

## SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION</b>	4
<b>Monsieur Jean-Pierre LUCQUIN</b> <i>Magistrat délégué aux mesures d'instruction du Tribunal de commerce de Paris</i>	
<b>PRÉSENTATION DU COLLOQUE</b>	5
<b>Monsieur Didier FAURY</b> <i>Expert près la Cour d'appel de Paris – Expert agréé par la Cour de cassation</i> <i>Président de la Section Paris Versailles de la Compagnie des Experts Comptables Judiciaires</i>	
<b>1. DIFFICULTÉS PRATIQUES DANS L'ÉVALUATION DES PRÉJUDICES</b>	8
<b>Monsieur Jean-Pierre GRAMET</b> <i>Expert près la Cour d'appel de Paris</i>	
<b>2. LE CALCUL DES FRAIS FINANCIERS DANS LES ÉVALUATIONS DE PRÉJUDICE</b>	12
<b>Monsieur Patrick LE TEUFF</b> <i>Expert près la Cour d'appel de Paris</i>	
<b>3. LES RÔLES RESPECTIFS DU DEMANDEUR ET DE L'EXPERT DANS LA MÉTHODOLOGIE D'ÉVALUATION DU PRÉJUDICE</b>	16
<b>Monsieur François BOUCHON</b> <i>Expert près la Cour d'appel de Paris – Expert agréé par la Cour de cassation</i>	
<b>4. LE POINT DE VUE DE L'AVOCAT</b>	20
<b>Monsieur Marc LIPSKIER</b> <i>Avocat à la Cour</i>	
<b>5. DÉBATS</b>	24

## INTRODUCTION

### Monsieur Jean-Pierre LUCQUIN

*Magistrat délégué aux mesures d'instruction du Tribunal de commerce de Paris*

Monsieur le Président, Messieurs les représentants du Conseil de la Compagnie, Messieurs les experts, Mesdames, Messieurs, au nom de M<sup>me</sup> Perette Rey, Présidente de ce tribunal, malheureusement empêchée – et que je représente – , j'ai l'honneur et le plaisir de vous accueillir, ainsi que mes collègues présents dans cette salle, pour la tenue de votre colloque.

Permettez-moi de prononcer quelques mots d'entrée pour vous dire l'importance du thème qui a été choisi et que je rappelle : préjudices et pertes d'exploitation, difficultés spécifiques d'évaluation.

Son aspect technique n'est pas à démontrer tant il est évident. Je voudrais ajouter que ce thème revêt un caractère particulier d'actualité.

En effet, vos travaux et vos rapports conditionnent, pour une part essentielle, l'appréciation des préjudices au sujet desquels le juge devra finalement prendre une décision. En droit français, comme vous le savez, pour donner lieu à réparation le préjudice doit être justifié, autrement dit l'attribution de dommages et intérêts qui sont la réparation la plus communément sollicitée ne peut présenter un caractère punitif : elle doit correspondre au préjudice subi et rien qu'à celui-ci.

Or, comme vous le savez également, tel n'est pas le cas dans d'autres endroits tant européens qu'anglo-saxons et surtout anglo-saxons, ce qui conduit à des comparaisons et à des débats tendant à faire évoluer notre droit pour le rapprocher de ceux-ci.

À l'époque de la mondialisation ces débats revêtent une importance primordiale eu égard aux enjeux en cours chez tous les acteurs concernés.

J'espère que les intervenants avocats viendront traiter ce point, notamment concernant un aspect qu'ils dénomment le forum shopping.

Pour ma part, je me bornerai à cette petite introduction et je laisse s'ouvrir le temps de vos fructueux débats. Je laisse la parole à votre Président.

Applaudissements.

## PRÉSENTATION DU COLLOQUE

### Monsieur Didier FAURY

*Président de la Section Paris Versailles de la Compagnie des Experts Comptables Judiciaires*

Je vous remercie, Monsieur le Président.

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les hauts magistrats, Mesdames et Messieurs les magistrats, maîtres, mes chères consœurs et mes chers confrères, Mesdames et Messieurs, je voudrais tout d'abord remercier Madame le Président Rey d'avoir mis le tribunal à notre disposition pour ce colloque annuel de notre Compagnie qui, l'année dernière, comme se souviennent ceux qui étaient présents, avait eu lieu à la cour d'appel de Paris.

Je vous remercie également, Monsieur le Président, d'avoir accepté de représenter Mme Rey et de présider le présent colloque.

Vous êtes, Monsieur le Président, délégué général aux mesures d'instruction de ce tribunal.

La délégation comprend, sauf erreur de ma part, dix magistrats chargés du contrôle des expertises qui veillent avec efficacité au bon déroulement de celles-ci.

Nous avons choisi, pour ce colloque, un thème ambitieux : celui d'une catégorie importante de préjudices, c'est-à-dire les pertes d'exploitation.

Le thème est ambitieux car l'évaluation de ces pertes est souvent très complexe. Cette évaluation est même, en général, beaucoup plus complexe que celle des dommages matériels subis.

Il est également ambitieux car la durée de ce colloque ne permettra évidemment pas d'examiner de façon exhaustive un sujet de cette nature.

Nous aurions en fait dû choisir comme titre : « Préjudices et pertes d'exploitation : de certaines difficultés spécifiques d'évaluation ».

Les pertes d'exploitation subies par les entreprises du fait de la faute d'un tiers peuvent être d'origines très diverses : un incendie ou un dégât des eaux, un retard dans la livraison de certains travaux, des défauts ou des retards de livraison d'un produit essentiel au cycle de fabrication,...

Dans une catégorie totalement différente, il peut s'agir de la mise en place d'un progiciel de gestion intégrée non adapté aux besoins de l'entreprise. Vous savez qu'actuellement ces progiciels de gestion intégrée sont censés constituer le cœur du système de gestion de l'entreprise. Or, nous avons vu à plusieurs reprises des contentieux liés au fait que ces progiciels étaient, soit inadaptés, soit mal mis en place. Ces contentieux ont bien sûr donné lieu à des évaluations de préjudice d'exploitation.

Autre catégorie encore de préjudices indemnisables : les actes de concurrence déloyale : la contrefaçon, le débauchage de salariés et le non-respect des clauses de non concurrence.

Comme dernier exemple, je rappellerai les litiges qui ont opposé ces dernières années les grands acteurs de télécoms avec l'opérateur historique au sujet de problèmes de concurrence et qui ont donné lieu à des évaluations des préjudices subis.

Tous ces événements dont les causes sont donc très diverses perturbent les résultats des entreprises et, dans la mesure où ils ont pour origine la faute d'un tiers, les per-

tes d'exploitation correspondantes sont indemnisables.

Le principe de leur indemnisation est visé par l'article 1149 du Code civil qui expose que «les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé».

Les pertes d'exploitation entrent dans cette catégorie des gains manqués.

Pour que l'entreprise victime du préjudice constitué par la perte d'exploitation soit suffisamment indemnisée, le gain manqué doit être correctement évalué.

À cette fin, des expertises peuvent être ordonnées et confiées directement à des experts-comptables.

Des experts dont la spécialité concerne les causes du dommage sont aussi fréquemment désignés. Il s'agit d'ingénieurs, d'architectes ou d'informaticiens qui pour évaluer les pertes d'exploitation ou les gains manqués, s'adjoignent souvent des experts comptables ou financiers.

À propos de ces couples d'experts, il convient de remarquer que la désignation en qualité de «sapiteur» d'un expert comptable ou financier, doit, pour une meilleure maîtrise des délais de l'expertise, intervenir le plus rapidement possible.

La question se pose d'ailleurs de la meilleure formule qu'il convient de choisir entre le sapiteur choisi par l'expert en titre, ou la co-expertise. MM. et M<sup>mes</sup> les magistrats nous donneront, je l'espère, leur avis au sujet de cette question.

Comment les pertes d'exploitation doivent-elles être évaluées?

L'objectif de l'indemnisation est de remettre la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée en l'absence de dommage.

Le gain manqué par la victime du préjudice est donc la différence entre ce qui aurait été gagné en l'absence de fait dommageable et ce qui a réellement été gagné.

D'un point de vue théorique, la méthode adaptée pour remplir cet objectif d'indemnisation consiste à rechercher le chiffre d'affaires perdu diminué des coûts économisés et à évaluer, en outre, les frais supplémentaires spécifiques qui ont été supportés. Cette démarche conduira donc à rechercher :

— La marge sur coûts variables perdue par l'entreprise, c'est-à-dire le chiffre d'affaires qu'elle n'a pas réalisé, diminué des coûts variables correspondants qui n'ont pas été engagés. Il s'agit, par exemple, des achats de marchandises qui n'ont pas été effectués et des frais généraux dont le montant est directement fonction du chiffre d'affaires ;

— Il faut également tenir compte des éventuelles économies de frais fixes consécutives à la perturbation de l'activité. Il est en effet possible que cette perturbation ait, par exemple, conduit à une réduction des loyers ou une mise au chômage technique du personnel ;

— Enfin il convient d'évaluer les frais supplémentaires supportés par l'entreprise pour faire face à la perturbation. Il s'agit, par exemple, des frais supplémentaires de main-d'œuvre ou des frais de sous-traitance.

Cette définition théorique et très résumée de la façon dont on évalue les pertes d'exploitation répond à la définition jurisprudentielle. En effet, l'indemnité ainsi calculée, c'est-à-dire la marge sur coûts variables perdue, plus les frais supplémentaires et moins les économies de frais fixes, doit rétablir l'entreprise dans la situation qu'elle aurait connue en l'absence de perturbation.

Malheureusement la mise en œuvre de ce principe se heurte à de nombreuses difficultés.

L'objet des interventions qui suivront est d'illustrer certaines de celles-ci.

Nous avons volontairement limité les sujets abordés, eu égard à la durée de ce colloque. Les intervenants ne traiteront pas :

— Des perturbations d'exploitation dont l'importance est telle qu'elles conduisent à la fermeture de l'entreprise ou à la perte définitive d'une partie de son fonds de commerce. Dans ces situations, l'évaluation consiste finalement à évaluer la valeur de l'ensemble de l'entreprise ou de tout ou partie de son fonds de commerce perdu et pas seulement la perturbation ponctuelle occasionnée ;

— Nous n'aborderons pas non plus la notion de perte de chance qui justifierait en elle-même l'existence d'un colloque entier.

En revanche, nous traiterons des sujets suivants :

Tout d'abord, notre confrère Jean-Pierre Gramet, expert près la cour d'appel de Paris, abordera quelques difficultés pratiques dans la mise en œuvre des calculs d'évaluation.

Ensuite, Patrick Le Teuff, également expert près la cour d'appel de Paris, traitera du point particulier des frais financiers consécutifs à la perte d'exploitation. En effet, quand l'entreprise subit une perte d'exploitation, cela a forcément une incidence sur sa situation de trésorerie et donc sur ses frais financiers.

