

2^e table ronde : Identifier les préjudices réparables

Sylvie NÉROT

Conseiller à la cour d'appel
de Paris

Une approche de la notion de préjudice économique ^{124d0}

De prime abord, la question du préjudice réparable pourrait paraître simple. Le Code civil envisage la responsabilité civile sous ses volets contractuel et délictuel ; une fois la faute établie, il suffit de rechercher le préjudice qui en est résulté et, pour le juge, d'appliquer le principe de la réparation intégrale. S'agissant du préjudice économique, les notions issues de ce code sont suffisamment générales pour qu'il exerce une fonction normative ; ses composantes, le gain manqué et la perte subie évoqués en son article 1149, sont classiquement mobilisées et la perte de chance, requérant l'application d'un coefficient d'occurrence, l'est aussi.

Elle s'est toutefois complexifiée, singulièrement en matière économique. Avant d'aborder quelques-unes de ses spécificités, favorisées par la plasticité des éléments constitutifs de l'action en responsabilité (II) il paraît utile de clarifier la notion (I).

I. La notion de préjudice économique

A. Le silence de la loi quant à sa définition et son identification par la pratique

Le préjudice, distingué par certains du dommage, simple fait matériel, en ce que le premier serait la reconnaissance par le droit du second, ne fait pas l'objet d'une définition juridique générale et pas davantage le préjudice économique.

Les auteurs en ont proposé diverses définitions, tel le professeur Nussenbaum : « un préjudice économique est lié à une activité économique de production ou de service (distincts de l'atteinte à une chose ou à une personne ou consécutive à une telle atteinte) ».

Une prolifération d'appellations tendant à en expliciter la manifestation justifié qu'il soit question de préjudices économiques. Ainsi, sans exhaustivité : le préjudice commercial, financier, boursier, le préjudice résultant de la rupture brutale d'une relation commerciale établie, de la contrefaçon d'un droit privatif, le trouble concurrentiel, le trouble commercial résultant de faits de concurrence déloyale, la désorganisation de l'entreprise par divers moyens, l'atteinte à la réputation consécutive au dénigrement, le parasitisme, plus largement le dommage à l'économie en cas d'ententes illicites ou d'abus de position dominante et le préjudice économique individuel né d'infractions au droit de la concurrence, le préjudice

consécutif aux effets d'ombrelle sur les prix ou à des pratiques commerciales tendant à fausser déloyalement le jeu de la concurrence visées par les codes de commerce (ventes à perte) et de la consommation (publicités trompeuses, fraudes)...

Ils ne se caractérisent pas par leur unité quant à leurs source, éléments constitutifs ou régime et, sont, pour certains, réservés à la connaissance de juridictions spécialisées.

B. La nécessaire identification par le juge du préjudice économique réellement subi

Soumis au principe de la réparation intégrale, le juge doit parvenir à une évaluation en termes de gains manqués et de pertes subies. Il lui incombe de déterminer la situation normale, celle qui aurait existé en l'absence du fait dommageable, et la situation réelle qui s'est produite à cause dudit fait.

Mais la nécessaire détermination du préjudice réellement subi l'amène à tenir compte d'éléments distincts du fait dommageable lui-même. Tels la capacité de production ou de vente de l'entreprise victime, la période d'observation, les coûts évités et les dépenses induites, une possible interaction de causes aux effets préjudiciables, le contexte économique général ou encore l'écoulement du temps introduisant la question de l'actualisation du préjudice...

Le principe sus-évoqué et la complexité de la matière le conduisent donc à comparer les deux situations précitées mais aussi à placer le litige dans son contexte économique. Encore faut-il, pour le circonscrire le plus exactement possible, que les parties introduisent dans le débat, en les étayant, de tels éléments puisque les principes directeurs du procès cantonnent précisément l'office du juge.

II. Singularités dans la mise en œuvre de l'action en réparation du préjudice économique

Elle ouvre des pistes de réflexion, dans notre recherche d'éléments d'identification, susceptibles de se nourrir des avancées procédurales et substantielles innovantes de la directive n° 2014/104/UE du 26 novembre 2014 favorisant l'action en droit de la concurrence.

A. Les conditions d'exercice de l'action

L'une des conditions de mise en œuvre de l'action en concurrence déloyale tenait à l'existence d'un lien de concurrence mais la Cour de cassation énonce désormais que « l'existence d'une situation de concurrence directe et effective entre les sociétés n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale ou parasitaire qui exige seulement l'existence de faits fautifs générateurs d'un préjudice »¹.

La relation de compétition conserve néanmoins un rôle déterminant dans l'appréciation de la faute et du préjudice.

Dans le cadre d'une action en contrefaçon de droits d'auteur, la question de leur titularité s'est posée aux entreprises exploitant des œuvres protégées en raison de la difficulté de prouver la participation au processus créatif ou la cession de droits.

La jurisprudence a introduit une présomption simple selon laquelle la personne morale qui commercialise de façon non équivoque une œuvre de l'esprit sous son nom est présumée, à l'égard des tiers recherchés en contrefaçon et en l'absence de revendication de l'auteur, détenir sur celle-ci les droits patrimoniaux de celui-ci.

Plus récemment, l'action des victimes indirectes de pratiques anti-concurrentielles a été facilitée. Leurs auteurs se voient infliger par l'Autorité de la concurrence des sanctions pécuniaires aux fins de préservation de l'ordre public économique qui ne visent pas à réparer le préjudice qu'ont pu subir des tiers du fait de ces pratiques.

