule en respectant le principe directeur de la contradiction et ainsi facilite la tâche du juge du fond lorsqu'il reçoit les conclusions de l'expertise afin de se prononcer, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, sur l'étendue du dommage et l'indemnisation due à la victime.

Mais on pourrait aussi se demander si, en matière d'indemnisation des préjudices économiques, les victimes n'auraient pas avantage à présenter, à l'appui de leurs prétentions, des expertises de parties qui, versées aux débats, feraient l'objet d'un débat contradictoire, permettant ainsi aux juges du fond de mieux cerner les points techniques qui doivent être éclairés par une expertise judiciaire.

**P.L.** : Nous parlons de l'expert pour la détermination du préjudice, mais il va de soi que dans ces contentieux il y a aussi des experts qui interviennent pour la détermination de la faute et du lien de causalité. Dans des sujets et des domaines très techniques, il y a parfois la nécessité d'avoir des experts qui donnent un avis qui n'est pas nécessairement lié au préjudice lui-même, ce qui est une déviation.

**M.O.** : Sur la question de la faute, l'établissement de constats techniques sur des éléments de fait, sans prendre de position juridique, entre dans les missions possibles de l'expert. Il y a trois possibilités offertes par les textes : la consultation que l'on a évoquée, la constatation réalisée sur des éléments techniques ; et dans les cas où ces deux moyens sont insuffisants parce que les faits sont trop complexes, le juge a la possibilité de recourir à l'expertise qui a pour principale vertu d'épuiser le débat technique, dans le cadre d'une discussion contradictoire.

**J.-P.C.** : **Quels sont pour vous les nouveaux préjudices dont l'émergence récente pose une difficulté en termes de définition et surtout d'évaluation ?**

**P.L.** : Tout simplement, les évolutions de la vie des affaires, de la réglementation et des comportements font qu'aujourd'hui vous avez des préjudices environnementaux ou en matière de santé publique qui se sont considérablement développés.

De même en matière de droit du travail ou de droit social avec les préjudices moraux, de harcèlement, qui prennent une dimension nouvelle et sont sanctionnés pénalement. Les préjudices à l'économie, notamment ceux liés à la violation du droit de la concurrence, font l'objet de la part des autorités de la concurrence dans les différents pays et au niveau européen d'une forte initiative pour inciter les entreprises à former des demandes en réparation. La Commission européenne quantifie régulièrement les montants qu'elle estime non-réparés du préjudice lié aux pratiques de cartels illicites pour des montants qui sont tout à fait considérables. On peut d'ailleurs s'interroger sur l'opportunité d'une telle démarche : est-ce que l'objectif d'une autorité administrative telle que la Commission est d'inciter les acteurs économiques à se battre devant les juridictions, ou plutôt de favoriser la création de valeur ? C'est une question que je laisse ouverte. Les préjudices à l'image se développent aussi énormément, notamment avec les préjudices liés au rôle des moyens de communication, à la presse et à Internet qui très rapidement peuvent cristalliser un préjudice, simplement en développant des rumeurs, sans même que les faits soient avérés. L'entreprise aujourd'hui doit donc se protéger contre ces évolutions et se préparer pour savoir y réagir.

**M.-A.L.** : Vous avez parlé du harcèlement moral au sein de l'entreprise.

Effectivement c'est une éventualité. Mais il faut savoir que la jurisprudence sociale et pénale est bien établie dans ce domaine. En effet, elle permet de sanctionner et réparer aussi bien le harcèlement moral dit « descendant » (le chef d'entreprise ou le cadre-dirigeant envers le salarié) que celui dit « ascendant » (le salarié envers le chef d'entreprise ou le cadre-dirigeant) ou celui dit « horizontal » (le ou des salariés envers un ou des salariés).

