

La réparation des préjudices économiques

Un colloque du 22 septembre dernier, organisé par la Cour d'appel de Paris, avait pour thème l'amélioration de la réparation des préjudices économiques. Dans les critères de compétitivité d'une économie, les acteurs font état de leur besoin de prévisibilité. Notre droit inscrit le principe de la réparation intégrale du préjudice, résumé par la formule de la recherche de l'indemnisation de « tout le préjudice, rien que le préjudice ». Il est difficile d'envisager une nomenclature rigide des préjudices réparables. Même si la jurisprudence peut paraître disparate, ce dont la Cour de cassation se préoccupe, un récent colloque de la CNECJ¹ évoquait plutôt pour chaque cas la recherche d'un **raisonnement adapté à la situation, pour répondre au principe de réparation intégrale du préjudice.**

La démarche à suivre concerne au premier chef le demandeur qui est la victime, et qui a en outre la charge de la preuve.

Il faut améliorer les dossiers des demandeurs, souvent guidés par l'importance « visuelle » du chiffre mis en avant, plutôt que par une approche solide et étayée démontrant la réalité et le quantum du préjudice subi. La charge de la preuve qui lui incombe impose que le demandeur articule un chiffre de demande. Si la qualification de la faute n'est pas le rôle de l'expert du chiffre, son rôle dans l'établissement du lien de causalité et dans l'évaluation du préjudice est essentiel pour apporter au juge les éléments d'appréciation dont il aura besoin pour décider.

Sur un plan méthodologique, la démarche à suivre pour établir un chiffrage solide qui permette au juge de décider peut se décrire par les étapes clés qui suivent.

La première étape consiste à identifier le préjudice

Pour le demandeur, la première étape est de bâtir une « histoire crédible et cohérente ». Quels sont les conséquences *in concreto* du dommage et les préjudices qui ont pu en résulter, par la nature des conséquences et leur étendue ? L'approche est en fonction de la nature de l'activité : production industrielle, négoce, importance de la recherche et développement. Pour réaliser cette première étape, l'approche analytique des gains manqués (le fameux « *lucrum cessans* »), des pertes subies (la « *damnum emergens* ») et de la perte de chance, dérivée du gain manqué, donne un cadre de recherche tout à fait pertinent et explicite pour démarrer le dossier et identifier les conséquences du dommage.

En parallèle, il convient de comprendre et d'analyser les paramètres clés de la performance



Par Olivier Péronnet, associé fondateur de Finexsi



et Olivier Courau, associé

financière de l'entreprise victime, issus de son système d'information, pour contextualiser le préjudice

Il faut observer et analyser les données financières de l'entreprise pour comprendre les enjeux, cerner les conséquences directes du sinistre pour elle, et voir comment appréhender et mesurer l'incidence financière qu'elle a subie ou va subir.

Le préjudice est une situation qui peut affecter le passé et faire partie de **données observées** : les **pertes subies** et les surcoûts engagés procéderont de constatations comptables, utiles et pertinentes pour procéder à un chiffrage du préjudice subi à ce titre. Toutefois, les systèmes comptables ne sont pas bâtis pour mesurer des préjudices. Il faudra s'appuyer sur le système d'information de l'entreprise, définir les agrégats pertinents, voir comment les établir à partir du système existant : comptabilité générale, comptabilité analytique (comptabilité

Trois questions à... Finexsi

Quelles sont les spécificités de votre équipe dédiée à ces problématiques ?

Parmi ses métiers, Finexsi intervient de façon usuelle en qualité d'expert dans des contentieux ou procédures amiables sur des sujets de réparation de préjudices économiques. Ceux-ci peuvent intervenir dans des contextes extrêmement variés : industriels, commerciaux, ruptures contractuelles, etc.

Nos équipes sont formées à comprendre vite les métiers et problématiques de nos clients, avec une approche très fine des spécificités de leur « business », et aussi des risques et opportunités que peuvent revêtir certaines situations. Elles savent appréhender les questions économiques et financières pour les traiter au plus haut niveau, en interaction avec les autres compétences qu'il convient de mobiliser sur ce type de sujets : juridiques,

des coûts selon les Anglo-Saxons), ou en s'appuyant sur les données du contrôle de gestion.

Les **gains manqués** correspondent à une marge sur coûts évitables : non la marge brute, qui s'assimile pour les comptables à une marge commerciale, mais une marge qui parte du chiffre d'affaires manqué diminué des coûts directs ou variables à l'activité qui ont été évités². De plus, dès que l'on évoque des questions de gains manqués, alors l'observation du passé n'est pas suffisante en soi : le préjudice concernera le futur et affectera l'exploitation de l'entreprise de façon plus ou moins durable. Il faudra alors comprendre comment le système d'information appréhende et structure ses données prévisionnelles et budgétaires ; si la société réalise un plan d'affaires, comment il est construit et peut servir dans la modélisation de données estimées pour le futur. Ces deux premières étapes qui vont donner les bases de travail sont clés pour la suite.