À la suite des livres blanc puis vert de la Commission européenne révélant la faible importance des actions privées, la directive n° 2014/104/UE améliore leur situation « afin de garantir la pleine efficacité du droit à réparation intégrale ». Ses articles 12 à 16 sont consacrés à la répercussion des surcoûts, ceci en tout ou en partie, le long de la chaîne de distribution et introduisent une présomption réfragable au profit de l'acheteur indirect, « réputé avoir apporté la preuve d'une répercussion à son encontre ».

B. L'appréciation des préjudices économiques

S'agissant de l'action en concurrence déloyale, fondée sur l'article 1382 du Code civil, la Cour de cassation, dans un arrêt de censure rendu le 22 octobre 1985, a énoncé qu'« il s'inférerait nécessairement des actes déloyaux constatés l'existence d'un préjudice résultant des faits fautifs utilisés contre la société X et que celle-ci avait un intérêt né et actuel à ce que soient sanctionnés

des faits générateurs d'un trouble commercial ». Une formule postérieurement reprise, avec incidemment l'ajout du morceau de phrase « fût-il seulement moral ».

Cela permet d'admettre un principe de préjudice. Reste à la victime présentant une demande indemnitaire à justifier de l'étendue du préjudice invoqué.

Elle a également jugé, sur des faits de débouchage accompagnés d'une installation à courte distance du concurrent, qu'« il [en] résultait nécessairement une désorganisation de l'établissement concerné »².

Parmi leurs composantes figure le préjudice moral. L'arrêt rendu le 15 mai 2012 par la chambre commerciale (publié au *Bulletin*), consacre la reconnaissance du préjudice moral de la personne morale alors que pour ses opposants, une personne morale n'est qu'une fiction juridique.

Reste à en déterminer le contenu (image, réputation, crédit... ?) et à l'évaluer.

Les bénéfices réalisés par l'auteur du dommage en sont une autre en droit de la propriété intellectuelle. Transposant la directive n° 48/2004/CE du 29 avril 2004 et pour renforcer la lutte contre la contrefaçon, le législateur a introduit une grille d'évaluation du préjudice ; outre les « conséquences négatives, dont le manque à gagner, subies », le juge est invité à prendre en compte ces bénéfices.

Dommages-intérêts punitifs pour certains, variable d'ajustement pour d'autres, la finalité affichée est d'éviter la faute lucrative, sans manquer de susciter une question subséquente : n'admettons-nous pas, ce faisant, un préjudice lucratif ?

Il ressort de ces brefs propos que la responsabilité civile déploie ici toutes ses fonctions : réparatrice, préventive/dissuasive, punitive.

Pour autant, une réparation cohérente et effective des préjudices économiques pourrait s'orienter vers des règles et procédures inspirées de récentes directives : conçues « pour ne pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice du droit »³, en permettant « de prendre en considération tous les aspects appropriés » pour fixer des dommages-intérêts⁴ et avec l'objectif d'« estimer » le montant du préjudice lorsqu'il est « pratiquement impossible ou excessivement difficile de quantifier avec précision le préjudice subi sur la base des éléments de preuve disponibles »⁵.

2) Cass. com., 31 janv. 2012, n° 11-10917.

3) Dir. n° 2014/104/UE, 26 nov. 2014, art. 4.

4) Dir. n° 48/2004/CE, 29 avr. 2004, art. 13.

5) Dir. n° 2014/104/UE, 26 nov. 2014, art. 17.

1) Cass. com., 27 avr. 2011, n° 10-15648.

Suzanne CARVAL

Professeur à l'université
de Rouen2^e table ronde : Identifier les préjudices réparables

Les préjudices économiques réparables : les réponses du droit de la responsabilité civile ^{124d1}

Les précédents intervenants ont déjà brossé un riche tableau des préjudices réparables¹. Afin d'éviter les redites, nous nous bornerons à examiner une idée qui semble assez largement partagée, selon laquelle le droit de la responsabilité civile serait accueillant aux dommages économiques mais trop imprécis pour assurer leur réparation efficace. Chacun souligne que le principe de base est excellent : sont réparables les pertes éprouvées, les gains manqués, les pertes de chance et même le dommage moral. Mais dès qu'il faut répondre à des questions pointues, résoudre des difficultés pratiques, le manque de règles sûres se ferait rapidement sentir. Le droit de la responsabilité souffrirait d'incomplétude, et la mise en œuvre de la réparation en serait affectée.

Ce diagnostic nous semble exagérément négatif. Quand on examine la jurisprudence relative aux dommages économiques – on sait que le droit commun de la responsabilité est jurisprudentiel – on observe qu'elle est plus fournie qu'on ne le pense. L'ennui est que son accès n'est pas facile, pour deux raisons. La première est la grande diversité des dommages économiques, qui donne naissance à une jurisprudence éparse. Ainsi, la solution d'un problème posé par un dommage de concurrence peut se trouver dans un arrêt portant sur la responsabilité des constructeurs, ou celle des notaires. La seconde est le relatif désintérêt de la doctrine. Des articles spécialisés de qualité sont publiés mais on manque d'études de synthèse, et le contraste est frappant avec la Grande-Bretagne, où des ouvrages volumineux traitent des dommages réparables en général.

En dépit de ces obstacles, on peut trouver dans le droit de la responsabilité un ensemble assez riche de règles propres aux dommages économiques (I). Cet ensemble présente évidemment des lacunes, mais certaines pourraient être aisément comblées (II).

I. Les richesses de la responsabilité civile

Nous tenterons, en quelques lignes, d'en donner un aperçu convaincant.

