

**COMPAGNIE NATIONALE
DES EXPERTS-COMPTABLES DE JUSTICE**

Cour de cassation, Cours d'appel, Conseil d'Etat, Cours administratives d'appel

**CINQUANTE-NEUVIÈME
CONGRÈS NATIONAL**

~

JOURNÉE D'ÉTUDE

Sur le thème

**L'EXPERT-COMPTABLE DE JUSTICE
ET
LES PRÉJUDICES DE CONCURRENCE**



MARSEILLE – 15 OCTOBRE 2021

ACTES DES CONGRÈS DE LA COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS-COMPTABLES DE JUSTICE

58^e Congrès national : Toulouse, 18 octobre 2019, sous la présidence de Monsieur Jean-Pierre REMERY, Conseiller Doyen, représentant le Premier Président de la Cour de cassation.

Cybersécurité, blockchain, cryptoactifs : incidence de la transition numérique sur les missions des Experts-comptables judiciaires

57^e Congrès national : Lyon, 5 octobre 2018, sous la présidence de M. Patrick MATET, Conseiller Doyen honoraire de la première chambre civile de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre BONNET, expert près la Cour d'appel de Lyon.

Réforme du Code civil sur le droit des contrats et obligations et ses incidences sur les missions des professionnels du chiffre

56^e Congrès national : Biarritz, 13 octobre 2017, sous la présidence de Mme Carole CHAMPALAUNE, Conseillère à la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Michel ASSE, expert près la Cour d'appel de Rouen.

La responsabilité des professionnels du chiffre

55^e Congrès national : Nantes, 7 octobre 2016, sous la présidence de M. Jean-Pierre REMERY, conseiller doyen à la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Olivier PERONNET, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.

Évaluation d'entreprise - Démarche, approche et référentiels de l'expert de justice

54^e Congrès national : Aix-en-Provence, 16 octobre 2015. Sous la présidence de Mme Laurence FLISE, Présidente de la 2^e Chambre civile de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre BONNET, Expert près la Cour d'appel de Lyon.

La collégialité dans l'expertise

53^e Congrès national : Poitiers, 26 septembre 2014. Sous la présidence de M. Jean-Pierre REMERY, doyen de la chambre commerciale, Financière et économique de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre-François LE ROUX, expert près la Cour d'appel de Rennes.

Rôles et missions de l'expert-comptable de justice dans la résolution des conflits

52^e Congrès national : Paris, 15 novembre 2013. Sous la présidence de M. Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation. Rapporteurs généraux, M. Patrick LE TEUFF et M. Jean-Luc FOURNIER, experts près la Cour d'appel de Paris, agréés par la Cour de cassation.

L'expertise, la preuve et l'expert-comptable de justice.

51^e Congrès national : Toulouse, 21 septembre 2012. Sous la présidence de M. Yves GERARD, Haut conseiller doyen de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Michel TUDEL, expert près la Cour d'appel de Toulouse.

Du chiffre à la lettre : L'expert-comptable de justice et la sincérité de l'information financière.

50^e Congrès national : Nice, 30 septembre 2011. Sous la présidence de M. Daniel TARDIF, président de chambre, directeur du service de la documentation de la Cour de cassation et de Mme Claire FAVRE, président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Didier CARDON, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.

L'expert-comptable de justice et l'évaluation des préjudices économiques.

49^e Congrès national : Reims, 8 octobre 2010. Sous la présidence de M. Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Bruno DUPONCHELLE, expert près la Cour d'appel de Douai, agréé par la Cour de cassation.

Missions particulières confiées aux experts-comptables de justice : 1. Missions d'assistance et d'investigation dans les procédures collectives, 2. Missions de tiers évaluateur (art. 1592 et 1843-4 du code civil).

48^e Congrès national : Lyon, 9 octobre 2009. Sous la présidence de M. Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Dominique LENCOU, expert près la Cour d'appel de Bordeaux, agréé par la Cour de cassation.

L'expertise comptable judiciaire des garanties d'actif et de passif consécutives aux cessions de titres de sociétés.

47^e Congrès national : Caen, 24 octobre 2008. Sous la présidence de M. Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Michel ASSE, expert près la Cour d'appel de Rouen.

L'apport de l'expert-comptable judiciaire dans les affaires de contrefaçon.

46^e Congrès national : Nancy, 12 octobre 2007. Sous la présidence de M. Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Henri LAGARDE, expert près la Cour d'appel de Toulouse.

L'expertise comptable judiciaire dans les affaires familiales.

45^e Congrès national : Riom, 6 octobre 2006. Sous la présidence de Mme Perrette REY, présidente du Tribunal de commerce de Paris, présidente de la Conférence des juges consulaires de France. Rapporteur général, M. Didier KLING, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.

La loi de sauvegarde des entreprises et l'expert-comptable judiciaire.

44^e Congrès national : Aix-en-Provence, 30 septembre 2005. Sous la présidence de M. Daniel TRICOT, président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre LOEPER, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.

L'expert-comptable judiciaire et la notion de valeur.

43^e Congrès national : Grenoble, 8 octobre 2004. Sous la présidence de M. Daniel TRICOT, président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Didier FAURY, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.

L'expert-comptable judiciaire et l'évolution des normes comptables nationales et internationales (IFRS).

42^e Congrès national : Tours, 11 octobre 2003. Sous la présidence de M. Jean-Claude MARIN, directeur des affaires criminelles et des grâces au Ministère de la justice. Rapporteur général, M. Jacques LOEB, expert près la Cour d'appel de Lyon.

Complexité des ensembles économiques, complexité des opérations, utilité de l'expert-comptable judiciaire.

41^e Congrès national : Colmar, 11 octobre 2002. Sous la présidence de M. Bruno COTTE, président de la chambre criminelle de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Michel DEVILLEBICHOT, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.

L'expert-comptable judiciaire et les droits des associés minoritaires.

40^e Congrès national : Rennes, 5 octobre 2001. Sous la présidence de M. Jean BUFFET, président de la 2^e chambre civile de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. André DANA, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.

Le principe de la contradiction dans l'expertise en matière civile.

39^e Congrès national : Paris, 6 octobre 2000. Sous la présidence de M. Jean-Pierre DUMAS, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Marc ENGELHARD, expert près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, agréé par la Cour de cassation.

L'information financière et l'expert-comptable judiciaire.

38^e Congrès national : Douai, 8 octobre 1999. Sous la présidence de M. Jean-François BURGELIN, procureur général près la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Jean FOURCADE, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.

L'expert-comptable judiciaire et l'abus des biens sociaux.

CNECJ

59^e CONGRÈS NATIONAL
DES EXPERTS-COMPTABLES DE JUSTICE

Marseille - 15 octobre 2021

**L'expert-comptable de justice
et
Les préjudices de concurrence**



Sous le patronage de la Cour de cassation
et sous la présidence de

Monsieur Patrick MATET

Conseiller honoraire à la Cour de cassation,
Représentant Madame Chantal ARENS, Première Présidente de la Cour de cassation

La journée d'étude sur le thème :

L'évaluation des préjudices en matière de concurrence

a été organisée par :

1. Monsieur Olivier PERONNET (Président) et **Monsieur Gilles de COURCEL** (Rapporteur
Général)

2. Le Bureau National de la Compagnie, ainsi composé :

PRÉSIDENTS D'HONNEUR

Anne-Marie LETHUILLIER-FLORENTIN – présidente 2000-2001	<i>Rouen – Caen</i>
Rolande BERNE-LAMONTAGNE – présidente 2002-2003	<i>Paris – Versailles</i>
Marc ENGELHARD – président 2004-2005	<i>Aix-en-Provence – Bastia</i>
Pierre LOEPER – président 2006-2007	<i>Paris – Versailles</i>
Henri LAGARDE – président 2004-2007	<i>Toulouse – Agen</i>
Bruno DUPONCHELLE – président 2008-2009	<i>Amiens – Douai – Reims</i>
Didier FAURY – président 2010-2013	<i>Paris – Versailles</i>
Didier CARDON – président 2013-2016	<i>Paris – Versailles</i>
Michel TUDEL – président 2017-2019	<i>Toulouse – Agen</i>

BUREAU NATIONAL

Président	Olivier PERONNET	<i>Paris – Versailles</i>
Vice-président	Pierre BONNET	<i>Lyon – Chambéry – Grenoble</i>
Vice-président	Patrick LE TEUFF	<i>Paris – Versailles</i>
Secrétaire général	Fabrice OLLIVIER-LAMARQUE	<i>Paris – Versailles</i>
Secrétaire général adjoint	Jean LEROUX	<i>Lyon – Chambéry – Grenoble</i>
Trésorière	Agnès PINIOT	<i>Paris – Versailles</i>
Trésorier adjoint	Jean-Marc DAUPHIN	<i>Aix-en-Provence – Bastia</i>
Membre chargé de mission	Gilles de COURCEL	<i>Paris – Versailles</i>
Membre chargé de mission	Jean-François DARROUSEZ	<i>Douai – Reims</i>
Membre chargé de mission	Antoine HERAN	<i>Toulouse – Agen</i>
Membre chargé de mission	Pascal RHONE-RIGAUDY	<i>Rennes – Anger – Rouen – Caen</i>
Membre chargé de mission	Nicolas TRUCHOT	<i>Lyon – Chambéry – Grenoble</i>

Sommaire

Partie I : Actes du colloque	p. 5
Allocutions	p. 6
1 ^{re} Table ronde Spécificité du droit de la concurrence en matière de réparation des préjudices	p. 21
2 ^e Table ronde Lien de causalité entre le fait générateur et le préjudice allégué	p. 42
3 ^e Table ronde Préjudices de concurrence et approche du quantum : une analyse dynamique de la jurisprudence	p. 59
4 ^e Table ronde Expert de justice et expert de partie	p. 83
 Partie II : Textes applicables et jurisprudence	 p. 103
Textes applicables	
En matière de pratiques anticoncurrentielles	p. 104
En matière de pratiques restrictives de concurrence	p. 104
En matière de concurrence déloyale	p. 105
Jurisprudence	
Liste des principales décisions de jurisprudence citées (par intervenant)	p. 106
L'essentiel des décisions de jurisprudence (extraits)	p. 107
 Annexe	 p. 143
Plaquette du Congrès	p. 144
 Table des matières	 p. 153

Partie I

Actes du colloque

Allocution de Madame Carole BOLLANI-BILLET

Présidente de la Section
Aix-en-Provence - Bastia
de la Compagnie Nationale
des Experts-comptables de justice



Monsieur le Conseiller et Doyen à la Cour de cassation représentant la Première Présidente de la Cour de cassation,

Madame la Présidente de la Cour administrative d'appel de Marseille,

Madame le Président de la Chambre commerciale représentant le Premier Président de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence,

Monsieur le Premier Avocat Général honoraire à la Cour de cassation,

Messieurs les Conseillers à la Cour de cassation,
Mesdames et Messieurs les Présidents des juridictions,

Mesdames et Messieurs les Magistrats,

Mesdames et Messieurs les Bâtonniers,

Madame la Présidente de l'Ordre des Experts-comptables de la région PACA,

Monsieur le Président de la Compagnie Régionale des Commissaires aux Comptes d'Aix-Bastia,

Mesdames et Messieurs les Professeurs d'universités,

Mesdames et Messieurs les Avocats, Mesdames et Messieurs les Présidents des sections régionales,

Mesdames et Messieurs les Présidents d'honneur de notre Compagnie,

Chères Consœurs, chers Confrères,

Mesdames et Messieurs,

Au nom des membres de la section régionale d'Aix-Bastia de la CNECJ, j'ai l'honneur, et surtout le plaisir, de vous souhaiter la bienvenue à Marseille.

Quel bonheur de vous retrouver au cœur de la cité phocéenne pour ce cinquante-neuvième congrès national de la CNECJ, en présentiel.

Marseille est la ville rêvée pour accueillir ce moment privilégié de retrouvailles, ce premier événement national post-confinement de notre Compagnie, le congrès national 2020 n'ayant malheureusement pas pu se tenir pour les raisons que nous connaissons tous.

Notre section Aix-Bastia est composée de soixante-six Confrères Experts-comptables de justice, dont cinquante-six membres actifs, neuf membres honoraires et un postulant.

Elle occupe, par son importance, la deuxième place au sein de notre Compagnie nationale.

Ce n'est pas la première fois que cette section organise en congrès national : nous avons en effet eu

l'honneur d'accueillir celui de Marseille en 2005, Nice en 2011 et Aix-en-Provence en 2015.

Mais je ne vous cache pas que notre équipe, bien que déjà quelque peu rodée à l'organisation d'un tel événement, a ressenti une certaine pression lorsqu'elle s'est vue confier l'organisation du congrès 2021 par notre Président Olivier PERONNET.

En effet, l'équipe que nous avons constituée, sous la houlette de notre Commissaire général Elisabeth NABET, a dû travailler en tenant compte de circonstances particulières liées à la crise sanitaire, et même dans l'incertitude qui a longtemps pesé sur la réalisation effective de cet événement, mais, en même temps, nous avions l'objectif de tout mettre en œuvre pour vous donner l'envie de vous déplacer à Marseille, de retrouver le plaisir de réunir notre communauté professionnelle pour des échanges et des débats que nous attendions tous.

Pour l'instant, le pari semble réussi, car nous étions plus de quatre-vingt-dix au dîner convivial d'hier,

et nous sommes près de cent soixante à participer à cette journée d'étude. Et je crois que nous avons battu le record de fréquentation des précédents congrès qui se sont tenus dans la région.

Je souhaite remercier notre Commissaire général, Elisabeth NABET, ainsi que les membres de son équipe, qui se sont dépensés sans compter depuis plus d'un an pour que ces trois jours de congrès soient les plus agréables et les plus réussis possible. Je remercie également nos instances professionnelles, nationales, régionales, ainsi que les partenaires de notre profession pour leur soutien financier, qui contribue à la réussite de ce congrès. Et enfin, je remercie notre Rapporteur général, Gilles de COURCEL, qui sera le chef d'orchestre de cette journée, et je me réjouis par avance de la qualité des propos que nous allons entendre et de l'excellence des travaux qui vont se tenir.

Encore une fois, je vous souhaite la bienvenue et je vous remercie.

Allocution de Madame Elisabeth NABET

Commissaire général du Congrès



Je vous rassure, je vais être beaucoup plus brève.

Mesdames Messieurs les Hautes Personnalités,
Chers congressistes,
Chers Confrères, Chères Consœurs,

Je ne saurais vous dire le temps passé à préparer ce congrès depuis plus de dix-huit mois et malgré l'épidémie de Covid 19, mais je sais le plaisir que j'ai eu à l'organiser, avec ma fidèle équipe locale, avec Olivier PERONNET, Président de la CNECJ, et avec Gilles de COURCEL, qui en est le Rapporteur général.

Nous avons commandé le beau temps, il est là, au rendez-vous ; j'espère que vous en profiterez au maximum. Ce lieu magnifique qu'est l'Intercontinental Hôtel-Dieu nous offre une vue exceptionnelle sur le vieux port et sur Notre-Dame de la Garde. Profitez-en !

Nous avons un programme très chargé en cette journée de congrès, avec quatre tables rondes, et nous devrions terminer vers 18 heures. Un déjeuner sur place est prévu de 13 heures à 14 h 30. Et je vous recommande de conserver tout au long de la journée votre badge, qui confirme que votre passe sanitaire a été contrôlé et qui vous permettra de vous rendre dans la salle de restauration.

Par ailleurs, n'hésitez pas à nous solliciter ; nous sommes reconnaissables avec nos badges verts.

Tout le monde a eu le contrôle de son passe sanitaire. Nous n'avons pas d'obligation de garder les masques pendant cette journée. Chacun est libre de faire ce qu'il veut. Si vous voulez le déposer, nous avons une salle prévue pour quatre cents personnes, donc pas de souci. Le seul petit bémol, c'est que le Covid est toujours là, donc on ne peut pas vous garantir à 100 %.

Je vous souhaite un excellent congrès et une excellente journée.

Allocution de Monsieur Olivier PERONNET

Expert - Président de la CNECJ



Monsieur le Conseiller Doyen à la Cour de cassation représentant Madame ARENS, Présidente de la Cour de cassation,

Madame la Première Présidente de la Cour administrative d'appel d'Aix-en-Provence,

Monsieur le Président de la Chambre commerciale représentant le Premier Président de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence,

Monsieur le Premier Avocat général honoraire à la Cour de cassation,

Messieurs les Conseillers à la Cour de cassation, Mesdames et Messieurs les Présidents de juridictions,

Mesdames et Messieurs les Présidents des tribunaux administratifs,

Mesdames et Messieurs les Présidents des tribunaux judiciaires,

Mesdames et Messieurs les Magistrats,

Mesdames et Messieurs les Bâtonniers,

Madame la Présidente de l'Ordre des Experts-comptables de Provence-Alpes-Côte d'Azur,

Monsieur le Président de la Cour régionale des Commissaires aux comptes d'Aix-Bastia,

Mesdames et Messieurs les Professeurs,

Mesdames et Messieurs les Avocats,

Mesdames et Messieurs les anciens Présidents et Présidents d'honneur de la Compagnie,

Chers invités,

Chers Confrères, chères Consœurs,

Tout d'abord, au risque de répéter ce que Carole vient de nous dire, laissez-moi vous dire ma joie de nous retrouver, enfin, pour ce cinquante-neuvième congrès qui a dû, crise sanitaire oblige, attendre un an de plus que prévu pour se tenir. Je vous remercie tous de votre présence et vous salue tous également pour l'intérêt que vous témoignez par votre présence à notre Compagnie, qui regroupe, au plan national, plus de quatre cents membres, en France et Outre-mer, et constitue un corps actif et volontaire au service de l'institution judiciaire depuis plus de cent ans.

Je remercie la Présidente de notre section Aix-Bastia, Carole BOLLANI-BILLET, de nous accueillir ici, à Marseille, ville magnifique et ô combien attachante, notre précédent congrès s'y étant tenu en 2005 sur le thème de « *l'expertise comptable de justice et la juste valeur* » – c'était au moment de l'introduction des IFRS en France – congrès qui avait été, pour cette raison, extrêmement animé.

J'espère qu'il en sera de même aujourd'hui ; c'est le but de ces rencontres, de susciter l'échange, la

concertation et la confrontation utile de points de vue.

De quoi allons-nous parler pendant cette journée d'étude ? De l'Expert-comptable de justice et des préjudices de concurrence.

C'est un sujet qui nous est naturel, en tant qu'Experts-comptables, et il est donc légitime d'aborder ce thème, mais peut-être aujourd'hui pour lui donner sa pleine dimension. On parle, dans le langage courant, de la « petite concurrence », celle qui touche la concurrence déloyale, le parasitisme et aussi la contrefaçon ou la rupture des relations commerciales établies, par contraste avec la « grande concurrence », que sont les pratiques anti-concurrentielles, ententes ou pratiques d'évictions notamment.

Notre journée a vocation à traiter de l'ensemble de ces sujets, car les Experts-comptables peuvent jouer un rôle majeur dans l'appréciation du préjudice, avec, ou en complément, du rôle que peuvent jouer, par exemple, les économistes.

L'Expert-comptable est l'économiste de l'entreprise et, à ce titre, il fait le lien avec les économistes et les macro-économistes, dont les visions se complètent mais doivent, dans la perspective de l'évaluation du préjudice, être cohérents.

L'arrêt rendu par la Cour administrative d'appel de Marseille dans l'affaire CORSICA FERRIES en est l'illustration et constitue une sorte de symbole pour notre journée d'étude, puisque ce rapport a été établi par la Présidente de notre section Aix-Bastia.

Je suis donc sûr que cette journée sera enrichissante pour les Juges et les Magistrats qui nous honorent de leur présence, et aussi pour nos Experts et Confrères qui vont pouvoir partager leurs connaissances, et tous nous allons pouvoir dialoguer et prendre un peu de recul propice à la réflexion sur ces sujets techniques, parfois complexes.

Avant de rentrer de plain-pied sur ces sujets, je voudrais dire, si vous me le permettez, quelques mots de remerciements :

Je sais, Monsieur le Conseiller Doyen MATET, présent aujourd'hui, le grand intérêt que Madame ARENS, Présidente de la Cour de cassation, porte à la question du préjudice économique. J'ai eu

l'honneur, en qualité de Président de notre Compagnie, de participer aux travaux du groupe de travail réuni sous son égide, puis celle de son successeur Monsieur HAYAT à la Cour d'appel de Paris, pour l'élaboration des fiches que nous connaissons aujourd'hui. Nous avons voulu placer ce congrès dans la continuité en soulignant la qualité de ces travaux, à les mettre en lien avec nos propres publications, pour susciter des échanges enrichissants qui croisent doctrine et jurisprudence, pour améliorer en cette matière la qualité de la justice et sa perception par les justiciables.

Je remercie à cet égard Muriel CHAGNY, qui avait été en charge de ce groupe de travail, d'avoir accepté aujourd'hui d'être le référent pour la question qui nous occupe. Muriel est familière de notre Compagnie, puisqu'elle a été dans le rôle identique à celui qu'elle a accepté aujourd'hui lors de notre congrès de Nice de 2011 ; elle participe également activement à nos publications et nous nous en réjouissons.

Je voudrais aussi remercier Muriel, et Gilles de COURCEL, qui fut son complice en qualité de Rapporteur général, ainsi que tous les intervenants qu'ils ont réunis autour d'eux, pour avoir bien voulu organiser les tables rondes autour de l'examen de décisions de jurisprudence. Nous allons donc faire aujourd'hui une photo, la plus précise possible, de l'état de l'art, pour mettre en perspective le rôle très utile qui est peut-être encore davantage celui de l'Expert-comptable de justice dans les affaires de concurrence.

Je voudrais remercier aussi Elisabeth NABET et toute l'équipe d'organisation de ce congrès, qui a été combien active et motivée, et c'est toujours un plaisir de venir dans la région – c'était à Aix-en-Provence la dernière fois où cette section est particulièrement active et accueillante et doit être chaleureusement remerciée pour la qualité, également, de la logistique qui va permettre le bon déroulement de cette journée.

Sans plus attendre et pour que nous rentrions le plus vite possible dans le vif du sujet, je cède immédiatement la parole à Monsieur Patrick MATET, Conseiller Doyen à la Cour de cassation, représentant Madame ARENS.

Je vous remercie.

Allocution de Monsieur Patrick MATET

Conseiller honoraire
à la Cour de cassation,
Représentant
Madame Chantal ARENS,
Première Présidente
de la Cour de cassation



Mesdames Messieurs,
Madame la Première présidente Chantal Arens a accepté de placer le 59^e Congrès de votre compagnie nationale sous le patronage de la Cour de cassation.

C'est un honneur pour moi de la représenter et d'intervenir lors de cette manifestation qui réunit un grand nombre d'experts-comptables inscrits sur les listes dressées par les cours d'appel et par la Cour de cassation. C'est l'occasion qui est donnée à la Cour de cassation de s'adresser non seulement aux 410 membres de votre compagnie mais également aux experts judiciaires, de façon plus large.

La Première présidente a toujours porté la plus grande attention aux experts de justice au long de ses différentes fonctions juridictionnelles, y compris à la Cour de cassation. Au niveau de cette juridiction, cet engagement ne s'est pas démenti, ce qui peut surprendre de la part de la présidente de la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire. Cette juridiction ne connaît que du droit et il lui est interdit de statuer au fond, sauf rares exceptions. En effet, comme vous le savez les faits, et par conséquent l'expertise, sont appréciés souverainement par les juridictions du fond.

Le paradoxe n'est qu'apparent dans la mesure où, si la Cour de cassation a pour office d'apprécier la conformité aux règles de droit des décisions attaquées devant elle, la Cour n'est en mesure d'exercer son contrôle que lorsque la matérialité des faits est établie avec justesse et robustesse par les juges du fond.

À cet égard, nous pouvons raisonnablement soutenir que les experts-comptables de justice sont les vigies de cette matérialité, qu'ils agissent comme expert désigné par un juge ou comme expert choisi par une ou plusieurs parties.

Cependant, la mission d'évaluation du préjudice de concurrence que peut recevoir l'expert-comptable de justice lui impose de connaître le cadre à l'intérieur duquel la mission s'exerce.

En effet, cette mission peut être liée à une action relative à des pratiques anticoncurrentielles, notamment, à la suite d'une entente entre concurrents ou d'un abus de position dominante. Dans cette occurrence, il existe un régime spécifique d'indemnisation du préjudice de la victime des pratiques anticoncurrentielles, régime qui relève de la transposition en droit français en 2017 d'une directive

de l'Union de 2014 (2014/104/UE) du 26 novembre 2014¹.

À côté de ce régime, l'expert-comptable de justice peut être désigné dans le cadre d'une action contentieuse à la suite d'actes de concurrence déloyale. Dans le régime de liberté de la concurrence, ces actes de concurrence déloyale se manifestent lorsque le concurrent, qui a fait un usage excessif de sa liberté, doit répondre des moyens qu'il a employés. Dans cette hypothèse, l'action en concurrence déloyale trouve son fondement dans les dispositions des articles 1240 et suivants du Code civil relatifs responsabilité civile délictuelle ou quasi délictuelle pour faute prouvée².

Enfin, l'expert de justice peut être commis dans des situations où la concurrence est interdite. Soit c'est la loi qui l'interdit, comme par exemple l'obligation de non-concurrence qui pèse sur le vendeur d'un fonds de commerce au profit de l'acquéreur. Soit c'est le contrat qui l'interdit, comme c'est le cas en présence d'une clause de non-concurrence souscrite par un franchisé au profit du franchiseur. La violation de l'obligation de non-concurrence est alors constitutive d'une faute contractuelle.

La charge de la preuve qui pèse sur la victime d'une pratique anticoncurrentielle est allégée dans la mesure où le dispositif mis en place par les articles L. 481-1 et suivants du Code de commerce prévoit que la décision de sanction d'une entente anticoncurrentielle constitue une présomption de la commission de celle-ci et qu'il est présumé qu'une entente entre concurrents cause un préjudice.

En matière de concurrence déloyale, la Cour de cassation juge de façon constante que le lien de causalité entre faute et dommage est présumé. Cette présomption compense partiellement les difficultés de démonstration du préjudice.

Une fois défini le régime applicable à l'action de la victime d'un acte de concurrence, se pose pour elle la question de la réparation de son préjudice, car il lui incombe de caractériser le montant de son dommage. Ce sujet sera au cœur des travaux de votre Congrès.

La Cour de cassation encadre les différents éléments de ces préjudices réparables qui sont constitués essentiellement d'atteintes à des éléments de clientèle ou à la capacité de concurrence.

Les exemples jurisprudentiels s'articulent souvent autour de la qualification du trouble commercial.

À cet égard, il n'est pas inutile de rappeler que la Cour de cassation casse les décisions des cours d'appel qui écartent ce type de demande au prétexte que le préjudice subi par la victime n'est pas prouvé. La Cour de cassation estime en effet qu'un préjudice s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale générateur d'un trouble commercial³.

Si la Cour de cassation reconnaît aux juges du fond un pouvoir souverain pour fixer le montant de ces préjudices⁴, la victime sera souvent conduite à réclamer, notamment dans les procédures contentieuses, une expertise pour établir la preuve de l'étendue de son dommage.

Que l'expertise soit judiciaire ou privée, la compétence technique de l'expert-comptable de justice est impérative car la mission est très fréquemment complexe, avec des enjeux économiques et financiers lourds. Cette complexité rend l'expertise onéreuse alors que les honoraires de l'expert doivent être avancés par le demandeur. Il est donc indispensable que l'expert pressenti s'interroge sur sa capacité à accomplir la mission que souhaitent lui confier un juge, une ou plusieurs parties, que ce soit à la suite d'une action contentieuse ou dans le cadre d'un mode alternatif de règlement des différends ou d'un arbitrage.

Les difficultés probatoires de la réparation des préjudices de concurrence posent la question des instruments que l'expert va utiliser pour les évaluer, ou tout du moins pour fournir des éléments permettant ensuite de les chiffrer.

Ce sujet sera l'objet de la table ronde consacrée à l'approche du quantum des préjudices de concurrence. Nous écouterons les intervenants avec le plus vif intérêt sur ce sujet qui suscite le débat chez les juristes et les experts. Doit-on utiliser les méthodes d'analyse statistiques et économétriques ? Dans l'affirmative, comment l'expert-comptable procède-t-il ? Comment travailler sur les modélisations et

¹ Directive de l'Union de 2014 (2014/104/UE) du 26 novembre 2014 codifiée par l'ordonnance du 9 mars 2017 (n° 2017-303) et le décret n° 2017-305 du 9 mars 2017.

² Com. 29 mai 1967, Bull. civ. III, n° 209, Com. 30 mai 2000, n° 98-15.549, D. 2001. 2587, note Y. Serra.

³ Com. 2 déc. 2008, n° 07-19.861 ; com, 10 févr. 2009, n° 07-21.912.

⁴ Com. 15 juill. 1970, JCP 1970. II. 16559 ; D. 1971. 112.

les données transmises par les parties ? Faut-il faire appel à un statisticien ou autre spécialiste sur ce point ?

Une des méthodes utilisées pour apprécier le quantum a fait l'objet d'une décision de la Cour de cassation. Il s'agit d'un arrêt du 12 février 2020 de la chambre commerciale⁵ qui a admis que le préjudice causé par un acte de concurrence déloyale, dans un litige qui opposait deux sociétés de cristallerie, puisse être évalué en considération de l'économie injustement réalisée par l'auteur de la pratique déloyale.