François Bouchon, expert près la cour d'appel de Paris et agréé par la Cour de cassation, examinera le rôle respectif du demandeur et de l'expert dans la méthodologie d'évaluation du préjudice.

M. Marc Lipskier nous fera part de son expérience de praticien. En sa qualité d'avocat, tant en défense qu'en demande, il nous donnera son avis et nous livrera son expérience au sujet des dossiers conduisant à des évaluations de pertes d'exploitation.

Enfin, nous terminerons cette réunion par des échanges que nous espérons nombreux.

Mon cher Jean-Pierre, je te passe la parole.

Applaudissements.

## DIFFICULTÉS PRATIQUES DANS L'ÉVALUATION DES PRÉJUDICES

**Monsieur Jean-Pierre GRAMET**

*Expert près la Cour d'appel de Paris*

Comme vient de l'indiquer Didier Faury, il m'appartient d'apporter un éclairage sur quelques difficultés pratiques fréquemment rencontrées dans des expertises de calcul de préjudices.

Ces difficultés proviennent sans doute du fait que :

— Les textes de base sont tout à fait clairs et permettent d'envisager de larges indemnités pour réparer le préjudice, je pense bien sûr à l'article 1382 du code civil, mais aussi à l'article 1149 qui indique que « les dommages et intérêts dus aux créanciers sont en général de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après. ».

Ces textes ouvrent donc de larges perspectives, à la fois sur la réparation des pertes subies, et aussi sur l'indemnisation des gains manqués et de la perte de chance.

— Toutefois, ces textes n'indiquent pas véritablement de manière précise comment il faut évaluer le préjudice et c'est sans doute ce qui explique ces difficultés que nous pouvons rencontrer sur le terrain, et en particulier les méthodes créatives, imaginatives, voire tout à fait fantaisistes que certaines parties au procès tentent de nous imposer.

Compte tenu du temps qui m'est imparti, je n'aurai pas la prétention d'être exhaustif et je me contenterai de donner un éclairage sur quelques difficultés pratiques que l'on rencontre souvent sur le terrain.

**Une première difficulté réside dans la confusion souvent effectuée entre les coûts induits et les gains manqués.**

Trop souvent en effet, la partie demanderesse présente une proposition d'évaluation de son préjudice qui est un véritable fatras de demandes diverses et variées, dont la logique économique est peu évidente, qui peut conduire souvent à des doubles emplois, et qui entraîne des débats théoriques et doctrinaux sur des questions telles que, par exemple :

- Faut-il retenir les amortissements dans le calcul du préjudice ?
- Faut-il retenir les frais de personnel ?
- Faut-il retenir les frais financiers ?

Bien entendu, la partie adverse se placera aussi sur ce même terrain souvent complètement irrationnel en rivalisant d'arguments tout autant doctrinaux.

Dans un tel cas de figure, la contribution de l'expert doit d'abord consister à faire accepter aux deux parties une démarche intellectuelle commune, une méthode commune, et en particulier en classant les différents chefs de préjudices selon la typologie proposée par l'article 1149, c'est-à-dire en distinguant :

Les pertes subies, qui se décomposent elles-mêmes en :

- Pertes matérielles et immatérielles subies
- Et en dépenses induites

Et les gains manqués, que l'on peut aussi décomposer en :

- Gains manqués par diminution des volumes
- Gains manqués par augmentation des prix de revient
- Et en perte de chance.

Vous retrouverez exactement ce découpage dans l'ouvrage qui a été rédigé par notre excellent confrère François Bouchon, qui va intervenir après moi.

La présentation d'une demande d'indemnisation selon ce découpage est hautement souhaitable, ne serait-ce que sous l'angle des modalités d'évaluation, car l'indemnisation des pertes subies doit être faite au coût, au prix de revient, alors qu'au contraire, l'indemnisation des gains manqués doit être calculée en intégrant les marges bénéficiaires qui auraient été réalisées par l'entreprise si le sinistre n'avait pas eu lieu.

Mais une telle présentation présente aussi un gros intérêt, sous un angle pédagogique, en contraignant les parties à présenter leurs demandes de manière logique et cohérente, et aussi à éviter les doubles emplois.

Je voudrais à ce stade préciser un petit point de frontière entre les dépenses induites et les gains manqués. En principe, les dépenses induites sont des dépenses supplémentaires que l'entreprise a dû engager du fait du sinistre, mais qui ont plutôt un caractère de frais généraux. Ces frais supplémentaires sont largement indépendants du niveau d'activité de l'entreprise. En revanche, les frais supplémentaires directement liés à la fabrication seront pris en considération dans le calcul du gain manqué, suite à une augmentation des prix de revient.

Par exemple, les frais de déblaiement, de nettoyage, de déménagement dans un autre local sont classés dans les dépenses induites. Par contre, les frais de fabrication supplémentaires, parce que l'installation a un rendement dégradé après le sinistre, sont un élément de la marge sur coût variable et seront donc classés comme un élément du gain manqué.

Ce classement est également important, car il permet de répondre de manière simple à certaines questions, telle que, par exemple, la prise en compte des amortissements. En règle générale, les amortissements sont un élément des frais fixes. La charge qu'ils représentent est la même que s'il n'y avait pas eu de sinistre. Dès lors, sauf cas particulier exceptionnel, il ne sera pas tenu compte des dotations aux amor-

tissements dans le calcul du gain manqué. Le seul cas où il pourrait être retenu une position inverse serait le cas où l'utilisation d'une machine serait complètement interrompue pendant une longue période. La machine ne se serait donc pas usée durant cette période, ce qui pourrait permettre de reporter la date de renouvellement de cette machine et qui entraînerait une certaine économie pour l'entreprise.

Pour les frais de personnel supplémentaire résultant du sinistre, ils constitueront bien sur un élément du préjudice, soit au titre des dépenses induites, pour les frais du personnel administratif, soit au titre du gain manqué pour le personnel de fabrication. Encore faudra-t-il faire la preuve des dépenses supplémentaires et de la relation de causalité avec le sinistre.

À l'inverse, et c'est l'un des paradoxes de la règle de la victime diligente, si l'entreprise victime du sinistre utilise son équipe de salariés pour réparer les conséquences du sinistre, sans payer d'heures supplémentaires et sans engager de coûts supplémentaires, elle aura beaucoup de mal à prouver la réalité de son préjudice.

Pour le problème des frais financiers, qui était le 3<sup>o</sup> point pratique que j'avais évoqué tout à l'heure, je vous renvoie à ce que va nous dire Patrick LE TEUFF dans un instant.

**Je voudrais maintenant aborder une deuxième difficulté pratique, qui porte sur le calcul du gain manqué et sur la problématique de l'utilisation du système de gestion de l'entreprise pour évaluer ce gain manqué.**

L'entreprise a été victime d'un sinistre. La fabrication a été arrêtée pendant plusieurs jours, ou plusieurs semaines. Elle a perdu du chiffre d'affaires et il s'agit donc de déterminer le gain manqué.

En théorie, le problème est relativement simple à résoudre: il faut d'abord déterminer le chiffre d'affaires perdu. J'ai dit que le problème était simple parce que nous n'avons pas prévu de parler de cet aspect du problème, auquel nous pourrions pourtant consacrer beaucoup de temps, car le problème est en réalité de déterminer le chiffre d'affaires

que l'entreprise aurait réalisé si le sinistre n'avait pas eu lieu, ce qui est à l'évidence, un exercice de « finances fiction ». Bien entendu, cette question suppose d'identifier clairement, d'une part les conséquences du sinistre sur le chiffre d'affaires, mais aussi les autres causes possibles, la conjoncture économique générale et dans le secteur d'activité de l'entreprise, et aussi les autres causes propres à l'entreprise, mais étrangères au sinistre.

Mais supposons le problème résolu. Nous avons donc le chiffre d'affaires réel, le chiffre d'affaires qui aurait été réalisé si le sinistre n'avait pas eu lieu, et par différence, le chiffre d'affaires perdu.

Il faut maintenant calculer le gain manqué selon la méthodologie qui a été indiquée par Didier Faury tout à l'heure, et pour ce faire, nous devons nécessairement nous appuyer sur les informations disponibles dans l'entreprise. Or, à ce stade, nous pourrions rencontrer des situations très différentes, que je vais classer en plusieurs catégories.

Un 1<sup>er</sup> cas de figure, c'est celui où l'entreprise ne dispose pas de système de comptabilité analytique, pas de calcul de prix de revient et uniquement une comptabilité générale. C'est une situation que l'on rencontre souvent dans nombre de PME.

Dans ce cas, l'expert n'aura pas d'autre solution que de procéder à une analyse ligne à ligne des différentes catégories de dépenses, d'examiner si chaque catégorie varie proportionnellement en fonction du chiffre d'affaires réalisé, et en définitive de faire un classement frais fixes/frais variables.

Dans un 2<sup>e</sup> cas de figure, l'entreprise, un peu mieux organisée, dispose d'un système de comptabilité analytique, produisant des prix de revient complets.

Dans ces systèmes, l'ensemble des coûts de l'entreprise est affecté aux prix de revient des produits, à l'aide de répartitions successives. Dans ces conditions, il est bien évident que les prix de revient complets comprennent obligatoirement des frais fixes, en particulier les frais administratifs, les frais généraux, etc. L'expert ne pourra donc pas retenir ces prix de revient et devra procéder à des retraitements plus

ou moins complexes pour éliminer les frais fixes et ne conserver que les frais variables.

Dans un 3<sup>e</sup> cas de figure, l'entreprise disposera d'un système de coûts directs (« direct costing »).

Dans ces systèmes, ce sont seulement les coûts directs, c'est-à-dire les coûts directement affectables aux produits, qui sont affectés, les frais non affectables étant conservés sans être répartis. Ce système est un peu mieux adapté pour le calcul des préjudices, car le plus souvent, les coûts directs sont aussi des coûts variables (c'est notamment le cas des coûts matières), mais il faut néanmoins rester vigilant, car il peut exister aussi des coûts fixes directement affectables (par exemple, l'amortissement d'une machine spécialement dédiée à la fabrication d'un produit) ou à l'inverse, certains frais variables peuvent ne pas être directement affectables (par exemple, les frais d'énergie). L'expert ne pourra donc pas se dispenser d'effectuer des retraitements, également dans ce cas.

Je citerai enfin un 4<sup>e</sup> cas de figure, dans lequel l'entreprise dispose d'un système de coûts standards, situation très fréquente dans le secteur industriel, en particulier dans la mécanique.

Dans un système à coûts standards, il existe une nomenclature des matières premières et des composants qui entrent dans la fabrication du produit, ainsi qu'une gamme opératoire qui répertorie l'ensemble des opérations à réaliser pour fabriquer le produit, avec pour chaque opération, le temps alloué et le coût unitaire de l'opération concernée.