A. Certains arrêts majeurs concernent le « contrefactuel »

MM. Nussenbaum et Fauray ont souligné l'importance de cette notion. L'arrêt *Manoukian* du 26 novembre 2003, relatif à la rupture fautive de pourparlers, a précisé qu'il ne fallait pas se demander dans quelle situation la victime se serait trouvée si le contrat avait été conclu, mais dans quelle situation elle se serait trouvée si la rupture n'avait pas été fautive². La Cour de cassation décide également que lorsqu'un contractant demande l'annulation d'un contrat et des dommages-intérêts, ceux-ci ne peuvent pas être mesurés aux gains qui auraient été retirés du contrat³. On ne peut pas demander à la fois l'anéantissement de l'accord et son exécution par équivalent. Ces décisions sont très utiles ; elles placent le raisonnement sur de bons rails et elles permettent aux victimes de savoir ce qu'elles peuvent obtenir dans ces circonstances.

B. D'autres décisions concernent la notion de dommage réparable

Une jurisprudence abondante enseigne que les dettes de restitution ne sont pas un *damnum* ; un contractant condamné à restituer une somme d'argent ne peut donc pas appeler un tiers fautif en garantie de cette condamnation⁴. De même, les pertes d'exploitation relatives à une activité qui a été conduite sans une autorisation requise par la loi ne sont pas réparables⁵. Présente au contraire cette qualité, le paiement d'un impôt, ou celui d'une amende, qui aurait été évité si la faute n'avait pas été commise⁶. Un arrêt récent décide que sont également réparables « le temps et l'énergie consacrés par un dirigeant au traitement de procédures contentieuses »⁷. Alors que la cour d'appel avait jugé que cette activité « entraînait dans les fonctions du dirigeant » et « n'ouvrait droit à aucune réparation financière supplémentaire », la Cour de cassation a retenu que ce dommage devait être indemnisé, car les efforts du gérant s'étaient exercés « au détriment de ses autres tâches de gestion et de développement de l'activité de la société ».

1) Le style oral de la présentation a été conservé.

2) Cass. com., 26 nov. 2003, n° 00-10243 : Bull. civ. IV, n° 186.

3) V. par ex. Cass. com., 21 juin 2016, n° 15-10028.

4) V. par ex. Cass. 1^{re} civ., 28 oct. 2015, n° 14-17518.

5) Cass. com., 3 mai 2016, n° 14-29483.

6) Cass. 1^{re} civ., 15 janv. 2015, n° 14-10256.

7) Cass. com., 12 avr. 2016, n° 14-29483.

C. À ce sujet, sur les méthodes d'évaluation

Quelques décisions prennent position sur des notions assez techniques. On pense aux arrêts de la Cour de cassation qui préconisent de se fonder sur la marge brute pour réparer le préjudice né de la rupture brutale de relations commerciales établies. Ainsi qu'aux arrêts relatifs aux dommages matériels, qui imposent d'appliquer, selon la situation, la valeur vénale ou la valeur de remplacement du bien endommagé, ou qui interdisent les abattements pour vétusté.

Le corpus des règles existantes n'est donc pas négligeable, même s'il comporte des lacunes.

II. Ses lacunes

Nous en donnerons deux exemples.

A. Le premier est celui du préjudice né de l'écoulement du temps entre la perte et le jugement

Supposons qu'une entreprise soit privée d'une somme de 1 000 € à un instant T et que le jugement de réparation soit rendu dix ans plus tard. L'entreprise peut-elle être indemnisée, outre les 1 000 €, de la privation de cette somme pendant dix ans ? L'enjeu est important : si l'on prend un coût du capital de 7 % sur dix ans, les 1 000 € sont devenus 2 000 €.

Curieusement, la jurisprudence est ici plutôt rare⁸. Il semble que la réparation de ce dommage soit peu demandée, ce qui est paradoxal car il est important et plutôt facile à réparer. Ceci résulte peut-être d'une confusion avec les intérêts moratoires de l'article 1153-1 du Code civil (devenu l'article 1231-7 au 1^{er} octobre 2016). Si c'est le cas, cette confusion doit être dissipée. Il n'est pas question ici d'intérêts moratoires mais compensatoires, qui visent à assurer la réparation intégrale du dommage concerné. Leur taux n'est pas le taux légal. Il est fonction de la situation de la victime : a-t-elle dû emprunter pour faire face à la perte de trésorerie ? Ou a-t-elle perdu la possibilité de faire fructifier cette somme ?

Si le principe est simple, il serait bon que la jurisprudence donne des exemples plus nombreux

de son application. Il serait également utile qu'elle prenne position sur certains aspects délicats, telle la combinaison de ces intérêts avec le procédé de l'actualisation⁹.

B. Une autre question mal fixée est celle de l'impact de l'attitude de la victime face au dommage

Si la victime n'a pas limité son dommage, peut-on le lui reprocher ? M^{me}. Nérot a rappelé que la Cour de cassation s'orientait vers une réponse négative. La directive 2014/104 est dans le même sens¹⁰. Elle donne les conséquences à tirer de la répercussion du surcoût causé par une entente, mais elle n'impose pas cette répercussion. En revanche, l'avant-projet de réforme de la responsabilité, du 29 avril 2016, consacre l'obligation d'éviter l'aggravation du dommage, mais seulement en matière contractuelle (art. 1263).

Si la victime a limité son dommage, doit-on en tenir compte ? Le droit commun commande de réduire les dommages-intérêts à proportion de la limitation ; le juge doit être attentif à l'évolution de la consistance du dommage, qu'elle augmente ou diminue. Pourtant, la Cour de cassation a pris une position différente dans le contentieux fondé sur l'article L. 442-6 du Code de commerce. Elle juge que l'indemnité est calculée en fonction de la durée du préavis jugée nécessaire, et qu'elle ne doit pas être réduite si la victime s'est reconvertie avant la fin de ce préavis¹¹. Cette solution pourrait être étendue, car elle renforce le caractère dissuasif de la sanction civile ; les dommages-intérêts prennent ainsi la nature d'une peine privée. Il sera donc intéressant de voir comment la jurisprudence va évoluer sur ce terrain : restera-t-elle fidèle au principe de réparation intégrale ou se montrera-t-elle sensible à la fonction punitive de la responsabilité ?