Comme le précise la lettre publiée par la Chambre commerciale en septembre 2020, lettre consultable par tous sur le site internet de la Cour de cassation, c'est dans les cas où les effets préjudiciables sont particulièrement difficiles à quantifier qu'il est possible de quantifier le préjudice au regard de cet avantage indu. Je sais qu'une des tables rondes reviendra sur cet arrêt.

De façon plus générale, il est nécessaire qu'à la lecture du rapport de l'expert, on puisse identifier les postulats qui émanent d'une partie ou d'une autre et de leurs conseils respectifs. L'expert doit y exposer les hypothèses qu'il a estimé pertinentes en s'attachant à en définir la portée et à en expliquer la validité. J'insiste, à ce stade, sur le bénéfice que tire l'expert pour assurer la solidité de ses conclusions expertales, de la diffusion d'un document de synthèse pour que les parties puissent faire valoir des observations éclairées afin qu'aucun point ne reste dans l'ombre au moment où l'expert de justice dépose son rapport. C'est seulement à ce prix que la discussion technique présente véritablement un caractère contradictoire.

À l'évidence, la compétence technique de l'expert de justice est indispensable mais n'est pas suffisante pour assurer la qualité de l'expertise. En effet, il convient que l'expert-comptable respecte les règles déontologiques inhérentes à son statut d'expert de justice. Il est attendu de lui indépendance et impartialité.

Or, l'impartialité et l'indépendance constituent le gage de la singularité de l'expert français. Cela creuse la différence avec l'expert anglo-saxon dont la culture juridique est étrangère à la notion d'impartialité puisqu'il est considéré comme le témoin d'une partie. Cette position singulière de l'expert français doit être rappelée au regard de la concurrence qu'exercent légitimement certains cabinets

d'expertise anglo-saxons en matière de préjudice économique. L'impartialité et l'indépendance font partie de l'ADN du statut d'expert de justice et cela doit valoir tant lorsqu'il est désigné pour une mission judiciaire que pour une mission privée. À cet égard, nous les magistrats, nous gagnerions à ne pas avoir une vision étroite du rôle de l'expert de justice et à prendre en compte, lors des inscriptions sur les listes d'experts du chiffre, non seulement les besoins en expertises judiciaires mais également en expertises privées, notamment lorsqu'il s'agit de missions confiées au titre des articles 1592 et 1843-4 du Code civil. Je sais, monsieur le Président Péronnet que vous y réfléchissez.

Il faut donc tout mettre en œuvre pour s'assurer qu'aucun doute n'existe dans l'esprit des parties, notamment en portant un soin attentif à la rédaction de la déclaration d'intérêts, formalité bienvenue dans notre société qui stigmatise le conflit d'intérêt.

En contrepartie il convient d'être intransigeant avec ceux qui s'affranchissent de leurs devoirs dans la mesure où les règles déontologiques doivent s'appliquer à toute personne qui s'est placée sous le statut d'expert de justice. Cela l'oblige à avoir un comportement empreint de délicatesse et de mesure lorsqu'il est expert de partie.

Il existe des obligations déontologiques plus spécifiques à l'expert-comptable et je félicite la Compagnie nationale des experts-comptables de justice, qui, sur son site internet, les énumère avec pertinence et clarté, nécessité d'un questionnement préalable de l'expert avant d'accepter la mission, nécessité de la traçabilité des travaux et de l'intelligibilité de l'avis.

À cet égard, la déontologie mérite d'être continuellement interrogée et les règles déontologiques doivent être perpétuellement ajustées. C'est une entreprise à laquelle se livre depuis plusieurs mois un groupe de travail installé par le ministère de la Justice et auquel participent le Conseil national des experts de justice et la Cour de cassation par la présence de M. le premier avocat général Dominique Gaillardot et de moi-même.

Enfin est attendue de l'expert une grande célérité, car le droit à réparation doit être effectif et ne doit pas souffrir de délais inacceptables. Cela exige de l'expert de respecter ses délais, et pour tenir ce

⁵ Cass. com., 12 févr. 2020, n° 17-31614.

calendrier, il doit utiliser les outils dont il dispose, par exemple en communiquant via la plateforme OPALEXE qui lui permet de dématérialiser les documents en les rendant disponibles en temps réel pour les magistrats, les experts et les avocats. Enfin, il lui incombe de faire usage de l'autorité que lui confère l'article 160 du Code de procédure civile en convoquant les parties à la date qu'il a choisie lorsqu'une d'elles tente de gagner du temps en refusant toutes les propositions de dates de réunion.

Or, l'exigence de célérité se trouve parfois en butte à des incidents qui naissent à propos de la production des pièces réclamées par l'expert ou par les autres parties lorsqu'une partie oppose le secret des affaires.

L'article L. 483-1 du Code de commerce a organisé un régime de protection du secret des affaires. La chambre commerciale de la Cour de cassation a eu en connaître dans un arrêt du 8 juillet 2020⁶. Le juge des référés d'un tribunal de commerce avait été saisi d'une demande de communication de pièces pour permettre d'établir les preuves nécessaires à l'indemnisation de la victime d'une pratique anticoncurrentielle. La Cour de cassation, qui a interprété, pour la première fois à ma connaissance, les textes applicables, rappelle que le juge doit concilier la mise en œuvre effective du droit à réparation au regard, d'une part, de l'utilité des éléments de preuve dont la communication ou la

production est demandée, d'autre part, de la protection de leur caractère confidentiel. En l'espèce, la chambre commerciale a censuré l'arrêt attaqué au motif que le juge ne peut pas se borner à se référer à l'utilité des pièces et à leur caractère confidentiel sans prendre en compte la sauvegarde des intérêts des tiers au regard du secret des affaires.

À l'issue d'un colloque sur la réparation du préjudice économique, Madame Chantal Arens, alors Première présidente de la Cour d'appel de Paris, et Madame la professeure Chagny avaient imaginé de créer un groupe de travail chargé, notamment de rédiger des fiches méthodologiques sur la réparation du préjudice. En 2020, un second recueil de 27 fiches a été diffusé à l'issue de travaux menés par des personnes qualifiées dont plusieurs d'entre elles interviennent lors de ce Congrès, Mme la présidente Dallery, Mme la professeure Chagny, Monsieur le président Péronnet. Ces fiches constituent une aide précieuse pour les différents acteurs des affaires de réparation de préjudice économique.

Il faut garder à l'esprit une recommandation formulée par ces experts, recommandation que je partage pleinement : « *la technique expertale doit être exigeante pour convaincre* ».

⁶ Com., 8 juillet 2020, n° 19-25.065.

Allocution de

Madame
Laurence
HEMLINGER

Présidente de la
Cour administrative d'appel
de Marseille



Monsieur le Président de la CNECJ,
Madame la Présidente de la section locale,
Monsieur le Conseiller représentant la Première Présidente de la Cour de cassation, Monsieur le représentant du Premier Président de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, Madame la Commissaire générale et le Rapporteur général de ce cinquante-neuvième congrès, Mesdames et Messieurs les Magistrats, Chers collègues, les Avocats, Monsieur le Bâtonnier, les Professeurs, Mesdames et Messieurs les Experts de justice,

C'est d'abord un grand plaisir de recevoir à Marseille un congrès national d'Experts de justice, et quels Experts, ceux du chiffre. C'est pour moi l'occasion de témoigner, une fois encore, du caractère infiniment précieux du concours que vous, les Experts de justice, apportez à l'œuvre de justice. Sans vos compétences techniques, exercées dans le cadre de la déontologie qui est la vôtre, nous serions, nous les Juges, dans bien des dossiers, impuissants à dire le droit.

Ce plaisir est en l'espèce incontestablement attisé par le thème particulièrement stimulant que vous avez choisi pour votre congrès et qui, je dois le dire, mais vous l'avez déjà rappelé Monsieur le Président, fait écho, pour la Cour administrative d'appel de Marseille, à une actualité très récente, puisque le pourvoi en cassation formé contre l'arrêt qu'elle a rendu en janvier dernier sur une affaire particulièrement emblématique, vous l'avez rappelé, vient de faire l'objet, il y a à peine quinze jours je crois, d'une décision de non admission du pourvoi en cassation de la part du Conseil d'Etat.

Je n'évoque pas cette affaire plus avant, vous l'avez déjà évoquée, mais je crois que vous aurez largement l'occasion d'y revenir dans vos débats de la journée.

Un observateur naïf pourrait s'interroger sur le rôle du Juge administratif dans ces questions qui, à première vue, semblent être l'apanage du droit privé des relations commerciales, d'autant que si l'Autorité de la concurrence est une autorité administrative indépendante, le contentieux de ces décisions relève, comme chacun le sait, de la Cour d'appel de Paris. Et c'est, du reste, un choix qui avait été défait, à l'époque, en toute conscience par le législateur, précisément dans le souci d'unifier, dans les mains du Juge judiciaire, la jurisprudence sur le droit de la concurrence.

Mais, pour autant, le droit de la concurrence n'est pas étranger au Juge administratif. Cela résulte notamment du fameux grand arrêt de la jurisprudence administrative, le « G.A.J.A. » pour les familiers de cet opuscule, le grand arrêt « société MILLION et MARAIS » de 1997 : je n'évoque pas l'hypothèse dans laquelle les personnes de droit public interviennent elles-mêmes directement sur des marchés concurrentiels (hypothèse qui a tendance à se développer), car dans ce cas, puisque la personne de droit public se comporte comme un acteur de droit privé, c'est logiquement le Juge judiciaire qui devra connaître de ses éventuels agissements anti-concurrentiels. Mais je vise le cas où les personnes de droit public, dans l'exercice même de leurs prérogatives administratives, qui sont les leurs, prennent des décisions unilatérales ou, plus fréquemment encore, concluent des contrats, marchés publics, délégations de service public, concessions d'occupation du domaine public, et j'en passe, qui sont susceptibles d'affecter les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence entre acteurs de droit privé.

Et, le cas échéant, si elles mettent en cause, dans ce cadre, le droit de la concurrence, la légalité de leurs décisions peut, le cas échéant, être mise en cause, et surtout elles sont susceptibles d'engager leur responsabilité, encore une fois, si ces décisions ou ces contrats conduisent à fausser les règles de la concurrence.

C'est ainsi que nous, Juges administratifs, nous pouvons être amenés, nous aussi, à être saisis de préjudices de concurrence, et où nous avons besoin, nous aussi, de votre expertise pour nous aider à les évaluer et à les chiffrer.

Je ne doute pas que ce congrès, eu égard à la richesse des interventions programmées, soit l'occasion d'apporter de très utiles éclairages à cette notion, qui présente la particularité, vous l'avez déjà dit, de faire du droit avec de l'économie.

Je souhaite également qu'au-delà de vos travaux intellectuels vous trouviez l'occasion de découvrir ou de redécouvrir cette ville magnifique, et je souhaite ainsi que ce congrès soit très fructueux.

Allocution de Monsieur Pierre CALLOCH

Président de Chambre à la
Cour d'appel d'Aix-en-Provence
Représentant Monsieur
Renaud LE BRETON de VANNOISE,
Premier Président de la
Cour d'appel d'Aix-en-Provence



Monsieur le Président de la Compagnie des
Experts-comptables de justice,
Monsieur le représentant de Madame la
Première Présidente de la Cour de cassation,
Madame la Présidente de la Cour administrative
d'appel,
Mesdames et Messieurs les Experts,
Mesdames et Messieurs les Bâtonniers, Avocats,
Chers collègues,

Mes Premiers mots seront pour vous demander
de bien vouloir excuser l'absence de Monsieur
le Premier Président Renaud LE BRETON de
VANNOISE, qui n'a pu répondre à votre invitation
en raison d'impérieuses contraintes d'agenda.

Monsieur le Premier Président m'a demandé de
vous transmettre tout l'intérêt qu'il porte à l'action
de votre Compagnie, aux efforts qu'elle manifeste
pour améliorer encore la contribution des Experts-
comptables à l'œuvre de justice et aussi son intérêt
particulier pour le thème de ce cinquante-neuvième
congrès.

Je ne manquerai pas au demeurant de lui restituer
le fruit de cette journée, ainsi qu'aux Magistrats du
pôle commercial de la Cour et aux Juges consu-
laires de son ressort.

Comment en effet ne pas s'intéresser, lorsqu'on
est des Juges, spécialement Juges chargés des
affaires commerciales, au thème de ce congrès :
*« L'Expert-comptable de justice et les préjudices de
concurrence »*.

Notons au passage que le choix de la ville de
Marseille pour traiter une telle matière apparaît
des plus judicieux : Marseille, ville fondée par un
peuple de commerçants, navigateurs, il y a plus
de vingt-cinq siècles, est par excellence la ville du
commerce, des échanges lointains, du négoce entre
les continents. Par son histoire, par son tissu écono-
mique, elle a connu et connaît encore actuellement,
du fait de la globalisation de l'économie, ce qu'est
la concurrence en matière commerciale. Ce que
celle-ci apporte, ce que parfois, aussi, elle retire.

L'évaluation des préjudices, pour un Magistrat,
est une tâche ardue : prosaïquement, parce que
cette évaluation doit être opérée après un long par-
cours intellectuel et rédactionnel au cours duquel
il s'agit tout d'abord de démêler les faits, d'établir
les responsabilités, de statuer sur les garanties. Et
surtout, plus profondément, parce que la tâche de
monétiser un préjudice, de transformer un dom-

mage en somme d'argent, est une tâche qui pose des problèmes confinant à la métaphysique : combien coûte un honneur mis à mal, la disparition d'un être aimé, une souffrance endurée, un espoir de carrière ou d'une autre vie envolée ?

Confrontés à ces interrogations, les Magistrats, vous le savez, ont peu à peu forgé des barèmes, des indicateurs, de manière officieuse si je puis dire, et la Cour de cassation veille sur ce point à ce que jamais ces barèmes ne soient considérés comme références. Mais ces barèmes, tout le monde le sait, existent, même s'ils sont fragiles, contestables et souvent obsolètes, tout particulièrement en raison de l'émergence de nouvelles demandes sociales en matière de réparation de préjudices.

On pourrait croire que l'évaluation des préjudices en matière commerciale est, pour le Juge assisté d'un Expert, chose plus aisée et moins soumise à ces interrogations que je viens d'évoquer. Vous savez qu'il n'en est rien.

Il n'en est rien, plus particulièrement en matière de préjudice, s'il y a des actes de concurrence déloyale :

Tout d'abord, parce que les faits regroupés sur le terme de concurrence déloyale, vous le savez, sont polymorphes : il y a peu de rapports entre les faits d'ententes ou d'autres pratiques anti-concurrentielles en matière de grande concurrence, et les faits de dénigrement, de désorganisation des entreprises, de captation de fichiers ou de détournement de clientèle, tout ce que l'on résume par le terme « petite concurrence ».

Et qui dit des faits distincts, dit aussi préjudices multiples et différenciés. Et ce n'est pas hypothèse de juristes avides de complexité que de dire que,

dans la vie économique, ces différentes fautes, et donc ces différents dommages, se cumulent souvent.

À cette première difficulté se joint la nature même du préjudice, résultant d'actes de concurrence déloyale. En cette matière, le principe selon lequel les dommages et intérêts ont pour vocation à remettre les choses en l'état, à reconstituer la situation des parties telle qu'elle était avant la commission des fautes, ce principe paraît un principe un peu court.

Comme nous le constaterons certainement au cours de nos débats, l'Expert, puis les Juges qui évaluent, dans cette matière, un préjudice, doivent opérer une analyse des situations économiques.

Cette analyse rencontre des évolutions futures plausibles, et doit démêler les nombreux facteurs économiques hypothétiques de nature à affecter l'évolution de l'entreprise ou du commerçant. Il s'agit d'un périlleux travail sur le futur, une opération intellectuelle complexe au terme de laquelle on doit réparer les dommages existants et aussi les chances, et non pas les illusions perdues.

Vous êtes bien placés pour le savoir, Mesdames et Messieurs les Experts, cette opération intellectuelle pose de nombreuses difficultés méthodologiques, juridiques voire, lorsque l'Expert agit un qualité d'Expert des parties, déontologiques.

Ces quelques observations permettent de comprendre combien les débats d'aujourd'hui vont être denses et combien la journée va paraître courte. C'est pourquoi, après vous avoir remerciés à nouveau au nom de Monsieur le Premier Président, de votre invitation, je m'empresse de céder la parole en vous souhaitant un très fructueux congrès.

Allocution de Monsieur Gilles de COURCEL

Rapporteur du Congrès



Bonjour à tous.

Mesdames, Messieurs, mes chers amis,

Le thème de ce cinquante-neuvième congrès, « *l'Expert-comptable de justice et les préjudices de concurrence* » : en quelques mots, pourquoi ce thème, et comment allons-nous le traiter ?

La concurrence, on le sait, elle est stimulante, elle est vertueuse, mais elle peut se heurter à trois types de pratiques condamnables : les pratiques anti-concurrentielles, les pratiques restrictives de concurrence et les pratiques commerciales déloyales.

La réparation du préjudice qui en résulte vise à replacer la victime dans l'état où elle se serait trouver en l'absence de telles pratiques. La réparation du préjudice constitue ainsi un enjeu de réhabilitation de la confiance des acteurs économiques dans les mécanismes de marché.

La culture économique et l'expérience de l'Expert-comptable de justice dans le monde des entreprises justifient la place qu'il doit occuper dans le processus de réparation des préjudices de concurrence. S'il veut évaluer le préjudice de concurrence, l'Expert-comptable de justice doit en connaître le cadre spécifique, en comprendre les tendances jurisprudentielles et en décliner les meilleures pratiques Expertale.

Tel est l'objectif de ce congrès.

Comment allons-nous traiter ce thème ?

Nous avons choisi de le découper en quatre sous-thèmes, qui seront autant de tables rondes, de ce matin, de cet après-midi.

Première table ronde : « les spécificités du droit de la concurrence en matière de réparation des préjudices » : il s'agira, à l'occasion de cette première table ronde, de dresser le cadre, tant général que spécifique, des travaux de notre journée.

La deuxième table ronde traitera du « lien de causalité entre le fait générateur et le préjudice allégué » : en effet, l'Expert est au croisement du droit et du fait, particulièrement dans les préjudices économiques, mais la ligne de partage n'est pas toujours nette ; nous nous efforcerons donc d'en dégager les contours.

Après le déjeuner, nous nous retrouverons de nouveau ici et nous aurons notre troisième table ronde : « préjudices de concurrence et approche du quantum », une analyse dynamique de la jurisprudence.

Il s'agit en fait de l'application du droit aux faits : si l'Expert éclaire le juge, il est vraisemblable que l'étude de la jurisprudence éclaire l'Expert. C'est ce que nous examinerons.

Enfin, la quatrième table ronde sera tout à fait essentielle (on a rappelé l'importance de la déontologie tout à l'heure) : « l'Expert de justice, Expert de parties » : la place croissante de l'Expert de parties est un fait : cet Expert est souvent inscrit sur une liste d'Experts de justice, mais à quelle réflexion cette dualité de situations nous conduit-elle ? Quels enseignements en tirer dans nos comportements ?

Nous avons souhaité traiter chacun de ces quatre sous-thèmes selon une même méthode, celle des regards croisés, ou des regards posés par les acteurs de ces pratiques. Regards posés sur chacun de nos thèmes par quatre grands acteurs de ces sujets : les Juges, bien sûr ; les Avocats, aussi ; les Experts, bien entendu ; mais nous avons aussi souhaité avoir le regard des universitaires, en raison de leur travail en profondeur et en prospective.

Pourquoi, effectivement, demander, sur chacune de ces tables rondes, le regard posé par l'universitaire ? Nous avons considéré que nous avons la chance d'avoir, en France, un corps de jeunes et brillants universitaires qui ont pleinement mesuré le choix stratégique de placer le droit continental au cœur des sujets économiques, dont l'internationalité est croissante. Nous devons être à leurs côtés et faire connaître et reconnaître la qualité de leurs travaux, comme l'intérêt général qu'il y a à défendre le caractère adapté de notre système juridique à ces enjeux.

Une deuxième raison nous pousse à accueillir les universitaires sur nos tables rondes : le Conseil national de notre Compagnie, sous l'impulsion de son Président Olivier PERONNET (dont d'ailleurs je dois dire qu'il a été réélu à son poste de Président, et je voudrais qu'on l'applaudisse, d'autant que ce fut une unanimité) et avec l'énergie tout à fait essentielle de l'un de ses Vices-Présidents Patrick LE TEUFF (lui, également, réélu hier, et qui mérite aussi vos applaudissements), a souhaité que nous nous engagions pleinement dans la construction d'une œuvre doctrinale. Nos publications, nos brochures, nos colloques, sont autant de pierres posées à la construction de notre doctrine. Travaillons donc plus étroitement avec le corps universitaire, dont l'expérience et le talent en cette matière doivent nous aider à affiner et à affirmer notre doctrine.

Mais alors, me direz-vous, il manque un acteur essentiel : les entreprises. Pourquoi ne sont-elles pas présentes aujourd'hui ?

Deux raisons, une mauvaise et une bonne :

La mauvaise, c'est le format : nous avons beaucoup de choses à dire ; nous avons vraiment besoin d'entendre les Juges, les Avocats, les Experts et les universitaires, et on ne peut pas faire rentrer, sauf à s'étendre sur deux journées (ce que nous n'avons pas encore fait), autant de monde sur ce thème. Et pourtant, les entreprises auraient bien des choses à dire.

La bonne raison, c'est que nous allons capitaliser sur ce congrès : l'objectif de ces congrès, c'est de nous préparer, armés de ces actes, de ces réflexions, des travaux qui vont avec, dans chacune de nos sections, dans l'année qui suivra, et plus encore après, à organiser des mini-colloques, des mini-conférences, avec les entreprises de nos sections, de nos régions, pour leur expliquer ce travail que nous faisons tous ensemble aujourd'hui, et leur dire aussi, parce qu'elles doivent savoir, comment les choses se passent ; et donc, en réalité, si elles ne sont pas là aujourd'hui, c'est parce qu'on s'occupe d'elles ; c'est bien l'enjeu de notre journée.

Sur les aspects pratiques, pour chaque table ronde, nous aurons quatre grands intervenants : l'un d'entre eux dressera un exposé liminaire, puis le regard sera posé par chacun des autres intervenants. Nous aurons environ une heure trente sur chacune de ces tables rondes.

Nous souhaiterions que la salle puisse poser des questions. N'étant pas très démocrate, je n'ai pas prévu qu'il y ait des micros baladeurs. On vous propose une autre méthode : trente minutes à peu près avant la fin de la table ronde, une hôtesse passera ramasser les questions que vous aurez rédigées sur les blocs qui vous ont été remis. Je m'efforcerai, si nous en avons le temps, de synthétiser ces questions et de les poser aux différents intervenants. Si nous n'avons pas le temps de répondre en direct, sachez que les réponses à ces questions seront dans les actes. Parce qu'effectivement – et c'est la mauvaise nouvelle pour nos intervenants – en fait, c'est là que ça commence : nous allons les garder autour de nous et nous continuerons à les faire travailler après le congrès.

Je suis ravi de cette fonction qui m'a été confiée. Je suis ravi d'avoir préparé ces tables rondes. Et je suis ravi d'accueillir cette première table ronde et ses acteurs.

Merci à vous.

1^{re} Table ronde :

Spécificités du droit de la concurrence en matière de réparation des préjudices

Exposé de

Madame
Muriel CHAGNY

Professeuse agrégée
des Facultés de droit à l'Université
de Versailles-Saint Quentin

Dix ans après le Congrès de Nice, consacré à la réparation du préjudice économique, me voilà de retour parmi vous, Mesdames et Messieurs les Experts-comptables de justice, pour évoquer, à Marseille cette fois-ci, les préjudices de concurrence, aux côtés de 4 hommes, 4 mousquetaires en quelque sorte.

Permettez-moi d'adresser de sincères remerciements à mon complice, s'il me pardonne de l'appeler ainsi, Olivier Perronet, au rapporteur général du congrès, Gilles de Courcel, sans oublier Carole Bollani-Billet et Elisabeth Nabet.

Il paraît que l'on n'attrape pas les mouches avec du vinaigre !

Quoi de mieux pour une fille du Sud, native de la région de Toulon, que de revenir vers les lieux de sa prime jeunesse en traitant de surcroît de son domaine de prédilection le droit de la concurrence.

Peuchère, me direz-vous ! comment puis-je affectionner une matière aussi complexe, monstre juridico-économique, impérialiste autant qu'euro-péaniste... à laquelle dégun ne comprend rien ? Sans doute faut-il être un peu fada pour accepter de rechercher avec vous en quoi le si décrié droit de la concurrence imprime sa marque sur la réparation des préjudices et partant sur l'expertise.

À toute horreur, tout honneur... commençons par la *terra incognita*, le « noyau dur » de la matière (certains diraient le « vrai », le « grand » droit de la concurrence !).

Communes au droit français et au droit de l'Union européenne, les dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles et aux concentrations ont pour caractéristique invariable de requérir une **analyse économique** destinée à apprécier l'atteinte portée au jeu de la concurrence sur le marché. Si le

contrôle structurel des concentrations n'intéresse guère la réparation, il en va bien autrement des pratiques d'ententes et d'abus de domination, pour lesquelles un dispositif spécial de responsabilité a été introduit dans le Code de commerce, sous l'impulsion de l'Union européenne et de la directive 2014/104/UE, du 26 novembre 2014 dite Directive Dommages.

Ces règles doivent retenir l'attention, au-delà des seules pratiques anticoncurrentielles, car elles peuvent inspirer, influencer les solutions applicables au reste du droit français de la concurrence dont vous êtes sans doute plus familiers. Il s'agit, vous l'aurez compris, de la construction prétorienne de la concurrence déloyale et du parasitisme fondée sur notre bonne vieille responsabilité civile et des dispositions législatives appréhendant les pratiques restrictives de concurrence (déséquilibre significatif, rupture brutale). Cet ensemble d'interdictions est applicable sans que la juridiction ait à vérifier concrètement leur impact sur la concurrence. Cela ne signifie pas pour autant que ce « faux » ou « petit » (selon les qualificatifs peu flatteurs dont il est parfois affublé) droit de la concurrence échappe totalement à l'empreinte de l'économie.

En réalité, ces deux pans du droit de la concurrence participent, l'un et l'autre, quoique de façon différente, à la préservation du fonctionnement de la concurrence sur le marché **dans l'intérêt général** et relèvent de l'ordre public concurrentiel.

Ces deux spécificités majeures, l'une liée aux considérations économiques / l'autre tenant à l'intérêt général, se répercutent sur la réparation des préjudices concurrentiels, mais de façon différenciée et même inversée pourrait-on dire : Les spécificités économiques sont sources de difficultés dans la réparation des préjudices concurrentiels (I) tandis que les considérations d'intérêt général sont à l'origine d'adaptations plus ou moins fortes, mais toujours en vue d'une meilleure réparation (II).

I – Des spécificités économiques à l'origine de difficultés dans la réparation des préjudices concurrentiels

La concurrence étant un phénomène économique, rien d'étonnant à ce que les fautes, mais aussi les préjudices concurrentiels, revêtent des atours originaux. Ces particularités d'origine économique sont sources de difficultés dans les deux temps du raisonnement à mener.

A) Les difficultés spécifiques dans l'identification des préjudices concurrentiels réparables

Au premier stade, celui de l'identification des préjudices concurrentiels réparables, il convient d'évoquer, tout d'abord, la « licéité du dommage concurrentiel » : selon une formule bien connue, « La clientèle est à qui sait la prendre ». Tant et si bien que toute lésion dans la concurrence n'ouvre pas droit à réparation. Cette spécificité accroît ainsi les affres de la causalité : vous le savez, la réparation d'un préjudice ne peut être mise à la charge d'une personne donnée que s'il existe un lien suffisant de causalité entre ce dommage et le fait générateur de responsabilité imputé à cette personne ; dès lors, il faut déterminer, pour chaque chef de préjudice invoqué, si celui-ci trouve effectivement son origine dans une faute de concurrence ou bien dans d'autres causes, comme le jeu normal du marché, auquel cas il n'est pas réparable.

S'y ajoutent, ensuite, des difficultés tenant à la diversité des victimes et surtout à l'originalité des préjudices concurrentiels

La victime d'une faute de concurrence peut-être « toute personne », un concurrent bien sûr, mais aussi un cocontractant, consommateur ou professionnel, quand bien même il aurait participé à la violation du droit de la concurrence.

Des figures particulières de préjudices, faisant l'objet d'appellations propres, méritent qu'on s'y arrête en raison de leur singularité.

Le préjudice d'ombrelle désigne la lésion subie par celui qui est victime d'une infraction au droit de la concurrence commise, non pas par son cocontractant, mais par les concurrents de ce dernier, s'étant, par exemple, entendus, sur les prix. Un préjudice peut naître lorsque l'opérateur n'ayant pas violé le droit de la concurrence s'adapte intelligemment à la situation du marché et fixe, par exemple, ses prix à la hausse. (La victime d'un tel préjudice a le droit d'agir en réparation contre les contrevenants au droit de la concurrence, mais sa situation est complexe).

Permettez-moi de m'arrêter sur la répercussion des préjudices, illustration concurrentielle du précepte bien connu « passe à ton voisin », à l'origine d'une double difficulté.