Il s'agit donc d'un système assez perfectionné, que l'expert pourra, bien sûr, prendre en considération, mais en y apportant toutefois quelques correctifs. Le premier sera de vérifier s'il n'existe pas des écarts trop importants entre les coûts standards et les coûts réels. Ces écarts peuvent provenir d'écarts de quantité sur les matières utilisées ou sur les temps de fabrication ou d'écarts de prix, écarts sur la valorisation des matières premières ou composants ou écarts sur les coûts des ateliers de fabrication.

Mais il faudra aussi se préoccuper de ce que les coûts stan-

dards peuvent inclure de nombreux frais fixes et qu'il faudra aussi procéder à des retraitements pour les éliminer du calcul du préjudice.

En définitive, même si je n'ai pas épuisé, loin s'en faut, la totalité des situations que l'on peut rencontrer, le constat sera très souvent que les systèmes d'information dans les entreprises, comme les systèmes de contrôle de gestion, ne sont pas adaptés au calcul des préjudices, parce que la comptabilité analytique ne présente pas un découpage frais fixes/frais variables suffisamment pertinent, ou encore, pour la détermination du chiffre d'affaires manqué, parce que les éléments prévisionnels ne sont pas suffisamment fiables. Et, au fond, cette inadaptation n'est pas vraiment étonnante, puisque le système d'informations est plutôt conçu pour une entreprise en ordre de marche normal, sans tenir compte des spécificités d'un sinistre exceptionnel.

Dès lors, l'expert, le plus souvent, devra s'écarter des informations analytiques produites par l'entreprise, et procéder à de nombreux retraitements, pour revenir à ce leitmotiv : quelle aurait été la situation si le sinistre ne s'était pas produit ?

Voici donc quelques difficultés pratiques que nous rencontrons souvent dans nos missions d'évaluation des préjudices, et ceci me conduit à terminer cet exposé en insistant sur deux aspects :

1. L'importance, pour l'expert, de la phase de prise de connaissance de l'entreprise en début d'expertise. Une bonne expertise implique nécessairement une bonne compréhension du fonctionnement de l'entreprise, qui ne peut être obtenue que par une analyse approfondie de la situation de l'entreprise, sous ses différents aspects et en particulier

- Le processus de fabrication
- Le modèle économique de l'entreprise
- Le système de comptabilité analytique et de contrôle de gestion
- ...

2. L'importance de la pédagogie de la part de l'expert. Cette pédagogie est indispensable dans la rédaction du rapport, mais elle doit aussi se manifester au préalable tout au

long de l'expertise. À cet égard, il faut encourager la méthode suivie par plusieurs d'entre nous et qui consiste à procéder en deux étapes.

Dans cette méthode, l'expert organise, dans un premier temps, le débat sur la méthode à suivre. Très souvent, ce débat permet d'arriver à un consensus sur la méthode.

Ensuite, dans un deuxième temps, on passe à l'application pratique en faisant les calculs.

Cette méthode ne résout évidemment pas tous les problèmes, mais elle simplifie considérablement les débats devant le Tribunal.

Voici ce que je souhaitais vous dire sur ces quelques aspects pratiques. Je vous remercie de votre attention.

Applaudissements.

**M. Didier FAURY :**

— Merci cher Jean-Pierre pour cet exposé très précis.

Nous avons compris que les difficultés principales portent d'abord sur la détermination de chiffre d'affaires perdu puis sur la distinction entre les frais fixes et des frais variables de l'entreprise dont les systèmes d'information ne sont pas organisés pour répondre à ces questions.

Une fois ces difficultés résolues, il en reste une autre, qui consiste à chiffrer l'incidence de la perte d'exploitation subie sur les frais financiers supportés par l'entreprise. Notre confrère Patrick LE TEUFF vous l'expliquera.

## LE CALCUL DES FRAIS FINANCIERS DANS LES ÉVALUATIONS DE PRÉJUDICE

**Monsieur Patrick LE TEUFF**

*Expert près la Cour d'appel de Paris*

Merci, Monsieur le Président.

Au premier abord, la question du calcul des frais financiers est ou devrait être une constante dans tous les dossiers de préjudice.

En effet, il n'est point besoin d'insister longuement sur ce point auprès de notre savant auditoire : qui dit perte d'exploitation dit perte de trésorerie et donc coûts financiers.

D'une manière plus générale d'ailleurs, tout préjudice économique, qu'il s'agisse de surcoûts, de pertes de revenus, de gains manqués ou de pertes chance, s'accompagne d'une composante purement financière, de sorte qu'il ne devrait pas exister de dossier de réclamation en la matière sans une ligne «frais financiers».

Or, nous constatons, paradoxalement, que les frais financiers sont en fait maintes fois absents des réclamations.

Quelle raison peut-on donner à cela ?

Il existe sans doute une réticence naturelle des parties et de leurs conseils à l'égard d'une question très technique, pas toujours bien maîtrisée et qui peut sembler parfois accessoire dans les débats.

L'élaboration d'un dossier de réclamation demande beaucoup de travail et, une fois que la partie se rapportant à la demande en principal a été réalisée, il reste parfois peu d'énergie pour le volet financier qui nécessite, en principe, une réflexion spécifique supplémentaire.

Par ailleurs, la question des frais financiers n'est-elle pas, au moins en partie, réglée par les intérêts de droit ?

Il peut donc être tentant, soit de faire complètement l'impasse en considérant que «le jeu n'en vaut pas la chandelle», soit d'expédier la question en proposant un calcul sommaire composé d'une assiette approximative à laquelle s'applique un taux plus ou moins arbitraire recueilli dans la presse financière.

Il est certes des circonstances où l'incidence des frais financiers est peu significative, voire sans objet, quand la revendication des intérêts de droit permet de s'en abstraire.

Cependant, c'est loin d'être toujours le cas. J'ai personnellement connu des exemples – et je pense que vous en avez connus également – où la prise en compte du préjudice purement financier, compte tenu notamment de l'ancienneté des faits concernés, pouvait dépasser la demande en principal.

Nous ne prétendons pas, bien entendu, dans les quelques minutes qui nous sont imparties, vous présenter un tour complet en la matière.

Nous avons donc choisi d'évoquer avec vous trois aspects de la question qui nous paraissent se poser le plus souvent dans la pratique de nos expertises :

— Nous traiterons en premier lieu des principales difficultés que posent les calculs eux-mêmes ;

— Nous évoquerons ensuite la question des intérêts de

droit et des interférences qui peuvent se présenter avec le calcul des frais financiers ;

— Enfin, nous dirons quelques mots de l'attitude et du rôle de l'expert confronté à l'absence de calcul ou à une estimation significativement erronée des frais financiers.

### 1 – LES PRINCIPALES DIFFICULTÉS DU CALCUL DES FRAIS FINANCIERS

Concernant les principales difficultés, nous avons tout d'abord distingué celles liées à la période de calcul et celle liée au choix du taux.

#### 1-1 – Les difficultés liées à la définition de la période de calcul

Tout calcul de frais financiers suppose une date de départ et une date de fin.

*a) La date de départ*

S'agissant du point de départ du calcul, le principe est simple : il y a lieu de retenir la date à partir de laquelle la perte d'exploitation, objet du litige, a engendré soit un flux de trésorerie négatif : des dépenses, un surcoût, etc., soit une absence de flux de trésorerie positif : perte de recettes, gains manqués, etc.

Dans la pratique, les choses peuvent se compliquer.

En effet, si le cas des flux financiers négatifs ne pose, en théorie pas de problème : il suffit de se reporter à la comptabilité de l'entreprise pour en retracer la chronologie. Il en est autrement des pertes de recettes ou des gains manqués dans la mesure où ceux-ci peuvent faire l'objet d'incertitudes :

— Soit parce qu'il n'est pas possible de déterminer précisément à quelles dates les flux financiers concernés auraient eu lieu ;

— Soit parce qu'il s'agit de flux continus se répartissant par hypothèse sur plusieurs périodes.

En outre, plusieurs sources de pertes peuvent se cumuler ou s'interpénétrer de sorte que, dans les cas les plus complexes, il sera illusoire de vouloir opérer, pour les besoins du calcul des intérêts financiers, une distinction entre les composantes de surcoûts et celles de gains manqués.

Dans la pratique, l'expert se contentera souvent de raisonner à partir de moyennes déterminées en fin d'exercice social.

*b) La date de fin*

Concernant la date de fin de calcul, la difficulté réside dans le fait que le préjudice engendre un coût financier continu tant qu'il n'est pas indemnisé.

C'est ainsi que, même si le sinistre a cessé et que les pertes directes qu'il a engendrées sont circonscrites, il continue néanmoins à produire un effet dès lors que l'entreprise concernée reste privée de la trésorerie dont elle aurait disposé en l'absence des faits dommageables.

En d'autres termes, «le compteur continue de tourner» pendant les opérations d'expertise et après le dépôt du rapport, et même après la décision que rendra la juridiction saisie et ce jusqu'à ce que le demandeur reçoive les dédommagements qui sont censés réparer les sinistres objets du litige.

Dans ces conditions, quelle date peut-on retenir pour le calcul ?

La solution serait, dans l'idéal, de fournir une estimation à date fixe dans le rapport, accompagné d'une formule de calcul permettant l'actualisation de la somme en fonction de la date d'indemnisation réelle.

Dans la pratique, une telle procédure n'est évidemment jamais utilisée car elle est vraiment trop compliquée et donc peu opérationnelle.

Par ailleurs, comme nous le verrons dans la suite de l'exposé, les intérêts au taux légal courent à compter de la décision ou, au plus tard, de sa notification. Se poserait donc un problème de double emploi à compter de cette date.

S'ils sont saisis de la question, les experts retiennent donc,



en général et de façon pragmatique, un calcul à une date proche du dépôt du rapport, à charge pour les parties demanderesse de demander un complément devant la juridiction dans le cas où un délai sensible s'écoulerait entre le dépôt du rapport et la décision au fond.

### 1-2 – Les difficultés liées au choix du taux

Ici encore, le principe est simple : le taux à prendre en compte pour le calcul des frais financiers est celui dont la partie sinistrée aurait bénéficié si elle avait disposé de la trésorerie dont elle a été privée en raison des faits dommageables.

Dans le cas des entreprises, on pourrait être tenté en la matière de se référer à la théorie financière et de considérer qu'il convient de retenir le coût moyen pondéré des capitaux de l'entreprise ou « WACC » dans la terminologie anglo-saxonne.

Cependant, ce raisonnement n'est pas adapté à l'évaluation d'un préjudice dans le cadre d'une expertise judiciaire.

En effet, il s'agit ici non pas de mesurer le coût de financement de l'entreprise d'une manière générale, mais le coût ou le manque à gagner qu'elle a spécifiquement subi en relation avec les faits dommageables.

Il ne s'agit donc pas d'un coût moyen mais d'un coût marginal.

Ce calcul peut être complexe puisqu'il suppose l'analyse du financement de l'entreprise et la formation de son résultat financier. Selon les cas, il conviendra :

- De rechercher les financements éventuellement mis en place pour pallier les pertes d'exploitation : emprunts, découverts, etc. ;
- Ou de calculer les frais engendrés par le déficit d'exploitation au taux de financement moyen du cycle d'exploitation ;
- Ou, en cas de trésorerie excédentaire – ce qui peut arriver –, de calculer des produits de placement perdus ou potentiellement perdus par l'entreprise.