9) Sur cette question, v. Carval S., « Les intérêts compensatoires – La réparation de la dimension temporelle des préjudices économiques », D. 2017, p. 414.

10) Dir. du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne.

11) Cass. com., 6 nov. 2012, n° 11-24570 ; Cass. com., 22 oct. 2013, n° 12-28704.

8) V. toutefois CA Paris, 5-4, 14 déc. 2016, n° 13/08975 ; TGI Paris, 6^e ch., 26 août 2016, n° 13/11562 ; T. com. Paris, 15^e ch., 16 mars 2015, n° 2010/073867 et T. com. Paris, 15^e ch., 18 oct. 2011, n° 2002/084275.

Didier FAURY

Expert-comptable
Commissaire aux comptes
Président du Conseil
national des compagnies
d'experts de justice

2^e table ronde : Identifier les préjudices réparables

Identifier les préjudices économiques : quelles difficultés cette démarche pose-t-elle ? 124d2

Pour tenter de répondre à cette question, il convient de revenir sur les caractéristiques des préjudices économiques.

La première caractéristique de ce type de préjudice est que le droit de la responsabilité ne mentionne pas cette catégorie de préjudice, contrairement à des droits voisins comme le droit anglo-saxon (« *pure economic loss* »). La doctrine s'est attachée à conceptualiser ou définir la notion, généralement énoncée comme une atteinte fautive à une activité de production et de commercialisation de biens ou de services, mais cette définition n'entraîne pas de conséquence particulière en matière de droit à réparation.

La deuxième caractéristique est la diversité des situations constitutives des préjudices ainsi définis.

Ces préjudices peuvent exister en matière quasi délictuelle comme en matière contractuelle et concerner :

- des perturbations d'activités d'entités industrielles ou commerciales suite à des sinistres entraînant des pertes d'exploitation ;
- des inexécutions contractuelles, des ruptures brutales de relations commerciales, de pourparlers ;
- des actions relatives à des situations de concurrence déloyale, parasitisme, contrefaçon ;
- les conséquences des atteintes au marché (entente, abus de position dominante) ;
- des préjudices boursiers...

Cette liste, qui n'a pas la prétention de l'exhaustivité, illustre donc la grande diversité des situations rencontrées.

La troisième caractéristique, qui est sans doute la plus importante au regard de notre sujet, est que l'évaluation des préjudices concernés, l'identification et l'évaluation nous semblant au demeurant difficiles à distinguer, nécessite de disposer d'informations économiques et financières pertinentes, cette information pouvant recouvrer des données historiques (données comptables et analytiques) mais aussi des données prévisionnelles de même nature, puisque des préjudices peuvent perdurer au moment où ils sont évalués.

Deux points seront développés :

- quelles informations financières et quelle méthodologie sont nécessaires à l'évaluation des préjudices économiques (I) ?
- quelles sont les difficultés spécifiques généralement rencontrées (II) ?

I. Quelles informations financières et quelle méthodologie ?

La loi, dans ses dispositions relatives au préjudice contractuel mais qui sont considérées comme également applicables aux préjudices économiques nés de fautes quasi délictuelles, précise que le préjudice correspond à la perte subie et au gain manqué par la victime.

La jurisprudence a, par ailleurs, développé la notion de perte de chance qui trouve spécialement à s'appliquer dans le domaine économique.

Si chacun comprend les notions de pertes et de gains, la seule référence à des notions aussi générales, ne permet pas la mise en œuvre d'une méthodologie opérationnelle.

En effet, lorsqu'il s'agit de « pertes » parle-t-on seulement de coûts ou d'un écart négatif entre des coûts et des produits ?

De surcroît, de quel type de coûts s'agit-il ? S'agit-il de coûts nouveaux, c'est-à-dire supplémentaires par rapport aux charges de gestion fixes de l'entreprise ?

Concernant le gain manqué s'agit-il d'un bénéfice brut, net, d'une marge intermédiaire ? Une perte plus forte que prévue du fait d'une faute est-elle une perte subie ou un gain manqué négatif ?

Comment distingue-t-on un gain manqué futur d'une perte de chance ?

Ces questions montrent que les notions de perte subie et de gain manqué, si elles permettent de qualifier les préjudices par référence à la loi, sont insuffisantes pour mettre en œuvre une démarche d'identification et d'évaluation.

La démarche générale d'identification et d'évaluation doit découler directement du principe indemnitaire selon lequel l'objectif de l'indemnisation est de remettre la victime dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence de faute dommageable.

En pratique, le préjudice à indemniser est constitué d'une différence entre deux situations :

- celle qu'aurait connue la victime en l'absence de faute ;
- et sa situation réelle.

L'indemnisation de l'écart entre ces deux situations rétablira donc la victime du dommage dans sa situation antérieure à celui-ci.

La situation qu'aurait connue la victime en l'absence de faute est souvent qualifiée de scénario contrefactuel.

La contrafactualité ou contrefactualité est une forme grammaticale qui renvoie à la réflexion sur des événements qui ne se sont pas réalisés mais qui auraient pu se réaliser :

- que se serait-il passé si ?
- ou bien si tel événement s'était réalisé, alors...