**J.-P.C.** : Si on revient sur le préjudice de l'entreprise, ce n'est pas le préjudice de la personne harcelée, mais celui subi par l'entreprise qui va devoir payer des dommages-intérêts parce que dans son organisation elle n'a pas su empêcher qu'un cas

de harcèlement se produise. C'est une obligation de sécurité, de résultat.

**M.-A. L.** : Il faut savoir aussi que la Cour de cassation vient de rendre un arrêt très important, disant qu'une société est susceptible de voir réparer son préjudice moral. Ce n'est pas la première fois que la Cour le dit. Mais cette dernière décision concerne un litige qui touche au fonctionnement de l'entreprise. Ce n'est pas une souffrance comme celle subie par une personne physique, mais on touche là à l'image ou à la réputation de l'entreprise. Cette jurisprudence m'apparaît digne d'intérêt pour une facilitation de la réparation du préjudice économique subi par une société quelconque.

**J.-P. C.** : Sur le préjudice moral j'ai toujours été très dubitatif. Je sais bien que dans personnalité morale et dans préjudice moral on retrouve l'aspect « moral », mais le préjudice moral est l'idée de souffrance. L'idée qu'un être fictif puisse souffrir pose difficulté, même si ce n'est pas là que je porterai ma critique. En réalité, derrière le préjudice prétendument moral, c'est d'un préjudice économique qu'il s'agit. Vous avez parlé de préjudice d'image et de réputation, ce sont des préjudices économiques. Je ne vois pas la nécessité d'aller recourir à l'idée de préjudice moral en tordant cette notion pour l'appliquer à la

personne morale, alors que c'est simplement un préjudice économique lié à la détérioration de la réputation.

**M. O.** : Je voudrais abonder dans votre sens, et du point de vue de l'expert, il faut bien distinguer ce qui relève de ce qu'on peut appeler le *pretium doloris* qui par définition ne relève pas d'un calcul financier, et ce qui relève du préjudice économique. Monsieur l'avocat général, vous avez évoqué les notions de perte subie et de gain manqué ; quand on parle de la perte de réputation, la conséquence directe est qu'on a été privé d'une opportunité de signer des contrats, et cette opportunité-là se traduit par une perte de marge. De la même manière, une dégradation de l'image peut s'analyser sous la forme d'une perte subie, au travers des coûts engagés par la victime pour rétablir son image de marque. Je pense au jugement du tribunal de commerce de Paris dans un litige entre Free et Bouygues. Free a été condamnée pour dénigrement. La perte d'image a été évaluée par la juridiction sur la base du coût moyen d'une campagne de publicité nécessaire au rétablissement de l'image de la victime. Il s'agit donc d'éléments constitutifs d'un préjudice moral, mais qui relèvent en fait d'un calcul économique et qui s'analysent dans le cadre des deux catégories définies par le Code civil que sont la perte subie et le gain manqué.

### Pactes d'actionnaires

Clauses de pactes extrastatutaires  
et clauses statutaires

#### Direction scientifique :

Jean-Jacques UETTWILLER  
Charles-Emmanuel PRIEUR

- Toute l'actualité technique des pactes d'actionnaires
- Les meilleures pratiques en matière de pactes d'actionnaires

 LexisNexis®



LexisNexis® Formations

MERCREDI 29 AVRIL 2014 À PARIS  
14h00 - 18h00

#### Programme

##### Pactes et statuts :

- La distinction pactes-statuts-règlement intérieur
- La distinction pactes-statuts-règlement intérieur
- Les clauses relatives à l'aménagement des pouvoirs
- Les clauses relatives à la géographie du capital
- Le régime du pacte d'actionnaires

#### Inscriptions & renseignements

- LexisNexis® Formations - 141, rue de Javel - 75747 Paris cedex 15
  - Tél. 0821 200 700 • Fax 01 45 58 94 35 • [formations@lexisnexis.fr](mailto:formations@lexisnexis.fr)
- (0,112€ puis 0,09€/min à partir d'un poste fixe)



CS-140244-01/2014 552 029-491 RCS Paris