Dans tous les cas, il s'agit de faire en quelque sorte de la « finance-fiction », pour reprendre l'expression de Jean-Pierre, et de reconstituer ce qu'aurait été le résultat de l'entreprise en l'absence des faits dommageables.

### 2 – FRAIS FINANCIERS ET INTÉRÊTS DE DROIT

Les intérêts de droit sont définis par les articles 1153 et 1153-1 du Code civil.

S'agissant des créances indemnitaires, l'article 1153-1 stipule :

*« En toute matière, la condamnation à une indemnité emporte intérêts au taux légal, même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement. »*

*Sauf disposition contraire de la loi, ces intérêts courent à compter du prononcé du jugement, à moins que le juge en décide autrement. »*

Il résulte ainsi de cet article :

- Que toute créance indemnitaire donne droit à des intérêts au taux légal ;
- Que ces intérêts courent en principe, sauf disposition contraire de la loi, à compter du prononcé du jugement ;
- Mais que le juge peut néanmoins en disposer autrement.

Il apparaît ainsi que le juge peut, de façon discrétionnaire, faire remonter le point de départ des intérêts de droit à une date antérieure à la décision qui fixe l'indemnité et notamment à la date de l'assignation, par exemple.

Il en résulte qu'il peut donc exister une période de chevauchement entre les frais financiers inclus dans une évaluation de préjudice et la période pendant laquelle la juridiction peut rétroactivement allouer à la victime des intérêts de droit.

Il va de soi que l'expert ignore dans quelle mesure le juge usera de son pouvoir souverain en la matière, d'où la mention que l'on rencontre souvent dans les rapports d'expertise : « Les sommes indiquées dans le présent rapport s'entendent hors intérêts de droit ».

L'expert doit-il s'inquiéter du possible double emploi qui résulterait de la prise en compte cumulée de frais financiers inclus dans la réclamation et les intérêts de droit pouvant être rétroactivement accordés par le juge ?

Personnellement, je ne le pense pas, dans la mesure où, si le rapport énonce suffisamment clairement les composantes du préjudice, le juge disposera des données lui permettant d'apprécier, s'il y a lieu, en sus de la demande en principal :

D'allouer des intérêts de droit pour une période antérieure à sa décision ;

Et, si c'est le cas, à compter de quelle date.

Rappelons, pour terminer sur ce sujet, que le taux d'intérêt légal est défini par l'article 313-2 du Code monétaire et financier qui énonce :

*« Le taux de l'intérêt légal est, en toute matière, fixé par décret pour la durée de l'année civile. »*

*Il est égal, pour l'année considérée, à la moyenne arithmétique des douze dernières moyennes mensuelles des taux de rendement actuariel des adjudications de bons du Trésor à taux fixe à treize semaines. »*

Plus concrètement, nous indiquons que le taux de l'intérêt légal a été de 2,05 % pour l'année 2005, mais qu'il était de 4,26 % en 2001 et en 2002, et qu'il a pu atteindre 10,40 % en 1993.

On voit que ce taux est assez faible.

Il est donc, en général, inférieur aux frais financiers réels de l'entreprise, de sorte que le requérant qui présente un préjudice hors frais financiers, en considérant que les intérêts de droit permettent de suppléer à ceux-ci, sous-évalue probablement son préjudice.

En revanche, il fait sans doute de significatives économies sur le plan de la simplicité du raisonnement et des calculs.

Quoi qu'il en soit, en la matière, comme nous allons l'évo-

quer maintenant, c'est au demandeur de faire les choix qu'il estime opportuns.

### 3 – QUELLE DOIT ÊTRE L'ATTITUDE DE L'EXPERT JUDICIAIRE FACE À UNE DEMANDE DE FRAIS FINANCIERS ABSENTE OU MANIFESTEMENT SOUS-ÉVALUÉE ?

Il n'est pas rare de trouver en présence des parties peu rompues aux questions financières et/ou mal conseillées sur cet aspect par leurs conseils.

Dans un objectif qui pourrait paraître moralement louable de remédier à un déséquilibre des forces en présence, il peut être tentant pour l'expert de vouloir, en quelque sorte, corriger une « copie mal faite » ou de souffler à l'intéressé que sa demande est incomplète.

Je n'en dirai pas plus sur ce sujet car il rejoint la question plus générale des principes posés par les articles 4 et 146 du nouveau Code de procédure civile que notre confrère François Bouchon évoquera dans quelques instants.

C'est sur cette habile transition que se termine mon exposé. Je vous remercie de votre bienveillante attention.

Applaudissements.

**M. Didier FAURY :**

— Merci Patrick. C'est effectivement une bien élégante façon de se débarrasser d'un problème extrêmement complexe que notre confrère François va maintenant examiner.

# LES RÔLES RESPECTIFS DU DEMANDEUR ET DE L'EXPERT DANS LA MÉTHODOLOGIE D'ÉVALUATION DU PRÉJUDICE

## Monsieur François BOUCHON

Expert près la Cour d'appel de Paris – Expert agréé par la Cour de cassation

Je veux vous faire part de toute mon admiration car Jean-Pierre vous a présenté en un quart d'heure montre en main tout l'objet du séminaire que nous proposons habituellement en six heures à nos confrères.

Cela étant dit, je voudrais revenir sur d'autres points.

« Back to basic ! » Revenons aux principes : selon la jurisprudence de la cour de cassation, l'indemnisation doit remettre la victime, au détriment de l'auteur, dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence du désordre.

Cela signifie que l'on comparera ce qui s'est réellement passé à ce qui se serait passé si... C'est ce que, dans notre jargon, nous appelons de la « finance-fiction ». Dans un jargon plus populaire, il s'agit de refaire l'histoire pour le passé et quelque fois pour le futur car, dans certaines de nos expertises, les effets du désordre ne sont pas éteints au moment où nous travaillons et il existe des effets futurs.

### DONNÉES ET RAISONNEMENT

Cette comparaison entre ce qui s'est passé et ce qui se serait passé impose deux choses.

Elle impose de disposer de données. Or il n'existe pas de formation de future victime potentielle. Comme cela vient de vous être indiqué, les entreprises ne sont pas organisées pour préparer une demande en préjudice. Les données disponibles sont généralement rares, parfois absentes, souvent peu pertinentes.

Elle impose surtout de bâtir un raisonnement permettant

de passer de chiffres bruts disponibles à l'estimation de « ce qui se serait passé si » ?

Le problème est d'autant plus complexe que l'on s'aperçoit souvent qu'il peut exister, en plus des raisonnements non pertinents, plusieurs raisonnements pertinents.

Je vous donne un exemple de plusieurs raisonnements pertinents : un garage construit dans la région parisienne comporte quatre étages et, pour gagner de la place, on a installé un ascenseur et pas de rampe pour monter les véhicules. L'ascenseur tombe en panne. Quel est le préjudice d'exploitation ?

Deux approches sont possibles : une première consiste à dire que les trois étages inaccessibles représentent une certaine surface en m<sup>2</sup> d'entrepôts correspondant à tel loyer et une deuxième approche revient à dire que la gêne causée dans l'exploitation a amené une baisse de chiffre d'affaires importante. Il est aisé de comprendre que ces deux raisonnements peuvent aboutir à des évaluations très différentes.

La méthode de raisonnement a une influence, et souvent une influence majeure, sur l'estimation du montant du préjudice.

### PERTINENCE DES RÈGLES

Mes prédécesseurs vous ont exposé un certain nombre de règles usuellement appliquées. Il faut se garder d'en déduire que ces règles sont toujours pertinentes.

Une évaluation de préjudice est une question de fait et le

raisonnement doit correspondre à la situation.

En grammaire, on dit que toute règle a ses exceptions. En physique, on dit plutôt que toute règle a ses limites d'application. Il en est de même en expertise.

À un certain moment, la règle classique, par exemple celle qui vient de vous être citée indiquant qu'un préjudice est une marge brute multipliée par un volume, devient fautive. Si l'entreprise subit un arrêt complet et définitif de son exploitation, elle liquide tout et n'a plus de frais fixes, plus de frais variables et plus de chiffre d'affaires. Le préjudice ne doit plus se calculer à partir de sa marge brute mais de son résultat net que l'on capitalise, ou de la valeur de l'entreprise.

Comme vous le voyez, on peut également effectuer des erreurs en appliquant une règle en dehors de ses limites normales d'application.

### TAUX

Patrick Le Teuff vous a parlé du choix du taux. Il est certain que, si une entreprise emprunte à la banque, le taux pertinent est le taux que lui consent la banque pour ses emprunts.

En revanche, si une entreprise a de la trésorerie disponible parce que ses clients la paient d'avance – il en existe –, elle place sa trésorerie. Dans ces conditions, le taux pertinent n'est plus le taux d'emprunt, mais le taux de prêt.

Vous pouvez voir encore une fois la limite d'application d'une règle : les modifications d'une donnée, comme celle du mode de raisonnement, influencent grandement le résultat.

### RÈGLE DE PREUVE

Une autre règle de notre droit dit que c'est au demandeur d'apporter les preuves nécessaires à l'examen de sa demande.

Nous avons donc une victime dont nous avons vu qu'elle est, par nature, peu compétente dans ce domaine.

Elle devra apporter des données - car, en principe, c'est elle

qui les a - et un mode de raisonnement qui lui permettra de donner une évaluation du préjudice.

Cette victime vous donnera-t-elle toujours des modes de raisonnement pertinents ?

L'expérience montre que cela ne se passe pas toujours ainsi : dans bien des cas, la victime apporte des modes de raisonnement peu pertinents, voire - cela nous est arrivé à tous - des modes de raisonnement totalement erronés.

Cela soulève un premier problème : l'expert doit-il se considérer comme lié par les modes de raisonnement proposés par la victime ?

Ma réponse est incontestablement négative. L'expert doit bien sûr examiner le raisonnement proposé par la victime, mais a le devoir de l'écarter, en expliquant pourquoi, et d'y substituer le mode de raisonnement qui lui paraît pertinent.

De plus, même si la victime apporte une évaluation pertinente, je préconise toujours – mais c'est ma pratique personnelle – d'essayer de trouver une autre approche, de manière à vérifier qu'il n'existe pas un biais dans le raisonnement qui est présenté.

Nous sommes tous allés au lycée et nous avons tous fait des problèmes de mathématiques. Nous avons tous, un jour ou l'autre, discrètement sauté une étape de raisonnement quand nous étions face à quelque chose que nous ne savions pas prouver. L'expérience prouve que cela passait souvent. Je peux vous dire d'expérience qu'il en est de même en expertise, il peut arriver qu'une partie saute discrètement une étape et que l'expert, en première analyse, ne s'en aperçoive pas. Il vaut donc mieux avoir une méthode alternative permettant d'effectuer des vérifications. Si les résultats trouvés ne sont pas les mêmes, il faut les confronter et essayer d'expliquer pour quelle raison les méthodes ne donnent pas les mêmes résultats.