Les écarts entre les deux situations vont permettre d'identifier :

- les coûts supplémentaires supportés par la victime au titre du préjudice par rapport à ceux qu'elle aurait supportés en l'absence de faute, par exemple les frais engagés pour faire face aux premières conséquences d'un sinistre. Cette notion de coûts supplémentaires est, nous semble-t-il plus claire, que celle de perte subie ;
- l'écart de marge, gain manqué s'il est positif, entre les deux situations, étant entendu que cette notion de marge doit être précisée ;
- et bien sûr les actifs corporels et incorporels éventuellement affectés.

La marge non réalisée ou gain manqué qui résultera de la comparaison de la situation contrefactuelle et de la situation réelle correspondra :

- au chiffre d'affaires non réalisé ;
- diminué des coûts qui auraient dû être supportés pour la réalisation de ce chiffre d'affaires (charges variables économisées comme des achats de matières, voire charges fixes réduites si, par exemple, du personnel a dû être licencié à la suite du dommage).

Dans de nombreuses situations la mesure du préjudice correspond à la perte de marge sur coûts variables puisque, à charges fixes constantes avant et après le dommage, la victime sera rétablie dans la situation antérieure à la faute par l'obtention d'une indemnité correspondante à la marge sur coûts variables manquée.

Il doit par ailleurs être relevé que, sur ce sujet, la Commission européenne a publié un guide pratique sur la quantification des dommages et intérêts en matière de pratiques anticoncur-

rentielles dans lequel cette méthodologie du scénario contrefactuel est expressément mentionnée.

Il convient toutefois d'observer en complément que, dans des situations extrêmes de disparition de l'activité ou de l'entreprise victime, l'indemnisation est alors plus complexe et peut conduire à devoir estimer la valeur de l'activité disparue.

Enfin, cette démarche générale, si elle est applicable dans de nombreuses situations, doit être complétée d'une analyse plus spécifique dans certains types de préjudice comme les préjudices d'image pour lesquels les quantifications sont souvent particulièrement difficiles.

II. Les principales difficultés de mise en œuvre de la méthode

Ces principales difficultés sont autant d'ordre théorique que pratique.

A. Les difficultés théoriques

Concernant le caractère direct du dommage, la condition est formellement posée par l'article 1151 du Code civil qui précise, en matière contractuelle, que les dommages et intérêts ne doivent comprendre que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention.

En matière de préjudice économique, il existe très fréquemment des dommages successifs dont l'indemnisation est demandée : une baisse d'activité peut, par exemple, entraîner un accès plus difficile au crédit si l'entreprise a peu de fonds propres, les difficultés de financement en résultant pouvant entraîner elles-mêmes diverses conséquences négatives sur l'exploitation. Cet enchaînement est susceptible d'être traduit par la victime dans son scénario contrefactuel.

Ces préjudices en cascade ou par ricochet posent le problème complexe de la causalité, illustré par les principales théories explicatives : équivalence des conditions et causalité adéquate.

Le scénario contrefactuel élaboré par la victime peut ainsi intégrer des suites des dommages qui ne seront pas indemnifiables car trop éloignées de celui-ci.

Concernant le caractère certain du dommage le contenu du scénario contrefactuel, par définition hypothétique, pose nécessairement question.

Il convient, en fait, de distinguer le caractère certain du dommage et celui de l'évaluation qui s'accompagne nécessairement d'une certaine approximation.

L'approximation est, en effet, inhérente à l'évaluation de ce type de préjudice qui repose par construction sur l'estimation d'une situation économique qui n'a pas eu lieu.

C'est le préjudice de perte de chance qui illustre particulièrement ce constat puisque non seulement le scénario doit traduire l'hypothèse de réalisation de la chance mais il doit en outre, être affecté d'une probabilité de réalisation.

La troisième difficulté théorique provient de la limitation légale au principe de réparation intégrale qui figure dans l'article 1150 du Code civil qui exclut, en matière contractuelle, la réparation des dommages imprévisibles, sauf lorsque ces derniers ont été causés par le dol du débiteur. Ce texte a pour objet de modérer la réparation de préjudices lointains, difficiles à imaginer lors de la conclusion du contrat.

On peut s'interroger sur le point de savoir si cette condition, dont la mise en œuvre est souvent difficile à cerner, ne se recoupe pas avec la nécessité d'un lien de causalité directe.

B. Les difficultés pratiques

On constate, en pratique, que les demandes d'indemnisation sont assez souvent mal documentées.

La demande d'indemnisation doit répondre à une logique spécifique, logique qui est parfois mal maîtrisée par les demandeurs (il n'est

pas rare, en effet, de constater des confusions, double emplois, omissions dans les chefs de demandes).

Pourtant, la qualité du dossier du demandeur est, après débat contradictoire et critiques apportées par les défendeurs, la seule matière qui permettra au juge de motiver sa décision et de chiffrer de façon transparente l'indemnisation qu'il retiendra.

À défaut, le juge ne pourra rendre de jugement exposant clairement le raisonnement suivi.

Nous savons que l'exposé de la méthode d'évaluation suivie par le juge n'est pas une exigence de la Cour de cassation qui a indiqué que « les juges du fond justifient suffisamment l'existence du préjudice par la seule évaluation qu'ils en font » ou encore qu'ils ne sont tenus « ni de préciser les éléments qui servent à l'évaluer » ni de « s'expliquer sur la méthode d'évaluation appliquée ».

Cependant, dans un souci de prévisibilité des décisions, de cohérence entre elles et de transparence, la motivation des évaluations et donc l'exposé des raisonnements suivis par le juge a souvent été présentée comme souhaitable par la doctrine.

L'absence dans le jugement d'exposé méthodologique des évaluations retenues peut, en effet, laisser planer un doute sur le caractère possiblement forfaitaire de certaines d'entre elles.

