

# Les aspects théoriques de la réparation du préjudice économique : Réparation intégrale et typologie des préjudices

**CYCLE DE CONFERENCES 2006-2007**

*« Risques, assurances, responsabilités »*

*Les limites de la réparation*

**La réparation du préjudice économique**

**Maurice Nussenbaum,**

Professeur à l'Université Paris Dauphine, associé de Sorgem Évaluation,  
expert financier agréé par la Cour de Cassation

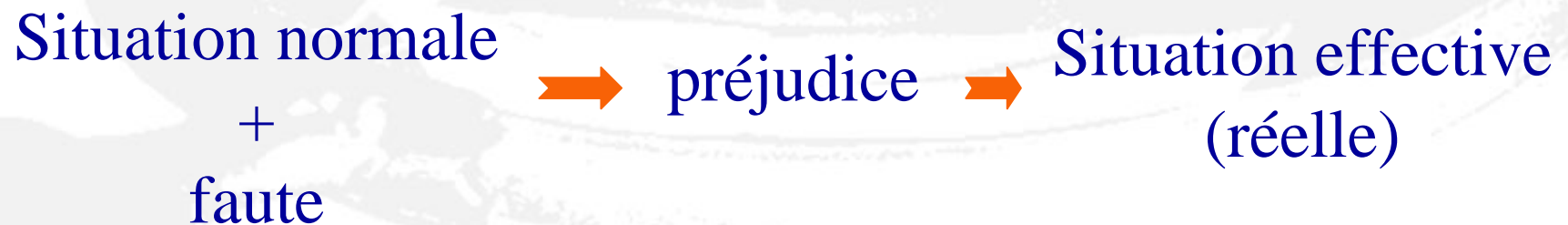
**Jeudi 26 avril 2007  
Cour de Cassation**

# SOMMAIRE

<b>1. Qu'est ce qu'un Préjudice</b>	<b>3</b>
<b>2. Approches économiques et juridiques pour appréhender le préjudice</b>	<b>6</b>
<b>3. Construire une typologie des préjudices économiques</b>	<b>11</b>
<b>4. Analyser les conséquences du préjudice</b>	<b>17</b>
<b>5. Un cas particulier d'atteinte patrimoniale</b>	<b>22</b>
<b>6. Date de fixation des dommages</b>	<b>24</b>
<b>7. Nature des informations nécessaires pour quantifier le préjudice</b>	<b>31</b>
<b>8. Les problèmes spécifiques liés à la détermination de la situation normale</b>	<b>32</b>
<b>Conclusion</b>	<b>34</b>

# 1. Qu'est ce qu'un Préjudice

C'est l'écart entre situation normale et situation effective  
(en anglais « but for »)



La difficulté pour l'économiste, c'est de reconstituer la situation normale, situation qui n'a pas eu lieu.

## 1. Qu'est ce qu'un Préjudice (suite)

### Notion de préjudice économique : Absence de catégorie spécifique en droit français

1. Préjudice économique = préjudices liés à une activité économique de production ou de service (qu'ils soient autres que l'atteinte à une chose ou une personne ou consécutive à une telle atteinte)
2. « Pure economic loss » = préjudice pécuniaire détaché de toute atteinte matérielle ou corporelle
3. Conséquences de fautes de nature économique tq atteinte à l'intégrité d'un marché (pratiques anti-concurrentielles ou pratiques prohibées sur les marchés boursiers)



On retient la définition (1)

## 1. Qu'est ce qu'un Préjudice (suite)

### Le préjudice selon le type de bien

Bien ou actif patrimonial  
ne générant pas de revenus  
(ex : tableau de maître,  
maison d'habitation)

Préjudice = perte de  
jouissance  
+ coûts subis  
(réparation, remplacement,  
...)

Actif d'exploitation destiné à  
générer des revenus /fins  
lucratives

Préjudices = coûts subis +  
pertes de profits

## 2. Approches économiques et juridiques pour appréhender le préjudice

- Pour l'économiste, tout a une valeur, qu'il s'agisse d'une valeur d'usage (ou d'utilité) ou d'échange.
- Les prix (donc la valeur vénale) dépendent de l'offre et de la demande.
- La valeur d'usage (ou d'utilité)
  - Pour un actif de jouissance
  - Pour un actif de production

## 2. Approches économiques et juridiques pour appréhender le préjudice (suite)

- Les prix et les coûts sont des notions distinctes :
  - les prix résultent de l'équilibre offre / demande,
  - les coûts dépendent des prix des facteurs de production.
- Le coût d'opportunité est une notion essentielle qui exprime le revenu que pourrait rapporter un actif dans le meilleur emploi alternatif : des locaux vides appartenant à l'entreprise ont un coût d'opportunité égal à leur valeur locative.