L'expert n'est donc pas tenu par la méthode présentée par la ou les parties car, quelquefois, le défendeur présente également une méthode.



## PROBLÈME DE L'ÉVALUATION «ULTRA PETITA»

En ses articles 4 et 5, le Nouveau Code de procédure civile reprend un vieux principe qui existait déjà en droit romain disant que le juge est tenu par la demande et ne peut pas aller au-delà.

Dans le cas d'une évaluation de préjudice, la seule demande possible est l'évaluation du préjudice, c'est-à-dire une somme, ce qui implique – sinon je n'ai rien compris au droit – que la victime présente une demande chiffrée.

Premièrement, a priori, cela impose-t-il à l'expert de dire qu'avant de commencer ses travaux, il demande que la victime présente une demande chiffrée ?

À mon avis, la réponse est positive. Je ne vois pas que l'on puisse entamer une expertise d'évaluation sans demande chiffrée.

Il peut dès lors arriver que la victime, présente une demande nettement inférieure à l'estimation de l'expert. Quelle doit être la conduite de celui-ci dans un tel cas ?

L'article 5 que j'ai mentionné précédemment dit que le juge ne peut aller au-delà de la demande. Cet article 5 s'impose-t-il à l'expert ?

L'article 146 dit que l'expertise ne peut suppléer à la carence de la partie. Dans ces conditions, l'expert peut-il dire dans son rapport qu'il estime, compte tenu des circonstances de la cause et des débats contradictoires, que le préjudice n'est pas de 100 comme le demande la victime, mais de 150 en fonction du raisonnement qu'il détaille dans ses notes aux parties ou dans son pré-rapport ?

J'ai exposé un certain nombre de fois cette question dans des petits cercles. Elle a toujours entraîné un débat passionné. D'une part, les personnes ont soulevé le respect scrupuleux des textes : l'expert est, comme le juge, soumis à la demande des parties. D'autres personnes emportées par un souci de justice font valoir que les armes ne sont pas forcément toujours égales, que la pauvre victime n'est pas versée dans les chiffres et qu'elle se trouve en face d'un auteur qui n'est peut-être pas versé dans les chiffres non plus, mais

qui est accompagné par une compagnie d'assurances qui, elle, est parfaitement compétente, surtout quand elle se fait assister par des experts spécialisés.

À mon avis, lorsque l'expert est confronté à une telle situation – et ce n'est pas théorique : cela m'est déjà arrivé plusieurs fois – il existe trois possibilités :

Premièrement, l'expert expose son raisonnement jusqu'au bout, quitte à aboutir à un résultat supérieur à la demande.

Deuxièmement, l'expert dit qu'il a procédé à ses propres estimations et il en résulte que la demande lui paraît justifiée.

Il existe enfin une méthode intermédiaire dans laquelle l'expert dit que, d'un côté, une demande s'appuie sur des données et un raisonnement qui ne lui paraissent pas pertinents pour tels motifs. Il ajoute qu'il lui a paru plus pertinent de procéder de telle manière et, en procédant de la manière qu'il a décrite succinctement, il estime que la demande est justifiée. Dans ce cas, l'expert prend soin d'effectuer son raisonnement de manière suffisamment elliptique ou incomplète pour que la partie qui n'a pas demandé suffisamment ne puisse ensuite se précipiter pour déposer une demande complémentaire basée sur cette méthode.

Je pense que ce sujet de réflexion induira plusieurs questions de votre part. Je vous remercie de votre attention.

Applaudissements.

### M. Didier FAURY :

— Merci, François. Tu supposes bien car, au cours de ton exposé, j'ai vu des sourcils se lever, voire se froncer. Je pense que cette question sera débattue à la fin des exposés.

Il faut bien sûr que l'expert réponde aux questions qui lui ont été posées par le Juge sans doute aussi intégrer, dans l'attitude à suivre par l'expert, la façon dont les missions sont rédigées. Parfois et même fréquemment, les missions

sont rédigées de la façon suivante : « Donner tous éléments de nature à permettre au tribunal de se prononcer sur le préjudice ». Ce type de rédaction laisse, me semble-t-il, toute latitude à l'expert dans ses analyses.

En attendant les questions sur ce sujet, c'est maintenant à M. Marc Lipskier d'intervenir.

## LE POINT DE VUE DE L'AVOCAT

### Monsieur Marc LIPSKIER

*Avocat à la Cour*

Le Président Lucquin a évoqué précédemment à demi mots ces avocats anglo-saxons qui vont chercher ailleurs qu'en France la manière de réparer le préjudice subi par leur client. Il a évoqué, à cet égard, les mots de forum shopping. Il aurait pu également citer les cutting damages dont il n'a parlé qu'en français, voire utiliser les mots de private enforcement, c'est-à-dire de réparation d'un préjudice consécutif à une atteinte à la libre concurrence sanctionnée par une autorité de la concurrence auprès d'une juridiction commerciale. Il s'agit d'une pratique qui commence à peine en France.

Je l'avoue et je l'assume : je suis l'un de ces avocats qui ne sont pas anglo-saxons, mais français, qui vont voir ailleurs et qui conseillent à leurs clients d'aller voir ailleurs qu'en France pour obtenir réparation de leur préjudice.

Je pense que cette question : « Pourquoi faut-il aller voir ailleurs ? » est intéressante car elle pose le problème même de la façon dont le préjudice est abordé en France.

Je ne suis pas expert. On vous l'a dit. Je ne suis même pas expert de l'expertise. En plus, je suis le benjamin ici. Cela signifie que j'ai peu de mérite à m'exprimer. Je vous demande toute votre indulgence au sujet des propos que je tiendrai. Je ne procéderai que par observation car c'est la pratique dans cette Maison.

La première observation sera pour dire que, pour apprécier la question du rôle de l'expertise dans l'indemnisation du préjudice, il ne faut pas étudier la question de l'expertise dans l'indemnisation du préjudice, mais étudier le système de réparation dans lequel s'inscrit l'expertise.

Qu'est-ce qu'un système de réparation ? C'est l'ensemble de l'organisation sociale et économique ainsi que les normes juridiques qui font qu'il y aura une réparation et qu'un montant de réparation sera décidé selon telles modalités.

Il est entendu que sur le plan individuel et pour les entreprises puisque c'est le sujet qui nous concerne, l'application de ce système s'appelle l'équité.

En France, nous avons un système qui, à mon avis, est assez défaillant. Il existe un principe de réparation intégrale du préjudice dont on a déjà parlé et dont on parle de plus en plus dans des matières qui sont, certes, éloignées des entreprises : en matière de réparation du préjudice corporel qui est une tendance de fond de la société. Or, ce principe de la réparation intégrale du préjudice n'est pas appliqué : il n'existe jamais de réparation intégrale du préjudice. Il faut que ce soit dit et pensé clairement et que tout le monde en connaisse la raison. Vous n'entendrez jamais un chef d'entreprise dire que son préjudice est entièrement réparé. Les décisions de justice rendues sont donc également frustratoires pour tous.

En cela, c'est une incitation objective à ce que les chefs d'entreprise aillent ailleurs. La raison en est qu'il existe une économie de la justice. La justice est en effet une économie pour l'entreprise et, face à un système de réparation inéquitable, elles auront tendance à aller voir ailleurs.

Ce système de réparation est inéquitable car certains chefs de préjudice ne sont jamais pris en compte. Il s'agit au premier chef de l'existence même de la procédure. Quand on est en défense, on est victime d'une action en justice et

celle-ci a un coût : il s'agit du temps que lui a consacré le chef d'entreprise. Or, un chef d'entreprise a autre chose à faire que de s'occuper de justice : il doit créer des produits, les commercialiser et en tirer profit. Ce temps n'est jamais indemnisé.

Je ne parle pas des coûts de la procédure liés aux avocats ou aux experts qui ne sont pas indemnisés ou très faiblement.

Les frais de gestion du contentieux passent également « l'as ».

Ceux de la recherche des preuves sont très difficilement indemnisés.

Autrement dit, pour les demandeurs, il s'agit de coûts qu'ils exposent dans l'espoir d'obtenir un gain qui est supérieur à leur coût tandis que pour les défendeurs il s'agit de coûts dans l'espoir d'éviter une perte pure et simple : celle de la condamnation.

Pour l'attaque, le principe est simple : « 100 % des gagnants ont tenté leur chance. »

Pour la défense, le principe est aussi simple : C'est « sauve qui peut la vie. »

Il faut considérer le niveau de conflit dans lequel on se trouve. Le système de conflit est complètement asymétrique en France : l'attaque ne coûte rien ou quasiment rien, la défense est coûteuse et l'indemnisation est insatisfaisante.

Plus que la question de la faute, la question de l'évaluation du préjudice est le cœur de la bataille judiciaire et c'est ce qui fait l'intérêt des débats que vous avez ici, au-delà même de la question technique consistant à savoir de quelle manière on évalue ces préjudices et de quelle façon on les calcule.

C'est le cœur de la bataille car elle détermine l'économie de l'action en justice. En effet, l'action en justice est une décision prise par un acteur économique que l'on dit rationnel ou à peu près. Il établit un ratio simple entre un coût déterminable : celui de sa procédure, et le bénéfice qu'il en attend. C'est le genre de chose que les chefs d'entreprise

font tous les jours pour toutes leurs décisions d'affaires. Gérer une action en justice, quand on est en demande, c'est gérer une affaire. Ce n'est rien d'autre que cela.

Les affaires sont simplement plus rentables hors de France qu'en France, en tout cas en matière de justice.

Vous voyez que, depuis le début, j'établis une distinction entre la demande et la défense. Elle est importante.

À mon avis, il faut aussi établir une distinction entre l'expertise amiable et l'expertise judiciaire.

De manière étonnante, jusqu'à présent, je n'ai pas entendu les mots « expertise amiable ». C'est pourtant un instrument d'une importance colossale dans les demandes en justice. On peut venir muni d'un rapport d'expert qui, dans les mêmes conditions ou presque qu'un expert désigné en justice, aura déjà contribué à évaluer le préjudice. Ce qui milite en faveur de l'expertise amiable, c'est simplement de crédibiliser le dossier, de le faciliter et de le vulgariser aux yeux du juge. Après tout, un dossier qui ne comporte pas de préjudice est un dossier qui n'a aucun intérêt.

Nous sommes dans une sainte Trinité en droit français en matière de droit français : il faut une faute, un lien de causalité et un préjudice. Il faudrait simplement inverser cette Trinité : s'il n'existe pas de préjudice, à quoi sert de se poser la question de la faute et du lien de causalité ?

L'intérêt de venir avec un dossier déjà constitué au sujet de la question du préjudice tient au fait qu'ensuite on n'a plus qu'à se constituer un dossier - et c'est le problème de l'expertise technique - à propos de la question de la faute.