2^e table ronde : Identifier les préjudices réparables

Joëlle SIMON

Directrice des affaires
juridiques du Medef

Identifier les préjudices réparables : le point de vue des entreprises ^{124d3}

Comme l'indiquait le professeur Muriel Chagny lors d'un colloque organisé sur l'expert-comptable et l'évaluation du préjudice économique, à Nice, en septembre 2011, « le préjudice économique est partout », mais l'on constate également qu'il est moins tangible que le préjudice corporel.

Cette identification, qui est une phase-clé d'une indemnisation intégrale des dommages subis par l'entreprise pour faire le départ entre ce qui est consécutif au fait générateur et ce qui résulte d'autres causes, n'est pas aussi évidente que l'on pourrait le penser car elle soulève la question de la causalité entre le fait générateur et le dommage.

Si le constat n'est pas totalement satisfaisant, les responsabilités sont partagées entre :

- d'un côté, les entreprises victimes et leurs conseils qui ne prennent pas toujours suffisamment la peine de détailler dans leur demande les chefs de préjudice dont ils demandent la réparation (un oublié souvent : les intérêts destinés à compenser l'écoulement du temps), ou cherchent à préserver la confidentialité de certaines données et informations ;
- et de l'autre, des juges qui ne sont pas suffisamment rompus à la matière économique, comptable et financière, exception faite des juges consulaires, d'où le rôle essentiel des experts. En pratique, les juges ont tendance à ne pas individualiser les chefs de préjudice, ce qui rend difficile l'appréciation de la pertinence de l'indemnisation accordée.

L'inscription dans l'avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile présenté par le garde des Sceaux, ministre de la Justice en avril dernier, du principe d'évaluation distincte de chacun des chefs de préjudice allégués (art. 1262) devrait contribuer à améliorer cette situation.

La difficulté d'identifier tous les chefs de préjudices ne doit pas pour autant conduire à faire l'impasse sur cette phase importante, ni à s'écarter des principes du droit commun de la responsabilité et notamment du principe fondamental de la réparation intégrale.

Or, que constate-t-on en pratique ?

- un affaiblissement du lien de causalité, d'une part (I) ;

- et un courant favorable au renforcement de l'aspect répressif de la responsabilité civile, d'autre part (II).

I. Un affaiblissement du lien de causalité

Cet affaiblissement du lien de causalité tient à plusieurs causes.

L'existence de présomptions légales ou jurisprudentielles, tout d'abord. Aux présomptions jurisprudentielles en matière de concurrence déloyale où la seule existence d'une faute suffit à identifier le préjudice¹, et légale en matière de propriété intellectuelle qui dispense de l'identification du préjudice dès lors que le contrefacteur a réalisé un bénéfice du fait de la vente du produit contrefait, le législateur communautaire vient d'ajouter avec l'article 17-2 de la directive n° 2014/104/UE du 26 novembre 2014 précitée une présomption d'existence du préjudice en cas d'ententes qui mérite que l'on s'y attarde quelques instants.

Le Medef s'est opposé à l'introduction de cette présomption même simple, parce qu'il y a des cas où des ententes ne causent de préjudice, mais également parce que cela ne va pas faciliter l'évaluation du préjudice puisqu'il sera présumé². Comme l'a souligné M. Faury, « identifier c'est évaluer ».

Mais si cette présomption fait désormais partie du droit positif, il ne serait pas acceptable que son champ soit étendu au-delà du texte de la directive lors de sa transposition et donc aux autres infractions au droit de la concurrence.

Or c'est malheureusement l'approche retenue par la Chancellerie dans le projet d'ordonnance soumis à la consultation et ce, malgré les engagements pris par le gouvernement de ne pas surtransposer les directives sauf impératif dûment motivé³.

La forfaitisation qui conduit à faire l'impasse sur la phase d'identification des préjudices, ensuite. Si la forfaitisation et sa traduction formalisée dans des barèmes peut avoir un sens

1) V. not. Cass. com., 27 avr. 2011.

2) En ce sens, v. Choné-Grimaldi A.-S., *Revue de Droit Henri Capitant* n° 9, 31 déc. 2015.

3) Rappelons qu'en juin 2015, le Conseil de la simplification pour les entreprises a recommandé d'éviter la surtransposition de textes communautaires et d'expliquer et justifier toute surtransposition éventuelle.

pour les dommages corporels⁴, il en va tout autrement en ce qui concerne le préjudice économique. Or, souvent par manque de moyens, les juges du fond, y compris les juges consulaires, ont tendance à forfaitiser les dommages au mépris de la recherche du lien de causalité.

La question du préjudice potentiellement subi par les actionnaires et les investisseurs en cas d'infractions à la législation sur les abus de marché est particulièrement topique à cet égard.

Il suffit de citer la décision rendue par le tribunal de grande instance de Paris et confirmée par la cour d'appel dans l'affaire *Sidel*⁵ qui a attribué une même réparation forfaitaire de 10 € par action détenue à tous les actionnaires sans prendre en compte la situation individuelle de ceux-ci, selon la date de leur acquisition, sans calculer l'impact des informations inexactes sur le cours des actions. Fort heureusement, cette décision a été censurée par la chambre criminelle de la Cour de cassation⁶ pour défaut de motivation et l'on peut noter qu'en novembre 2014, le Club des juristes a fait des propositions tout à fait intéressantes⁷ en matière d'évaluation des préjudices financiers.

Le risque d'arbitraire est grand car la forfaitisation affaiblit nécessairement l'exigence du lien de causalité. Le préjudice doit être prouvé et évalué *in concreto*. En outre, contrairement à ce que d'aucuns prétendent, il n'y a pas de lien automatique entre forfaitisation et préjudices dits de masse, puisqu'aux États-Unis, dans l'affaire *Vivendi*, il y a bien eu évaluation individualisée des préjudices subis.