De quoi s'agit-il ? Celui qui a contracté avec l'auteur d'une infraction au droit de la concurrence

et a subi un renchérissement de son prix d'achat (on parle usuellement du surcoût) ou, à l'inverse, une minoration de son prix de vente trouvant son origine dans une faute de concurrence, peut avoir répercuté, tout ou partie de la majoration (ou de la minoration) de prix, le long de la chaîne économique, auprès de ses propres cocontractants. Ces derniers, désignés sous l'expression un peu surprenante de contractants indirects, peuvent en ce cas agir en réparation, mais leur situation sur le plan probatoire est particulièrement délicate en raison de leur absence de lien avec les auteurs des fautes concurrentielles (cela peut concerner les ententes sur les prix, mais aussi les déséquilibres significatifs par exemple).

Par ailleurs, ces auteurs, lorsque leur responsabilité civile est recherchée par les cocontractants directs, ont la possibilité d'invoquer, à titre de moyen de défense, la répercussion des préjudices sur les cocontractants indirects.

B) Les difficultés spécifiques dans l'évaluation des préjudices concurrentiels à réparer

Les difficultés à identifier les préjudices concurrentiels réparables se répercutent évidemment lors de la seconde étape qui est celle de leur évaluation.

Il est nécessaire de faire le départ entre, d'un côté, ce qui découle de la faute de concurrence et, de l'autre, ce qui tient au jeu normal de la concurrence, à la conjoncture économique ou bien encore aux caractéristiques propres de la victime, à sa stratégie.

De surcroît, le préjudice concurrentiel se caractérise fréquemment par sa permanence ; il peut se prolonger dans le futur ou même survenir postérieurement à la faute de concurrence ; il doit être tenu compte par conséquent, non seulement des conséquences passées et présentes, mais encore à venir. Cette évaluation prospective est encore plus délicate que celle au conditionnel passé.

Sans entrer dans le détail des différents chefs des préjudices concurrentiels, il faut signaler le préjudice financier, également qualifié de préjudice de trésorerie¹ également source de maintes difficultés d'évaluation, comme la table-ronde sera l'occasion d'y revenir.

Force est de reconnaître, avec la Commission européenne, que « la quantification du préjudice dans les affaires de concurrence est, par nature, soumise à d'importantes limites quant au degré de certitude

et de précision »². Cela explique, sans doute, au moins partiellement que les dossiers des demandeurs ne sont pas toujours suffisamment documentés. C'est aussi la raison pour laquelle il peut sembler souhaitable qu'un homme de l'art, un expert soit sollicité, par les parties elles-mêmes ou par la juridiction appelée à statuer.

II – Des spécificités d'intérêt général à l'origine d'adaptations de la réparation des préjudices concurrentiels

Le tableau n'est au demeurant pas si sombre. Les enjeux d'intérêt général attachés à la réparation des préjudices concurrentiels ont conduit à des adaptations, dans le régime de réparation comme dans l'office du juge, en vue d'une meilleure indemnisation.

A) Les adaptations du régime de réparation des préjudices concurrentiels

S'agissant, pour commencer, du régime de réparation, les adaptations visent, pour l'essentiel, à faciliter la démonstration des conditions de l'action. On ne saurait s'en étonner tant il est vrai la preuve constitue, pour reprendre les propos de Madame le Premier Président Chantal Arens, « la clef qui permet d'ouvrir la porte de la réparation ».

1 - La démonstration facilitée des conditions de l'action en réparation par les présomptions de causalité

Le mérite d'avoir facilité la tâche probatoire de la victime, via une présomption d'existence du préjudice, revient en matière de concurrence déloyale à la jurisprudence, sous l'impulsion de la Cour de cassation. Cela est suffisamment connu pour ne pas s'y arrêter longuement. Selon les arrêts, il est indiqué qu'« il s'infère nécessairement des actes déloyaux constatés l'existence d'un préjudice (...), fut-il seulement moral » ou encore que « les faits de concurrence déloyale, générateurs d'un trouble commercial, impliquent l'existence d'un préjudice ».

¹ CA Paris, 17 juin 2020, n° 17/23041 ; CA Paris, 10 mai 2017, n° 15/05918 ; CA Paris, 14 déc. 2016, n° 12/002045 ; à ce propos, v. Comment réparer les préjudices liés à l'écoulement du temps ?, Fiche n° 7 in *Réparation du préjudice*.

² Guide pratique relatif à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102TFUE – juin 2013.

Plus récemment, et cette fois sous l'impulsion du droit de l'Union européenne, a été instituée une règle légale en vertu de laquelle « il est présumé jusqu'à preuve contraire qu'une entente entre concurrents cause un préjudice ». (L. 481-7 C. Com.)

Le mécanisme des présomptions a également été sollicité pour remédier aux difficultés suscitées par la répercussion des surcoûts.

La charge de la preuve repose désormais, non plus sur la victime, mais sur l'auteur de la faute de concurrence qui invoque le moyen de défense.

Quant à la situation du cocontractant indirect, elle est améliorée par une présomption légale opérant déplacement de l'objet de la preuve. En effet, le contractant indirect est « réputé avoir apporté la preuve de cette répercussion » lorsqu'il démontre certains éléments plus simples à établir (L. 481-5 du Code de commerce et qui sont la reprise fidèle de ceux mentionnés par l'article 14 de la directive Dommages (Dir. 2014/104/UE, 26 nov. 2014).

J'attire votre attention sur le fait que ces solutions nouvelles pourraient être exploitées, par exemple, en présence d'un déséquilibre significatif répercuté par la victime directe sur son cocontractant.

Il reste que ces progrès, sur le plan probatoire, sont de peu de secours s'ils ne s'accompagnent pas, en parallèle, d'améliorations quant au résultat de l'action en réparation.

2 - L'amélioration du résultat de l'action en réparation par une autre méthode d'évaluation. L'évaluation facilitée des dommages et intérêts

L'évaluation du montant des dommages et intérêts s'effectue en considération du principe de la réparation intégrale. Cette règle d'équivalence quantitative, assure à la victime la compensation de l'entière du préjudice subi et interdit simultanément que celle-ci se voit accorder un montant supérieur. Dans cette logique indemnitaire, ni le comportement de l'auteur du dommage³, ni les profits réalisés par lui à cette occasion⁴ n'interfèrent dans l'évaluation des sommes qu'il est condamné à payer.

Toutefois, la Cour de cassation a opéré, à cet égard, un important revirement de jurisprudence, admettant dans un arrêt du 12 février 2020, que « la réparation du préjudice peut être évaluée en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale, au détri-

ment de ses concurrents. On peut voir dans cette avancée notable, prenant en compte les économies réalisées par le responsable, une première étape dont la portée ne manquera pas de nourrir la discussion lors de la table-ronde.

B) Les adaptations liées à l'office du juge de la réparation des préjudices concurrentiels

Venons-en à présent et pour finir aux adaptations apportées à l'office du juge.

1 - Appui méthodologique

Celles-ci prennent, d'abord, la forme d'un appui méthodologique sous différentes facettes, pour lequel une impulsion a été donnée par la Commission européenne, mais avec un relais efficace du côté Français.

Sur le plan général, il faut mentionner l'effort de pédagogie réalisé pour nommer et illustrer les grandes catégories de préjudices concurrentiels, dans le Code de commerce (article L. 481-3) ainsi que dans une circulaire du ministère de la Justice. Quoique cela concerne le droit des pratiques anti-concurrentielles, beaucoup est transposable, me semble-t-il, au-delà, à l'ensemble du droit de la concurrence.

Comment ne pas évoquer, outre le Guide pratique consacré par la Commission européenne à la quantification des préjudices, les travaux entrepris par le CNECJ ou encore les fiches méthodologiques pratiques élaborées à l'initiative de la Cour d'appel de Paris. Consacrées à la réparation des préjudices économiques et notamment des préjudices concurrentiels qui s'y taillent la part du lion, elles ont été étendues, dans la deuxième édition, à l'expertise.

Cette extension s'est imposée avec la force de l'évidence tant les experts que vous êtes pouvez apporter un appui méthodologique précieux dans une affaire donnée.

³ « La réparation doit être appréciée au regard de la seule ampleur du préjudice subi par la victime, et nullement en fonction de la gravité des fautes imputées à l'auteur du dommage », (par exemple, T. com. Paris, 30 mars 2011, n° 2009/073089), à peine, dans le cas contraire, de censure par la Cour de cassation (v. par ex. Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1992, Bull. civ. I, n° 138).

⁴ Sont en principe condamnées les décisions qui prennent en considération les profits ou les économies réalisés par l'auteur des pratiques pour évaluer le préjudice (Cass. com., 21 févr. 2012, n° 10-27.966).

En matière de pratiques anticoncurrentielles, vous seriez concurrencés, paraît-il, par l'Autorité de la concurrence que le juge peut désormais « solliciter afin d'obtenir des orientations sur l'évaluation du préjudice dont il est demandé réparation ». Cependant, l'autorité n'est pas tenue d'y répondre favorablement et surtout, ce n'est guère son rôle : elle se préoccupe du « fonctionnement global d'un marché » bien plus que de la protection de telle ou telle victime.

Dès lors, les différentes missions possibles des experts (constatations, consultation, expertise *stricto sensu*, pour reprendre le triptyque de l'article 232 du CPC) conservent sans conteste leurs avantages concurrentiels.

2 - Souplesse dans l'évaluation Officialisation de la faculté d'estimation notamment au regard du coût

Pour finir, il me reste à mentionner, très brièvement rassurez-vous, l'impératif de souplesse dans l'évaluation des dommages et intérêts à allouer.

*« Il ne peut être question de déterminer une seule "vraie" valeur du préjudice subi, mais uniquement de produire des estimations les plus précises possibles sur la base d'hypothèses et d'approximations »*⁵. Cette affirmation, formulée à propos des pratiques anticoncurrentielles, vaut plus largement, selon moi, pour le droit de la concurrence dans son ensemble.

Le pragmatisme est de mise car l'approximation est inhérente à l'exercice d'évaluation, comme les experts le savent depuis longtemps... Sans opérer de révolution (car la faculté d'estimation du préjudice par le juge n'est pas propre à cette matière), le droit de la concurrence agit ici comme un révélateur d'une vérité qui concerne le droit des relations économiques dans son ensemble et qui mériterait peut-être d'être officialisée par la loi.

Le préjudice concurrentiel, par les mesures dont il fait l'objet et les difficultés qu'il soulève, a vocation à aiguillonner le droit commun et à inspirer les réflexions sur le préjudice économique. Celles-ci pourraient ressurgir à la faveur de la prochaine réforme de la responsabilité civile dont il se murmure qu'elle pourrait (enfin !) introduire des dispositions sur le préjudice économique. Elles devraient à tout le moins concerner la pratique judiciaire en s'attelant tous ensemble à élaborer ces « bonnes pratiques », saluées par le Directeur des affaires civiles et du sceau lors du colloque de la CA Paris du 14 juin dernier.

Peut-être y aurait-il là un sujet pour une intervention lors d'un de vos futurs congrès. Après Nice et Marseille, je n'ose espérer que ce soit à Toulon dans dix ans...

Dans l'immédiat, la table-ronde qui va suivre, ainsi d'ailleurs que la journée toute entière, vont permettre de revenir sur nombre de ces questions envisagées à très grande vitesse comme le train qui m'a amenée jusqu'à vous pour mon plus grand bonheur.

Gilles de COURCEL : Merci Muriel pour cette riche et très dynamique présentation. Je vais me tourner vers l'autorité judiciaire, à travers Monsieur Dominique PONSOT, et au plus haut niveau, Conseiller à la Cour de cassation qui, peut-être, va nous rappeler un certain nombre de fondements et de notions principales. Et puis, au cours de la table ronde, nous aurons l'occasion de revenir sur des décisions qui vous stimulent.

⁵ Guide pratique relatif à la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102TFUE – juin 2013.

Intervention de Monsieur Dominique PONSOT

Conseiller à la Cour de cassation

Merci beaucoup.

Chers amis, honorables participants,

Après cette fresque très brillante dont nos universitaires ont le secret, je vais peut-être vous offrir un petit sas de décompression et revenir à des choses plus terre-à-terre, pour ne pas dire plus « élémentaires ». Je crois que ce n'est faire insulte à personne que de revenir sur des notions basiques pour qu'on les ait, dès l'abord d'une journée comme celle-ci, bien à l'esprit.

La première chose – elle a été dite à plusieurs reprises – c'est que le sujet qui nous occupe, fondamentalement, trouve son ancrage dans une matrice commune, qui est l'article 1382 devenu 1240 du Code civil, même si – et cela a été rappelé tout à l'heure – des textes d'origine communautaire sont venus compléter l'édifice ; la réparation du préjudice de concurrence n'est pas un sujet qui est en apesanteur ; elle s'inscrit dans des règles qui sont par ailleurs des règles communes.

La première conséquence est qu'on se trouve face à la trilogie classique faute – préjudice – lien de causalité.

Pour ce qui est du préjudice, dont nous parlons à présent, il faut vraiment conserver à l'esprit que le préjudice de concurrence, reste dans cette trilogie, même si un certain nombre d'aménagements ont été apportés, auxquels il a déjà été fait allusion : à cet égard, la présomption, ou la prétendue présomption de préjudice qui a été dégagée par la Cour de cassation depuis 1993 et qui a été consacrée en matière de grande concurrence par le législateur, cette présomption de préjudice, il faut la manier avec précaution. Certes, la jurisprudence dit qu'un préjudice s'infère nécessairement d'un acte de concurrence. Mais ceci ne réalise qu'une première partie de la démonstration : le principe du préjudice. Cela ne dispense nullement le Juge de déterminer l'étendue du préjudice. De sorte que malgré l'existence de cette présomption, on n'a pas beaucoup avancé.

On a tout de même un petit peu avancé, en ce sens que cette présomption entraîne une conséquence indirecte importante pour vous, Experts, puisque la Cour de cassation dit par ailleurs que le Juge est tenu de réparer un préjudice dont il constate le principe. Ainsi, lorsqu'un Avocat présente une demande d'expertise en matière de préjudice de concurrence, on ne peut pas lui opposer l'article 146 du Code de procédure civile, à savoir que la mesure d'expertise

n'est pas là pour suppléer la carence dans l'administration de la preuve, puisqu'on se trouve déjà à une étape de la démonstration où le principe d'un préjudice est acquis. La présomption de préjudice facilite donc le recours à l'expertise. C'est un point qu'il est important d'avoir à l'esprit, pour vous Experts mais aussi pour les Avocats, et également pour les Juges qui prescrivent les Expertises.

La deuxième trilogie dans laquelle s'inscrit le préjudice de concurrence est cette trilogie classique, préjudice corporel – préjudice matériel – préjudice moral :

On laisse de côté le préjudice corporel, en espérant qu'il n'y en aura pas d'illustrations dans le futur pour un préjudice de concurrence...

Restent les deux autres catégories dont, là encore, on ne sort pas malgré les particularités du préjudice de concurrence : le préjudice économique, qui va nous retenir plus particulièrement, mais également le préjudice moral, qu'il faut bien distinguer, et surtout ne pas oublier.

La troisième trilogie, qui est également très classique, c'est perte subie – manque à gagner – perte de chance :

Je ne vais pas vous faire l'offense de rentrer trop dans le détail ces notions, qui sont familières pour chacun d'entre vous.

Un mot de la perte subie, où il va s'agir d'appréhender des éléments qui se sont effectivement produits et dont il n'y a guère de doute que l'entreprise en a été victime. Ce peut être des coûts : des coûts de recrutements, de formations quand il y a eu un débauchage, des coûts publicitaires pour tenter de récupérer la clientèle qui a été détournée ou perdue, des coûts de communication quand il faut redorer le blason de l'entreprise qui a été dénigrée ; ce peut être des coûts de recherche et développement, des investissements divers pour relancer une activité. Il peut aussi s'agir de pénalités contractuelles : en ce cas, l'Expert va devoir s'assurer que le contrat prévoyait bien des pénalités contractuelles ; si une condamnation a été prononcée, il devra également vérifier si elle a été payée ou provisionnée. En revanche, si un procès est en cours, on ne se situe pas dans le domaine de la perte subie : le préjudice n'est tout simplement ni actuel ni certain.

L'autre catégorie – je vais également très vite – c'est le manque à gagner :

Ici, la perte n'est pas encore réalisée, mais elle est néanmoins certaine. Et donc l'Expert devra être très attentif à l'environnement juridique et contractuel de ce préjudice. Il devra s'assurer qu'il y a une commande ferme ; qu'on est dans une logique d'abonnement ; qu'il y a un contrat de fourniture, un contrat à exécution successive dont l'exécution a été empêchée par l'acte incriminé.

Certes, l'Expert ne va pas se livrer à une analyse exhaustive des contrats, mais il devra porter un regard minimal pour s'assurer qu'on est bien en présence d'un manque à gagner.

Une des difficultés qui peut se poser à propos de ce préjudice est la suivante : l'Expert doit-il envisager la possibilité que le contrat ne soit pas exécuté du fait du cocontractant ? En règle générale, je pense que c'est une problématique qu'on peut laisser de côté, sauf lorsqu'on se trouve dans des secteurs où, structurellement, on sait qu'il y existe un certain nomadisme de la clientèle et, dans ce cas-là, on pourra affecter d'un coefficient de pondération la clientèle perdue. En disant cela, je pense au secteur de la téléphonie mobile, de l'accès internet, voire au secteur bancaire et ou à celui des assurances, où l'on sait que la clientèle n'hésite pas à se déporter spontanément vers la concurrence ; si, par exemple, on se rend compte que, tous les ans, il y a 2 ou 5 % des clients qui, de toute façon, résilient le contrat pour changer d'opérateur, cela peut constituer un élément de pondération.

Venons-en à la perte de chance, dernier pilier de cette trilogie : c'est la structure de préjudice qui est la plus délicate, mais elle tend à constituer une part non négligeable des préjudices économiques dont il est demandé réparation devant les tribunaux.

Vous connaissez sa définition (elle a d'ailleurs été reprise dans l'avant-projet auquel il a été fait allusion tout à l'heure) : c'est la disparition actuelle et certaine ou définitive d'une éventualité favorable.

La distinction avec le manque à gagner – je me permets d'y insister – est assez essentielle et, pour que chacun ait bien à l'esprit ce qu'elle implique, on va prendre un petit exemple :

Supposons une entreprise qui veut concourir à un appel d'offres : quelques jours avant la date limite de dépôt de l'offre, elle est victime d'une agression par un concurrent qui, par exemple, débauche l'équipe qui était sensée rédiger l'appel d'offres, ou qui s'insinue dans le système d'information. L'en-

treprise ne peut pas participer à l'appel d'offres. Elle perd la possibilité de le faire. On est certain qu'elle a perdu cette possibilité. Eventuellement, il pourra y avoir un débat sur le lien de causalité (c'est important de le signaler), consistant à soutenir qu'elle n'a pas pu participer parce qu'elle était mal organisée, donc qu'elle est en partie fautive ; ou bien il y a une autre raison qui est venue faire qu'elle n'a pas participé. Mais oublions cette question de la causalité. On part du principe que, vraiment, le fait dont elle a été victime est la cause efficiente de sa non-participation. On est certain qu'elle n'a pas pu participer. En revanche, on n'est pas sûr qu'elle aurait pu remporter l'appel d'offres. Et là, on voit bien la différence avec un manque à gagner : un manque à gagner, dans notre hypothèse, supposerait que l'entreprise a été retenue dans l'appel d'offres, mais qu'elle n'a pas pu exécuter le contrat parce qu'elle a été, au moment de l'exécution du contrat, victime d'un acte de concurrence qui l'a empêchée de s'exécuter, par exemple parce qu'on a débauché ses équipes.

L'Expert, quand il a une perte de chance à apprécier, il va dans un premier temps faire comme s'il était en face d'un manque à gagner : c'est-à-dire qu'il va évaluer quelle est la perte de marge sur coûts variables liée au fait de ne pas avoir pu exécuter le contrat comme si l'entreprise victime avait été retenue. C'est ce qu'on appelle l'assiette de la perte de chance. Et, dans un deuxième temps – mais dans un deuxième temps seulement – il va apprécier la probabilité que l'entreprise ait pu être sélectionnée. Et c'est là où les choses vont commencer à être difficiles. Pendant longtemps, il est vrai, les Juges et les Experts eux-mêmes avaient un petit peu tendance à considérer que cette deuxième partie du raisonnement était laissée à l'imperium du Juge. On n'en est heureusement plus là, et aujourd'hui le rôle de l'Expert est au contraire d'objectiver cette perte de chance, qui n'est plus fixée « au doigt mouillé » ni abandonnée à l'imperium du Juge. De sorte que l'Expert va devoir fournir au Juge des éléments d'appréciation.

Pour ce faire, dans mon exemple, il va se placer dans la situation qui aurait été celle de l'auteur de l'appel d'offres et il va, s'il en a la possibilité (et ici, la collaboration des parties va être absolument essentielle), fournir des éléments qui permettront d'apprécier si la chance d'être retenue était importante ou pas. Prenons un exemple très simple mais caricatural où le marché aurait été tiré au sort : supposons qu'il y avait quatre participants ; moi je suis

le cinquième ; je n'ai pas pu participer ; ma perte de chance est d'un cinquième. Mais s'il y avait – ce qui est le cas dans 90 % des cas – un examen qualitatif, il faudra alors apprécier si l'offre que je pouvais présenter, compte tenu de ce que j'aurais été plus ou moins disant, de mes références, de tout un ensemble de critères énoncés dans le cahier des charges de l'appel d'offres, pouvaient conduire, et dans quelle mesure, à ce que je sois retenu. Ce n'est qu'en procédant ainsi que l'expert pourra évaluer la perte de chance. La difficulté est qu'il ne disposera pas toujours de tous les éléments pour ce faire.

À quel degré de précision peut-on ou doit-on parvenir ? Il a été indiqué tout à l'heure qu'il fallait que l'Expert soit précis, en laissant toutefois des choses ouvertes.

Sur la perte de chance, on constate assez souvent, dans des rapports, des fourchettes assez larges pour ne pas dire trop larges. Je pense que c'est un écueil qu'il faut essayer d'éviter. Sur une échelle de un à cinq (que l'on peut considérer comme satisfaisante), l'Expert ne devrait pas dire que la probabilité se situe entre deux et cinq : il pourra dire, entre deux et quatre, mais pas entre deux et cinq ; ce serait trop large.

Le complément qu'il faut apporter à ceci est double : d'une part, en toute hypothèse, la perte de chance ne peut jamais être égale à l'avantage perdu. C'est-à-dire que la perte de chance devra toujours être affectée d'un pourcentage, même très élevé. Il n'y a pas de difficulté à dire que la perte de chance représente 95 % ; mais si l'Expert ne le fait pas dans son rapport et qu'il évalue le montant de la perte de chance au montant de l'avantage perdu, il expose le Juge à reprendre ses conclusions et si le litige est porté devant la Cour de cassation, la censure sera imparable.

À l'opposé, la jurisprudence dit qu'une perte de chance, même très faible, même infime, est indemnisable. De la même manière, l'Expert ne peut pas écrire dans son rapport, que la chance était très faible, donc qu'il l'évalue à zéro. Car si le Juge reprend cette conclusion, il y aura des difficultés.

J'avais prévu, mais je vois que l'heure tourne, de décliner ces questions à propos de préjudices particuliers, que vous connaissez et qui sont très bien décrits dans les fiches de la Cour d'appel, précédemment mentionnées : la désorganisation durable de l'entreprise ou la diminution d'un avantage concurrentiel. Dans ces différentes matières, on se

rend compte, si on passe un petit peu les choses au crible, que tous les postes de préjudices sont alternativement susceptibles de rentrer dans l'une ou l'autre de ces catégories, et encore une fois j'attire votre attention sur la nécessité de le faire.

Un mot à propos des pratiques anti-concurrentielle : on a parlé, effectivement, du préjudice d'ombrelle, qui est une notion assez intéressante et très spécifique.

Sur la question de la répercussion, sous le contrôle de Madame CHAGNY, je pense que l'Expert a un rôle très important pour vérifier, par une analyse des coûts de l'entreprise, si la répercussion est intervenue ou n'est pas intervenue. Il vrai qu'il y a des présomptions légales qui peuvent faciliter la chose mais, au bout du compte, il est essentiel que l'Expert soit en mesure de documenter, à partir d'une analyse des comptes de l'entreprise, le fait que cette répercussion ne s'est pas produite. Je n'en dis pas plus.

À propos des pratiques restrictives, je voulais vous dire un mot de la rupture brutale des relations établies car, comme vous le savez, ce qui est indemnifiable, ce n'est pas la rupture des relations en elle-même (ça, c'est inhérent à la concurrence). Ce qui est indemnifiable, c'est ce qui découle de la brutalité de cette rupture. Retenons que nous serons pratiquement toujours, en matière de rupture brutale de relations commerciales, dans le domaine des gains manqués : c'est-à-dire qu'on va apprécier quelle est la marge sur coûts futurs, par exemple, qui aurait été réalisée pendant le temps où un préavis aurait dû être donné. Et donc, c'est cette réalité-là que le Expert va devoir appréhender. Mais, au préalable, il va être utile, pour lui et surtout pour le Juge, de donner son avis sur la détermination du préavis lui-même, qui est une question qui est difficile car contingente. L'hypothèse est qu'il n'y a pas de préavis contractuel, et il va donc falloir évaluer le préavis qui aurait dû être donné compte tenu des caractéristiques du produit, du marché, de l'état de la concurrence, de la possibilité pour le concurrent de trouver une solution alternative, des investissements qu'il a pu réaliser à la demande de son cocontractant qui lui fait subitement défaut etc. L'Expert va devoir aider le Juge à apprécier cette durée de préavis qui, d'un point de vue paramétrique, va avoir un effet évident sur la perte de marge sur coûts variables qu'on va retenir comme préjudice.

Un mot du trouble commercial, et j'en aurai presque terminé : le trouble commercial a été longtemps

une sorte de trou noir, de triangle des Bermudes, une notion « fourre-tout » dans laquelle on plaçait des chefs de préjudice qu'on a du mal à caractériser et à évaluer mais dont on sait qu'ils sont à peu près certains.

Il est vrai que ce n'est pas le domaine dans lequel l'Expert va être le plus à son affaire, parce que c'est un domaine où l'imperium du Juge est relativement élevé. Malgré tout, il peut être utilisable et objectivable, par exemple en matière de risque de confusion où on voit assez bien que le trouble commercial n'a pas d'expression directe du côté de la victime (puisque'il n'y a pas eu forcément de perte de clientèle), mais où il y a un danger qui se profile peut-être dans le futur. Le rôle de l'Expert peut consister à définir une méthodologie pour donner un peu d'objectivité à ce préjudice.

Comme cela a été rappelé, le préjudice de trouble commercial, malgré les difficultés qu'il peut y avoir à le cerner, n'est pas du tout négligé par la Cour de cassation, qui considère qu'il doit être réparé à part entière. Je pense néanmoins que c'est un préjudice qui va avoir tendance à régresser à mesure qu'on va prendre en considération – on en parlera tout à l'heure – de nouvelles formes de préjudices, qui s'écartent de la règle de la réparation intégrale ; car, précisément, compte tenu de la difficulté de réparer certains préjudices au regard des règles traditionnelles, on avait tendance à solliciter exagérément le trouble commercial et, parfois également – j'y viens et ce sera ma dernière partie – le préjudice moral.

Le préjudice moral appliqué à des opérateurs économiques a souvent été traité avec condescendance, voire avec mépris. En réalité, c'est un préjudice à part entière : la Cour de cassation – vous l'avez rappelé –, dans la fameuse présomption qu'elle retient sur l'existence d'un préjudice, parle d'un préjudice, fût-il seulement moral ; donc c'est vraiment un préjudice qu'il faut prendre tout à fait au sérieux. Ce n'est pas, comme ça l'a longtemps été, le domaine de l'imperium, du « doigt mouillé », voire de l'arbitraire. C'est un préjudice qui peut être parfaitement objectivable, et le rôle de l'Expert va être de fournir au Juge des éléments pour l'indemniser intégralement.

Le préjudice moral – j'ouvre une parenthèse – est, par définition, un préjudice consommé. Il n'y a pas de préjudice moral futur et certain ; il n'y a pas de perte de chance de ne pas subir un préjudice moral. Il faut vraiment se mettre dans la logique que ce ne

peut être qu'un préjudice consommé. C'est un préjudice qui, bien-sûr, se résout en dommages et intérêts, et c'est l'occasion pour moi de souligner la différence entre dommage et préjudice : le dommage, c'est ce qui est atteint (mon corps, mes biens, mon honneur), et le préjudice, ce sont les conséquences matérialisables, objectivables, exprimables sous une forme monétaire, qui en découlent.

Dans le cas du préjudice moral, l'atteinte sera portée à la réputation, aux valeurs véhiculées par l'entreprise ou par ses produits. Et le préjudice indemnifiable, ce seront les coûts qui vont en découler pour recruter des collaborateurs qui auront tourné le dos, pour redorer l'image de marque de l'entreprise.