Or, la faute est la meilleure manière de se livrer à la défense traditionnelle des cours de récréation des avocats : « Ce n'est pas moi ! C'est lui ! » Quand c'est l'autre, c'est toujours plus simple.

Quand on est en défense, l'expertise amiable est peut-être aussi utile, mais dangereuse. Elle est utile car elle sert à décrédibiliser l'adversaire. Si un demandeur arrive avec une belle demande, un beau dossier et une belle expertise amia-

ble pour tel montant, la défense arrive de son côté avec sa propre expertise amiable et annonce un autre montant, évidemment inférieur au premier, comme par hasard. C'est avantageux car cela fait baisser le niveau de la discussion. C'est aussi dangereux car cela fixe un plafond vis-à-vis duquel le juge sera en quelque sorte saisi, qu'il le veuille ou non.

Il s'agit d'une question qu'il faut se poser quand on est en défense : a-t-on intérêt à faire établir la valeur réelle du préjudice, quitte à admettre que l'on est l'auteur d'un préjudice, mais que ce préjudice est inférieur à ce qui a été démontré par l'adversaire ? Cette tactique est risquée, mais elle peut être avantageuse dans certains cas.

De la même manière, quand l'expertise est judiciaire, le défendeur doit se demander s'il combat ou pas la demande d'expertise.

Dans une matière qui est un peu distincte que celle qui nous occupe ce soir : celle de la responsabilité médicale ou pharmaceutique, je préconise systématiquement à mes clients laboratoires de s'opposer par toute leur force aux demandes d'expertise car, une fois l'expertise lancée, les laboratoires ont perdu. C'est systématique. C'est dû à l'effet de réputation : le riche et le gros contre le faible. Que voulez-vous faire ? C'est un enfant malade.

C'est un peu identique, toutes proportions gardées, à l'égard des entreprises : il existe toujours un puissant et un faible. Or, le puissant n'est pas celui que l'on croit. Le puissant est plutôt le faible car il faut toujours démontrer qu'une société dite puissante est une société qui conserve un semblant d'humanité. Le rapport de force n'est pas forcément en sa faveur ou ne s'est pas exercé.

Je continuerai par une quatrième observation, toujours au sujet de l'expertise amiable. J'ai souvent entendu des confrères ou éventuellement des magistrats décrier l'expertise amiable en prétextant qu'elle ne pouvait être qu'un rapport de complaisance. C'est un soupçon contre lequel je m'inscris formellement. Je n'ai jamais vu d'experts qui soient prêts à signer n'importe quel papier, dans n'importe quelles conditions, sous prétexte qu'il aurait été grassement payé - c'est toujours ce qui est sous-

entendu - par la partie qui l'aurait sollicité. Ce soupçon est injuste. De plus, il ne tient pas car, ce qui fait la valeur de l'expert c'est sa réputation. L'actif de l'expert est sa réputation et les experts ne sont pas prêts à mettre en jeu leur réputation, sinon ils n'auraient plus de dossiers.

Il n'existe donc aucune raison de se priver des expertises amiables. C'est un moyen de conviction et de démonstration efficace. Il s'agit aussi d'un moyen de vulgarisation des modèles économiques et d'un moyen de présentation graphique : on peut présenter des courbes et des graphiques qui ne peuvent pas figurer dans les actes de procédure. Comme cela a été indiqué précédemment, il s'agit d'un moyen de pédagogie tant envers les juges qu'envers les parties. Elles permettent de faciliter la conviction et le débat.

C'est la principale question portant sur l'admissibilité d'un rapport amiable : la cour de cassation a jugé à maintes reprises que l'expertise amiable était admissible à la seule condition que les parties aient pu en débattre.

Fournissons donc des rapports amiables aux parties pour qu'elles en débattent contradictoirement. Le débat avancera d'autant plus vite et cela permettra autant d'économies de coûts judiciaires.

Ma cinquième et dernière observation portera sur le moment où a lieu l'expertise sur le préjudice et sur la personne qui doit réaliser cette expertise.

Sur ces questions, mon avis rejoint celui de votre Président : à mon avis, trop de décisions nomment des experts techniques comme experts du préjudice. Ce n'est pas le même métier. Ils ne nécessitent pas les mêmes connaissances et pas les mêmes techniques. On ne peut pas confondre les deux : celui qui est informaticien spécialiste des logiciels de gestion intégrée n'est pas forcément un grand spécialiste de la finance d'entreprise. De ce fait, il n'est pas le mieux à même de juger l'étendue du préjudice subi en raison de la déconnexion du système.

C'est pourquoi je recommande, comme votre Président, que de plus en plus de décisions nomment simultanément l'expert : soit un co-expert, soit un sapiteur pour traiter la

question technique et la question financière simultanément. J'insiste sur le fait que ce soit simultané car le décalage dans le temps entre l'expertise technique et l'expertise financière est préjudiciable. Décalé dans le temps l'expertise financière sur le préjudice revient, pour l'expert financier, à devoir réingurgiter toute l'expertise technique. C'est souvent un travail colossal qui peut être examiné quand est dans la boucle dès le départ.

C'est donc, pour terminer, une sorte de prière que j'adresse aux magistrats présents, et notamment à ceux chargés du contrôle des expertises : s'il vous plaît, je vous en prie, essayez de nommer tout à la fois, au même moment, des experts judiciaires pour les questions techniques et pour les questions d'indemnisation ou, au moins, faites en sorte que les experts avec lesquels vous dialoguez - car le dialogue est certainement le moment le plus important - désignent le plus rapidement possible des sapiteurs. Ils ne savent pas tout. Il faut qu'ils se fassent assister. Ils en sont pour la plupart ravis. Cela leur évite du travail et c'est autant de gain pour les justiciables. En agissant de cette manière, cela permet de limiter un peu la tentation d'aller voir ailleurs. Si les personnes ne vont pas voir ailleurs, les experts français, et singulièrement les experts parisiens, auront davantage de dossiers à traiter, ce qui ne pourra que les réjouir.

Je vous remercie.

Applaudissements.

**M. Didier FAURY :** — Merci beaucoup, Maître.

Monsieur le Président, j'espère que vous me ferez le crédit de croire que je n'étais pas au courant du brillant exposé de Me Lipskier, et notamment de la partie qui concerne son plaidoyer pour la désignation systématique des experts comptables et financiers dès le début des opérations d'expertise. J'y souscris évidemment pleinement.

Je pense que les débats qui vont commencer seront riches. Je vous passe la parole sans tarder. Qui veut poser la première question ?

## DÉBATS

**M<sup>me</sup> Marianne LASSNER**-Magistrat. — Je suis Vice-Présidente de la 18<sup>e</sup> chambre, deuxième section du tribunal de grande instance de Paris.

Je ne voulais pas intervenir au sujet de la dernière intervention de Me Lipskier, mais à propos de celle de M. Bouchon car elle me concernait plus précisément.

Je crois que l'expert n'est pas le juge. La question de la demande formulée par le demandeur ne se pose donc pas pour l'expert. En général, la mission de celui-ci est de donner au tribunal les éléments permettant de déterminer le préjudice. Il peut très paisiblement aller au-delà de la demande formulée préalablement devant le tribunal, et ce d'autant que cette demande ne saisit pas le tribunal après l'expertise. Le demandeur sera amené à réviser éventuellement sa copie et à revenir devant le tribunal avec une demande qu'il peut modifier. Il n'est pas tenu par la loi de s'en tenir à la demande d'origine. Il formule d'ailleurs souvent une demande qui est un peu provisionnelle car il ne sait pas très bien où il va. Il sait qu'il a subi un préjudice. Normalement, il a justifié la faute et le préjudice ainsi que le lien entre les deux, sinon nous n'aurions pas besoin d'experts.

À partir de là, l'étendue de ce préjudice n'est évidemment pas déterminée, sinon on n'aurait pas eu besoin d'expertise. À mon avis, l'expert peut donc effectuer son opération d'expertise comprenant tous les éléments et obtenir éventuellement des conclusions allant au-delà de ce qui avait été présenté à l'origine. Il n'existe, à mon avis, aucune difficulté juridique sur ce plan. L'article 146 ne s'applique pas à l'expert mais au juge. L'expert n'est pas lié par le terme de la

demande : c'est le tribunal qui ne peut pas statuer.

Ensuite, si le demandeur limite sa demande à ce qu'il avait demandé à l'origine, c'est très bien. C'est son problème.

Je crois qu'il peut donner au tribunal tous les éléments permettant d'évaluer le préjudice, même si cela va au-delà de la demande initiale.

Applaudissements.

**M. Didier FAURY**-Vice-Président de la CNECJ — Merci, Madame le Président.

Le problème présenté par François Bouchon présente un aspect un peu théorique. En effet, nous devons constater qu'en pratique les demandes sont souvent plutôt largement surévaluées que sous-évaluées.

**M<sup>me</sup> Sylvie MENOTTI**-Magistrat. — Je suis conseiller référendaire à la Cour de cassation. Je voulais dire que je partage tout à fait l'avis de Mme Lassner sur la possibilité dont dispose l'expert de chiffrer librement le préjudice. D'ailleurs, dans les rapports entre parties et expert, on ne parle pas de « demande », mais de « doléances ». À mon avis, ce n'est pas qu'un simple problème de terminologie : cela veut bien dire ce que cela veut dire.

L'expert remplit sa mission qui consiste à chiffrer le préjudice. On peut le formuler de différentes façons, mais c'est tout de même l'essence de sa mission. Il est totalement libre de proposer un moyen de chiffrage et de résultat tel qu'il paraît correspondre à la réalité.

C'est ensuite au juge d'apprécier.

Je pense que vous n'avez pas besoin de vous poser des problèmes très compliqués à cet égard.

**M. André GAILLARD**-Expert honoraire. — Je dirai que l'intervention de Mme Lassner était particulièrement pertinente. Quand le jugement est prononcé en référé, il faut ensuite juger au fond. La demande peut évoluer. Nous n'avons aucune raison de ne pas effectuer notre travail de chiffrage ou de préjudice.

**M<sup>me</sup> Marie Ange ANDRIEUX**-Expert-comptable. — Je suis Associée-Directrice de la Stratégie au cabinet BDO.

Je vais peut-être poser une question de néophyte. J'espère que vous me le pardonnerez.

Si l'on en croit le rapport du MINEFI sur la Commission de l'immatériel, les actifs immatériels sont d'ores et déjà et de façon croissante les leviers de la valeur et de la rentabilité des entreprises.

Quelle est votre expérience de l'évaluation de préjudices liés à des actifs immatériels qui, la plupart du temps, ne figurent pas au bilan ? Quels actifs immatériels avez-vous pu avoir à regarder ? Comment appréciez-vous l'impact sur le niveau de rentabilité présent et futur ? Est-il admis que l'on capitalise une rentabilité associée à ces actifs immatériels ? Dans les cas où il s'agit d'une situation où la société est principalement valorisée au travers de ces actifs immatériels, notamment pour celles qui gèrent les marques, comment met-on les piquets à un moment donné, car porter préjudice à une marque principale c'est presque porter préjudice à la globalité de la valeur de l'entreprise ? Pourriez-vous nous éclairer sur ces points ? Je vous remercie.