## 2. Approches économiques et juridiques pour appréhender le préjudice (suite)

Il existe donc des approches différentes pour définir les préjudices affectant les 2 types d'actifs.

**Actifs de jouissance** : Coûts de remplacement ou de remise en état :

- C'est le minimum des deux, si les deux sont possibles,
- C'est le coût de remplacement si la remise en état n'est pas possible,
- C'est la remise en état, quel que soit son coût, si le remplacement n'est pas possible.



## 2. Approches économiques et juridiques pour appréhender le préjudice (suite)



- Il peut en résulter un enrichissement
- Justifié par le principe de réparation intégrale (dès lors que la valeur d'usage est affectée).

## 2. Approches économiques et juridiques pour appréhender le préjudice (suite)

### Actifs d'exploitation

Usage normal :

Revenus normaux

-

Coûts normaux

=

profit normaux

Situation réelle :

Revenus réels

-

Coûts réels

=

Profits réels

Préjudice :

Différence de revenus

-

Différence de coûts

=

différence de profits

A hand holding a magnifying glass over a globe of the Earth. The globe is centered on the Atlantic Ocean, showing North and South America on the left and Europe and Africa on the right. The magnifying glass is held from the bottom left, and its lens is focused on the globe. The background is a light blue gradient.

### **3. Construire une typologie des préjudices économiques**

## 3.1. Une typologie des préjudices économiques par domaine

N1 Activité	N2 Domaine	N3 Problématique spécifique
	<b>Concurrence</b>	Cartels Abus de positions dominantes (Accès à des facilités essentielles, économie des réseaux, abus de la fixation du prix)
	<b>Entreprises en difficultés / Procédures collectives</b>	Date de la cessation des paiements Situation irrémédiablement compromise Soutien abusif d'une banque Faute de gestion des dirigeants
	<b>Contentieux commerciaux</b>	Préjudice économique résultant de l'inexécution d'un contrat Concurrence déloyale/parasitisme Atteinte à l'image de marque Rupture abusive de pourparlers Produits défectueux
	<b>Banque et marchés financiers</b>	Faute dans le devoir de banquier Taux usuraires Manipulation de cours / délit d'initié Opérations sur dérivés
	<b>Fiscalité</b>	Prix de transfert Prix de cession de sociétés et/ou d'activités
	<b>Propriété intellectuelle</b>	Contrefaçons de marques et brevets Contrefaçons de logiciels Contrefaçons de produits
	<b>Fusions acquisitions</b>	complément de prix (earn out) et ajustement de prix
	<b>Organismes publics/réglementaires</b>	Recours contre / défense d'une décision d'un Etat (France ou Autres) Recours contre / défense d'une décision des organismes de contrôle (Commission Bancaire, Commission de Contrôle des Assurances) Recours contre / défense d'une décision de l'AMF Recours contre / défense d'une décision de la Commission Européenne Recours contre / défense d'une décision du Conseil de la Concurrence

## 3.2. Nécessité pour le juge de caractériser la nature du préjudice subi

	Passé	Futurs
Pertes subies (damnum emergens)	❶ Coûts supplémentaires Destruction d'actif	❷ Coûts supplémentaires futurs
Manque à gagner (lucrum cessans)	❸ Perte de revenus passés	❹ Insuffisance de revenus futurs

## 3.2. Nécessité pour le juge de caractériser la nature du préjudice subi (suite)

### Cas particulier de la perte de chance (loss of chance)

- Absence de définition juridique générale
- Elle est courante en matière délictuelle ou quasi-délictuelle.
- Mais elle peut être utilisée en matière contractuelle.

## 3.2. Nécessité pour le juge de caractériser la nature du préjudice subi (suite)

### Cas particulier de la perte de chance (loss of chance) (2)



Faute qui a pour conséquence de réduire à néant la possibilité de réaliser un profit ou d'éviter une perte



La notion s'applique donc aussi bien aux pertes (qui auraient pu être évitées) qu'aux bénéfiques (qui auraient pu être obtenus)

### 3.2. Nécessité pour le juge de caractériser la nature du préjudice subi (suite)

## Cas particulier de la perte de chance (loss of chance) (3)

- La chance perdue est un préjudice certain.
- La conséquence étant aléatoire : on ne récupère pas l'intégralité de la conséquence favorable mais :



## 4. Analyser les conséquences du préjudice

### 4.1 Les différentes notions de coûts :

Attention à la différence entre coûts comptables et coûts économiques

#### 1. Coûts comptables

- Coûts variables
- Coûts directs
- Coûts fixes (et frais généraux)

#### 2. Coûts économiques

- Incluent des coûts ignorés par les comptables
- Excluent des coûts pris en compte par les comptables
- Coûts d'opportunité (inclus)
- Coûts exclus : Sunk costs tels que amortissements ou dépenses passées non récupérables (n'influe pas sur la décision actuelle).
- Coûts marginaux (ou coût incrémental) : variation du coût total pour une unité supplémentaire produite
- Notion d'horizon : court terme ou long terme.