On a coutume, en matière de concurrence, de distinguer deux aspects de ce préjudice moral :

– Une manifestation externe : le cas typique est le dénigrement, ou l'atteinte à l'image ou à la réputation de l'entreprise ; c'est également l'atteinte aux valeurs de l'entreprise, et ce point qui, jusqu'à présent, était peut-être un peu marginal, est certainement appelé à se développer dans le futur ; d'une part – vous le savez – la Loi Pacte qui a étendu la notion d'intérêt social en y incluant la prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux. Donc les entreprises aujourd'hui, sans y être formellement obligées, tendent à s'inscrire dans cette logique, et affichent un certain nombre d'engagements. D'autre part – vous le savez également – les entreprises les plus importantes doivent désormais mettre en place un plan de vigilance, qui est pareillement l'expression de leur attachement à un certain nombre de valeurs. Dans les deux cas, il est évident que si les entreprises sont critiquées ou vilipendées – notamment sur les réseaux sociaux – sur ces sujets auxquels elles déclarent attacher de l'importance, les occasions d'en demander réparation devant les tribunaux ne pourront aller qu'en augmentant, surtout si cela est le fait d'un concurrent.

– Des manifestations internes, qui ne sont pas non plus à négliger et qui peuvent être effectivement la conséquence d'une perte des valeurs de l'entreprise. Cela va se traduire par une démotivation des équipes : des collaborateurs étaient venus dans l'entreprise par rapport à une certaine idée qu'ils s'étaient faite de ses valeurs ; ces valeurs sont déniées ; ils sont troublés et vont quitter l'entreprise. Sans jeu de mot, le préjudice moral se traduira pas une atteinte au « moral des troupes ». Autre conséquence possible : le recrutement va s'avérer plus difficile.

Dans de telles situations, l'entreprise pourra très bien faire état de coûts de remobilisation de ses cadres, de coûts de recrutements plus élevés, de coûts de communication pour rétablir la situation et ceci sera un préjudice parfaitement réparable.

Voilà l'essentiel de ce que je tenais à vous dire. Je vous entretiendrai plus particulièrement dans un deuxième temps de cet arrêt du 12 février 2020, qui a effectivement apporté une évolution extrêmement notable à la possibilité de réparer un préjudice, en l'appréciant non pas vu du côté de la victime, mais vu du côté du concurrent qui s'est octroyé un avantage indu. Nous y reviendrons.

Gilles de COURCEL : Merci Monsieur le Conseiller pour ce rappel des fondamentaux illustrés d'une façon extrêmement pratique. Je pense que c'est tout à fait essentiel pour nous, Experts, d'entendre cette approche pratique.

On va rester dans la pratique, et je disais tout à l'heure qu'on n'avait pas invité les entreprises, mais à travers un Tribunal de commerce, on invite naturellement les entreprises, et je vais céder tout de suite la parole à Monsieur Patrick LESBROS.

Intervention de

Monsieur Patrick LESBROS

Président de la Chambre
spécialisée en droit
de la concurrence au Tribunal
de commerce de Marseille

Merci beaucoup.

Effectivement, le point de vue que je souhaitais partager avec vous va rester assez pragmatique, parce qu'il va reposer sur l'appréciation d'un Juge de première instance et sur la façon dont il perçoit les dossiers qui lui sont présentés.

Si l'on remet un peu les choses dans l'ordre – très brièvement, c'est ce qu'on avait convenu – le Juge, lorsqu'il va se retrouver face à la grande concurrence ou la petite concurrence (bien que ces termes sont ceux que vous utilisez, mais je ne pense pas qu'il y ait de grande ou de petite concurrence, il y a un grand préjudice ou un petit préjudice), on a quelques articles qui vont nous servir de base et qui vont être ceux qui vont nous permettre d'être saisis.

Les articles du Code de commerce, L. 481-1, qui dictent les pratiques concurrentielles et qui définissent effectivement après – vous l'avez dit – le fait qu'il y a une présomption de préjudice, qui est dicté par le L. 481-7 du Code de commerce.

Dès lors qu'il y a une entente entre concurrents, ça cause automatiquement un préjudice, qui est présumé.

Après, il y a le L. 442-1 : je ne vous cache pas que, dans le cadre d'un tribunal de commerce à Marseille, on n'est plus saisi au titre du L. 442-1 que du L. 481-1 qui, lui, va traiter plus des approches d'avantages sans contreparties ou manifestement disproportionnés, ainsi que du déséquilibre significatif dans son alinéa 1er, dans son alinéa 2 – vous en avez parlé tout à l'heure et je me permettrai d'apporter quelques exemples – la rupture brutale des relations commerciales établies.

Donc, une fois que l'on a fait ça, bien entendu on va s'appuyer aussi sur la directive 2014-104 de l'Union européenne.

Donc, un premier point, très rapidement, qu'on va évacuer : c'est la question de la compétence : ce qu'il faut savoir, c'est que lorsqu'on est dans un contexte international, systématiquement, la partie qui est accusée va essayer de sortir de la Loi française et essayer d'aller vers une Loi étrangère, essentiellement anglo-saxonne, qui lui sera plus favorable.

Donc, la première approche pour le Juge, ce sera d'apprécier de quelle façon la compétence est donnée au tribunal qui a été saisi, et la Loi française

sera applicable. C'est important parce que si, dès le début, cette approche est mal engagée, l'entreprise n'aura pas la même façon et la défense ne sera pas construite de la même façon. Et la réparation du préjudice ne sera peut-être pas la même.

Donc, ce que nous, nous constatons, au tribunal de commerce de Marseille (et je crois que, dans la salle, il y a d'autres représentants d'autres tribunaux de commerce), c'est que, souvent, les Avocats viennent tout plaider devant nous : la compétence, la faute, le lien de causalité et l'évaluation du préjudice. Et j'en viendrai dans mon propos : l'évaluation du préjudice arrivant en dernier, elle est souvent posée comme ça, en fin de conclusions. Et vous parliez tout à l'heure du préjudice moral : alors là, n'en parlons pas... On a un dernier alinéa : mon entreprise a subi un préjudice moral, donnez x centaines de milliers d'Euros, sans rien d'autre.

Donc, la première des choses qu'on observe, c'est que, sur des dossiers assez importants, nous aimerions que les choses soient un peu séquencées : à savoir que, d'une part la compétence (ça va permettre à l'Avocat de se concentrer à faire en sorte que le dossier reste en France) ; d'autre part, la faute : et là, globalement, soit la faute a déjà été traitée par la Haute Autorité de la concurrence lorsqu'on est sur des pratiques anti-concurrentielles, le travail a été extrêmement bien fait ; lorsqu'il s'agit d'une absence de faute qui est amenée par la Haute Autorité de la concurrence, le travail est aussi relativement bien fait, que ce soit – comme vous le disiez, sur les grandes pratiques ou les petites pratiques (sur les petites pratiques, vous l'avez très intéressamment rappelé), on répare la brutalité de la rupture ; on ne répare pas la rupture. Et donc ça c'est important, parce qu'il y a encore quelques confusions qui sont faites.

Donc, la compétence est évacuée. Mais je voulais quand même en dire deux mots, parce que c'est important quand même, et ça change beaucoup de choses.

La faute, elle est assez bien orientée, décrite.

Le lien de causalité, je ne vais pas en parler puisque je crois que vous avez une table ronde qui est dédiée à ça. Donc ça ne sera pas tellement l'objet du lien de causalité.

En ce qui concerne le préjudice, là, c'est quand même assez intéressant, parce que, comme je vous le disais, lorsqu'on voit arriver ce type de dossiers,

que ce soit des dossiers de grande concurrence (et on en a un actuellement au tribunal de commerce de Marseille, sur des pratiques anti-concurrentielles sur des ententes, avec une faute qui est rapportée par l'Autorité de la concurrence, avec des demandes de dommages et intérêts qui sont extrêmement élevées ; là, les choses sont assez bien faites), ou lorsqu'on est un peu plus bas en matière de préjudice, où on s'aperçoit que le Juge reste un peu sur sa faim, parce que la compétence a été bien plaidée, la faute aussi et on arrive sur le préjudice et c'est là que le bât blesse : quand le bât blesse, c'est souvent préjudiciable au demandeur ; moi, je tenterais de dire que la Cour d'appel – vous l'avez rappelé – a fait d'excellentes fiches (et d'ailleurs je crois que Nathalie DOSTERT (Vice-Présidente Honoraire du Tribunal de Commerce de Paris) en a été une active participante et elles en sont d'autant plus remarquables, puisqu'elles ont été construites avec différentes instances, sur la qualification et la quantification du préjudice).

Sur la quantification du préjudice, effectivement, lorsqu'on est sur la grande concurrence, ce qui est intéressant c'est de pouvoir avoir un rapport d'expertise qui est relativement bien fait.

Je parlerai de la petite concurrence après, pour vous dire aussi ce que nous, on constate.

Sur la grande concurrence, effectivement, si on a un rapport qui est assez bien fait, avec un scénario factuel (ce qui s'est passé), un scénario contre factuel (ce qui aurait dû se passer en l'absence de pratiques anti-concurrentielles et voilà comment les choses auraient dû être) : vous le rapportiez tout à l'heure, c'est quand même un exercice qui est assez difficile : il ne s'agit pas de prédire l'avenir, ou de prédire ce qu'aurait dû être l'avenir ; il s'agit quand même de dire : le scénario aurait dû être celui-ci parce qu'on a un certain nombre d'éléments qui permettent de l'étayer. Et là, le rapport de l'Expert est extrêmement important. Plus le rapport de l'Expert éclairera le tribunal, plus le tribunal arrivera à réparer un préjudice à sa hauteur. Parce qu'il ne faut pas oublier quand même que, même s'il y a une présomption de préjudice, ce préjudice doit être rapporté, quantifié. On ne peut pas arriver et dire qu'il y a une présomption de préjudice, j'estime que c'est « tant », et puis au Juge de trancher.

Vous parliez des préjudices, moi je vais peut-être donner aussi une appréciation des différents préjudices qu'on peut rencontrer :

• Les préjudices, d'abord, de surcoûts : là, relativement simple à déterminer, puisqu'on va estimer le surcoût : il y a une entente horizontale, il y a une augmentation des coûts qui en découle, des acteurs se sont entendus sur des prix. On estime un taux de surcoûts, c'est-à-dire qu'au lieu de payer huit, vous allez payer dix. Donc, vous estimez un taux de surcoût qui est de vingt. Les méthodes que les Experts peuvent utiliser sont soit la comparaison dans le temps, soit la comparaison par un marché qui n'a pas été affecté, soit une méthode basée sur les coûts, c'est-à-dire la recherche d'une évolution anormale d'un taux de marge chez ceux qui se sont entendus, une analyse de régression, une analyse économétrique, ou des modèles de simulations. Ou, enfin, vous le spécifiez dans la question des appels d'offres : généralement, dans les appels d'offres, vous savez que ceux qui émettent des appels d'offres ont un prix objectif, une décomposition du coût. C'est la méthode du T.C.O., Total Cost of Ownership. Donc, ils savent quel est le prix objectif à peu près.

Donc ça, ça peut être un moyen de comparaison pour identifier le surcoût qui a eu lieu, ou alors le prix prévisionnel qui était entre les émetteurs de l'appel d'offres.

Ça, c'est la question du surcoût. Il y a la question de l'estimation du taux de surcoût. L'Expert va devoir se positionner sur l'estimation du taux de surcoût, mais il ne faut pas oublier que le rôle de l'Expert en matière de surcoût ne doit pas s'arrêter là. Et je reviendrai aussi sur la rupture des relations commerciales. Il faut aussi dire sur quoi, sur quel segment de marché de l'entreprise ce surcoût a été appliqué. Et ça c'est important, de continuer l'exercice en disant : il y a eu un surcoût qui a été rapporté ; voilà la preuve du surcoût ; maintenant, le montant du surcoût a affecté tel type d'achats, tel marché au sein de l'entreprise, selon telle durée (la question de la durée est importante puisque l'impact du préjudice va au-delà de la durée elle-même du marché qui a été impacté ; elle peut se traîner sur plusieurs années).

Vous avez parlé des effets d'ombrelle, bien sûr, mais aussi : qui a supporté le surcoût ? Le surcoût a soit été absorbé par celui qui en a été la victime, soit la victime a réussi à la faire redescendre en cascade par ses N-1 et N-2, et donc il faut savoir aussi qui a supporté le surcoût, qui en a été victime, parce que l'idée (et là, le droit à la concurrence est assez bien fait) est d'indemniser ce surcoût, mais de bien faire attention à ce que le cumul des indemnisations

des différents niveaux qui ont été impactées restent cohérent.

• Après, le préjudice causé par la pratique d'éviction, qui est une autre forme de préjudice, qui est peut-être un peu plus compliqué à calculer, lui, parce que, d'abord, c'est l'observation de l'entreprise et la réaction dans l'entreprise par rapport à cette éviction. Qu'est-ce qu'elle a dû faire pour faire face à un marché qu'elle ne maîtrisait plus ? Les surcoûts engendrés pour faire face à un fournisseur plus éloigné.

Vous avez des situations où vous avez un marché qui vous est bloqué, et vous devez aller vous sourcer plus loin, à plus haut prix. Donc là, vous devez identifier les surcoûts, les tarifs plus élevés qui ont été mis en place.

Les surcoûts, par :

- la mise en place de circuits d'approvisionnement parallèles,
- ou les surcoûts de travail de réaction pour aller chercher ce sourcing, pour identifier de nouveaux fournisseurs, pour garder la confiance de ses clients,
- parfois, les frais d'avocat aussi. Pour arriver à se défendre et à faire de nouveaux contrats,
- les investissements réalisés en vain : là c'est quand même assez important, parce que, quand il y a une éviction, il y a aussi les dépenses engagées pour réagir face à cette éviction, c'est-à-dire, je ne me fais pas complètement sortir du marché, je reste dans le marché, mais il y a aussi des investissements que moi je n'ai pas pu faire. C'est le montant des pertes par une entreprise parce qu'elle a dû abandonner un projet pour rentrer sur un marché ; elle n'a pas pu accéder à un marché ; et donc, ça, et vous le disiez tout à l'heure, il faut aussi être en capacité de mesurer la perte de chance de ça, et le pourcentage qu'elle avait d'accession à ce marché. Ce n'est pas parce qu'il est évident qu'elle a été victime d'une éviction, qu'elle avance le fait qu'elle n'a pas pu se développer ou qu'elle a dû abandonner un marché que, pour autant, elle aurait eu ce marché à 100 %, à 80 %, à 60 %. Et si on est en capacité de prouver qu'elle l'aurait eu à 60 %, à hauteur de quel pourcentage ? On va travailler là-dessus,
- l'investissement qui n'a pas pu servir, les investissements qu'elle n'a pas pu engendrer pour rester une entreprise innovante et pour rester dans la course de l'innovation,
- les tensions de trésorerie, aussi, puisque l'éviction va créer quelques tensions de trésorerie,
- et puis, vous en parliez aussi, les atteintes à l'image.

• Et enfin, le troisième préjudice, c'est celui de trésorerie : il ne faut pas oublier aussi qu'il y a une actualisation (ça je crois que les Experts-comptables savent très bien ce que c'est) de la réparation du préjudice et le taux de rémunération du capital, c'est aussi important.

En ce qui concerne les dommages et intérêts, ce que je vous disais tout à l'heure, c'est que, souvent, on voit arriver dans les conclusions (généralement c'est juste avant la demande de l'article 700) et, dommages et intérêts, un forfait, qui va de 50 000 à quelques millions d'euros. Ça, on ne sait pas quoi en faire. Honnêtement, si ça s'arrête là et qu'on doit se positionner là-dessus, il y a une grosse déception, souvent.

Lorsqu'il y a un peu de motivation, on arrive à faire quelque chose.

Je vous disais que je souhaitais aussi réagir, et j'en terminerai par-là, sur la brutalité de la rupture des relations commerciales : là aussi, je pense que le rôle de l'Expert est important, et beaucoup plus important que dans le rôle des pratiques anti-concurrentielles.

Pourquoi je dis « beaucoup plus important » ? Parce que souvent, dans les pratiques anti-concurrentielles, dites « les grandes pratiques anti-concurrentielles », il y a souvent la présence d'un Expert, la demande de nomination d'un Expert qui soit qualifié. Un véritable Expert de justice, dont c'est la compétence.

Lorsqu'on est sur l'identification du préjudice issu de la brutalité de la rupture, c'est rarement le cas. Dans le meilleur des cas, j'ai une attestation d'un Expert-comptable qui me dit que la marge brute de son client s'établit à tant ; dans le pire des cas, c'est l'Avocat lui-même qui le fait. Et donc, là encore, on revient sur ce que je vous disais tout à l'heure, nous, lorsqu'on est Juge, on apprécie une brutalité ; on sait que la Cour d'appel et la Cour de cassation ont réduit les durées de préavis en les plafonnant à dix-huit mois. Ils les ont réduits parce qu'ils estiment qu'il faut indemniser à hauteur du temps que l'entreprise aurait dû avoir pour permettre de retrouver le marché qu'elle a perdu. Donc c'est là la défini-

tion qu'on peut donner à la brutalité, et au nombre de mois qu'on accorde à la brutalité.

Mais sur le quantum qui est lié à ce préavis, on ne peut pas se contenter de : la marge brute dans l'entreprise est de tant. Il faut qu'on sache réellement, par des faits avérés, par l'intervention de l'Expert, que c'est tel marché. Que tel marché représente tel pourcentage. C'est telle ligne de produits. C'est telle ligne d'achats. C'est telle ligne client quand on s'est fait référencé. Et que sur cette ligne, la marge sur coûts variables est de tant. Et que ça représente tant. Là, le Juge peut se positionner correctement. Et là, il y a beaucoup moins de frustrations lorsque le demandeur reçoit le jugement, et qu'il arrive avec une demande, parce qu'il ne faut pas se leurrer : nous, on arrive à voir des relations commerciales qui ont dix ans, et qui ont été enrôlées avant 2020, où on nous demande, pour dix ans, dix-huit voire vingt-quatre mois de préavis, avec une marge brute tout confondu. Et bien, finalement, on ne comprend pas pourquoi on se retrouve avec huit mois ; alors soit on arrive à aller chercher des secteurs de marge à peu près qui nous permettent de nous orienter, soit on est sur le transport et il y a des contrats-type, soit on a quelques éléments qui nous permettent, mais pas de l'identifier à hauteur de ce qu'elle est réellement.

Et donc, là, je crois que je vais servir, quand même, votre profession en disant : rapprochez-vous des Barreaux ; faites-en sorte que les Avocats fassent appel à vous, même sur ce qu'on pense être des petits dossiers liés à la rupture. Ce ne sont jamais des petits dossiers. Il nous faut, de toute façon, des rapports d'Expert qui nous permettent d'avoir des éléments quantifiables, vérifiables, sur quelle a été réellement la marge sur coûts variables qu'on aurait dû avoir. Sans ça, le Juge va rendre une décision qui ne satisfera personne.

Gilles de COURCEL : Merci beaucoup, Monsieur le Président, pour ces propos pratiques et directs, et je me tourne tout de suite vers Olivier PERONNET, en tant qu'Expert.

Intervention de Monsieur Olivier PERONNET

Expert - Président de la CNECJ

Monsieur le Président, merci, parce que vous m'ouvrez la voie vers le nirvana pour l'ensemble des Experts que nous sommes.

On a entendu la vision des juristes, Magistrats, Juges, qui nous disent deux choses : d'abord, la Loi nous dit que le principe c'est celui de la réparation intégrale, et c'est le deuxième point, comme ça a été dit déjà plusieurs fois, on est tous conscients des risques d'imprécisions.

Mais il faut une nécessaire recherche d'objectivation des éléments d'appréciation même si personne, finalement, ne peut avoir la prétention de donner un chiffre définitif, mais doit chercher à contribuer à cerner ce préjudice le plus précisément possible.

Donc, le « quoi », c'est le principe de réparation intégrale, mais la vraie question, pour nous Experts, c'est le « comment » : comment apporter aux juristes une réponse, la plus précise possible, sur un domaine qui, compte-tenu de ses complexités et de ses nécessaires imprécisions, nécessite une forme de tâtonnement pour cerner le préjudice.

Je crois que le principe de remettre la victime dans l'état où elle se serait trouvée si le dommage n'avait pas eu lieu impose de rechercher, dans chaque cas, la méthode appropriée ; et de ce point de vue, au risque de redire des choses qui ont déjà été exprimées ce matin, les référentiels doctrinaux, les fiches de la Cour d'appel, le guide de la Commission européenne, notamment parce qu'ils visent les pratiques anti-concurrentielles, ou les brochures que nous éditons (et nous prévoyons d'en sortir une dans le courant de l'exercice 2022 sur les gains manqués – il y a des choses qui existent mais on voudrait effectivement concentrer le propos pour répondre précisément à cette demande d'approche méthodologique précise).

Si on s'intéresse au « comment », donc à cette approche méthodologique, comment faire ?

Je vais tenir un propos un peu académique et théorique, mais qui vise à définir une démarche générale pour essayer de cerner le sujet le plus justement et précisément possible dans chaque contexte, lequel a donc sa contrainte et sa particularité.

Je crois que la première étape pour un Expert, c'est celle de la contextualisation. C'est la contextualisation à plusieurs niveaux : c'est l'entreprise dans son environnement, la connaissance de son environnement économique. De comprendre son ou ses

métiers, ses activités, le business concerné, pour le dire en bon français, et de le contextualiser en fonction de la nature de son industrie, du rythme de l'innovation et du renouvellement des produits, du cycle des investissements pour comprendre comment l'entreprise en question opère dans son contexte, et quel est ce contexte. Cette compréhension de l'environnement et du marché va servir à cerner ce qui s'est passé et quel impact a pu être celui des pratiques anti-concurrentielles, ou de concurrence déloyale vis-à-vis de l'entreprise victime.

Selon les industries, on en a bien conscience, la recherche, l'accès au marché ne sont pas du tout les mêmes. Et, bien évidemment, en fonction de ce qui a été l'acte de concurrence déloyale ou le parasitisme par exemple, ou les conséquences d'une pratique anti-concurrentielle comme des ententes sur les prix, bien évidemment, la distorsion de marché qui en a résulté nécessite de cerner à la fois l'entreprise et son contexte sur le plan économique.

Après cette contextualisation, je crois qu'il faut mettre en batterie un ensemble d'outils méthodologiques. Selon les contextes, il pourra y en avoir un plus pertinent qu'un autre, plus adapté. Et on s'en rend assez vite compte quand on a bien fait, justement, ce travail de contextualisation. On va pouvoir identifier ce qui va pouvoir être le meilleur instrument de mesure possible, même s'il est perfectible, dans un contexte donné.

Là, on dispose, je dirais, de l'approche analytique que nous donnent les gains manqués, les pertes subies et les possibles pertes de chances.

Une question assez basique déjà évoquée : quel peut être le gain manqué ?

Les pertes avérées au sens des surcoûts, et l'expression que le chef d'entreprise peut avoir là-dessus, son ressenti au regard du marché sur lequel il opère, des modalités opérationnelles de fonctionnement de l'entreprise, est un élément important. Il faut l'aborder avec une approche structurée et analytique pour ne pas partir dans des divagations incertaines, qu'il faut parfois quand même entendre pour faire un inventaire ou les éléments analytiques appelés serviront de check list.

Après la conceptualisation et une approche analytique structurée, il faut développer aussi une approche synthétique. C'est une corde de rappel que de se questionner : est-ce que ce que je suis

en train de chiffrer est plausible ? Plausible, parce que l'entreprise a ses considérants économiques, à savoir ses moyens humains matériels et financiers, ses actionnaires. Donc, il faut une forme de proportionnalité, à la fois sur le rôle qu'elle pouvait raisonnablement jouer sur son marché. Cela fait partie des considérations essentielles en matière de perte de chances par exemple, que de pouvoir donner au Juge et aux Magistrats des éléments d'éclairage objectifs.

Et, quand on a fait ces deux premiers travaux de contextualisation et d'approche analytique et synthétique, on peut commencer à bâtir les hypothèses d'un scénario contrefactuel qui va viser à mesurer ce qu'aurait dû être la situation de l'entreprise dans son contexte si elle n'avait pas été perturbée par les fautes commises par son ou ses concurrents. C'est le « but for » anglo-saxon, l'approche contrefactuelle, c'est-à-dire, « ce qui se serait passé si ».

Les deux composants complexes, que Muriel a évoqués tout à l'heure, sont (a) le conditionnel passé : il est passé et on ne peut néanmoins le mesurer que sous une forme conditionnelle ce qui supposera de poser des hypothèses, et (b) le conditionnel futur, où l'on est a fortiori obligé de poser des hypothèses.

Dans l'inventaire qui a été fait, analytique, on revient au gain manqué : les gains manqués, dans ce contexte, comment les mesurer ?

Grâce à des outils méthodologiques : d'abord des outils, de mesure et de comparaison (ça a été dit tout à l'heure par vous, Monsieur le Président) : effectivement, on va chercher à comparer dans le temps et dans l'espace : par exemple par rapport à des produits concurrents : que s'est passé sur leurs parts de marché ?

Ou, autre exemple, si une pratique a existé pendant un temps puis a cessé dans le temps, est-ce qu'il y a eu une restauration de situation, une configuration de courbe qui indique très précisément le fait que le phénomène est directement mesurable par le fait qu'il ait cessé ? Ou, au contraire, si cette pratique est intervenue à un moment dans le temps qui soit assez précis pour qu'on puisse voir son incidence ?

On peut avoir aussi une mesure par rapport à des concurrents, c'est-à-dire s'il y a des pertes dans la mesure des parts de marché, s'il y a, à un moment, un décrochage par comparaison, ou plus simplement sur la façon dont un produit devait s'insérer dans son marché, et il n'a pas pu le faire à raison des

actes de parasitisme ou de concurrence déloyale, qui ont fait qu'un concurrent présent a pu capter ce marché et casser la dynamique dans laquelle les produits progressaient en termes de parts de marché.

Dans certaines situations, il pourra être fait appel à des approches de simulations par des modèles économétriques. Le principal problème est d'avoir des données suffisantes pour nourrir des modèles avec un échantillonnage suffisamment significatif pour qu'on puisse en tirer des enseignements et conclusions. Et ces modèles économétriques, si on a le niveau d'information suffisant, peuvent être extrêmement utiles à la mesure de pertes de marchés ou de phénomènes qui se sont produits. Même dans des domaines où les marchés sont complètement nouveaux, si on a un peu le recul sur la façon dont ça s'est passé pour les opérateurs de ce marché, on peut modéliser les conséquences d'une pratique d'éviction en examinant la façon dont les choses se sont passées et en reparamétrant les données de marché.

Ces différents outils peuvent permettre de traiter des difficultés d'appréhension du gain manqué en évaluant les pertes de chiffre d'affaires ou de parts de marché. On devra aussi appréhender la perte de marge qui constituera le préjudice. On a également, bien évidemment, la prise en compte des surcoûts.

Les surcoûts sont, en général, des choses qui sont plus facilement identifiables. Il va falloir rechercher, finalement, ce que l'entreprise a dû ou devra continuer à faire pour lutter contre les pratiques anti-concurrentielles : est-ce qu'elle a dû mettre en œuvre, par exemple, des plans médias additionnels pour pallier l'attaque ? Est-ce qu'elle a dû accentuer des frais de recherche pour relancer le produit et lui apporter des fonctionnalités nouvelles au-delà de celles qui ont été, par exemple, captées par un concurrent malveillant ?

Donc, dans le travail d'inventaire de l'approche analytique que j'évoquais tout à l'heure, les pertes subies sont à l'évidence des éléments qui sont, en général, plus faciles à mesurer. Mais il faudra pouvoir les rattacher au dommage, ce qui n'est pas toujours simple.

Une des difficultés en matière d'entente est celle de la répercussion ou du Pass on – en bon français. Comment est-ce que, finalement, un opérateur de marché qui a été victime d'une entente dont il ne faisait pas partie a pu répercuter les conséquences des surpris en augmentant ses propres prix ?

Je crois que le sujet de la répercussion ne s'arrête pas au simple constat de celle-ci pour considérer qu'il n'y a pas préjudice. Le plan de la preuve, c'est à l'auteur de démontrer que la victime a pu répercuter dans ses prix ce dont elle a été victime. Mais de mon point de vue d'Expert, le préjudice ne s'arrête pas là. Parce qu'il y a pu y avoir, dans une situation concurrentielle donnée, pour ce concurrent victime, une situation de distorsion sur ses prix : s'il augmente ses prix, la règle basique, en économie, de l'élasticité de la demande au prix a pu affecter la demande. Donc il faudra rechercher les éventuels effets volume que ces effets prix ont eu sur son activité, en ne présumant pas que la simple répercussion ait réglé le problème de son préjudice en le supprimant. C'est rarement le cas, et ça amène d'ailleurs, on le voit très bien en matière de préjudice de concurrence pour les enseignes de distribution. En fonction de leur poids, de leur part de marché et de leur positionnement concurrentiel sur les prix. Précisément en ayant répercuté sur leurs prix certaines enseignes se trouvaient hors panel par rapport à leurs concurrents, eux aussi victimes mais avec une meilleure position de prix à l'origine.

Donc, retenons que c'est un sujet un peu plus sophistiqué que celui de la simple constatation de la répercussion.