**M. Didier FAURY**. — Je crains que nous ne puissions pas vous éclairer car j'ai très courageusement commencé ce colloque en disant que nous n'aborderons pas les préjudices d'une importance telle qu'ils atteignent les valeurs incorporelles de l'entreprise.

Ce sujet est passionnant et je sais que vous êtes une grande spécialiste du capital immatériel, mais ce point mériterait un colloque entier.

Lorsque le préjudice subi est tel qu'il atteint la valeur du fonds de commerce ou de la marque de l'entreprise, la problématique va largement au-delà d'une question d'évaluation de perte d'exploitation : on entre dans le secteur de l'évaluation des entreprises et, bien sûr, des valeurs incorporelles qui ne figurent pas à leur bilan.

Désirez-vous poser d'autres questions ?

**M. Denys DUPREY**-Avocat à la Cour. — Monsieur le Président, en matière d'évaluation de pertes d'exploitation, j'ai toujours eu pour principe de me faire épauler par les experts judiciaires. Depuis 45 ans que j'agis ainsi, j'ai été chaque fois confronté à des difficultés, que ce soit en demande pour les chiffrer ou en défense pour les contester.

Je souscris pleinement aux propos que mon confrère a tenus in fine en disant que, dans les affaires importantes où des pertes sont évoquées, il est essentiel que, dès le début de l'expertise, l'expertise comptable ou financière soit menée parallèlement à l'expertise technique car, trop souvent, cette expertise se situe deux ou trois ans après. En effet, l'expertise technique se déroule et on finit par se dire qu'il faut aussi chiffrer les préjudices. On est alors reparti pour un an, deux ou trois ans.

Agir ainsi permettrait à l'expert financier, s'il le souhaite, de suivre l'expertise technique de laquelle il peut tirer certains enseignements pour chiffrer les pertes d'exploitation ou les différents autres préjudices évoqués.

L'une des questions qui me paraît fondamentale, et que M. Bouchon a naturellement évoquée, consiste à savoir jusqu'où l'expert peut aller trop loin. Autrement dit, quelle est la mission fondamentale de l'expert judiciaire désigné pour chiffrer des pertes d'exploitation ?

M. Bouchon a rappelé, car il a - comme moi - une parfaite connaissance du Code de procédure civile, que l'expert n'est pas là pour se substituer au demandeur dans l'admi-

nistration de la preuve, bien que certaines missions de référé disent à l'expert qu'il devra chiffrer les préjudices. Certaines parties affirment même que c'est à l'expert de les chiffrer puisque l'ordonnance dit qu'il doit chiffrer les préjudices. Elles considèrent donc qu'elles n'ont pas à préparer un dossier chiffrable. Sur ce point, les missions devraient être mieux rédigées pour éviter cette équivoque regrettable. Il est en effet clair que le rôle de l'expert n'est pas de se substituer au demandeur dans l'administration de la preuve pour chiffrer le préjudice du demandeur.

Il faut conseiller au demandeur, dès lors que l'affaire présente une certaine importance, de se faire épauler car, de fait, certains dirigeants d'entreprise sont incapables de chiffrer correctement une perte d'exploitation.

Le problème est de savoir si l'expert peut imposer une méthode.

Je pense que l'expert doit demander au demandeur de chiffrer son préjudice : celui-ci doit donner un chiffre et non pas donner des éléments constitutifs d'un préjudice sans le chiffrer. L'expert est présent pour valider ou invalider la méthode de chiffrage qui lui est proposée. Il peut décider de ne pas suivre la méthode qui lui est proposée et dire que l'on ne peut pas lui imposer une méthode de calcul, qu'il a la sienne et que celle-ci doit lui permettre de valider ou d'invalider le chiffrage qui lui est proposé.

Une autre difficulté rencontrée dans cette matière réside dans ce que M. Gaillard - que je salue - appelait la quête documentaire : de quels documents l'expert judiciaire a-t-il besoin pour chiffrer correctement une perte d'exploitation ?

M. Gramet a rappelé qu'il fallait avoir une sorte de méthodologie et trouver un consensus. Auparavant, il faut déjà savoir sur quel type de documents l'expert devra travailler.

Le grand souci est souvent de trouver ces documents. Il faut parfois aller les chercher dans la comptabilité analytique de la société.

Il se pose alors un autre problème : le respect du contradic-

toire. En effet, vous rencontrerez des problèmes majeurs, notamment si vous avez tous les éléments constitutifs d'un calcul de prix de revient. L'adversaire aura-t-il accès ou pas à ces données qui peuvent être dangereuses sur le plan d'une concurrence déloyale ? Quelle sera la limite du secret opposé au respect du contradictoire ? Quel sera le bon compromis à trouver entre la notion de secret et la notion sacrée du respect du contradictoire ? Jusqu'où l'expert pourra-t-il laisser aller le défendeur dans l'examen des documents et des pièces ?

Ces quelques réflexions qui expliquent ces calculs de pertes d'exploitation sont souvent extrêmement difficiles à régler.

Je vous demande de me pardonner d'avoir été trop long.

**M. Didier FAURY.** — Merci, Maître. Vous n'êtes jamais trop long.

Il est vrai que ce sujet est une difficulté récurrente et assez spécifique aux opérations de concurrence déloyale et de contrefaçon puisque, dans ces situations, assez paradoxalement, le demandeur est réticent pour des raisons de confidentialité à fournir des éléments détaillés de calcul de son propre préjudice.

Nous en avons parlé, Monsieur le Président. J'ignore si vous désirez intervenir à ce sujet.

**M. Jean-Pierre LUCQUIN.** — C'est exact.

Je me permets d'ajouter un mot sur le sujet. Nous avons énormément de difficulté à obtenir des informations financières comptables qui nous permettraient de mieux évaluer le préjudice. Je fais allusion aux informations qui nous seraient fournies par le demandeur, notamment lors des cas de contrefaçon et de concurrence déloyale.

Finalement, nous nous heurtons, comme cela vient d'être dit, au secret des affaires. Les demandeurs, et surtout ceux qui sont très connus, ont une prévention qui les conduit à ne pas donner certaines informations de peur de les divulguer à des concurrents ou de mettre sur la place publique

des informations qu'ils considèrent comme confidentielles. C'est une véritable problématique dans le domaine de l'évaluation des dommages en matière de contrefaçon et de concurrence déloyale.

Ces problématiques existent surtout pour le chiffrage des dommages et intérêts en réparation.

De nombreux demandeurs qui ne veulent pas fournir les éléments nécessaires pour justifier totalement leurs demandes se tournent vers d'autres mesures réparatrices. Nous n'avons pas parlé - car ce n'est pas vraiment le sujet de notre débat - des mesures très contraignantes qui peuvent avoir beaucoup d'effet telles que toutes les interdictions diverses et variées, la cessation d'activité, la confiscation et la destruction de stocks, la publication assortie ou non d'une demande d'exécution provisoire, ce que l'on ne donne pas systématiquement dans ces matières.

C'est une véritable problématique à laquelle nous nous heurtons.

J'ai entendu dire que le ministère des Finances préparait actuellement un texte sur le sujet et que celui-ci permettrait de faire avancer non seulement la production des informations venant du défendeur, lequel, dans ce domaine, a tout intérêt à cacher au maximum les informations qu'il devrait fournir au tribunal dès la saisie de contrefaçon et dès les premiers constats, mais aussi la situation du demandeur pour éviter - et il est très difficile de régler ce conflit - de divulguer des informations couvertes par le secret des affaires.

**M. Didier FAURY.** — Je vous remercie, Monsieur le Président.

**M. Dominique LEVEQUE-Expert-comptable.** — Pendant une opération, je crois que l'on peut parfaitement, soit de façon initiale si les avocats ont abordé le sujet, soit au cours de l'expertise, soit en revenant devant le juge pour obtenir une partie des documents, convenir que des informations resteront secrètes sauf pour l'expert. Cela s'est déjà passé ainsi.

**M. Didier FAURY.** — Les magistrats de ce Tribunal, chargés du contrôle des expertises, ont fréquemment à examiner la façon d'avancer dans des expertises où le secret des affaires est évoqué par l'une ou l'autre des parties.

**M. Christian EMORINE-Expert-comptable.** — Si vous me le permettez, je peux vous apporter deux réponses à la question : que doit faire l'expert lorsqu'il est confronté à un refus de communication à d'autres personnes que lui-même de la part, en général, du demandeur ? Je les ai entendues aujourd'hui même.

La réponse de Monsieur Suarez, Président de Chambre Honoraire de ce même tribunal, est la suivante : quand l'expert est confronté à cette situation, il ne décide rien. Il va voir le magistrat qui l'a nommé et laisse celui-ci décider de ce qu'il convient. Il s'agit surtout pour l'expert de ne prendre aucune initiative et aucune position sans avoir recueilli l'avis du magistrat.

Voici également la réponse de Monsieur Brunet, Président de Chambre au Tribunal administratif de Paris, dont la position est légèrement différente : quand l'expert est confronté à une telle situation, la demande est caduque. Le principe du respect du contradictoire est absolument irréfragable en matière administrative. En conséquence, la partie demanderesse qui refuse de produire des justificatifs renonce de facto à sa demande. Cela date d'aujourd'hui.

**M. Jean-Pierre LUCQUIN.** — Je vais essayer de répondre sous le contrôle des magistrats ici présents.

Tout d'abord, le juge de référé ou le juge du fond nomme l'expert. Ce n'est pas le juge chargé des contrôles qui est chargé d'assister l'expert pour mener à bien l'expertise jusqu'à sa terminaison et sa taxation.

Évidemment, quand un problème surgit au sujet de la définition de la mission qui est trop large ou trop restreinte, l'expert se rend compte, aidé par les parties et surtout par la partie qui estime qu'elle perdra l'expertise, qu'un conflit doit être réglé. Il peut toujours faire appel au juge chargé du contrôle qui, en vertu - me semble-t-il - de l'article 236 du NCPC, peut accroître ou restreindre la mission ou, du



moins, trancher telle difficulté ou tel défaut de production de documents, en assortissant éventuellement sa décision d'une astreinte.

Le problème reste ouvert, mais il existe des moyens de le traiter.

Je ne veux pas dire autre chose : en cas de difficulté, n'hésitez pas à faire appel au juge chargé du contrôle qui, avec les moyens dont il dispose, pourra peut-être apporter une solution et faire avancer l'expertise.

**M<sup>me</sup> Rolande BERNE-LAMONTAGNE**-Président d'Honneur de la CNECJ PARISVERSAILLES. — Vous avez parlé de quête documentaire précédemment. Je voudrais revenir sur l'observation de mon confrère qui avait cité le cas où les demandes de la part des victimes des sinistres étaient inférieures à l'évaluation à laquelle il était possible de parvenir.