## 4.2 Coûts subis : existence d'une ambiguïté avec les gains manqués

Cas général : tous les coûts supplémentaires supportés par la victime pour restaurer sa situation.

Dans certains cas, le coût subi est un coût d'opportunité, c'est-à-dire une perte implicite de revenus :

Ex : Service interne de réparation qui en réparant un préjudice manque une prestation facturable.



**Dans certains cas le coût subi peut être assimilé à un manque à gagner**

## 4.3. Gains manqués et pertes de revenus

- Il s'agit d'une appréciation in abstracto « du gain qui pourrait être raisonnablement attendu, eu égard au cours normal des évènements » (art. 252 du code civil allemand)
- Fonction des éléments suivants :
  - Prix moyens de marché.
  - Coûts normaux de production.
  - État de la demande et de la part de marché.

## 4.4. Perte de revenus et perte de valeur d'un actif

- A priori 2 notions différentes :
  - ☞ valeur de bien =
    - Valeur vénale
    - Coût de reconstitution
    - Valeur d'usage
  - ☞ Mais en fait, les 2 notions se recoupent :
    - valeur d'une entreprise = valeur des bénéfices futurs attendus : (cash flow net des dépenses d'investissement)
    - Et perte de valeur d'un actif patrimonial

## 4.4. Perte de revenus et perte de valeur d'un actif (suite)

- Cas particulier de la perte de valeur d'un savoir-faire du fait de sa divulgation.

Ex : affaire Chantelle (cf Arrêt du 27 septembre 2000 de la CA de Paris – Stés VF Diffusion et VF Boutiques c/ Sté Chantelle SA )

- Un savoir-faire est un actif patrimonial mais aussi un actif de production.
- Mais il ne perd sa valeur que si sa capacité à générer des revenus futurs est obérée



- En distinguant de manière stricte les actifs patrimoniaux des actifs productifs, le droit sous-estime leur continuité.
- Une perte de valeur doit être démontrée par une perte prouvée d'une capacité à générer des revenus dans l'avenir ou par une perte de valeur vénale.

## 5. Un cas particulier d'atteinte patrimoniale

### Divulgarion ou copie d'un savoir-faire et usage illicite : cas de la faute lucrative

- Le droit à restitution des gains illicites n'est pas consacré par le droit français (proposition dans le projet de réforme du Code des obligations art. 1 371).
- La victime a cependant été privée d'une négociation : celle qui aurait conduit à en refuser l'usage ou à en fixer le prix.
- Le prix qui aurait ainsi été établi constitue un coût d'opportunité pour elle (c'est-à-dire le revenu non perçu d'un usage alternatif).
- Le prix aurait été fixé au niveau qui aurait rendu inintéressant ou dissuasif l'usage illicite.

## Divulgarion ou copie d'un savoir-faire et usage illicite : cas de la faute lucrative (suite)



- La restitution (d'une partie) des gains illicites est donc assimilable par la règle de la réparation intégrale.
- Elle l'est déjà dans certains cas (atteinte à certains biens – contrefaçon).

## 6. Date de fixation des dommages

- Le droit français : date du jugement
- Le droit considère que l'évaluation à la date du jugement permet d'assurer la réparation intégrale.

≠

Valeur : naît au jour du dommage

Quantum : déterminé le jour du jugement

La « valeur » détermine l'étendue du dommage. Elle est définie au jour du dommage.

- Cette approche repose sur une quasi fiction : on peut séparer la substance du préjudice de son quantum.



## 6.1 Conséquence de cette définition

1. La victime sera indemnisée de l'aggravation du dommage entre sa date d'occurrence et le jugement si cette aggravation n'est pas de son fait. (absence de « duty to mitigate »)
  
2. La victime pourra bénéficier d'un enrichissement du fait :
  - Soit de la variation de valeur de l'actif, objet du préjudice (par ex augmentation des réserves d'un gisement),
  - Soit de l'augmentation non attendue des flux de revenus.