Dans les autres éléments qui sont à prendre en compte, un point important est celui des investissements : parce que, au fond, on voit, dans certaines décisions de jurisprudence, que le gain manqué, notamment quand on est sur des produits qui ne sont absolument pas matures mais qui, au contraire, sont naissants, innovants, au début de leur lancement, s'il y a eu une captation du marché par une pratique déloyale, on a une difficulté de modéliser, et l'entreprise victime se trouve dans cette situation d'avoir accumulé tous les investissements nécessaires au lancement de ce produit, dont le lancement est capté de façon déloyale par un concurrent. Parfois, il est difficile, pour toutes les raisons méthodologiques que j'ai évoquées sur le gain manqué, parce qu'on est dans une pure modélisation, sans référence de comparaison établie, de projeter ce qui aurait été l'avenir pour un produit, avec ses incertitudes lors de son lancement. Alors, pour évaluer le préjudice, le montant des investissements qui ont été réalisés sont parfois la base de la demande, ce sur quoi les demandeurs se rabattent, compte tenu de la difficulté à démontrer un véritable gain manqué.

Tout ça pour dire, et compte tenu du temps qui s'écoule, je voudrais dire un dernier mot sur les pertes financières. Mais comme cela a déjà été évoqué, les intérêts compensatoires sont une composante, comme vous le savez, du préjudice d'exploitation, de la perte d'exploitation. Donc il fait partie intégrante du préjudice.

Enfin il faut inscrire le préjudice dans le temps de rétablissement d'une situation normale. On rétablit la situation normale sur un horizon temporel, mais on peut se trouver dans des cas où, finalement, ce qui est atteint dans l'entreprise (et l'exemple que je prenais des investissements perdus qui est topique), l'entreprise aura une difficulté à se remettre dans son cycle d'innovation et de lancement de produits.

Si on prend une industrie comme les semi-conducteurs par exemple, les marges se dégagent au lancement de nouveaux produits, qui viennent capter un marché et très vite les concurrents arrivent et proposent une offre qui est comparable. Si un produit est parasité au moment de son lancement, c'est très préjudiciable parce que, dans son cycle financier et sa capacité de renouvellement, l'entreprise peut se trouver privée des moyens pour pouvoir développer et lancer des produits nouveaux. Et donc, l'incidence ne peut plus s'inscrire dans le temps de rétablissement d'une situation donnée, mais de façon définitive on parle de préjudice d'atteinte au fonds de commerce dans certaines industries, il faut être attentif à ce phénomène.

Pour conclure, je pense que, comme vous l'avez compris, il n'y a pas une méthode, il y a des méthodes, et je crois que la règle d'or pour cerner

le préjudice et aider le Juge à se faire son appréciation du rétablissement d'une situation normale en conséquence de pratiques déloyales ou anti-concurrentielles, c'est le multi critères : c'est-à-dire de cerner, par des scénarios, des analyses de sensibilité, des méthodes de comparaison ou économétriques pour, à la fin du jeu, voir si, finalement, ces méthodes aboutissent à cerner un préjudice dans des bons ordres de grandeur comparables selon les méthodes mises en œuvre. L'ensemble de ces informations et analyses, doivent permettre de cerner au plus juste une situation compte tenu de ces facteurs de complexité inhérents à la matière pour arrêter un montant de préjudice plausible et cohérent dans son chiffrage.

Gilles de COURCEL : Merci Olivier.

Alors, on va parler temps et temporalité. Vous voyez que le temps nous échappe complètement. J'en suis tout à fait désolé. Je vais donner la parole à Michel JOCKEY.

Je propose, si une hôtesse peut ramasser les questions qu'il y aura, on ne les traitera pas tout de suite, mais dans les actes. Et quand Michel sera intervenu, je ferai le point avec Elisabeth et Carole pour voir comment on s'organise. Puis, Monsieur PONSOT, je pense qu'on verra l'arrêt Cristal dans l'après-midi, après l'intervention de Marie-Laure DALLERY.

Intervention de

Monsieur Michel JOCKEY

Avocat au Barreau de Paris

Me voilà dans une situation que je connais de temps en temps devant un tribunal ou devant une Cour d'appel : « Maître, vous avez trois minutes pour vous exprimer ». Et je le fais avec beaucoup de cordialité, parce que tout ce que vous avez dit était très passionnant.

On m'a demandé de parler de l'écoulement du temps. Je ne sais pas pourquoi, c'est Muriel qui, à chaque fois qu'elle me voit, me parle de l'écoulement du temps.

L'écoulement du temps : vous avez un Avocat qui a quarante ans de pratique, pour les entreprises et, Monsieur le Président – je vous ai entendu avec passion – c'est sûr qu'il faut encore évoluer, même si on a beaucoup évolué, dans la présentation des préjudices économiques. Grâce à vous. J'ai, dans la salle, des amis et des contradicteurs dans des dossiers sur des préjudices très importants, et c'est sûr que votre expertise est maintenant indispensable.

Pour autant, lorsque j'ai un entrepreneur dans la confidentialité de mon bureau, je lui dis toujours : le temps du procès n'est pas celui de l'entreprise. Et la question pour nous, professionnels et responsables d'entreprises, c'est de savoir si on va au procès. Et pourquoi on hésite ? On hésite sur l'écoulement du temps.

Et pour compléter, peut-être, Monsieur le Président, ce que vous disiez tout à l'heure, c'est qu'il y a des procès, des dossiers, plus ou moins importants, sur lesquels on peut plus ou moins investir, parce que, effectivement, avoir recours à vos services et aux nôtres coûte cher aux entreprises, et il faut que le dossier puisse s'y prêter. Et je comprends, par rapport à ce que j'ai connu, c'est-à-dire quand on présentait un préjudice économique à un tribunal de commerce ou à une Cour d'appel, où on présentait comme préjudice un chiffre d'affaires. Et on disait au tribunal : c'est notre préjudice. Et sur le préjudice moral – mais vous le savez, j'ai entendu des Magistrats qui disaient que, parfois, le préjudice moral leur permettait de faire aussi eux-mêmes un « blow ».

Tout cela pour dire que les choses évoluent. Et, en préparant mon propos (que je vais donc faire court, sinon je ne tiendrai pas ma parole), j'ai quand même regardé la notion d'intérêts moratoires et d'intérêts compensatoires : et j'y ai découvert, quand on relit les textes, même sur les intérêts moratoires, des choses bigrement intéressantes :

Si vous prenez l'article 1231-6 du Code civil, qui prévoit des intérêts moratoires dans le cadre du retard du paiement d'une somme d'argent, vous y verrez que les dommages et intérêts dus à raison du retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent consistent dans l'intérêt au taux légal. L'article ajoute : « *Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte* ». Et le dernier alinéa de cet article, qui m'intéresse beaucoup (et ce sera la terminaison de ma brillante plaidoirie), c'est « *Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts de l'intérêt moratoire* ».

Ça, c'est pour le retard dans le paiement des sommes d'argent.

Mon avantage est certain sur vous tous, car mes intérêts moratoires ou mes intérêts compensatoires, ils s'appliquent partout. Petite, grande concurrence, faute contrefactuelle, faute contractuelle, rupture brutale. Je suis le plus à l'aise de ce colloque de toute la journée !

Si vous reprenez l'article 1231-7 du Code civil : « *En toute matière, la condamnation à une indemnité emporte intérêts au taux légal* ». Je vous fais grâce de la suite de cette disposition.

Et puis, le Code monétaire et financier, à l'article 313-3, nous dit : « *En cas de décision de condamnation pécuniaire par décision de justice, le taux de l'intérêt légal est majoré de cinq points à l'expiration du délai de deux mois à compter du jour où la décision de justice est devenue exécutoire* ». Cinq points ! Belle affaire ! Pour vous qui savez ce que c'est que la finance, moi-même, Avocat, je comprends que ce peut être une belle affaire !

Et puis, vous avez, effectivement, également, l'article 441-10 du Code de commerce qui est sur les questions de factures, et qui prévoit également des taux d'intérêt légaux qui s'appliquent automatiquement.

Tout ça pour vous dire que la Loi prévoit déjà des réparations de préjudices économiques sans qu'il y ait besoin d'en faire la preuve. Pour l'Avocat que je suis, c'est parfois une grande aïssance pour nous.

Je suis beaucoup plus passionné, évidemment, par les intérêts compensatoires, sur lesquels je vais vous dire un mot, parce que, là, j'ai évidemment

appris, et je suis, là aussi, très content, malgré cette heure et demi passée avec vous, que vous n'ayez pas débauché.

Alors, l'intérêt compensatoire : pour moi, j'ai vu deux décisions (je fais très simple) qui m'intéressent le plus, qui ont été rendues par la Cour d'appel de Paris (j'en oublie peut-être), qui sont de 2017 et de 2020 (nous sommes dans le domaine de la grande concurrence) :

Ce qui me frappe, c'est que ces deux décisions ne font pas référence, au départ, au droit français, mais au droit européen, pour aller asseoir sa condamnation ou pas, sur les intérêts compensatoires. Et c'est la fameuse directive que tu rappelais, sur laquelle, avec l'arrêt Manfredi cité par ces deux décisions, qui permettent à la Cour de regarder les intérêts compensatoires. Et là, Messieurs les Experts judiciaires, Messieurs les Experts des parties, vous êtes là aussi à l'œuvre, puisque qu'est-ce que vous avez essayé de dire ? Qu'est-ce que vous avez essayé de faire juger par les tribunaux ? C'est que l'intérêt légal serait insuffisant. Par rapport à ce que j'ai dit tout à l'heure, je n'en suis pas très sûr.

Et vous êtes allés chercher, effectivement, un autre intérêt, d'autres intérêts. Comme le WACC (ou CMPC, Coût Moyen Pondéré du Capital), comme les intérêts contractuels ou les intérêts Arcep par exemple, en matière de téléphonie.

Et là, je dirais que la Cour d'appel de Paris, en l'état de ces deux décisions, vraiment, m'a passionné : je pensais qu'elle pouvait prendre cette demande comme une sorte d'intérêt compensatoire qu'elle aurait pu ordonner ainsi. Pas du tout. Et là j'ouvre les débats – puisque je referme le mien – par ce qui va vous attendre tout à l'heure, puisque les deux décisions portent sur la perte de chance. Est-ce que, oui ou non, vous avez perdu la chance de ne pas avoir pu réinvestir votre trésorerie, à un moment x, au moment de la contrefactualisation des faits que vous reprochez ? Et c'est donc par rapport à la perte de chance que ces deux décisions ont dit oui ou non, il y avait ou pas prise en compte d'autres intérêts que les taux d'intérêt légaux.

J'ai trouvé ça fort intéressant, et dans celui de 2017, d'ailleurs, la Cour d'appel reprend le taux d'intérêt légal pour dire : je l'augmente de 0,5 au titre d'intérêts compensatoires.

Voilà ce que je voulais vous dire très rapidement, et j'ai un petit espoir : c'est que, peut-être la Loi,

qui est très en retard puisque, si nous débattons avec beaucoup de brio sur plein de choses, la Loi est assez en retard, si ce n'est qu'il y a, dans une des navettes actuellement devant le Sénat, un nouvel article qui va être l'article, en principe, 1283, sur les règles particulières à la réparation des préjudices résultant dans le retard de paiement de sommes d'argent, qui dirait la chose suivante : « *le créancier auquel son débiteur en retard a causé un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance* ». Là, il y a une ouverture, puisque je vous ai rappelé les précédentes dispositions de l'article 1231-6, qui parlait de la mauvaise foi. Et là, il n'y a plus de mauvaise foi. Donc quelque chose de plus automatique.

Vous voyez qu'il y aurait beaucoup de choses à dire sur les intérêts. Ne les oublions pas, et même les Experts de parties. Parfois, les Avocats ont besoin d'être dans les calculs.

Gilles de COURCEL : Michel vient de nous démontrer qu'il y a des Avocats qui sont très synthétiques.

Nous démarrons à présent la deuxième table ronde.

Nicolas, sans plus attendre, je te donne la parole sur ce thème : « lien de causalité entre le fait générateur et le préjudice allégué », qui n'est pas effectivement le thème le plus facile de la journée, mais il est extrêmement passionnant.

2^e Table ronde : Lien de causalité entre le fait générateur et le préjudice allégué

Exposé de Monsieur Nicolas RONTCHEVSKY

Professeur agrégé des Facultés de
droit à l'Université de Strasbourg

Merci vivement, Gilles.

Mesdames et Messieurs, c'est un grand honneur et un plaisir d'être parmi vous ce matin et de participer à vos travaux, et je tiens tout d'abord à exprimer mes plus vifs remerciements au Président Olivier PERONNET et à Gilles de COURCEL de leur invitation et de m'avoir offert ce très beau sujet.

« *Le nez de Cléopâtre, s'il eut été plus court, eut changé la face du monde* ». Cette pensée célèbre de Blaise Pascal est en exorde d'un article du professeur Paul Esmein de 1964 sur la question du lien de causalité, moins célèbre mais bien connu des juristes.

D'une manière générale, la causalité évoque l'idée de production, un lien entre deux événements, l'un découlant de l'autre. En droit de la responsabilité civile, il n'y a de responsabilité que si un fait générateur de responsabilité, imputable à une personne, se rattache au dommage allégué par une relation de cause à effet, une cause effective que les juristes dénomment lien de causalité. Et le lien de causalité est aujourd'hui une condition à part entière de la responsabilité civile, et ce – nous allons y revenir – dans tous les domaines.

L'exigence du lien de causalité s'applique d'une manière générale, et elle s'applique notamment, mais avec un certain nombre de spécificités remarquables, au préjudice de concurrence.

Au-delà de ce constat, simple et théorique, force est de constater que l'appréciation du lien de causalité est une question sensible et extrêmement délicate dans la pratique. L'exigence du lien de causalité, l'appréciation du lien de causalité, ce seront les deux temps de cet exposé liminaire.

I. L'exigence du lien de causalité

Le rattachement causal du préjudice allégué au fait générateur de responsabilité est une condition générale de la responsabilité civile.

Revenons-y quelques instants, avant de souligner que cette exigence est logiquement appliquée au préjudice de concurrence.

1. Tout d'abord, d'une manière générale, l'existence du lien de causalité est expressément exigée par l'un des textes les plus célèbres du Code civil, l'article 1240, l'ancien article 1382 : « *Tout fait quelconque de l'Homme qui cause un dommage à autrui oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

Il a déjà été rappelé fort justement ce matin que ce texte est le fondement encore aujourd'hui en droit français de l'indemnisation de préjudices, qui peuvent être extrêmement importants (on parle parfois de petite concurrence, mais les préjudices en matière de concurrence déloyale peuvent être également très lourds). Ce texte est le fondement, le siège des actions en matière de responsabilité pour concurrence déloyale.

Lorsque l'on regarde l'histoire du droit de la responsabilité, il apparaît que le lien de causalité a été longtemps négligé, jusqu'à ce que la doctrine, puis progressivement la jurisprudence à partir des années 1930-40, érigent pleinement le lien de causalité au rang d'exigence, de condition générale de mise en jeu de la responsabilité civile ; et cette exigence est tellement acquise aujourd'hui en droit positif que la proposition de réforme de la responsabilité civile, la proposition de Loi du 29 juillet 2020, prévoit expressément, je cite le texte (l'article 1239) : « *la responsabilité suppose l'existence d'un lien de causalité entre le fait imputé au défendeur et le dommage* » (étant précisé que le texte initial du projet ajoutait expressément que ce lien de causalité se prouve par tout moyen, mais cette précision a été supprimée).

L'exigence du lien de causalité s'applique en particulier au cœur de nos travaux de ce jour, à savoir à la réparation des préjudices de concurrence, et ce constat est très net, aussi bien en matière de concurrence déloyale qu'en matière de pratiques anti-concurrentielles ou de pratiques restrictives de concurrence.

Il a déjà été dit, s'agissant tout d'abord de la *concurrence déloyale*, que la jurisprudence affirme

de manière constante qu'il incombe au demandeur à l'action en concurrence déloyale de rapporter la preuve des trois éléments de la responsabilité, et donc non seulement la preuve de la faute, la preuve du préjudice, mais aussi la preuve du lien de causalité.

Mais il a également été déjà rappelé que, de longue date, la Cour de cassation a fait preuve de souplesse dans ce domaine, et a posé une présomption de causalité, selon laquelle – je cite les arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, – « *il s'inferè nécessairement en préjudice, fut-il seulement moral, d'un acte de concurrence déloyale* ». Et, dans l'arrêt « Cristallerie de Montbronn » du 12 février 2020, la Cour de cassation, de manière très claire, très didactique a souligné à nouveau que « *cette jurisprudence, qui énonce une présomption de préjudice, sans pour autant dispenser [autre idée qui a été évoquée déjà ce matin] le demandeur de démontrer l'étendue de celui-ci, répond à la nécessité de permettre au Juge un moindre exigence probatoire lorsque le préjudice est particulièrement difficile à démontrer* ».

Si l'on met maintenant l'accent sur les pratiques anti-concurrentielles, la jurisprudence française a également souligné, de très longue date, que l'indemnisation d'un préjudice découlant de telles pratiques – je cite des arrêts de la Cour d'appel de Paris, « *... n'est due que si ces pratiques sont directement à l'origine du préjudice subi* », ou encore, de manière plus nette, « *Il faut que le lien de cause à effet soit établi de façon expresse* ».

Les praticiens comme les théoriciens du droit de la concurrence soulignent que cette exigence est constante dans le contentieux indemnitaire des pratiques anti-concurrentielles. Et de son côté – cela a également été rappelé ce matin et cela me permettra d'aller très vite sur ce point et de consacrer davantage de développement à des points plus sensibles – la Cour de Justice de l'Union européenne, dans ses arrêts MANFREDI et KONE de 2006 et 2014, a souligné cette exigence : établir la causalité. Elle a été reprise dans le guide de la Commission européenne, qui a également été évoqué ce matin, et elle a été clairement consacrée par la directive « Dommages » du 26 novembre 2014, qui a également déjà été citée ce matin.

Et l'on en vient à nouveau à des questions qui sont plus au cœur de cet exposé, car cette directive de 2014 a été transposée en droit français par l'ordonnance du 9 mars 2017 « *relative aux actions en dom-*

gages et intérêts du fait des pratiques anti-concurrentielles ». Et cette ordonnance a introduit, cela a été relevé, des dispositions spécifiques – c'est tout à fait remarquable – des dispositions spécifiques dans notre Code de commerce, aux articles L. 481-1 à L. 488 gouvernant les actions en réparation et les dommages et intérêts qui peuvent être demandés par les victimes dans ce domaine.

Le nouvel article L. 481 du Code de commerce, qui ouvre ces dispositions, mérite d'être cité : ce texte énonce que « toute personne physique ou morale est responsable du dommage qu'elle a causé du fait de la commission d'une pratique anti-concurrentielle définie aux articles L. 420-1... ».

Il apparaît que la rédaction de ce texte est très proche de celle de l'article 1240 du Code civil : la preuve de la causalité est expressément exigée, c'est là une difficulté, nous y reviendrons, qui est très délicate dans la pratique. Elle est très délicate que les rédacteurs de l'Ordonnance de 2017 ont voulu simplifier la tâche probatoire des victimes dans un domaine très sensible, à savoir les ententes. Et en matière d'ententes, exclusivement, et pas en matière d'abus de domination, le nouvel article 481-7 énonce : « Il est présumé jusqu'à preuve contraire qu'une entente entre concurrents cause un préjudice ». Il ressort donc clairement du droit positif que le lien de causalité est une condition générale de réparation des préjudices en matière de concurrence, même si ce lien de causalité peut être présumé, par la Loi le cas échéant, ou par la jurisprudence.

Même en l'absence d'une telle présomption, pour faciliter la tâche de la victime et aussi faciliter peut-être l'approche des juridictions confrontées à ces difficultés, nous allons constater que l'appréciation du lien de causalité est très souple en pratique :

2. L'appréciation du lien de causalité

Nous avons vu que le lien de causalité est exigé par la Loi comme par la jurisprudence, mais, ce qui est tout à fait remarquable, on n'en trouve aucune définition. Certains ont dit que c'est « l'arlésienne » du droit de la responsabilité. Elle expose, dit-on (formule du Professeur Paul Esmein dans cet article de 1964 qui y citait en exorde la pensée de Blaise Pascal) que la victime est exposée « aux affres » de la causalité.

Les affres de la causalité, ou peut-être les intérêts d'une absence de définition ; sur ce point, il y a une observation dans la présentation du projet de Loi

de la responsabilité civile par la Chancellerie, qui précise que « la causalité ne fait l'objet d'aucune définition pour laisser une marge de liberté au Juge ». C'est donc à dessein que la causalité n'est pas définie.

Cela étant, nous allons constater, et c'est le premier point très important pour les Experts des parties et les Experts judiciaires, que la causalité est une question de droit, mais qui n'exclut pas une appréciation technique. Et, comme je le disais, la causalité technique et juridique est appréciée avec une très grande souplesse.

D'abord, la causalité est incontestablement une question de droit. La Cour de cassation l'a rappelé dans un arrêt de la Chambre criminelle du 7 décembre 2016, dans lequel elle a censuré une décision des Juges du fond qui avaient délégué véritablement à un Expert le pouvoir de se prononcer sur la causalité. Mais comme cela sera exposé dans quelques minutes, cette exigence d'une causalité juridique n'exclut pas que les Experts puissent se prononcer sur ce que l'on peut appeler une causalité technique ou économique. Et si les Juges du fond ne peuvent retenir la responsabilité civile d'une personne sans avoir retenu cette existence du lien de causalité, au-delà du contrôle de l'affirmation de la négation de la causalité, car c'est surtout ça qui est contrôlé, est-ce que les Juges du fond (c'est ce qui nous sera exposé) se sont ou non prononcés sur cette question fondamentale de la causalité ? Mais au-delà de ce contrôle, il me semble que la Cour de cassation n'a jamais pris position sur le point de savoir si c'était la théorie doctrinale de l'équivalence des conditions ou celle de la causalité adéquate qui devait s'appliquer. Il y a des arrêts de la Cour de cassation qui peuvent se rattacher, selon les cas, à l'une ou l'autre théorie.

Si l'on en vient à ce qui nous intéresse tous au premier chef ce matin, et ce qui sera développé dans quelques instants, la pratique jurisprudentielle, il apparaît très nettement, lorsque l'on examine les décisions et en particulier les décisions des Juges du fond, les décisions des tribunaux de commerce, les décisions de Cours d'appel, que la question de la causalité est une question de plus en plus sensible, de plus en plus traitée. Les rapports d'expertise se prononcent là-dessus, et il y a notamment un arrêt très intéressant qui avait été relevé par Gilles de COURCEL, l'arrêt SPEED RABBIT DOMINO PIZZA de 2017, les Juges du fond se fondent sur les rapports d'expertise et invitent les Experts à

se prononcer, non pas sur une causalité juridique, mais une plausibilité ou au contraire une exclusion de certains types de préjudices. Au-delà, il apparaît que l'appréciation du lien de causalité est très souple, et elle peut être faite par de simples indices ; un faisceau d'indices positifs ou négatifs peut suffire.

Enfin, et cela a déjà été dit et cela sera à nouveau souligné car, en pratique, c'est une notion clé aujourd'hui, les praticiens, la jurisprudence, peuvent avoir recours, dans toutes sortes de situations, à la perte de chance, à savoir un préjudice qui est une spécificité française, une notion qui a été forgée par la Cour de cassation, qui est apparue – c'est assez remarquable – pour la première fois dans un arrêt du 17 juillet 1889, qui concernait la perte de chance de gagner un procès en raison d'une faute commise par un huissier de justice qui n'avait pas régulièrement délivré un exploit. Depuis cet arrêt du 17 juillet 1889, le droit français connaît cette notion, spécifique, la perte de chance qui est « *la perte provoquée par la disparition d'une éventualité favorable qui n'était pas illusoire et qui constitue un préjudice certain* ».

De manière remarquable, la perte de chance a fait son entrée dans les textes et elle est présentée comme un préjudice réparable par le nouvel article L. 481-3 du Code de commerce. Surtout, comme cela a déjà été dit ce matin, la perte de chance est consacrée très clairement par la proposition de réforme de la responsabilité civile, qui énonce : « *la perte de chance constitue un préjudice réparable dès lors qu'elle consiste en la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable* ». Par sa grande flexibilité, la perte de chance est en pratique un instrument très prisé des Avocats, des Experts et

des Juges du fond, qui ont une très grande marge de manœuvre ici, à une condition : de ne pas préciser qu'ils procèdent à une appréciation forfaitaire, ce qui est catégoriquement proscrit à juste titre par la Cour de cassation.

Et nous avons là, sans doute, une ultime illustration d'une autre idée, qui était déjà évoquée par le Professeur Paul ESMEIN dans cet article célèbre de 1964 : « *c'est par sentiment [le sentiment, sans doute, c'est l'équité] que les Juges décident si la réalisation d'un dommage est une conséquence trop imprévisible d'un acte pour que son auteur en soit responsable* ».

Il ne saurait être question ici de conclure, mais seulement d'ouvrir la voie à des observations plus approfondies sur différents points très sensibles dans la pratique de l'expertise judiciaire, observations qui vont être formulées tour à tour par :

– Monsieur Vincent VIGNEAU, Conseiller à la Cour de cassation, qui nous présentera ses observations sur l'appréciation judiciaire du lien de causalité ;

– puis Monsieur le Président Pierre CALLOCH, Président de Chambre à la Cour d'appel d'Aix-en-Provence traitera cette question, que j'ai déjà brièvement évoquée, la distinction entre la causalité juridique et la causalité technique ou économique ;

– le Bâtonnier Bruno CRESSARD formulera des observations d'Avocat de manière générale et sur l'utilisation pratique de la perte de chance ;

– et enfin, Monsieur Mathieu AMICE, Expert judiciaire, présentera le point de vue de l'Expert.

Merci de votre attention.

Intervention de Monsieur Vincent VIGNEAU

Conseiller à la Cour de cassation

Merci de me donner la parole.
On m'a demandé de parler de l'appréciation judiciaire du lien de causalité.

Qu'est-ce que c'est que le lien de causalité, en droit ? C'est ce que nous, juristes, appelons une qualification, c'est-à-dire une construction intellectuelle dont découlent des conséquences juridiques.

Vous ne croiserez jamais, dans la rue, de qualifications juridiques. Même si vous allez vous promener dans le quartier du Vieux Port, vous ne croiserez pas de qualifications juridiques. Vous croiserez peut-être des faits, mais pas de qualifications.

Mais, certains de ces faits présentent, au regard des juristes, une certaine coloration, ou certains caractères qui font que ces derniers leur collent des étiquettes ; ce sont ces qualifications juridiques.

Mais, on a parlé, en matière de responsabilité, des trois grandes qualifications : la faute, le dommage, le lien de causalité. Contrairement à la faute et au dommage, qui sont des qualifications concrètes, qui reposent sur des faits, le lien de causalité est une qualification abstraite. C'est une fiction juridique, qui repose sur une reconstruction, une recherche a posteriori du fil qui a relié le fait générateur (ici la faute) et le dommage.

Ce fil peut être de diamètre et de solidité différents, plus ou moins forts, plus ou moins visibles. Il en va ainsi de la causalité qui peut être exclue, douteuse, plausible, vraisemblable ou, et c'est, celle qui nous intéresse, la causalité certaine.

Ce fil peut être constitué d'un brin unique, ou de plusieurs brins. La causalité peut être exclusive, plurielle, ou aggravante.

Se pose enfin la question de la longueur du fil : jusqu'à quel niveau doit-il relier la cause au dommage ?

Pour bien comprendre la façon dont les Juges apprécient le lien de causalité, car c'est encore la question qui m'est posée, il faut avoir à l'esprit que l'opération intellectuelle qui consiste à juger comporte trois étapes :

– première étape : l'appréciation des faits : tel fait a ou non existé. Quand on parle d'un fait, en droit, cela peut être un événement, mais ça peut être aussi une quantité (la perte de chiffre d'affaires, par exemple, c'est un fait). Les juges du fond appré-

cient souverainement ces faits, sans le contrôle de la Cour de cassation, à partir des éléments de preuve qui leur sont proposés ;

– deuxième opération : la qualification de ces faits. J’y reviendrai ;

– enfin, troisième et dernière opération : les conséquences juridiques qui découlent de cette qualification.

Revenons à la qualification, qui consiste à faire entrer un fait dans une catégorie juridique ; c’est le cœur du travail des juges.

En principe, ce travail de qualification est contrôlé par la Cour de cassation qui, alors, lorsqu’elle contrôle, énonce les critères généraux et abstraits qui permettent de guider les juges du fond dans leur démarche. À cet égard, elle opère deux types de contrôle :

– ce qu’on appelle chez nous un contrôle lourd ; c’est, on pourrait dire, resserré, lorsque la Cour de cassation estime que la Cour d’appel ne pouvait, à partir de ses constatations de faits, qu’aboutir à une seule solution. De tels faits, dit la Cour de cassation, découlent nécessairement telle qualification ;

– et puis, à côté du contrôle lourd, on a le contrôle léger, lorsque la Cour de cassation laisse une marge d’appréciation aux juges du fond dans la qualification des faits. La Cour de cassation exerce ce contrôle léger, toutes les fois où la qualification repose sur des standards juridiques. C’est-à-dire des notions floues, aux contours incertains. C’est le cas, par exemple, de la faute délictuelle, qui est appréciée par référence à ce qu’aurait fait une personne raisonnable, qu’on appelait autrefois le « bon père de famille ». Mais la difficulté de ces standards, c’est qu’ils ont des frontières qui sont très floues : le juriste n’est pas comme l’océanographe qui dispose du marégraphe qui lui permet de fixer la ligne idéale du niveau de la mer. C’est pour cette raison que la Cour laisse cette marge d’interprétation.