Nous sommes souvent confrontés à l'inverse : nous sommes face à une demande disproportionnée ou qui nous paraît disproportionnée vis-à-vis du sinistre.

Je voudrais simplement apporter ma contribution.

Lors de la première réunion d'expertise, je demande toujours à avoir accès aux documents sociaux : je prends connaissance du rapport de gestion et du rapport de gérance. C'est très révélateur. En effet, parfois on vous dit que le sinistre qui est intervenu a mis l'entreprise dans une situation telle qu'elle est au bord du dépôt de bilan. Or, quand vous lisez le rapport de gestion, vous voyez que tout est florissant et que tout va pour le mieux dans le meilleur des mondes. Je vous assure que cela calme les esprits lors de la première réunion d'expertise. On revient ensuite de part et d'autre à des dimensions souvent plus proches de la réalité.

C'était ma contribution technique au sujet de la manière d'aborder la question de la psychologie et de la quête documentaire.

**M. Didier FAURY.** — C'est juste mais il existe aussi des situations où le préjudice porte sur l'incapacité de la victime

à développer un nouveau produit, à conquérir une part de marché. Dans cette perspective, l'examen du passé ne permet pas de préjuger de la réalité du préjudice. De même, en l'absence de dommage les résultats de la victime d'un préjudice auraient pu être encore plus florissants.

**M<sup>me</sup> BERNE-LAMONTAGNE.** — Je ne parle pas de l'examen du passé.

Dans l'année où a eu lieu l'événement, s'il a été si important, on doit pouvoir en trouver le reflet dans les documents sociaux.

**M. André GAILLARD, Président d'Honneur de la CNECJ.** — Comment faut-il prendre en compte l'économie d'impôt qui peut résulter d'une baisse de chiffres d'affaires ou de marge ? Nos confrères pourraient-ils nous rappeler de quelle manière nous procédons.

**M. François BOUCHON.** — En matière d'entreprise, je ne vois pas quel est le problème puisque la TVA est un impôt qui est collecté et qui est reversé. Le préjudice est donc neutre.

Quant à l'impôt sur les sociétés, en cas de préjudice, le système judiciaire français fonctionnant bien, l'indemnisation sera soumise à l'impôt quand elle sera perçue.

En définitive, sauf petit frottement marginal lié au fait que le taux de l'impôt sera différent car ce ne sera pas la même année ou parce que l'on aura un petit abattement pour les premières tranches d'impôt, je ne vois pas de problème.

**M. Didier FAURY.** — Vous pouvez poser encore quelques questions si vous le souhaitez. Nous avons prévu de nous arrêter à 19h00.

**M. Antoine THIERRY**-Expert judiciaire. — Je voudrais réagir au sujet de l'expertise amiable. On nous incite à aller à l'étranger pour effectuer des expertises amiables. Je rappelle qu'en cas de sinistre les compagnies d'assurance établissent des rapports amiables avec leurs experts. En général, les experts ne se mettent pas d'accord. C'est alors que les parties demandent une expertise et que nous sommes désignés.

L'expertise amiable existe en France.

Quand nous sommes désignés, nous sommes toujours confrontés à des experts du chiffre en matière d'évaluation de préjudice. Ceux-ci représentent la compagnie de l'assurance et l'assuré face à la victime. S'ils trouvent un accord, ils ne déposent pas de demande d'expertise judiciaire.

**M. François BOUCHON.** — En réalité, les expertises judiciaires ont lieu dans deux cas.

Dans le premier cas, au moins l'une des parties est de mauvaise foi. En effet, si les deux parties sont de bonne foi, elles arrivent généralement à transiger avant d'en arriver à l'expertise pour éviter les frais que mon voisin évoque.

Le deuxième cas est celui où les parties sont tellement nombreuses qu'une transaction n'est pas réaliste car on ne peut pas arriver à les mettre d'accord.

**Madame MENOTTI.** — Vous avez fait l'apologie de l'expertise amiable.

Je voudrais dire qu'il faut nuancer le propos à trois égards.

Premièrement, on dit que l'expertise amiable est formidable, par exemple en matière de préjudice car, si le dossier est bien ficelé, le débat ne portera que sur la faute. Cela ne se passe pas ainsi : le débat contradictoire doit porter autant sur la faute que sur le préjudice. C'est d'ailleurs parfois au moins aussi important.

Deuxièmement, vous avez demandé pour quelle raison il faudrait faire un procès d'intention à ces experts amiables qui présentent toutes les garanties et auxquels on ne fera pas dire n'importe quoi. J'entends bien, mais on peut aussi pêcher par omission. À mon avis, c'est le vice intrinsèque et incontournable de l'expert amiable : il aura du mal, au départ et in fine, à entendre toutes les thèses qui lui seront soumises pour véritablement prendre du recul.

Troisièmement, vous avez dit que la cour de cassation estime que l'expertise amiable est recevable. La cour de cassation civile dit que seuls sont inadmissibles les moyens de

preuve illicites. À l'évidence, une expertise amiable n'est pas un moyen de preuve illicite. Le problème tient au fait que la cour de cassation dit qu'il faut en débattre. Or, c'est à partir du moment où l'on en débat que se posent précisément toutes les difficultés car on s'aperçoit que, finalement, les choses n'ont pas été faites avec toutes les garanties qui auraient été souhaitables.

Applaudissements.

**M. Philippe TAUPIN**-Expert judiciaire. — Les tribunaux sont-ils prêts à entendre des demandes dépassant des millions d'euros ?

J'ai essayé de travailler avec des clients ou avec des avocats. J'ai effectué des expertises « amiables » qui arrivaient à des chiffres supérieurs à 100 M€. L'avocat lui-même m'a dit d'arrêter car la cour n'entendrait jamais une telle demande. J'ai vu des litiges portant sur des entreprises qui cumulaient des milliards d'euros de chiffre d'affaires et qui subissaient un préjudice de concurrence déloyale. Même en étant réducteur, on arrive à des évaluations très importantes. L'avocat lui-même m'a demandé de trouver un chiffre inférieur car ce que je proposais n'était pas, selon lui, admissible.

**Maître Marc LIPSKIER.** — Cela arrive fréquemment. J'ai un dossier en tête.

**M<sup>me</sup> Marianne LASSNER.** — Il est difficile de répondre au nom de tous les magistrats.

Je crois qu'il ne faut pas être trop timide. Les magistrats étant mal payés, quand on leur présente des chiffres importants, ils ont du mal à les appréhender.

En dehors de cela, on peut penser qu'ils sont tout de même capables de recul. Quand ils sont face à de très importantes entreprises qui brassent des milliards d'euros, les préjudices sont forcément très importants.

Mon conseil serait de changer d'avocat.

Je ne crois pas qu'il faille se limiter car il s'agit de chiffres

importants. Ils sont importants car les préjudices sont conséquents. Si les préjudices subis sont considérables, il faut en demander la réparation.

Ensuite, il n'est pas certain que l'expert judiciaire trouvera le même chiffre. Le tribunal le suivra-t-il ? Il n'existe pas de réponse définitive. Il ne faut pas se limiter sous prétexte que les tribunaux seraient particulièrement frileux et incapables d'appréhender les demandes qui leur sont présentées.

Je voudrais répondre au problème du juge chargé du contrôle pour faire une petite mise au point.

Au tribunal de Paris, qui nous intéresse essentiellement, quand les experts sont nommés en référé, le juge chargé du contrôle suit l'expertise. Il existe un service chargé du contrôle des expertises spécifique, avec des magistrats spécialement affectés à ce service. Ces magistrats seront chargés du contrôle et il faudra nécessairement les saisir en cas de difficulté. Je suis d'accord avec ce qui a été dit précédemment. À l'évidence, en cas de difficulté, le juge chargé du contrôle de l'expertise doit statuer, que ce soit un problème de contradictoire ou de mission. Quelle que soit la nature du problème, l'expert ne décidera pas seul de ce qu'il doit faire. La décision appartient évidemment au juge chargé du contrôle.

Quand l'expert a été nommé en référé, il s'agit du juge chargé du contrôle, c'est-à-dire du service du contrôle des expertises.

Quand l'expert a été nommé par une chambre, il s'agit du magistrat de la chambre qui suit l'expertise puisque les expertises ordonnées par les chambres sont gérées par les chambres elles-mêmes.

C'est sur ce point qu'il peut exister quelquefois des confusions car on demandera au service chargé du contrôle des modifications de mission, alors que la mission a été donnée par une chambre.

Qu'il s'agisse d'un problème de contradictoire dans les documents à produire ou d'un problème de mission à élargir ou pas, le juge chargé du contrôle, qu'il soit au service

chargé du contrôle ou dans une chambre en cas de désignation par une chambre, doit être saisi et doit trancher.

**M. Didier FAURY.** — La procédure est-elle identique au tribunal de commerce ?

**M. Jean-Pierre LUCQUIN.** — Finalement, pour les cas difficiles, cela revient au même. En référé, ici, le juge chargé du contrôle suivra la mission d'expertise et essaiera de régler les difficultés éventuelles qui se présenteront, y compris au fond.

Dès qu'un expert a été désigné et que la mission a été prononcée, l'administration de l'expertise sera aussi confiée à un juge chargé du contrôle qui essaiera, dans le cadre des dispositions le concernant, de régler certaines difficultés.

Je reviens à une pratique similaire : s'il se rend compte qu'il ne peut pas trancher la question ou la difficulté qui lui est posée, il la renverra au juge du fond qui a désigné l'expert et missionné l'expertise.

Cela aura lieu en deux temps pour les affaires les plus difficiles.

Pour les affaires sans trop grande difficulté, le juge du fond ne sera pas systématiquement saisi.

Cela correspond à la politique menée depuis de nombreuses années ici : il s'agit de faire en sorte qu'il existe bien une césure entre le juge du référé qui est saisi et qui doit prononcer son ordonnance, le juge du fond qui n'est pas dessaisi puisque l'affaire lui reviendra, et le juge chargé du contrôle qui est différent. Il s'agit d'éviter que les parties puissent dire qu'il existe un parti pris si les trois juges ou au moins deux d'entre eux sont réunis en la même personne. Nous avons respecté en pratique cette séparation théorique.

**M. Didier FAURY.** — Concernant la remarque de notre confrère Philippe Taupin, je crois que la vérité n'est pas une question de montant. Pour les préjudices les plus importants on constate souvent en pratique que chaque partie se fait assister par des experts privés ce qui n'exclut naturellement pas l'intervention d'un expert désigné par le Tribunal ou la Cour.

Nous avons atteint l'heure limite. Nous ne voulons pas prendre trop de votre temps.

Il me reste, Monsieur le Président, à vous remercier de nouveau pour l'accueil que vous nous avez réservé, à remercier nos intervenants et la salle pour ce débat que j'ai trouvé, comme je l'espérais, particulièrement riche.

Applaudissements.

**La séance est levée à 19 h 05.**