Enfin, la tendance à la forfaitisation peut avoir comme effets pervers :

- soit d'inciter les demandeurs à augmenter artificiellement leur demande ;
- soit de les dissuader de procéder à une identification sérieuse et précise des préjudices.

L'application de la théorie des effets d'ombrelle sur les prix en droit de la concurrence, enfin. Dans une décision *Kone AG et autres* du 5 juin 2014, en réponse à une question préjudicielle, la Cour de justice de l'Union européenne a reconnu aux victimes d'une pratique d'augmentation des prix par une entreprise tierce à l'entente pour s'adapter aux prix du marché issus de la pratique anticoncurrentielle, la faculté

d'agir en réparation contre les participants de l'entente.

Cette jurisprudence, que certains estiment confortée par la directive de 2014 précitée, pourrait avoir des conséquences excessives si les tribunaux n'étaient pas suffisamment exigeants sur la caractérisation du lien de causalité. Si l'on se réfère aux conclusions de l'avocat général, M^{me} Kokotte, cette décision relève de la volonté de faire jouer à l'action civile et donc à la responsabilité civile son rôle dans l'efficacité de la mise en œuvre du droit de la concurrence.

II. Une tendance au renforcement de la fonction répressive de la responsabilité

L'objectif de l'identification de l'ensemble des préjudices subis est d'assurer la réparation intégrale.

Or, même si la fonction de peine privée n'a jamais été totalement absente du droit de la responsabilité civile⁸ et qu'il existe des dispositions spécifiques en matière de contrefaçon de marques et brevets⁹, il y a un courant favorable au développement de la fonction répressive ou même de justice sociale de la responsabilité civile.

Lors des débats qui ont précédé la préparation de la réforme de la responsabilité civile, de nombreux rapports ont soulevé la question de l'opportunité d'introduire en droit français des dommages et intérêts punitifs.

Et même si certains essaient de tirer les dommages et intérêts punitifs du côté de la réparation, en arguant que ces dommages constitueraient une variable d'ajustement lorsque les pertes subies et le gain manqué se révéleraient d'un montant inférieur au bénéfice qu'aurait tiré le contrefacteur de ses agissements délictueux, la question s'avère plus complexe qu'il n'y paraît.

Depuis un certain nombre d'années, il existe un débat entré les deux voies possibles pour faire appliquer le droit : celle de l'action publique « *public enforcement* » et celle de l'action privée « *private enforcement* » sous l'influence américaine. Alors qu'en Europe, c'est la première qui prédominait du moins jusqu'à l'adoption de la directive n° 2014/104/UE du 26 novembre 2014 précitée, aux États-Unis c'est la seconde qui prévaut.

4) V. en ce sens le barème dit *Dintilhac* et l'avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile précité.

5) CA Paris, 31 oct. 2008.

6) Déc. du 18 novembre 2009. V. égal. Paris, 19 mai 2014 qui rappelle l'exigence de la preuve d'un lien de causalité entre la faute commise et le préjudice global allégué par les parties civiles, dans un dossier d'abus de marché.

7) L'évaluation du préjudice financier de l'investisseur dans les sociétés cotées.

8) Régime des astreintes, réparation des dommages moraux, v. en ce sens M^{re} Saint-Esteben R., « La réparation du préjudice économique résultant d'infractions du droit de la concurrence (point de vue d'un juriste français) ».

9) V. *infra*.

C'est dans ce contexte que se sont développés aux États-Unis les dommages et intérêts punitifs.

Depuis toujours et particulièrement lors des débats relatifs à l'introduction de l'action de groupe en droit français, le Medef a exprimé son opposition à l'introduction de dommages et intérêts punitifs. L'exemple américain est l'illustration des effets pervers du système qui incite les victimes à faire du contentieux et qui peut conduire à leur enrichissement sans cause.

Rappelons que ce qui peut se justifier dans le contexte américain, ne se justifie pas de la même façon en Europe et en France tout particulièrement où l'intervention publique pour faire appliquer la loi est dominante. Il n'existe pas de raison objective en France d'ajouter en droit civil une sanction à connotation répressive, à l'arsenal de sanctions déjà existant. Aller dans cette voie aboutirait à cumuler les inconvénients des deux systèmes.

On comprend à cet égard que les dommages et intérêts punitifs suscitent une sérieuse réserve au sein des États membres.

Il suffit de citer l'article 3-3 de la directive de 2014 précitée qui dispose que la « réparation intégrale au sens de la présente directive n'entraîne pas de réparation excessive, que ce soit au moyen de dommages et intérêts punitifs ou multiples ou d'autres types de dommages et intérêts »¹⁰.

Si l'aspect répressif n'est pas totalement absent du droit de la responsabilité civile, ce serait une erreur de basculer vers un système où la répression serait l'objectif principal de l'action.

La question des dommages et intérêts restitutoires mérite cependant que l'on s'arrête un instant pour souligner qu'elle se pose de manière un peu différente. Il ne s'agit plus, en effet, d'obtenir le prononcé d'une peine privée, mais la restitution du profit indûment perçu par l'auteur de l'acte illicite, que la seule réparation du préjudice ne suffit pas à « effacer ». Dans certaines hypothèses, l'institution de dommages et intérêts restitutoires semble légitime. C'est d'ailleurs dans cette voie que s'est engagé le législateur en matière de propriété industrielle avec les lois du 29 octobre 2007 sur la contrefaçon et du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon, ce que le Medef soutient.