Mais certaines qualifications sont si imprégnées de faits qu’elles ne peuvent être contrôlées par la Cour de cassation, faute pour elle de pouvoir dégager ces fameux critères généraux abstraits qui auraient pu guider les juges du fond.

C’est le cas, par exemple, de la mauvaise foi, dont on a parlé tout à l’heure, lorsque la qualification ne dépend pas de la nature des choses mais d’une quantité de choses. À partir de quel moment,

quelle accumulation de comportements, on peut être considéré comme de mauvaise foi ? Et, dans ces cas, la Cour de cassation renonce à exercer son contrôle sur les décisions des Juges du fond, qu’elle abandonne à ce qu’on appelle leur pouvoir souverain. Elle se borne à vérifier que les juges ont motivé leur décision, que cette décision est rationnelle, mais sans exercer d’appréciation sur le bien-fondé de cette motivation.

Venons-en au lien de causalité : est-ce qu’il est contrôlé, ou non, par la Cour de cassation ? Et s’il est contrôlé, quels sont les critères plus ou moins précis qu’elle pose ?

Je vais sans doute vous décevoir, car je dois vous confesser que la position de la Haute juridiction n’est pas très claire sur cette question. On trouve, tour à tour, dans la même période, des arrêts qui considèrent que l’appréciation du lien de causalité relève du pouvoir souverain, d’autres du contrôle léger, et enfin, certains, du contrôle lourd. Dans cette dernière hypothèse, il s’agit des cas où ; le lien de causalité découle de la nature même des choses.

Ces hésitations de la Cour de cassation résultent certainement de l’absence de définition du lien de causalité par la loi, laquelle absence résulte probablement de l’impossibilité d’embrasser dans une définition générale une notion à la fois abstraite et imprégnée de faits. Et d’ailleurs, on est assez surpris, lorsqu’on consulte les ouvrages de droit de la responsabilité, de voir qu’il y a des développements sur la faute et le dommage qui sont considérables – parfois vous avez cent pages sur la faute, cent pages sur le dommage et vous avez quatre pages sur le lien de causalité. C’est l’exercice que j’ai fait pour préparer, et j’étais assez déçu de voir que je n’ai quasiment pu rien « pomper » de ces ouvrages, parce qu’il n’y avait rien.

D’où le mérite du Professeur RONTCHEVSKY, qui nous a fait un panorama très complet en dépit de cette absence de développement dans les ouvrages juridiques. Mais vous n’aurez pas manqué d’observer que, dans son panorama, qu’il ne cite aucun arrêt de la Cour de cassation qui propose une méthode qui permette de définir les contours de la notion.

La Cour de cassation refuse même de trancher entre les différentes causalités qui leur ont été proposé par la doctrine, c’est-à-dire l’équivalence des conditions ou la causalité adéquate. Elle n’en parle jamais, et elle refuse de trancher.

En réalité, plus on étudie cette notion, plus on s'aperçoit qu'il est impossible de définir de façon positive le lien de causalité, car il s'y mêle toujours un nombre imprévisible de considérations factuelles qui dépendent du cas d'espèce.

Alors, vous me direz, est-ce qu'on peut tenter de définir le lien de causalité de façon négative ? Dans telle faute, le dommage aurait-il été subi ? *A priori*, cette démarche est séduisante, mais elle se heurte à un obstacle diriment, du fait que la jurisprudence exige que le fait générateur ait directement causé le dommage. Sans lien de causalité direct, pas de responsabilité. La jurisprudence exclut donc tout droit à réparation de la victime indirecte. Aussi, la suppression d'un maillon dans l'enchaînement des faits qui ont entraîné le dommage ne suffit pas à désigner la cause de ce dommage. Autrement dit, si l'approche négative est nécessaire, elle n'est pas suffisante.

En réalité, un dommage est toujours dû à une conjonction de plusieurs causes, et il n'existe pas de règle qui dicte au juge laquelle il doit choisir.

Mais, au milieu de cette mer d'incertitudes (je choisis cette métaphore car nous sommes à Marseille – je me réjouis que nous ne soyons pas à Maubeuge), il est possible d'apercevoir deux îlots de certitudes (comme les deux îlots que nous voyons au large de côte) :

– **premier îlot** : la démonstration du lien de causalité ne dénécessite pas une preuve scientifique. Comme il s'agit d'une reconstruction faite a posteriori, il est parfois impossible d'approcher directement la preuve de l'existence du fil qui relie la faute au dommage. La preuve de ce fait inconnu peut donc résulter de la preuve de faits connus. Ainsi, il est admis par la jurisprudence de la Cour de cassation que la preuve du lien de causalité peut résulter de présomptions graves, précises et concordantes, ce que nous appelions jusqu'à la réforme de février 2016 « les présomptions de l'Homme » et désormais les « présomptions judiciaires », lorsque le juge tire d'un fait connu la preuve d'un fait inconnu.

Et il est même possible de considérer comme acquis l'existence d'un lien de causalité lorsqu'aucune autre cause que la faute invoquée ne peut expliquer le dommage.

– **deuxième îlot de certitudes** : certaines fautes font présumer l'existence d'un dommage. C'est le cas notamment en matière – on l'a dit plusieurs fois – de concurrence déloyale. Il s'en infère nécessairement un préjudice. Mais en cette hypothèse – on l'a déjà dit – la présomption ne porte que sur l'existence de la faute, le principe de la faute, mais pas de son étendue, qui doit encore être prouvée.

On le voit, il est bien difficile de réduire en quelques mots la façon dont les Juges apprécient l'existence d'un lien de causalité. En l'absence de définition générale et abstraite par le législateur ou la Cour de cassation, les juristes en sont réduits à une approche casuistique, au cas par cas.

De cette étude, on peut déduire que les juges ne se limitent pas à apprécier uniquement la valeur et la portée des preuves scientifiques qui leur sont soumises, mais prennent aussi souvent en compte des considérations morales de la question ; par exemple, en se montrant moins exigeants sur la démonstration du lien de causalité dans certaines hypothèses, essentiellement lorsque le dommage a été causé par une faute volontaire, ou lorsqu'il s'agit de protéger des victimes placées dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire.

Et si j'étais aujourd'hui à un Congrès d'Experts qui se déroulerait à Marseille, je dirais qu'en matière de lien de causalité, le rôle du juge c'est de trouver la sardine qui a bloqué le Vieux Port, et le nombre de bateaux qui n'ont pas pu, en raison de ce foutriquet de poissons, prendre la mer.

Je vous remercie.

Gilles de COURCEL : Merci Monsieur le Conseiller, pour cet exposé très précis et non dénué d'humour. Vous avez évoqué, effectivement, causalité juridique et causalité économique, et donc je me tourne vers Monsieur Pierre CALLOCH, pour évoquer cet aspect-là : comment on passe du juridique à l'économique ?

Intervention de Monsieur Pierre CALLOCH

Président de Chambre à la
Cour d'appel d'Aix-en-Provence

Je vais vous faire une confession : ce n'est pas mon jour de chance :

Premièrement, je passe derrière deux orateurs brillants, et deuxièmement j'ai hérité d'un sujet qui est « distinctions entre causalité juridique et causalité économique », et là, notre marégraphe ne nous servira à rien, parce que le sujet est abyssal !

Alors, je vais me contenter de *punch lines*, d'autant plus que l'heure avance et qu'il faut essayer de garder les horaires.

Quelques « coups d'éclair », si je puis dire, sur ce sujet un peu abscons.

On vous l'a dit, la causalité juridique est une notion de droit. La Cour de cassation le dit. Et on en tire la conclusion importante que, surtout, l'Expert ne doit pas se prononcer puisque, vous le savez aussi bien que moi, le Code de procédure civile interdit aux Experts de se prononcer sur le droit.

J'ai un doute.

J'ai un doute, sauf le respect que je dois à la Cour de cassation, que je soupçonne de vouloir garder, grâce à cette précision, la main sur le contrôle des Juges du fond. Puisqu'effectivement, si c'était une question de fait, elle échapperait au contrôle de la Cour de cassation. Une petite suspicion, bien entendu. Et déférente par ailleurs.

Qu'est-ce que c'est – nous dit-on dans les livres de droit que tout le monde a consulté visiblement, et j'espère que c'est à peu près les mêmes – que cette notion de droit de causalité juridique ?

Je vais vous citer (ceux qui ont fait des études il y a très longtemps en droit se rappelleront forcément du Professeur MAZEAUD – parce qu'il y a deux catégories d'étudiants en droit – je le dis pour les Experts – il y a ceux qui lisaient MAZEAUD et ceux qui lisaient CARBONNIER. Il y en a une troisième, dont j'ai fait partie, ce sont ceux qui ne lisaient ni l'un ni l'autre, mais ça c'est un autre sujet...) le Professeur MAZEAUD donc qui, comme tous les grands Professeurs, nous éclaire, nous dit ce que c'est que la causalité juridique – je cite : « *C'est une question de bon sens plutôt que de science* ». C'est à peu près la seule définition que j'ai trouvée. On citait tout à l'heure PASCAL, évidemment on pense immédiatement à DESCARTES, le bon sens étant la chose la mieux partagée puisque tout le monde s'en trouve suffisamment pourvu. J'indique que

cela fait deux siècles qu'on essaie de savoir si les propos de DESCARTES étaient ou non ironiques... Cela pourrait être un sujet d'un Congrès...

On l'a vu (je passe rapidement – il s'agit juste de faire des éclairages de ces notions juridiques), grand débat entre l'équivalence des conditions et la causalité adéquate. Je passe, parce que, pour ceux que ça intéresse, ils iront voir effectivement. Il faut là aussi retenir, et je crois que tout le monde l'admet, que la Cour de cassation choisit l'une des théories en fonction des cas d'espèce, et l'autre en fonction des autres cas d'espèce. Il y a un certain flou – me semble-t-il – et il est admis d'ailleurs. La seule chose qui – me semble-t-il (sous le contrôle de mes co-participants) – dans cette notion de causalité juridique, est importante sur la causalité juridique à retenir pour notre domaine, c'est cette règle selon laquelle, lorsqu'on évalue le lien de causalité, on retient un lien de causalité, donc une responsabilité, lorsqu'il y a plusieurs intervenants et que l'un d'entre eux a aggravé le dommage. Je prends un exemple qu'on trouve dans la Loi de 85, là aussi dans les vieux grimoires que nous avons tous consultés : c'est l'histoire de l'automobiliste qui écrase un piéton qui, agonisant, une seconde voiture (décidément il y a des gens, comme moi, qui n'ont pas de chance) passe et la personne décède. Pourquoi je vous dis ça ? Parce que c'est une règle juridique, que le lien de causalité, l'aggravation en fait partie. Ça doit immédiatement faire tilt dans vos esprits d'Experts, parce que c'est quelque chose qui arrive très fréquemment : c'est l'histoire de l'entreprise qui va très mal ; elle est victime d'un acte de concurrence déloyale ; ça l'achève. Jusqu'où y-a-t-il un lien de causalité entre cette concurrence déloyale et la mort commerciale de la société ?

Je n'ai humblement retenu que cette seule règle sur la causalité juridique, et il va falloir maintenant s'intéresser à ce que c'est que cette fameuse causalité économique :

Il s'agit en réalité, pour vous, me semble-t-il, mais vous êtes mieux placés que moi pour le dire, de faire un pronostic. Un retour sur le futur. Il s'agit, effectivement, de reconstituer, en tenant compte de l'évolution de l'état antérieur du commerçant ou de l'entreprise mais aussi de l'évolution prévisible, plausible, de sa situation. C'est donc un véritable retour vers le futur : on va faire – comme diraient les enfants – « on dirait que ». On dirait que l'acte fautif n'a pas eu lieu, et donc que l'évolution de la société commerciale ou bien du commerçant aurait

pris cette dimension. Il s'agit d'effectuer une analyse économique, et non pas un simple constat, un simple bilan. Cette analyse économique, je vous renvoie aux célèbres fiches qu'on a évoquées depuis le départ (la fiche 2) sur le lien de causalité où, de manière fort éclairante, est indiqué comment faire cette analyse économique qui va vous permettre de mettre en lumière, sans le dire puisque vous n'avez pas droit de dire que vous mettez en lumière un lien juridique de causalité, un lien économique. Il va falloir, en vous référant à cette fiche, faire une analyse de plusieurs facteurs : les facteurs d'offres, de demandes, les facteurs extérieurs (par exemple la réglementation, les normes). Tous ces facteurs qui sont effectivement de l'ordre de la prospective. Et vous allez devoir faire effectivement ce qu'on disait tout à l'heure, c'est-à-dire un scénario contre factuel à partir de ces facteurs extérieurs proprement dits.

C'est une tâche qui confine parfois, je dois le dire et on en reparlera sur le rôle des Experts et des Experts des parties, il y a un aspect fictionnel, qu'on le veuille ou non, alors que le principe, on l'a dit, du préjudice qui doit être certain et le lien de causalité tout autant. Et c'est là toute la difficulté de ce sujet « abyssal ».

Il est d'autant plus compliqué, ce scénario contre factuel, qu'il faut se rappeler qu'il faut examiner la situation de la victime, mais il faut aussi, évidemment, s'intéresser à la situation de l'auteur. Et n'oublions pas que nous sommes en matière concurrentielle. La concurrence, elle existe. Elle est licite. C'est même le cœur de notre économie. Donc il va falloir faire la part des choses entre ce qu'il serait advenu entre concurrents légitimes et ce qu'il est advenu du fait d'une faute. Je laisse cette interrogation ; je vous l'ai dit, c'est plus de pistes de réflexion que des solutions que nous pouvons apporter aujourd'hui.

Ne nous cachons pas – ce sera mon dernier punch line – derrière notre petit doigt : cette soi-disant certitude du lien de causalité, elle est elle-même un peu fictionnelle. En réalité, le problème, il n'est pas tant un problème de lien de causalité ; c'est un problème de préjudice réparable. Et nous glissons là, effectivement, entre deux notions : tout à l'heure on parlait de présomption de causalité ; on pourrait très bien analyser les textes qu'on a évoqués il y a quelques minutes, ou le préjudice comme plus une présomption de préjudice que de présomption de lien de causalité. Là, on est vraiment dans des domaines extrêmement flous.

Et pour conclure, deux pistes de réflexion :

Je voudrais citer – là je m'avance un petit peu et j'en tremble face à des Hautes autorités – deux pistes de réflexion sur justement ce problème du préjudice réparable ou voire du lien de causalité économique :

Ce sont tout d'abord les textes sur la propriété intellectuelle et le texte sur le secret des affaires, la Loi du 30 juillet 2018, qui nous parle du lien de causalité ou du préjudice réparable, c'est ce nom, et qui me paraît d'être d'un autre domaine de la concurrence déloyale, une piste de réflexion importante.

Je vais faire une courte lecture (chose que j'interdis formellement aux Avocats de faire dans les affaires, mais pour une fois que c'est moi qui ai le micro...) : je prends le dernier texte, le plus récent, qui est un décalque (c'est ça qui est fascinant) des textes de 2014 sur la propriété intellectuelle :

« Pour fixer les dommages et intérêts dus aux réparations du préjudice effectivement subi, la juridiction prend en considération distinctement :

1. les conséquences économiques négatives de l'atteinte [ici, c'est de l'atteinte au secret des affaires, mais ça pourrait être de l'atteinte au droit des marques etc.] dont le manque à gagner et la perte subie par la partie lésée, y compris la perte de chance,

2. le préjudice moral causé à la partie lésée,

3. les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte au secret des affaires, y compris les économies d'in-

vestissement intellectuelles, matérielles et promotionnelles que celui-ci a retiré de l'atteinte ».

Paragraphe suivant, que je vous laisse méditer parce que c'est le cœur du problème, me semble-t-il, une fois que nous avons eu vos expertises, que cela a été discuté. Le texte rajoute : *« Que ce soit pour le secret des affaires ou en propriété intellectuelle, la juridiction peut, à titre d'alternative et sur la demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire. Cette somme n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée ».*

Et l'on peut se demander si, lâchement, certains Juges, malgré la pertinence de vos expertises, parfois, ne finissent pas par faire, en matière de concurrence déloyale, quelque chose qui s'approche très près du forfaitaire et, pour se donner bonne conscience et pour respecter les textes, y compris eux interprétés par la Cour de cassation, donnent quelque chose « à votre bon cœur, merci » au titre de préjudice moral.

Deuxième tendance, par rapport à ce flou abyssal : c'est l'utilisation (et je n'en dis pas plus, parce que Monsieur le Bâtonnier CRESSARD, qui est plus grand que moi, va avoir des représailles féroces à la fin) comme deuxième piste, un peu lâche peut-être, c'est à débattre, par rapport à ce lien de causalité parfois un peu flou, à ce dommage parfois peut-être pas tout à fait réparable ou en tout cas difficile à matérialiser, c'est tout simplement la perte de chance.

Intervention de Monsieur Bruno CRESSARD

Avocat à la Cour d'appel
de Rennes, ancien Bâtonnier

Le Président CALLOCH disait que mes reprises auraient lieu à la fin. Non, elles auront lieu dès le début, parce que vous avez dit à deux reprises : « *Je n'ai pas de chance* ».

Ça me fait penser à François Perrin, dans « la chèvre ». Quand il est en interrogatoire dans un commissariat au Mexique ou en Amérique du sud. Quelqu'un dit à Depardieu, qui joue le rôle de l'inspecteur qui accompagne ce type qui n'a jamais de chance, que ce n'est pas son jour de chance. Et on lui répond : « *ce n'est jamais son jour de chance* ».

Et moi, ce n'est pas du tout mon jour de chance non plus, parce que j'interviens sur un sujet qui avait été convenu entre nous mais que le Conseiller PONSOT a magnifiquement traité dans la première table ronde. Par ailleurs j'interviens dans un domaine qui est en fait un domaine subsidiaire. C'est-ce que vous ont dit le Professeur RONTCHESKY tout à l'heure et Monsieur CALLOCH à l'instant, c'est qu'en fait la perte de chance est souvent utilisée dans l'hypothèse où il y a une difficulté à établir le lien de causalité. Alors que le Conseiller VIGNEAU vous a expliqué la facilité qu'il y avait à établir le lien de causalité, et toutes les certitudes juridiques qui pouvaient exister autour de cette question-là.

Donc, la perte de chance, c'est un côté subsidiaire, mais je vais néanmoins y revenir (vous m'excuserez Monsieur le Conseiller, de reprendre quelques-uns de vos propos) parce que c'est un point important, et c'est un point qui est retenu par la jurisprudence et sur lequel on peut donner quelques exemples concrets.

On vous l'a dit, la définition est très simple : la perte de chance permet de réparer un préjudice qui résulte de la disparition actuelle et certaine due à un tiers, soit d'une éventualité favorable, soit d'une chance d'obtenir un gain ou de limiter une perte.

Vous le savez aussi, elle donne lieu à une réparation partielle, qui est mesurée sur la valeur de la chance perdue, déterminée par un calcul de probabilité. C'est là où on rentre dans le domaine de l'expertise, dans le domaine des mathématiques.

On abandonne donc l'évaluation au doigt mouillé pour aborder un domaine plus sérieux.

Qu'est la perte de chance, ou plutôt, qu'est-ce qu'elle n'est pas ? Et, vous l'avez dit tout à l'heure, la perte de chance est parfois confondue avec la perte de

gain manqué, alors qu'en réalité la perte de chance suppose la perte de probabilité d'un événement favorable. Il y a là une condition particulière, qui n'existe pas dans l'hypothèse de perte de gain manqué.

Les fiches de la Cour d'appel de Paris (et il est d'ailleurs très confortable de parler de ces fiches devant leurs rédacteurs des fiches, devant les Conseillers et Présidents) ; permettent de construire un raisonnement en plusieurs étapes :

Première étape : il ne faut pas oublier que la perte de chance suppose un fait générateur de responsabilité. Il faut donc qu'il y ait une faute qui doit être la cause certaine du préjudice. Ça, c'est quelque chose qui doit être rappelé en premier lieu.

Et puis une fois cette faute établie, le Juge ou l'Expert va se doter de pouvoirs magiques. On a dit tout à l'heure, il va rembobiner le film et il va imaginer le scénario contre factuel le plus plausible. Il va se poser deux questions, et ce sont deux questions que les Experts doivent également se poser :

– Y avait-il probabilité d'une éventualité favorable ? Cette probabilité étant caractérisée dès lors qu'il existe une chance, même minime. Cela a été dit, et c'est important.

La jurisprudence, d'ailleurs, est tout à fait claire sur ce sujet. Vous avez différents arrêts et notamment un arrêt de la Cour de Cassation du 12 octobre 2016, qui dispose que toute perte de chance ouvre droit à réparation. Et vous avez un autre arrêt de 2010 qui pose une présomption de certitude de la perte de chance, en jugeant qu'elle présente un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable. Donc, la première question que doit se poser le Juge c'est de savoir s'il y a une éventualité favorable.

Et cette éventualité favorable, elle va être travaillée non pas comme ça, au doigt mouillé, mais elle va être travaillée en prenant en considération l'historique de l'entreprise, les valeurs de l'entreprise, les habitudes, pourquoi pas l'état d'esprit du dirigeant. Et si on parle de la chance, on va aussi parler du hasard. Il y a une maxime qui dit que « avoir de la chance, c'est se placer sous la trajectoire du hasard ». Et PASTEUR (il n'avait pas encore été cité ce matin, donc c'est une occasion que je saisis) disait que le hasard ne favorise que les esprits préparés. Et je pense que, pour cette analyse de probabilités, on va aussi reprendre cette thèse de PASTEUR, à savoir : est-ce que l'entreprise était

préparée à faire en sorte qu'il y ait une éventualité favorable ?

– Donc, une fois cette question de l'éventualité favorable traitée, il y a une deuxième question qui se pose : y-a-t-il disparition de la probabilité de réalisation, en raison, du fait générateur de responsabilité. Un arrêt, du 8 mars 2012 précise que « seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable.

Si la réponse est positive à ces deux questions, le Juge doit évaluer le préjudice économique. Quelques règles, mais elles ont été rappelées et je vais aller vite sur ce point :

– La réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée. C'est l'exemple qui était donné tout à l'heure par Monsieur le Conseiller concernant la perte de possibilité de participer à un appel d'offres.

Et deuxième limite, qui a encore été rappelée tout à l'heure : l'appréciation de la perte doit être concrète et non pas forfaitaire.

Ceci étant, je m'interroge sur le fait que, pour moi, certains Juges du fond n'ont pas nécessairement totalement intégré cette exigence. J'en veux pour preuve (rassurez-vous, Madame la Présidente) un arrêt de la Cour d'appel de Paris, mais qui n'est pas de votre Chambre, du 23 septembre 2021, tout récent, dans lequel la Cour d'appel retient comme perte de chance le montant total des devis que l'entreprise avait obtenus comme signés, mais dont les travaux n'avaient pas pu être réalisés en raison d'une concurrence. Et donc, c'est le montant total des devis. Y aura-t-il un pourvoi ? Je n'en sais rien, mais en tout cas c'est assez surprenant de voir ça.

D'autre part, une fois qu'on a évoqué toutes ces questions, il faut aussi se dire : quelle est la valeur des gains manqués par le demandeur du fait de l'absence de survenance ? Et c'est là ce qu'on va appeler – moi j'ai vu ça dans des articles de certains Experts – l'aléa de décision. La perte de chance, de toute façon, ça n'est qu'une multiplication d'aléas de décisions. Qu'est-ce qui aurait eu lieu si... ?

Il y a le deuxième aléa, qui est l'aléa de valorisation : quelle était la probabilité de la survenance de l'événement favorable ? Et là, on s'aperçoit qu'il y a des travaux d'expertise qui sont repris dans les différentes décisions jurisprudentielles sur ce sujet,

qui sont très intéressants. Je donne un exemple, qui est un arrêt de la Cour d'appel de Paris de 2018 : c'est en matière d'abus de position dominante dans lequel, contrairement à l'entente, il n'y a pas de présomption de préjudice. Donc, là, on est dans un domaine différent. Le demandeur exerçait son activité dans le domaine du marketing direct, et avait demandé à France Telecom de lui fournir la liste des personnes figurant sur une liste. France Telecom refuse, et le demandeur va agir. Une procédure assez longue sur laquelle je ne vais pas revenir va se dérouler, et le débat, lors de la liquidation du préjudice, devient le suivant : le demandeur a-t-il subi un préjudice étant celui de la perte de chance de se développer à moindre coût sur un marché grâce à la fourniture de la liste. Et ce qu'a fait l'Expert, qui a été suivi totalement par la Cour d'appel, c'est qu'il a considéré le scénario contre factuel : il a considéré qu'en l'absence de pratiques anti-concurrentielles, à savoir : si les bases de données avaient été fournies au demandeur, les prix sur le marché auraient baissé de 15 %, et par la même le volume aurait augmenté de 27 %. C'est précis. Ça se fonde sur des analyses économiques. Et la multiplication de ces chiffres aurait donné une progression du marché de 8 %. Et à partir de là, l'Expert dit : l'entreprise a eu une perte de chance de ne pas avoir réalisé un chiffre d'affaires supérieur de 30 % au chiffre d'affaires réel.

Ce n'est pas l'estimation qu'on retrouve parfois dans certaines décisions, qui ne sont évidemment pas rendues par les Juges qui sont ici présents, dans lesquelles on dit que le Juge évalue le préjudice à 70 %. Pourquoi 70, pourquoi pas 75, pourquoi pas 80 ?

Dans l'hypothèse susvisée, l'expert s'est fondé sur des faits, sur des analyses du marché, sur des perspectives d'augmentation du marché pour dire que le marché aurait progressé de tel pourcentage.

Voilà ce que je pouvais vous dire sur la perte de chance, en rappelant que l'évaluation de la perte

de chance relève de l'appréciation souveraine des Juges du fond, et c'est tout de même un point essentiel.

Très rapidement, deux pistes de réflexion, parce que, ce matin, Gilles nous disait aussi que notre rencontre était l'occasion de regards croisés. En premier lieu, je pense qu'il faut s'attacher, nous tous, c'est-à-dire surtout Juges et Avocats, à bien définir la mission de l'Expert. Je ne vais pas dire à délimiter la mission de l'Expert, mais bien la définir, parce que c'est essentiel. Combien de fois un Expert judiciaire, lors de l'ouverture des travaux, nous dit qu'il est un peu gêné parce que sa mission n'est pas totalement complète, qu'il ne peut pas se prononcer sur ci ou ça ? Alors, on va éventuellement retourner devant le Juge, qui va compléter la mission. Mais je pense qu'il doit y avoir un effort collectif (je m'adresse à un public qui est essentiellement composé d'Experts, mais aussi de Magistrats du fond et d'Avocats) pour arriver à une bonne précision de la mission de l'Expert.

Et puis, d'autre part, un regret : d'une part, je suis très attaché, parce que je fais beaucoup d'arbitrages, au principe non pas des plaidoiries mais des plaidoiries-discussions. Et à ce titre, je regrette que les Experts ne soient jamais, ou quasiment jamais, auditionnés par les Juges, notamment les Juges du fond. Et ça, je pense que ce serait, dans certaines hypothèses, vraiment intéressant qu'il puisse y avoir un vrai débat, parce qu'il y a la froideur d'un rapport, un rapport qui a été écrit sur la base de déclarations des uns et des autres, mais je suis persuadé que des éléments concrets, nouveaux, pourquoi pas, pourraient ressortir dans le cadre d'un débat contradictoire devant les Juges, avec des Juges qui posent des questions à l'Expert, et je suis certain qu'il y aurait un enrichissement de la qualité des travaux sur ce point.

Voilà les deux axes sur lesquels je voulais clore mon intervention.

Intervention de

Monsieur Mathieu AMICE

Expert, Président de la section
Rouen-Caen de la CNECJ

Merci Gilles.

Gilles, quand tu m'avais demandé d'intervenir, tu m'avais dit : « *tu verras, c'est très simple. Ta prise de parole ne durera que cinq minutes, et surtout tu interviendras à la fin du tour de table* ». Mais en fait, c'est presque la place la plus difficile ! En effet beaucoup de choses ont déjà été dites, le plus souvent avec beaucoup d'humour, beaucoup d'esprit ; il faut donc que je conserve le même rythme et le même ton. Et enfin, avec un esprit de sympathique espièglerie, certains de nos brillants intervenants, ont lancé un défi collectif, à savoir insérer certaines références littéraires et historiques dans nos propos ! Cela, je l'ai appris lorsque je suis monté à la tribune !

Face à de tels défis, mon objectif est de proposer une synthèse de ce qui a été dit, et surtout d'évoquer comment nous autres praticiens, Experts-comptables judiciaires, nous allons mettre en œuvre opérationnellement les préconisations évoquées précédemment.

Professeur RONTCHEVSKY, dans vos propos introductifs, j'ai retenu des mots forts que vous avez notamment rappelés à plusieurs reprises, qui peuvent être reçus – *pour ma part, c'est comme cela que je l'ai reçu et peut-être que les consœurs et les confrères également* – comme une sorte d'avertissement pour l'Expert de justice. En effet, je reprends vos termes : vous avez insisté sur le fait que « *le lien de causalité – ça a été à plusieurs reprises rappelé – n'était pas défini de manière précise par la Loi* ». Et vous avez même dit, en citant l'article d'un de vos prédécesseurs des années 60, que « *ça laissait la victime et le Juge (et je rajouterais l'Expert de justice) dans les "affaires de la causalité"* ».