## 6.1 Conséquence de cette définition (suite)

Le juge peut cependant retenir une date différente de celle du jugement :

- Si le créancier a refusé une offre raisonnable de réparation formulée par le débiteur,
- Si le cours des marchandises indemnisées a chuté au jour du jugement,
- Si le bien s'est déprécié après le dommage (terrain devenu non constructible)

## 6.1 Conséquence de cette définition (suite)



- La règle est dictée par la volonté de ne pas faire bénéficier l'auteur du dommage d'un effet d'aubaine.
- Il s'agit de protéger la victime : l'indemnisation ne s'appuie pas sur la valeur anticipée du bien ou des revenus attendus au moment du dommage (elle n'est pas une évaluation ex-ante)
- En ce sens, elle s'avère :
  - Non fondée économiquement lorsqu'il s'agit de perte de revenus,
  - Imprévisible et entachée d'arbitraire (par suite d'une modification de la date).

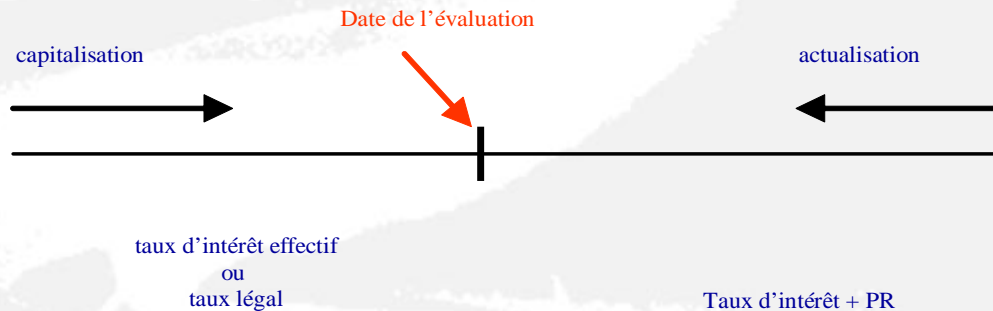
## 6.2. L'approche économique de la prise en compte de la date

- Pour l'économiste, seuls les revenus raisonnablement attendus au moment du dommage devraient être indemnisés avec prise en compte de l'érosion monétaire,
- Les évènements aléatoires survenus entre la date du dommage et celle du jugement sont sans lien direct avec le dommage.
- En faire bénéficier la victime revient à supposer qu'elle n'aurait pas modifié le cours des affaires jusqu'au jugement (gain certain ou perte de chance ?).

## 6.3. L'actualisation des préjudices

- L'actualisation permet de ramener les revenus espérés dans l'avenir à une valeur aujourd'hui (taux sans risque + prime de risque).
- La capitalisation (au sens financier) au taux sans risque (taux légal) permet de ramener l'évaluation passée à la compensation aujourd'hui.
- Attention à la distinction entre capitalisation et addition des intérêts.
- Pour l'économiste, la capitalisation des intérêts s'impose.

## 6.3. L'actuation des préjudices (suite)



Le passé étant certain et le futur aléatoire, les taux applicables sont nécessairement différents : taux avec prime de risque pour l'actualisation et taux sans risque ou taux légal pour la capitalisation

## 7. Nature des informations nécessaires pour quantifier le préjudice

≠ { **Pertes subies** : documents comptables + estimation  
**Manque à gagner** : importance de la définition de la situation normale de référence



- Nécessité de disposer d'une information économique et comptable analytique fiable
- D'où le problème de l'accès aux preuves (discovery ?)

## 8. Les problèmes spécifiques liés à la détermination de la situation normale

Le plus souvent celle-ci s'avère « spéculative » par nature puisqu'il faut décrire ce qui se serait passé en l'absence de préjudice :



Sa définition est d'abord d'ordre juridique car il s'agit de dire ce qui se serait passé en l'absence de faute.

Seule sa mesure relève de l'expertise.



## 8. Les problèmes spécifiques liés à la détermination de la situation normale (suite)

### Méthodes possibles :

- par comparaison avec d'autres situations ou sociétés comparables non affectées ;
- par référence à des invariants pré-existants tels que : part de marché avant coûts,.....
- Par modélisation :
  - Economique : simulation du prix de marché concurrentiel
  - Econométrie et statistique pour effectuer des projections ou chercher des éléments comparables.

# Conclusion

L'évaluation des préjudices comprend deux composantes complémentaires : définition et choix des méthodes d'une part et mesure d'autre part.

Si la mesure relève du fait, la définition appartient au juge qui devrait pouvoir :

- Définir la situation normale,
- Qualifier le type de préjudice en fonction du type de bien (actif patrimonial ou actif d'exploitation) :
  - Coûts subis et/ou manque à gagner,
  - Passé et/ou futur.
- Qualifier les types de coûts et de bénéfices pris en compte,
- Justifier la date de référence et valider les informations prises en compte.