Chiffrer le scénario contrefactuel établi à partir de la situation normale, en évaluant les flux correspondants dans le contexte de l'entreprise victime

Les étapes 1 et 2 vont être directement utiles à cette construction, qui est par nature une modélisation. Il faut partir des données comptables passées, constatées, tangibles, comprendre le système de prévision de l'entreprise (approche budgétaire, business plan). Celles-ci ne suffisent pas : il faudra examiner les considérations économiques macro et micro, et revoir les prévisions initiales (de l'entreprise, de son investissement et de son retour attendu en termes de performance) pour bâtir une modélisation du gain qui aurait pu être réalisé si le dommage n'était pas intervenu. La finance fiction est de la finance – d'où l'importance de bien maîtriser les données financières de l'entreprise – et de la fiction, laquelle doit être plausible. C'est, pour citer certains auteurs, estimer le conditionnel passé et projeter le conditionnel futur. Fixer les éléments d'une situation normale telle qu'elle est esti-

mée est un point sur lequel le juge doit pouvoir trancher. Il pourra être utile pour améliorer sa perception de chiffrer des simulations de différentes hypothèses de situation normale, retenues pour bâtir le conditionnel passé et le conditionnel futur.

Comparer ce qui se serait passé si le dommage n'avait pas eu lieu (scénario contrefactuel) avec la situation réelle affectée par le dommage

Cette approche doit répondre au principe de réparation intégrale du préjudice. La recherche de la « situation normale » vise à identifier un scénario plausible, et à le « dépolluer » des autres éléments de la contre-performance qui n'ont rien à voir avec le sinistre. L'approche différentielle va constituer une approche synthétique qui replacera dans les bons ordres de grandeur l'incidence du préjudice au regard des agrégats de l'entreprise victime, dans les proportions de son activité et de ses capacités financières. Le ou les scénarios contrefactuels qui établissent les bases de ce qui aurait dû se passer sont très efficaces pour mettre à l'épreuve également la réalité du lien de causalité : ils doivent permettre de visualiser d'où est venue la contre-performance, son lien réel avec le dommage, et jusqu'où le préjudice résulte de cette seule cause. Cette approche va permettre d'établir le préjudice comme un différentiel de trésorerie entre la réalité et cette fiction. Il conviendra de ne pas omettre les pertes financières consécutives à la perte d'exploitation. La perte de chance pourra être identifiée enfin. En termes de modélisation, il s'agit généralement d'un gain manqué affecté d'un pourcentage de chance de sa réalisation. Les coûts engagés pour la procédure sont aussi réparables dans le cadre de l'article 700 du Code de procédure civile, mais les coûts engagés doivent être justifiés. ■

1. Colloque de la Compagnie nationale des experts-comptables de justice (CNECJ), TC de Paris, 2006.

2. Le résultat d'exploitation, l'EBITDA, l'EBIT et le résultat net, agrégats de reporting habituels des entreprises, identifiés dans leurs états financiers que produisent les systèmes comptables, ne chiffrant pas le préjudice.

techniques, etc.

Il nous arrive d'intervenir en demande ou en défense, ou pour le juge.

Nos démarches seront analogues dans tous les contextes, même si le rôle de l'expert du juge n'est pas de se substituer aux parties dans l'administration de la preuve.

Quelles sont les problématiques actuelles de vos clients ?

Les opérations actuelles

traitées par notre cabinet sont des expertises indépendantes dans le cadre d'offres publiques ou de fusions transfrontalières, de l'assistance dans le cadre de restructurations, et de l'assistance dans le cadre de contentieux qui peuvent toucher à des questions de préjudice boursier ou de préjudice économique. Face à une situation de sinistre, une société peut être désemparée pour évaluer son dommage et monter son

dossier de demande. Parfois, c'est le dossier de demande que reçoit un défendeur qui lui apparaît atteindre un niveau extravagant.

Comment les accompagnez-vous ?

En nous inscrivant dans le bon dispositif selon la situation : contentieux ou MARD³, en travaillant en mode « projet » avec les autres intervenants : professeurs de droit, ingénieurs, juristes. Nous apportons pour notre

part une expertise qui passe par la définition de méthodologies appropriées pour analyser la situation au plan économique, comptable et financier, et pour apporter une réponse complète dont nous savons que l'observateur ultime est le juge, auquel nous devons une restitution objective et structurée. ■

3. MARD : Modes amiables de règlement des différends