J'ai voulu quand même regarder un peu du mot « *affaires* », qui est un mot pluriel féminin, d'origine provençale. Ça tombe bien, nous sommes à Marseille. Mais ce mot est terrible dans la mesure où il désigne « *de grandes angoisses et de grands tourments moraux, physiques, voire spirituels* ». Ça va loin.

Donc, l'idée est bien de mettre un peu de clarté, d'apaisement dans ces « *affaires* ». Il ne nous a pas échappé que nous sommes à Marseille, et moi-même je suis havrais, nous sommes donc tous issus d'une ville portuaire. Malgré ce point commun, nous ne nous sommes pas coordonnés, mais vous avez fait des citations océaniques et maritimes.

Quant à moi, ces « *affres* » m'ont fait penser à ce moment particulier où la brume tombe sur la mer, pour que les navires évitent de sombrer, ces derniers doivent impérativement repérer les balises. Et alors, le marégraphe (c'était le mot à placer dans mon intervention !) est très important en Manche parce qu'il y a de grands coefficients de marée (je ne savais pas qu'il y avait des marégraphe à Marseille mais grâce à vous je l'ai appris...).

Comment distinguer le fait et le droit ?

Dans les deux axes de réflexion, qui ont des implications me semble-t-il très pratiques pour l'Expert-comptable de justice, le premier, était de repreciser cette frontière un peu ténue qui existe entre le fait et le droit. Puisque, vous l'avez longuement rappelé, le lien de causalité est une question de droit. Alors, comment répondre aux questions posées par les Juges ou les Tribunaux sans finalement risquer la censure de notre rapport ? Comment éviter qu'avocats ou juges nous disent : « *Monsieur l'Expert, vous avez outrepassé vos prérogatives et vous ne vous êtes pas limité aux faits ; vous vous êtes autorisé à rentrer dans le champ du droit qui n'est pas le vôtre* ».

C'est important peut-être, puisque l'intérêt c'est d'avoir cette revue croisée, c'est de revoir quelle est cette particularité du fait et du droit qui, dans la discipline qui est la nôtre, est peut-être un exercice plus difficile à mettre en œuvre opérationnellement que dans d'autres domaines d'expertise.

On a cité des ouvrages de droit ; je vais citer un ouvrage de sciences de gestion : il y avait un Professeur qui a longuement enseigné au Conservatoire National des Arts et Métiers de Paris, qui est le Professeur Robert OBERT, qui était très connu des étudiants en comptabilité et en finances. Il a beaucoup écrit sur les IFRS. Je me souviens très nettement qu'il interrogeait souvent les lectures de ces livres d'introduction à la comptabilité générale, en posant la question qui suit : mais, au fond, qu'est-ce que la comptabilité ? Ce qui est vraiment notre matériau brut, en tant qu'Expert-comptable de justice. Et ce que ce Professeur disait, c'est que la comptabilité est certes un outil d'analyse micro-économique (on a parlé de perte de chance, etc., donc c'est bien un outil de mesure des opérations économiques), mais pourquoi est-ce un tel instrument ? C'est parce que c'est d'abord et avant tout l'algèbre du droit. Et donc, on voit bien que consubstantiellement, la matière comptable, qui est la nôtre, est quelque part la traduction en chiffres et en données quantitatives

d'une réalité certes économique, mais aussi d'une réalité de droit et d'obligations, reçues ou données. Et donc, quand on nous interroge sur le caractère régulier et sincère d'opérations comptables, que ce soit de la comptabilité historique, ou la comptabilité prospective, ça nous amène, d'une manière ou d'une autre, et incontournable, aussi de se positionner implicitement sur des questions de droit. Est-ce que les relations contractuelles ont été correctement traduites ? Et la comptabilité est bien elle aussi la traduction de codes, de plans comptables ou de règlements comptables. Et donc, il y a un travail d'interprétation qu'il faut faire.

Donc, pour notre profession, en fait, il est plus difficile pour un Expert-comptable de justice de distinguer le fait et le droit qu'un médecin légiste ou un médecin Expert qui, lui, a à traiter un corps humain, qui est une réalité tangible bien différenciée du droit positif, ou un bâtiment pour un géomètre Expert, ou un architecte. Vous voyez, on est sur une matière qui est complexe, et on nous interdit de se prononcer en droit, mais implicitement notre discipline nous invite obligatoirement à l'impliquer dans nos raisonnements.

Monsieur le Conseiller, vous parliez de casuistique, et j'ai compris, quand vous avez employé ce terme, qu'il fallait avoir une appréciation *in concreto*. C'est important. J'ai noté le terme, parce que pour ma part, quand j'enseigne à mes étudiants à l'Université de Rouen sur la méthodologie d'audit, je dis qu'il y a des biais méthodologiques sur lesquels il faut être vigilant, et surtout ne pas faire de casuistique. Mais je n'emploie pas le mot « *casuistique* » comme vous l'employez.

Pour moi, je retenais la casuistique comme étant la dérive intellectuelle des casuistes du XVIII^e siècle qui, quelque part, posaient une conclusion et remontaient un raisonnement pseudo-rationnel et scientifique pour justifier telle ou telle position doctrinale ou morale.

Dans les disciplines qui sont les nôtres, ça peut être assez pratique. C'est-à-dire que vous faites une évaluation d'un préjudice économique ou vous déterminer une valeur d'entreprise, vous posez la conclusion qui vous arrange, puis vous remontez un raisonnement. Et ça, c'est un biais méthodologique. Mais je pense qu'effectivement, en méthodologie et en droit, ça n'a pas le même sens.

Mais ce que je retiens c'est que, finalement, l'un comme l'autre, on va converger sur le fait qu'il ne

faut pas poser la conclusion d'abord, raisonner de manière forfaitaire, mais objectiver et rationaliser ce qui est à l'origine du préjudice économique, et donc avoir un raisonnement que nous nous appelons « exégétique » c'est-à-dire partir sans aucun *a priori* et dérouler une méthodologie objective pour être le plus factuel et le plus juste possible.

Face à cette ambivalence du fait et du droit, probablement que la bonne pratique – et je l'ai plusieurs fois expérimenté à titre personnel dans mes propres rapports d'Expertise –, c'est d'en faire état de manière explicite dans mes pré-conclusions et dans mes conclusions de ma manière suivante : « *Madame, Monsieur le Juge, vous m'avez désigné ; vous allez lire mon rapport ; sachez que, quelque part, pour pouvoir répondre à votre question, il doit être posé préalablement une question de droit. Et j'ai conscience que je n'ai pas à me substituer à vous, et donc je l'écris de manière explicite, quitte à avoir des conclusions qui proposent plusieurs scénarios possibles. Si, d'aventure, vous retenez telle interprétation juridique, alors les conclusions économiques seront celles-ci, et inversement, si vous retenez une autre hypothèse...* ». Ce qui permet, en fait, en guise de conclusion, d'avoir ce qu'on appelle des conclusions ouvertes qui, quelque part, ne bloquent pas le lecteur du rapport dans une conclusion qui le contraint, mais lui donne toutes les clés permettant à chacun de rester dans son rôle, c'est-à-dire le Juge de dire le droit, et l'Expert de justice d'apporter des éléments permettant de faciliter la décision du Juge.

Et pour avoir plusieurs fois échangé avec les Magistrats du ressort de la Cour d'appel de Rouen avec lesquels je travaille, c'est une démarche qui semble être appréciée et qui est de bonne pratique.

Un raisonnement « en creux » est-il possible ?

Deuxième retour d'expérience : on a beaucoup parlé de la perte de chance, et de manière finalement assez ouverte, c'est-à-dire que l'on pouvait aussi raisonner de manière négative. Je relisais, pour préparer cette intervention, la mission qui m'a été confiée, et qui est toujours en cours.

Je travaille actuellement sur ce dossier d'expertise judiciaire ordonnée par le Tribunal de commerce de Rouen : on est dans un cas assez classique d'un salarié qui a été débauché par une société concurrente, et il y a une présomption forte de captation de clientèle et d'un acte déloyal visant à détourner une

partie de l'activité économique. La question qui m'a été posée a été rédigée par un de nos anciens confrères, qui était Expert-comptable de justice et qui a même été Président de section de la CNECJ il y a quelques années, qui est aujourd'hui Juge au tribunal de commerce. Il a commencé à définir la mission comme suit : « *vous allez vous déplacer au siège de la société supposée auteur de cette action de concurrence déloyale ; vous allez demander la communication du fichier clients ; vous allez examiner en détail la balance auxiliaire clients pour démontrer que les clients de la société A se sont bizarrement retrouvés clients de la société B. Et, deuxièmement (alors, c'était une activité qui fabrique des appareils de dialyse pour les insuffisants rénaux), ils ont été, semble-t-il – c'est ce qu'ils revendiquent – victimes de comportements qui leur ont fait perdre des appels d'offres auprès de structures hospitalières* ». En d'autres termes, on m'a demandé, clairement, d'abord, d'aller identifier des faits matériels, puisqu'il n'a pas été possible, pour des raisons de procédure, très rapidement après les faits, d'ordonner une mesure de saisie des fichiers informatiques, et l'Avocat de la partie qui revendique ce préjudice me dit : « *Monsieur l'Expert, le problème c'est que vous allez vous rendre au siège de la société, or les faits ont plus de dix-huit mois et il est probable qu'une partie de la matérialité des faits va être difficile à identifier et à apprécier* ». Et, connaissant cette limitation méthodologique, notre ancien confrère, qui est maintenant Juge, m'a dit : « *vous allez appréhender le préjudice économique par le biais de la perte de chance, c'est-à-dire qu'on a bien conscience que la probabilité de trouver des éléments matériels et factuels ait disparu mais, par la perte de chance, vous devriez peut-être, en creux, voir des concordances de temps visant à démontrer la réalité du préjudice économique subi* ». Et donc, concrètement, ce que l'on va faire est de travailler sur un scénario contrefactuel en analysant sur les 10 dernières années quelle est la probabilité pour la société supposée victime de l'acte de concurrence déloyale d'être retenue dans les procédures d'appels d'offres ; et, vous voyez, par rapport à l'échelle de temps, il y a des comportements dolosifs et déloyaux qui se caractérisent par une baisse de la probabilité de gagner certains appels d'offres, et puis de revenir à une situation normale.

Donc, en fait, ce scénario contrefactuel est un moyen en creux de démontrer, finalement, une sorte de lien probable, un faisceau d'indices d'éléments visant à démontrer ce lien de causalité. Ce lien de causalité, il va être appréhendé par la concordance

des dates, et puis cette anomalie statistique de dire : pourquoi, depuis dix ans, on a une probabilité d'avoir 45 % de chances d'être retenus à un appel d'offres, et subitement, à cause de ces agissements, je suis passé de 45 à 20 % ? Ce qui est à peu près le cas dans le dossier que je suis en train d'étudier.

Donc, vous voyez, on doit vraiment avoir une approche rationnelle, quitte à avoir une approche par la collecte d'éléments factuels, ou un raisonnement en creux, et l'approche méthodologique de la perte de chance peut nous y aider pour cela.

C'est toujours intéressant de mettre les choses en perspective : je l'ai su en travaillant notamment à la Commission « évaluation » de la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes, par les évaluations de titres de sociétés. Mais il y a pas mal de similitudes, parfois méthodologiques, entre l'évaluation des préjudices économiques et l'évaluation des incorporels ou des titres de sociétés. À ce sujet, savez-vous de quand date l'approche méthodologique du scénario contrefactuel ? En fait, c'est assez amusant ! Les premiers à avoir développé méthodologiquement, ce sont nos confrères américains, les Experts-comptables judiciaires américains, dans les années 20, puisqu'il y avait une Loi de prohibition qui n'interdisait pas la production de produits alcoolisés, mais qui interdisait la distribution et la consommation sur le territoire fédéral américain. Et donc une class action a été lancée contre l'Etat fédéral pour appeler en responsabilité l'Etat, en disant : le fait dommageable, c'est une Loi de prohibition qui n'interdit pas la production mais qui interdit la distribution. Et, en fait, ce qui est très intéressant, c'est que, dans l'arrêt (je ne sais plus si c'était la Cour suprême des Etats-Unis), a fait un scénario contrefactuel et elle a admis cette idée en disant : la rentabilité des producteurs du bourbon du Kentucky était sur une tendance qui permettait de dégager une rentabilité donnée mais, avec cette Loi de prohibition, on a effectivement constaté une perte de marge significative. En réplique, les Avocats qui défendaient les intérêts de l'Etat fédéral américain, ont avancé l'argument selon lequel cette Loi avait également donné l'opportunité de développer l'export, et c'est dans les années 20 / années 30 que le marché européen a été inondé du fameux bourbon du Kentucky pour concurrencer les scotch écossais. Et donc, à partir de ce fait dommageable, on pourrait le raisonner par analogie sur les actes de concurrence déloyale. Dans une affaire que j'ai eu à traiter, l'acte de concurrence déloyale a finalement abouti à sortir une entreprise de travaux publics

d'un marché où elle était totalement embourbée (au sens propre et figuré), et elle était finalement très heureuse d'avoir à subir des actes de concurrence déloyale parce qu'elle allait dégager des marges lourdement négatives si elle devait poursuivre le chantier. Et, d'une certaine manière, on peut parfois constater que des actes de concurrence déloyale peuvent aussi apporter des opportunités. Ce sont donc des éléments à prendre en compte.

Une précision du contenu de la mission confiée est parfois nécessaire

En guise de conclusion, je retiens ce que, Maître, vous avez dit sur l'importance de la définition de la mission de l'Expert. C'est vrai qu'elle mérite parfois d'être précisée. Encore très récemment, il y a quelques mois (j'ai envoyé le courrier en fin de semaine dernière), lors d'un accord, on s'était mis d'accord avec les parties et les Avocats des deux parties pour repréciser la définition. Il y avait un accord de part et d'autre, et donc j'avais sollicité l'avis du Juge qui m'avait désigné et avec le courrier respectif des deux Avocats en disant : Monsieur l'Expert, c'est bien comme ça que vous devez mener votre mission. Donc ça c'est un élément, effectivement, de bonne pratique à rappeler.

Et puis vous parliez de la froideur du rapport : c'est vrai que nous sommes très rarement auditionnés. C'est quelque chose qui pourrait effectivement évoluer. Mais justement, pour transcender cette froideur du rapport, travailler sur ces conclusions ouvertes, travailler sur plusieurs scénarios possibles, je pense que ça doit être de nature à réchauffer un peu les conclusions qu'on présente, et surtout bien rester chacun dans son rôle : nous contribuons à un éclairage pour identifier la vérité, et c'est au Juge, en dernier ressort, qui décide. Et on va lui donner, par ces différentes ouvertures, la possibilité de statuer et trancher au fond.

Voilà, Gilles, ce que l'on pouvait dire.

Gilles de COURCEL : Merci Mathieu. Merci à nos intervenants. Merci de votre patience. Je crois que nous n'aurons pas le temps de prendre le verre de bourbon. Ni le pastis d'ailleurs. Nous allons aller directement déjeuner.

3^e Table ronde : Préjudices de concurrence et approche du quantum : une analyse dynamique de la jurisprudence

Exposé de Madame Marie-Laure DALLERY

Présidente de la Chambre 5-4
à la Cour d'appel de Paris

Gilles de COURCEL :

Chers amis,

Nous avons l'honneur d'avoir Marie-Laure DALLERY, qui va ouvrir cette après-midi. C'est rare d'avoir un Magistrat de cette qualité, et ce qu'elle a à vous dire est important, pour vous Experts. De savoir ce que les grandes Cours attendent de vous.

Cette table ronde de l'après-midi, qui est orientée sur le préjudice, aura une ouverture par Marie-Laure MALLERY (je rappelle qu'elle Présidente de la Chambre 5-4 à la Cour d'appel de Paris).

Juste après son intervention, je donnerai le micro quelques instants à Dominique PONSOT, qui dira et rebondira un tout petit peu sur l'arrêt CRISTAL DE PARIS dont vous avez entendu parler à plusieurs reprises.

J'en profite pour vous dire d'ailleurs que ces différents arrêts, que nous visons, vous les aurez dans les actes du colloque. C'est-à-dire que dans ces actes, vous aurez les arrêts, mais aussi les articles des textes qui nous intéressent, et puis une analyse, une sorte de « jardin à la française » de ces typologies de préjudices de concurrence. Ce ne sera pas uniquement la retranscription de ce qu'il y avait là. On veut que ce soit un document très constructif et que vous puissiez l'utiliser, puisque ces arrêts sont vraiment à lire et à relire avec beaucoup d'attention.

Donc, après Marie-Laure DALLERY et l'intervention de Monsieur PONSOT, on aura Clémence MOULY-GUILLEMAUD, Professeur à la Faculté de droit de Montpellier, centre du droit de l'entreprise, qui nous présentera une analyse de la jurisprudence, et on est vraiment très heureux, Clémence,

de vous avoir avec nous, parce que le travail qui est fait dans ce centre du droit est tout à fait passionnant, puisque ça fait plusieurs années que ce centre fait une analyse systématique des arrêts qui nous intéressent en pratiques restrictives de concurrence.

Après ça, nous aurons Monsieur François POINT, qui est Conseiller à la Cour Administrative d'appel de Marseille, dont Madame la Présidente nous a dit quelques mots ce matin.

Suivra, notre ami Thierry BOREL, qui est le Président d'honneur de la section Aix-en-Provence-Bastia de notre Compagnie.

Puis Yves SCHMIDT ne pouvait pas venir, donc c'est son Associé Martin DONATO, mais c'est comme les deux doigts de la main tous les deux, qui le remplace. Pas au pied levé d'ailleurs, parce qu'on a travaillé à deux reprises ces derniers jours, sur cette intervention, qui clôturera cette intervention de table ronde.

Je veux qu'on laisse du temps à Marie-Laure DALLERY, parce qu'elle a fait une analyse très fine, et je l'invite à rejoindre le pupitre, mais après on essaiera effectivement de se comprimer dans environ dix minutes d'intervention, puis une exception aussi pour Clémence, parce que le travail qu'elle a fait est tellement énorme que ça mérite du temps.

Merci beaucoup.

Avant de commencer mon propos, je tiens à remercier Monsieur le Président PERONNET et toute son équipe, pour la parfaite organisation de ce congrès, et je les remercie également de m'avoir conviée à y participer sous ce beau soleil de Marseille.

Je vous propose d'examiner ensemble plusieurs aspects du préjudice de concurrence, à partir d'exemples jurisprudentiels.

Nous verrons, à cette occasion, que le principe de réparation intégrale du préjudice qui gouverne la matière trouve ses limites, qu'il s'agisse de pratiques anti-concurrentielles, dites « grande concurrence » ou de préjudices restrictifs de concurrence, dite « petite concurrence ».

Mon propos sera également de vous démontrer l'importance qu'il convient d'attacher à la jurisprudence en cette matière, non seulement pour

les juristes mais aussi pour les Experts du chiffre, Experts-comptables, financiers, économistes, au regard du rôle essentiel qui leur incombe en cette matière, qu'ils soient Experts judiciaires, Experts de parties, afin de répondre au mieux aux attentes des Magistrats.

Le propre de la responsabilité civile est, nous dit la Cour de cassation, « *de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit* ».

Le préjudice de concurrence s'évalue en recherchant ce qui se serait produit si la pratique en cause n'avait pas eu lieu. Ce raisonnement vaut tant en matière de pratiques anti-concurrentielles que lorsque le fait générateur de responsabilité est une rupture brutale des relations commerciales établies ou un acte de concurrence déloyale.

Il s'agit donc de comparer la situation contre factuelle ou hypothétique avec la situation réelle observée, afin d'en déduire le gain manqué, la perte subie, voire la perte de chance.

L'Expert, qu'il soit judiciaire ou privé, doit expliquer clairement, dans son rapport, les scénarios qu'il retient, pour évaluer le gain manqué par la victime du fait de la pratique en cause. Il doit également préciser les limites du ou des scénarios qu'il retient, et pourquoi il en écarte d'autres.

J'ai choisi d'illustrer mon propos par deux décisions réparant le préjudice de concurrence, l'une en matière de pratiques anticoncurrentielles, l'autre en matière de concurrence déloyale.

Je mettrai en lumière des difficultés d'évaluation rencontrées en matière de rupture brutale, dont Madame le Professeur MOULY nous parlera plus amplement.

La réparation du préjudice causé par de pratiques anticoncurrentielles sera illustrée par l'arrêt ORANGE de la Cour d'appel de Paris du 17 juin 2020.

Rappelons au préalable que toute victime d'une pratique anticoncurrentielle – on l'a déjà dit ce matin – doit pouvoir agir devant les juridictions nationales pour demander réparation de son préjudice., ainsi que la Cour de Justice le dit, dans son arrêt COURAGE du 20 septembre 2002.

Et la victime doit pouvoir demander réparation, non seulement du dommage réel mais aussi du manque à gagner sans pouvoir s'enrichir, conformément à l'arrêt MANFREDI du 13 juillet 2006 de la Cour de Justice, également cité ce matin.

Dans l'affaire ORANGE, la société ORANGE CARAIBES, filiale de la société FRANCE TELECOM aujourd'hui ORANGE, a été en monopole de fait pour les services de téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane, jusqu'au mois de décembre 2000 (soit pendant quatre ans pour la zone Antilles et deux ans pour la zone Guyane), date d'arrivée sur ce marché d'un concurrent, la société que nous appellerons X, qui sera la société victime.

L'autorité de la concurrence et, sur appel, la Cour d'appel de Paris, ont, solidairement infligé une amende à FRANCE TELECOM et sa filiale ORANGE CARAIBES au titre des pratiques anti-concurrentielles commises par cette dernière, ainsi qu'une amende supplémentaire à FRANCE TELECOM au titre d'un abus de position dominante pour avoir favorisé sa filiale ORANGE CARAIBES par rapport au concurrent de cette dernière.

Le tribunal de commerce de Paris, saisi par cette société victime des pratiques, a condamné in solidum les auteurs des pratiques à verser une somme de plus de 178 millions d'euros. Cette somme portant intérêts au taux de 10,4 % à compter de l'assignation, jusqu'à parfait paiement.

Devant la Cour, la société victime demandait réparation notamment de son préjudice global de développement et de son préjudice financier. Ce sont ces deux préjudices que nous allons étudier.

S'agissant du préjudice de développement, qui constitue le gain manqué ou le manque à gagner et qui doit être réparé intégralement, le Tribunal, comme la Cour, ont retenu, pour son évaluation, une approche comparative globale dans la mesure où toutes les pratiques retenues avaient concouru au même préjudice de développement.

Les méthodes comparatives font l'objet de recommandations (on l'a dit ce matin) de la Commission européenne, estimées particulièrement adaptées pour évaluer un préjudice de développement lié à des pratiques d'éviction.

En l'espèce, l'un des Experts privés proposait la méthode comparative dans le temps, c'est-à-dire

la comparaison avant/après, pour établir le scénario contrefactuel. Le second Expert privé proposait la méthode du benchmark géographique, à savoir une comparaison avec un marché non affecté par la pratique.

Les notes des Experts répondaient précisément aux critiques apportées en défense sur ces modes d'évaluation. À titre d'exemple, s'agissant de la robustesse de cette dernière méthode, il a été soutenu que l'échantillon comparatif de quatre pays était trop limité pour être représentatif et ne présentait pas de similitudes suffisantes. Ainsi, pour Malte, il a été fait état de différences importantes avec le marché antillo-guyanais, au regard notamment du niveau de vie et du taux de chômage, des habitudes de consommation, outre le fait que le second entrant sur le marché à Malte était l'opérateur historique de la téléphonie fixe bénéficiant d'une image de marque lui permettant de gagner très rapidement des parts de marché. La Cour a estimé, en s'appuyant sur les notes en réponse des Experts, que des marchés comparables sur les caractéristiques essentielles avaient été retenus : degré de concurrence sur les marchés considérés, caractéristiques des coûts et de la demande, barrières à l'entrée..., et que le critère essentiel était l'écart entre la date d'arrivée de l'opérateur et celle du second opérateur entrant sur le marché, plusieurs années après, comme dans le cas du marché guyano-antillais. Il a été constaté que les opérateurs étudiés (donc dans les quatre pays considérés) arrivaient tous à des parts de marché de 40 % autour de la quatrième et cinquième année. Ce qui n'était évidemment pas le cas de la société victime.

Il était aussi soutenu en défense que l'écart entre les parts de marché du demandeur dans la situation réputée réelle et celle réputée normale ne prenait pas en compte d'autres facteurs que les pratiques tel que le déficit de performance, par exemple l'insuffisance de sa couverture surfacique et du montant des investissements, ou encore l'absence d'efficacité de la stratégie commerciale. S'appuyant là encore sur les notes en réponse des Experts, la Cour a retenu que ni la stratégie commerciale ni le déficit de performance n'expliquaient l'insuffisance de la part du marché.

La Cour a rappelé le caractère certain du préjudice de développement, qui constitue un gain manqué défini par la Commission comme l'exclusion d'un accroissement de patrimoine qui aurait eu lieu si l'infraction n'avait pas été commise, et non une

perte de chance qui se définit comme la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable.

En l'espèce, la Cour a estimé que le préjudice résultait de la perte certaine de se développer sur le marché de la téléphonie mobile dans la zone concernée, et excluait l'application d'un coefficient d'aléa qui lui était demandé. Une marge sur coût variable moyenne par client pour tenir compte des coûts évités si la victime avait connu un meilleur développement a été également pris en compte et appliqué au nombre de clients perdus.

Avec la méthode par comparaison dans le temps, la perte de marge avant actualisation s'élevait à plus de 173 millions d'euros, contre plus de 179 millions d'euros pour la méthode de comparaison géographique, soit des résultats relativement proches, démontrant leur pertinence.

S'agissant du préjudice financier, ou du préjudice de trésorerie, il convient de rappeler que, selon la Cour de cassation, en matière d'action en dommages et intérêts fondée sur des pratiques anticoncurrentielles, la réparation intégrale du préjudice doit inclure la compensation des effets négatifs résultant de l'écoulement du temps depuis la survenance du préjudice causé par l'infraction. Doivent ainsi être pris en compte l'érosion monétaire et la perte de chance subie par la partie lésée du fait de l'indisponibilité du capital en réparation de ce préjudice initial, de la naissance du dommage jusqu'au jour du jugement de réparation.

Ce préjudice est réparé par le paiement d'intérêts compensatoires. Sa réparation constitue une composante essentielle de la réparation des préjudices liés aux pratiques anticoncurrentielles, nous dit la Cour de Justice. La victime des pratiques invoquait avoir dû renoncer à des projets d'investissements. Elle disait aussi qu'elle aurait pu faire des prêts à sa société mère ou, subsidiairement, qu'elle aurait pu se désendetter. Mais elle ne démontrait pas que l'indisponibilité des sommes dont elle avait été privées l'avait conduite soit à restreindre son activité sans pouvoir trouver de financement alternatif par fonds propres ou emprunt, soit à renoncer à des projets d'investissements dûment identifiés susceptibles de rapporter l'équivalent du coût moyen pondéré du capital ou taux WACC. En revanche, l'intéressée établissait qu'elle aurait utilisé ces fonds pour se désendetter au regard de sa trajectoire de forte réduction de son endettement à partir de 2003 et du fait qu'elle n'avait pas distribué de dividendes avant 2011. Un taux d'intérêt moyen de 5,3 % invo-

qué comme taux de capitalisation a été retenu, sans coefficient d'aléa, s'agissant d'un constat certain de l'économie réalisée s'il n'y avait pas eu ces pratiques.

On s'aperçoit, avec cet arrêt, des problèmes de preuve qui se posent pour réparer ce type de préjudice, de l'importance du rôle joué en la matière par les Experts du chiffre pour s'approcher au plus près de la situation qui aurait pu être si la pratique concurrentielle n'avait pas eu lieu, et ainsi de l'objectif de réparation intégrale qui incombe au Juge.

Second exemple : la réparation du préjudice découlant d'actes de concurrence déloyale : l'arrêt de la Cour de cassation CRISTAL DE PARIS du 12 février 2020, que nous avons évoqué ce matin, qui rejette le pourvoi formé contre la Cour d'appel.

Pour indemniser le préjudice résultant de pratiques commerciales trompeuses constitutives de concurrence déloyale, la Cour d'appel a tenu compte de l'économie injustement réalisée par son auteur, modulée en tenant compte des volumes d'affaires respectives des parties affectés par ces actes.

Autrement dit, a été prise en considération la différence de prix de revient entre les deux sociétés : en l'espèce, l'emploi de huit tailleurs par la société victime, contre deux par la société CRISTAL DE PARIS. Cet arrêt publié est intéressant dans la mesure où il applique la méthodologie de la propriété intellectuelle. En effet, portée par le droit communautaire, la loi retient qu'en matière de contrefaçon, le juge peut fixer le montant des dommages et intérêts de la victime en prenant en considération notamment les bénéfices procurés au contrefacteur. Cet arrêt est également intéressant en ce qu'il semble contraire au principe de réparation intégrale qui interdit au juge du fond de prendre en considération le profit ou l'économie réalisée par l'auteur d'un acte de concurrence déloyale pour évaluer un préjudice (Chambre commerciale du 21 février 2012).