Mais ceux-ci portent également atteinte au principe de la réparation intégrale, et soulèvent, au demeurant, des problèmes lorsqu'il y a pluralité de victimes et que seule l'une ou plusieurs d'entre

elles demande l'attribution de dommages et intérêts restitutoires, car il existe alors un risque de distorsion de concurrence.

Afin d'éviter une exception trop importante au principe de réparation intégrale, la Chancellerie propose pour sanctionner certains comportements de retenir une voie différente : celle d'une amende civile dont le produit irait à un « fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public ».

Cette approche nous paraît tout aussi contestable et soulève, de notre point de vue, un problème de compatibilité avec la Constitution. Le Conseil constitutionnel a déjà jugé que le principe de légalité des délits et des peines s'appliquait aux sanctions administratives prononcées par une autorité non juridictionnelle, au regard des critères élaborés par la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) pour définir la matière pénale, et en particulier celui de la nature et du degré de sévérité de la sanction prévue¹¹. Il ne fait guère de doute que cette amende introduite dans le Code civil revêt en réalité un caractère pénal¹² et devrait dès lors être soumise à l'ensemble des principes attachés à cette matière (notamment le principe de légalité des délits et des peines alors qu'il n'y a pas d'incrimination spécifique, le principe de personnalité des peines, le principe de nécessité et de proportionnalité des peines¹³).

De plus, le plafond fixé pour les personnes morales est exorbitant et ne respecte pas le principe de proportionnalité.

En effet, le pourcentage de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédent celui au cours duquel la faute a été commise, pourrait conduire à des montants de plusieurs centaines de millions d'euros pour les grands groupes, ce qui paraît totalement hors de proportion avec la gravité de la faute.

La rédaction est très directement inspirée de l'article L. 442-6 du Code de commerce.

11) CEDH, 8 juin 1976, Engel et a. c/ Pays-Bas.

12) La CEDH note que relèvent en général du droit pénal des infractions dont les auteurs s'exposent à des peines destinées notamment à exercer un effet dissuasif et qui consistent d'habitude en des mesures privatives de liberté et en des amendes (CEDH, 28 oct. 1999, Escoubet c/ Belgique [GC]). Lorsqu'il n'y a pas de privation de liberté en jeu, la Cour estime que des sanctions entraînant des conséquences financières importantes peuvent être qualifiées de sanctions pénales (CEDH, 11 sept. 2009, Dubus SA c/ France et CEDH, 26 sept. 2000, Guisset c/ France). La Cour prend en considération le fait que la sanction présente un caractère répressif et préventif (CEDH, 27 sept. 2011, Menarini c/ Italie).

13) V. en ce sens la décision n° 2016-554 QPC du 22 juillet 2016), et le principe d'individualisation des peines.

10) V. cependant Chagny M. : « La proposition de directive relative aux actions en dommages et intérêts pour pratiques anticoncurrentielles », D. 2013, p. 2532 et s.

Rappelons que la compatibilité de cet article avec la Constitution a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité qui a donné lieu à une décision du Conseil constitutionnel n° 2010-85 du 13 janvier 2011. Dans cette décision, le Conseil a rappelé que si le législateur était compétent pour assortir la violation de certaines obligations civiles et commerciales d'une amende civile, il doit définir « en des termes clairs et précis la prescription dont il sanctionne le manquement », condition qui n'est nullement remplie en l'espèce en raison de la généralité des termes retenus par l'avant-projet.

En aucun cas le contentieux civil ne peut être utilisé pour pallier la lenteur et l'incapacité de la justice pénale à réprimer certains comportements délictueux.

En conclusion, nous considérons que seuls peuvent se justifier des dommages et intérêts restitutoires au titre de la seule faute lucrative, à l'instar de ce qui a été retenu en matière de propriété industrielle¹⁴ et uniquement dans des cas spécifiques par des lois spéciales.

Mais en aucun cas, il n'est justifié d'en faire un principe général du droit de la responsabilité civile devant figurer dans le Code civil.

Ceci montre clairement que l'on veut faire jouer à la responsabilité civile un rôle de régulation sociale qui transparaît encore plus nettement dans la théorie du préjudice dit diffus.

Il est intéressant, en effet, de noter que dans la théorie du préjudice dit diffus, développée par les partisans des *class actions* dans le milieu des années 1970, terme peu approprié qui vise des

préjudices de masse de faible montant issus de comportements illicites, le juge devrait pouvoir, lorsqu'il serait d'avis qu'il serait impraticable ou trop onéreux de procurer une compensation individuelle aux membres du groupe, ordonner une réparation en nature : par exemple, diminution des courses de taxis pendant une certaine période en compensation d'une surcharge du tarif imposée aux clients..., mesure qui ne profiterait pas aux personnes lésées.

On voit bien alors que l'on n'est plus du tout dans la réparation et on peut même se poser la question de la compatibilité de telles mesures avec le droit de la concurrence, en ce qu'elles donnent aux entreprises fautives un avantage concurrentiel. L'on est très loin de l'identification des préjudices aux fins de réparation.

S'en écarter en dehors de cas très spécifiques serait risquer d'ouvrir la porte à l'arbitraire.

En conclusion et pour répondre aux souhaits de la première présidente, quelques suggestions :

- la poursuite d'une amélioration de la formation des juges tant de l'ordre judiciaire que de l'ordre administratif à l'économie, à la finance et à la comptabilité ;
- une motivation plus détaillée à laquelle l'obligation à venir d'évaluer distinctement les chefs de préjudice devait contribuer ;
- le cantonnement de dommages et intérêts restitutoires à quelques situations clairement délimitées ;
- le rejet de toute barémisation ou nomenclature en matière de préjudice économique.

¹⁴) V. *supra*.