Il était soutenu par le pourvoi que le seul élément que la loi autorise de prendre en compte est le préjudice subi par la victime, sans qu'il puisse en résulter ni perte ni profit pour cette dernière, et qu'il y aurait ainsi eu violation de l'article 1382 devenu 1240 du Code civil.

La question posée était donc celle de l'indemnisation de la victime lorsque celle-ci n'est pas en mesure d'invoquer la réparation d'un préjudice de

détournement de clientèle ou de perte de chiffre d'affaires, et que l'auteur des actes de concurrence déloyale s'est procuré un avantage concurrentiel. La société victime soutenait que son préjudice correspondait au trouble commercial causé par des pratiques commerciales trompeuses de sa concurrente, se mesurant à l'avantage indument et fautivement tiré par sa concurrente sur ce marché. Le trouble commercial ouvre la possibilité d'une action en justice, même s'il n'y a pas eu perte de clientèle ni baisse des chiffre d'affaires. Rappelons qu'il s'infère nécessairement un préjudice d'un acte de concurrence déloyal fût-il seulement moral. La Cour de cassation retient ainsi, dans son arrêt CRISTAL DE PARIS, que lorsque les effets préjudiciables en termes de trouble économique d'actes de concurrence déloyale sont particulièrement difficiles à quantifier, il y a lieu d'admettre que la réparation du préjudice peut être évaluée en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale au détriment de sa concurrente, modulée en fonction des volumes d'affaires respectifs des parties affectées par ces actes.

On voit ainsi que le principe de réparation intégrale évolue, puisqu'il prend en compte le profit ou l'économie réalisée par l'auteur d'un acte pour réparer le préjudice subi par la victime.

Enfin, je voudrais vous dire quelques mots de la rupture brutale des relations commerciales établies, qui occupent beaucoup les tribunaux de commerce compétents et la Cour d'appel de Paris. Il faut rappeler que la rupture d'une relation commerciale est toujours possible. Mais encore convient-il d'accorder à son partenaire un préavis suffisant tenant compte notamment de la durée de la relation, mais aussi de sa situation de dépendance, de la notoriété du produit, des caractéristiques du marché en cause, pour lui permettre de s'organiser en conséquence. À défaut, la responsabilité civile de l'auteur de la rupture pourrait être engagée. Seule est réparée, comme on l'a dit ce matin, la brutalité de la rupture, et non pas la rupture elle-même. Le préjudice résultant de cette brutalité s'évalue en comparant la marge qui aurait dû être perçue pendant le préavis qui aurait dû être octroyé, à la marge effectivement perçue.

On retient, en la matière, la marge sur coûts variables, c'est-à-dire la différence entre le chiffre d'affaires dont la victime a été privé, sous déduction des charges qui n'ont pas été supportées par

elle du fait de la baisse d'activité en cas de rupture partielle, ou de la cessation d'activité en cas de rupture totale.

Le préjudice s'obtient en multipliant la moyenne mensuelle de la marge sur coûts variables, qui est en général calculée sur les trois dernières années, par le nombre de mois de préavis manquants. La détermination de cette marge constitue l'une des principales difficultés de ce contentieux, en raison notamment de l'imprécision de la comptabilité pour distinguer, parmi les charges, celles qui sont variables de celles qui sont fixes, voire semi-variables ou semi-fixes.

La Cour peut recourir à cet égard à une consultation, moins lourde qu'une expertise, pour vérifier la marge sur coûts variables.

Par ailleurs, selon la Cour de cassation, on se place, pour l'évaluation du préjudice, au jour de la rupture, et non au jour où le juge statue. Or, il se peut que la victime ait retrouvé très rapidement un nouveau partenaire, ou au contraire qu'elle ait mis beaucoup plus de temps que cela n'était prévisible à en retrouver un, de sorte que la brutalité de la rupture peut avoir un impact différent dans la réalité que celui retenu par les juridictions. On atteint ici encore les limites du principe de réparation intégrale.

Pour conclure, je voudrais dire qu'en matière de préjudice de concurrence, le principe de réparation intégrale évolue. Il convient à cet égard de noter que s'agissant des pratiques anticoncurrentielles, la directive « dommages » du 26 novembre 2014 transposée par l'Ordonnance du 9 mars 2017 permet au juge de prendre en considération la perte résultant d'un surcoût ou d'une minoration du prix. Le juge peut, en la matière, procéder à une estimation du montant du dommage, étant rappelé que l'impossibilité d'évaluer avec exactitude le préjudice ne doit pas conduire le juge à rejeter la demande.

Surtout, j'espère vous avoir convaincus de l'importance du rôle incombant aux Experts dans l'évaluation la plus exacte possible du préjudice de concurrence.

Je vous remercie de votre attention.

Gilles de COURCEL : Merci Madame la Présidente. On donne la parole quelques instants à Monsieur Dominique PONSOT pour rebondir sur l'arrêt CRISTAL DE PARIS.

Intervention de

Monsieur
Dominique
PONSOT

Conseiller à la Cour de cassation

Merci infiniment.

Début février 2019, la section locale de la CNECJ avait organisé un colloque sur la réparation du préjudice de concurrence ; et nous étions quelques-uns, avec Thierry BOREL, à imaginer une possible évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation en faveur de la prise en compte de l'avantage indu. Et voilà qu'un an plus tard, presque jour pour jour, le miracle se produit (doublement parce qu'il se trouve dans l'intervalle que j'ai eu la chance de faire partie de cette aventure) : la Cour de cassation rend cet arrêt, dont il vient d'être effectivement fait état. Tout cela est merveilleux ! Cela montre d'une part qu'on fait des choses sérieuses à Aix-en-Provence, mais ça montre aussi que la question n'est pas tombée complètement par hasard : il y avait eu un certain nombre de signes avant-coureurs : je ne vais pas trop entrer dans les détails, mais cette démarche avait déjà été éclairée par le droit de la propriété intellectuelle – ça a été rappelé ce matin ; elle l'était, d'une certaine façon, par le réparation du préjudice lié à des actes de parasitisme, qui a quelque chose de commun avec cette problématique ; et il y a bien sûr le projet de la Chancellerie, dont il a été fait état ce matin, qui prévoit un dispositif davantage punitif que réparateur, avec un système d'amendes civiles, mais qui, néanmoins, prend en considération ce qu'on appelle les fautes lucratives.

L'arrêt CRISTALERIE, il a été dit exactement en quoi il avait consisté, quelle avait été la solution, ce qu'il apporte. Je voudrais juste apporter deux ou trois éclairages complémentaires, car, en prenant connaissance des nombreux commentaires qu'il a suscités, j'ai lu des choses qui m'ont quelque peu surpris.

La première chose, c'est que, pour les théoriciens, on y a vu une rupture, un passage d'une logique indemnitaire à une logique restitutive. C'est possible, mais à vrai dire, je n'en sais trop rien. Ce que je peux simplement dire, c'est que, dans le chapeau de l'arrêt (c'est intéressant parce que c'est un arrêt de rejet : normalement, dans un arrêt de rejet, on ne fait pas de chapeau ; mais ici, la chambre commerciale, dans un arrêt qui, par ailleurs, a eu recours à une motivation développée – ça a été souligné – a estimé devoir mettre en exergue le principe sur la base duquel elle se fonde.), on voit figurer le principe de la réparation intégrale. Ce qui veut dire que, pour la Cour de cassation, on est toujours dans cette logique-là. La réparation est – si j'ose dire – un peu

plus intégrale qu'elle ne l'était auparavant, mais il n'y a pas, dans l'intention de la Cour de cassation, un changement radical de paradigme. On peut donc parler de continuité dans le changement.

L'autre point que je voudrais évoquer concerne le champ d'application de la solution : clairement, l'intention de la Cour de cassation n'a pas été de transformer les 4,5 millions d'entreprises françaises en Procureurs, en agents de l'URSSAF ou en agents des douanes ou des impôts. Elle n'a pas été de donner à chacun le pouvoir d'aller demander des comptes à son concurrent qui ne déclare pas ses salariés, qui ne paie pas ses impôts etc.

La Cour de cassation n'a évidemment pas souhaité ce résultat. Il reste potentiellement une évolution vers laquelle on pourrait aller, mais en tout cas ce n'est pas celle que la Cour de cassation a souhaité réaliser et, pour s'en convaincre, il faut relire l'arrêt attentivement : car la Cour de cassation donne trois indications qui me semblent extrêmement précieuses :

– la première – cela a été dit – est que la solution ne vaut pas en matière de pratiques destinées à détourner ou s'appropriier la clientèle, ou à désorganiser l'entreprise concurrente ;

– ensuite, la Cour de cassation a relevé que les entreprises concernées étaient directement concurrentes, et sur un marché restreint. Donc c'est aussi une indication. Elle n'est pas forcément dirimante mais, en tout cas, il faut l'avoir à l'esprit ;

– enfin et c'est le plus important : la pratique doit viser à tromper le consommateur sur la composition, l'origine et les qualités substantielles des produits vendus ayant permis à l'auteur des pratiques de se procurer un avantage concurrentiel. Ce critère de la pratique commerciale trompeuse est énoncé à deux reprises dans l'arrêt, ce qui en fait un indicateur extrêmement précieux pour délimiter, dans un premier temps en tout cas, le champ de l'évolution. Ça n'interdit pas d'autres évolutions, mais il faut avoir cet élément à l'esprit.

Ce critère devrait suffire à éviter qu'une entreprise utilise l'arrêt Cristallerie pour dénoncer son concurrent qui ne déclare pas la totalité de ses salariés ou de son chiffre d'affaires ; en revanche, si ce concurrent fait état d'une certification qu'il ne possède pas, déclare mettre en œuvre des matériaux ou une technologie qu'il n'utilise ou ne maîtrise pas, l'entreprise victime qui, elle, se soumet à ces contraintes pourra demander réparation de l'avan-

tage indu que s'octroie son concurrent en trompant ses clients.

Le troisième point, qui est peut-être le plus important pour vous, Experts, est la question de la méthode d'évaluation : cela a été rappelé, la méthode d'évaluation a consisté à comparer la part respective des chiffres d'affaires des sociétés en cause, et en déduire la part respective du coût de main d'œuvre affecté à cette activité.

Il est certain que c'est une démarche qui est un petit peu rustique ou un peu sommaire. On n'a pas manqué de le souligner dans les commentaires. Incontestablement, cette méthode mériterait d'être affinée.

Or, de ce point de vue – et je rejoins ce que disait Vincent VIGNEAU ce matin – il faut faire très attention à la nature de l'approbation que la Cour de cassation a donnée à cette solution : la Cour de cassation a dit : la Cour d'appel « a pu » procéder comme elle l'a fait. Cela veut dire qu'elle aurait pu faire autrement. Et cela veut dire que la Cour de cassation n'a pas estampillé cette méthode comme une méthode absolument incontournable et qu'il va falloir suivre absolument dans tous les cas.

J'ai lu des commentaires qui disaient : « la Cour de cassation a décidé de la méthodologie devant être suivie, etc ». Un tel point de vue est un contre-sens total sur ce que la Cour de cassation a effectivement décidé.

Ce que je voudrais que vous en reteniez, c'est que la balle est dans le camp des Avocats, dans le camp des Experts qui, au fil des dossiers, auront la possibilité d'affiner la méthode et de trouver quelque chose d'un petit peu plus fin, d'un petit peu plus malin, d'un petit peu plus adapté à chaque contexte. Simple-ment, la Cour de cassation s'est dit : si je bloque sur une question de méthode (sachant, en réalité, qu'on est proche d'une question d'appréciation souveraine), je vais tuer dans l'œuf la démarche que je souhaite engager, et donc mieux vaut laisser passer une formule qui est sans doute imparfaite, dans l'idée que, progressivement, la pratique va trouver le juste équilibre et offrir des méthodes d'évaluation qui seront plus adaptées.

Le dernier point que je voudrais aborder, qui n'est pas des moindres, c'est que cette solution laisse un angle mort potentiellement important, qui est le suivant : que se passe-t-il si tous les concurrents viennent frapper à la porte du Juge les uns après les

autres en ordre dispersé, demandent chacun réparation de leur petite parcelle de préjudice, et qu'en définitive la somme des dommages et intérêts qui pourront être alloués finisse par excéder l'avantage qu'a retiré le concurrent fautif ? Là, on va se trouver face à une difficulté.

Ici encore, la Cour de cassation n'a pas ignoré la question, mais elle a considéré qu'en exigeant que les entreprises soient des concurrents directs, elle a circonscrit le problème à un environnement dans lequel il y a peu de chances que des opérateurs viennent en ordre dispersé pendant des années réclamer leur petite part du gâteau. Mais chacun est conscient qu'il y a malgré tout une difficulté, puisque même dans un environnement concurrentiel relativement limité, le cas de figure que j'ai évoqué pourrait se produire.

Alors, (je devrais presque parler en « off ») c'est peut-être un peu ce qu'il faut aussi comprendre : la Cour de cassation a souhaité relancer la question, la remettre à l'ordre du jour, inviter la Chancellerie

peut-être à apporter un correctif, ou en tout cas à se saisir du sujet, si véritablement les conséquences de cette jurisprudence devaient s'avérer par trop préjudiciables. L'idée a été qu'en continuant à raisonner comme on l'a toujours fait, la situation avait peu de chances d'évoluer et le droit français allait continuer d'être à la remorque des autres droits. Il ne s'est pas agi, bien sûr, de basculer dans le système des « punitive damages », mais de donner un signe d'ouverture vers une solution qui, en l'occurrence, était défendable.

Voilà les quelques précisions complémentaires que je tenais à vous livrer.

Gilles de COURCEL : Merci Monsieur le Conseiller pour ces précisions. Je vais peut-être donner tout de suite la parole à Madame le Professeur Clémence MOULY.

Intervention de Madame Clémence MOULY-GUILLEMAUD

Professeur à l'Université
de Montpellier
Centre du Droit de l'entreprise

On le constate depuis ce matin, les difficultés sont innombrables. Elles sont peut-être moins insolubles qu'il n'y paraît si l'on admet qu'en cette matière le pragmatisme prime.

Il n'y a pas de procédé invariable d'appréhension du préjudice. La confrontation des illustrations précitées intéressant le seul « petit droit de la concurrence » est explicite : les biais retenus pour appréhender le scénario contrefactuel divergent lorsque le demandeur est victime de parasitisme¹ ou d'une rupture brutale d'une relation commerciale établie. Il s'agit pareillement de rechercher le gain dont le délit l'a privée. Mais la démarche intellectuelle diffère.

Si on souhaite anticiper le préjudice susceptible d'être réparé et les pièces nécessaires pour l'établir, il convient de raisonner par type de faute et vérifier les précédents en la matière. Des outils, très aisément accessibles, facilitent la démarche.

On évoque depuis ce matin des fiches méthodologiques mises en ligne par la Cour d'appel de Paris. C'est un instrument précieux. Il convient également de mentionner le « Bilan des décisions judiciaires prises en application titre IV livre IV à l'initiative des opérateurs économiques »² : Ce bilan, réalisé chaque année par le Centre du Droit de l'Entreprise de Montpellier, opère un recensement des décisions accessibles, et propose un résumé objectif des apports de chaque arrêt.

L'article L. 442-1, II³, ancien article L. 442-6, I, 5°, du Code de commerce y occupe une place de choix

¹ Com. 12 fév. 2020, n° 17-31.614.

² Bilans annexés aux rapports annuels de la CEPC et aisément consultables en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/cepc/etudes>.

³ Selon ce texte, « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels. En cas de litige entre les parties sur la durée du préavis, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de dix-huit mois. Les dispositions du présent II ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure ».

puisqu'il focalise une grande partie du contentieux. Ce texte identifie une pratique restrictive de concurrence aisément prouvée par le seul fait de rompre, partiellement ou totalement, une relation commerciale établie « brutalement », c'est-à-dire sans délivrer un préavis écrit dont la durée doit tenir compte non plus du contrat et de ses éventuelles stipulations, mais de l'entière relation. Toute relation d'affaires⁴ un tant soit peu inscrite dans la durée est soumise à cet impératif.

Ce Bilan est un outil extrêmement pratique car il organise en un plan méthodique le résumé de l'ensemble des décisions identifiées rendues non seulement par la Cour de cassation mais encore par la Cour d'appel de Paris (seule Cour d'appel compétente en la matière). Or, la Cour d'appel de Paris, contrairement à la Cour de cassation, connaît aussi des faits. C'est-à-dire que chaque difficulté est appréciée en son contexte, chaque solution est largement et opportunément motivée. Mises bout à bout, ces différentes motivations autorisent une compréhension rapide et aisée du contentieux : qu'est-ce qu'une relation commerciale ? Qu'est-ce qu'une relation établie ? Qu'est-ce que la rupture ? Comment l'identifier quand elle est totale, quand elle est partielle ? Quel est son fait générateur ? Le nombre de mois opportuns ? Et, bien sûr, quelle indemnisation ?

Comparée aux innombrables difficultés qui troublent la délimitation du préjudice en droit de la concurrence, elle est ici d'une remarquable simplicité. La jurisprudence a admis un scénario contre-factuel invariable. Il est discutable, mais il présente l'avantage de la simplicité et de la prévisibilité. Il consiste à postuler que le préavis défaillant s'entend d'un temps supplémentaire d'exécution de la relation auquel la victime avait droit⁵. Son préjudice est alors celui de la privation du gain qu'aurait permis l'exécution de la relation durant ce temps défaillant, celui-ci devant être exécuté sur les mêmes bases que la relation passée.

Ce gain manqué⁶ est invariablement identifié selon un calcul consistant à multiplier la moyenne mensuelle du chiffre d'affaires HT que générerait la relation au cours des 3 années⁷ précédant la rupture, le nombre de mois de préavis défaillant et le pourcentage de marge de la victime⁸.

Le préjudice est donc ici le produit d'une formule : (somme des 3 derniers chiffres d'affaires annuels générés par la relation) / 12 × nombre de mois de préavis défaillants × taux de marge brute. Il n'est

donc pas nécessaire d'apporter la preuve de l'existence de ce préjudice, ni même d'établir le lien de causalité qui est ici induit, tandis que son quantum est aisément identifié par un simple calcul⁹. Assurément, cette simplicité participe de « l'effet d'aubaine »¹⁰ du contentieux de la rupture brutale.

Un exposé théorique est toujours plus clair par son illustration. Pour ce faire, suivons le détail du calcul opéré par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt

⁴ À quelques exceptions près, dont les relations nouées par les experts-comptables en raison de l'incompatibilité de principe avec une activité commerciale énoncée par l'article 22 de l'ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre, et à moins que la relation ne porte sur une activité commerciale accessoire autorisée par le même texte (Com., 10 fév. 2021, n° 19-10306).

⁵ Une autre conception du préjudice aurait pourtant été tout à fait concevable, en admettant que le préavis s'entende d'un « pré-avis », c'est-à-dire de la délivrance d'un avis, d'une information dont l'inexécution occasionnerait la seule perte d'une chance de se reconvertir. Mais cette conception fut censurée par la Cour de cassation (Com., 22 octobre 2013 n° 12-28704).

⁶ Puisque seule la brutalité est fautive, non pas la rupture en elle-même, les juges se montrent réticents à admettre d'autres postes de préjudices et notamment d'éventuelles pertes car elles sont généralement perçues comme devant être imputées à la seconde plus qu'à la première.

⁷ La référence aux trois années antérieures permet de lisser les éventuelles variations du courant d'affaires. Néanmoins, lorsqu'un exercice est atypique (à la hausse ou à la baisse), il n'est généralement pas pris en compte et seuls les autres exercices, servent alors de référent.

⁸ Not. Paris, 12 janvier 2021, n° 20/02665 : « *Il est de principe que la victime peut réclamer une indemnisation au titre du gain manqué qui correspond à la marge brute que cette dernière pouvait escompter bénéficier pendant la durée du préavis qui aurait dû être respecté. L'assiette retenue est la moyenne mensuelle du chiffre d'affaires HT réalisé au cours des 3 dernières années précédant la rupture à laquelle est affectée le pourcentage de marge brute pendant la durée du préavis* ». Cette méthode est tant classique que les responsables du Bilan ont fait le choix de seulement lister les décisions qui l'appliquent, seuls les motifs des décisions emportant des aménagements ou exceptions étant détaillés.

⁹ Pour cela même, « *le défendeur qui se trouve, par construction, dans une situation déséquilibrée en matière de preuve car n'ayant pas accès à la comptabilité détaillée de la victime aura intérêt à s'entourer d'un spécialiste pour comprendre les faiblesses de la démonstration de la victime dans le chiffrage de son préjudice* » (D. Batude, Axes d'évolution de la réparation du préjudice lié à la rupture brutale des relations commerciales, JCP E n° 40, 7 octobre 2021, 671).

¹⁰ M. Chagny, La règle sur la rupture brutale entre droit spécial de la concurrence et droit commun de la responsabilité civile, RTD com. 2016. 719.

du 9 juillet 2020 (n° 17/18660), dans une affaire qui oppose un importateur fournisseur de textile pour un grand distributeur (Système U). Il est victime, à partir de 2011 d'une nette diminution des commandes par rapport au courant d'affaires antérieur : de 2008 à 2010, sa relation occasionnait un chiffre d'affaires de 1 395 247 euros, pour chuter en 2011 à 496 068 euros. Cette diminution, parce qu'elle ne fut précédée d'aucun préavis écrit, identifie une rupture brutale partielle (car cette rupture laisse subsister un courant d'affaires). Les commandes n'auront de cesse de diminuer pour cesser totalement, et tout aussi brutalement, fin décembre 2013. Le fournisseur sollicitera l'indemnisation de ces deux fautes, la rupture brutale partielle de 2011 et celle totale en 2014.

Pour les besoins de la démonstration, la méthode de calcul du préjudice causé par la rupture totale sera détaillée avant celle de la rupture partielle, sachant que les juges ont estimé que la première appelait un préavis de 5 mois et la seconde de 4 mois.

Selon la Cour : « La rupture brutale définitive des relations commerciales est intervenue en 2014 sans être formalisée par U Enseigne.

Le préjudice subi sera calculé sur la base des chiffres d'affaires réalisés de 2011 à 2013 :

2011 : 496 067,96 euros

2012 : 275 567,72 euros

2013 : 190 067,90 euros

soit une moyenne annuelle de 320 367 euros à laquelle il sera appliqué une marge brute de 30 % ce qui donne un résultat de 96 110 euros.

La relation commerciale ayant à cette date duré 11 ans, il sera alloué un préavis de 5 mois soit : $96\,110 \text{ euros} / 12 = 8\,009 \text{ euros} \times 5 \text{ mois} = 40\,045 \text{ euros}$ »

La Cour applique méthodiquement la règle de calcul exposée. Les chiffres d'affaires que la victime réalisait avec le distributeur durant les trois années précédant la rupture (2011 à 2013) sont précisés et autorisent le calcul de leur moyenne annuelle (320 367 euros selon les juges¹¹). Celle-ci multipliée par le pourcentage de marge (ici une marge brute de 30 %) permet d'identifier le gain que la victime réalisait grâce à cette relation (96 110 euros par an, soit 8 009 euros par mois). Il est alors aisé d'identifier le gain qu'aurait réalisé la victime si elle avait bénéficié d'un préavis de 5 mois en multipliant ce gain mensuel par 5.

Le préjudice occasionné par la rupture partielle est évalué selon la même logique, si ce n'est qu'il convient de déduire le courant d'affaires qui fut maintenu et sur lequel la victime a effectivement dégagé un gain qui n'a donc pas vocation à être indemnisé.

Selon la Cour : « Pour la rupture partielle intervenue en 2011, il sera tenu compte des trois derniers chiffres d'affaires précédant l'année 2011 :

2008 : 1 562 006 euros

2009 : 1 277 854 euros

2010 : 1 345 882 euros

moyenne annuelle sur trois ans : 1 395 247 euros

Il sera déduit de ce chiffre d'affaires celui réalisé en 2011 soit la somme de 496 067 euros, s'agissant d'une rupture partielle ce qui donne pour la perte de chiffre d'affaires un solde de 899 180 euros.

« Au vu des bilans antérieurs à l'année 2011 produits, il sera retenu une marge brute de 30 % soit : $899\,180 \text{ euros} \times 30 \% = 269\,754 \text{ euros} / 12 = 22\,479,50 \text{ euros} \times 4 \text{ mois} = 89.918 \text{ euros}$ » [...].

U Enseigne versera à Davyco au titre de la rupture brutale des relations commerciales la somme de $89\,918 \text{ euros} + 40\,045 \text{ euros} = 129\,963 \text{ euros}$ ».

C'est ainsi que, à l'identique, les chiffres d'affaires réalisés durant les trois ans précédant la rupture partielle autorisent une moyenne, de laquelle est retranché le chiffre d'affaires résiduel réalisé durant la période indemnisée pour l'exclure de l'assiette de calcul de l'indemnisation. De la même manière, le pourcentage de marge brute qu'appliquait la victime permet d'identifier le gain qu'elle aurait dégagé sur une année, lequel est divisé par 12 et multiplié par le nombre de mois de préavis manquant, en l'occurrence 4 mois, pour le chiffrer *prorata temporis*.

Il arrive également que le préjudice occasionné par une rupture partielle soit identifié par le pourcentage de diminution du flux d'affaires, ce qui revient au même. Par exemple, pour une chute de 30 % des commandes, le calcul sera alors : $CA \text{ antérieur moyen mensualisé} \times \text{taux de marge} \times \text{nombre de mois défaillants} \times 30 \%^{12}$.

Cette méthode d'évaluation du préjudice est tant invariable que les Bilans de jurisprudence que

¹¹ 320 567 euros seraient sans doute plus exacts...

¹² Par ex., Paris, 12 janvier 2021, n° 20/02665.

j'évoquais ne détaillent plus les décisions sur ce point pour se contenter de simplement lister celles qui l'appliquent. Ce n'est que lorsque, ponctuellement, une autre règle de calcul est opérée que le contenu de la décision est davantage développé.

Autant dire qu'en ce contentieux, la comptabilité passée est cruciale. Elle suffit à prouver l'existence d'une relation commerciale établie par la démonstration de la réalisation d'un chiffre d'affaires avec l'auteur de la rupture. La baisse du chiffre d'affaires ou sa cessation établit la rupture, et sa brutalité résulte seulement de l'absence de prévenance préalable écrite. Enfin, cette comptabilité suffira à établir l'existence et le quantum du préjudice.

Inéluctablement, quelques difficultés pimentent l'application de cette méthode. Nous retiendrons ici seulement celle intéressant la marge de référence.

Les juges ont longtemps visé la seule marge brute. Celle-ci s'identifie par la différence entre les ventes de marchandises et leurs coûts d'achat.

Elle n'a donc aucun sens lorsque la relation rompue repose sur un contrat d'entreprise. L'entier chiffre d'affaires perdu fut un temps indemnisé, mais c'est finalement la marge sur coûts variables qui semble ces derniers temps appliquée, quand bien même la marge brute demeure fréquemment mentionnée.

Il est possible de l'illustrer par une espèce portant sur l'indemnisation du préjudice né de la brutalité d'une relation de 23 ans reposant sur des prestations de service (distribution de prospectus). La Cour d'appel de Paris a pu retenir qu'un préavis de 18 mois aurait été nécessaire (Paris, 10 septembre 2020, n° 17/07833). Le prestataire opérait sur trois magasins et n'avait bénéficié que de préavis bien davantage réduits : 9 jours pour l'un, 1 mois pour l'autre et 12 jours pour le dernier. Chaque activité étant appréciée distinctement, selon le procédé classiquement appliqué en cette matière, raisonnons sur la seule relation « pour le magasin de Bordeaux », pour laquelle l'insuffisance du préavis est de 17 mois puisqu'un mois de préavis fut effectivement délivré.

La Cour précise : « En l'espèce, il ressort des pièces versées aux débats et notamment du grand livre comptable [du prestataire] que les frais exposés pour son activité consistaient essentiellement en des frais de carburant d'un montant de 3 000 euros par an et des frais de fournitures, téléphone et inter-

net d'un montant de 1 000 euros par an, soit des charges de 1 333 euros par an et par magasin.

Par ailleurs, [le prestataire] établit que le chiffre d'affaires réalisé sur les trois dernières années s'est élevé [...] à 26 000 euros pour le magasin de Bordeaux [...], ce qui correspond à une moyenne annuelle [...] de 8 666 euros [...].

Ainsi le taux de marge brute réalisé par [le prestataire] s'établit à 84,61 % [...]

En conséquence, le préjudice financier lié à la brutalité de la rupture sera estimé à [...] 8 666 euros \times 84,61 % \times 17 mois ».

Pour calculer la marge de la victime, la Cour retranche « les frais exposés pour son activité » du chiffre d'affaires moyen annuel, toujours par référence aux 3 dernières années. Les frais pris en compte sont ceux de carburant, fournitures et téléphonie¹³. Pour le seul magasin de Bordeaux, le chiffre d'affaires moyen annuel (8 666 euros) diminué des « coûts » annuels (1 333 euros) conduit à retenir une marge annuelle de 7 333 euros. Même si le calcul n'est pas explicité, on comprend que le taux de marge est alors de $7\,333 / 8\,666 \times 100$ (marge brute/CA \times 100) = 84.61 %.

Les juges disposent alors de tous les éléments pour appliquer l'invariable formule : CA annuel \times taux de marge \times nombre de mois de préavis défallant / 12 mois ($8\,666 \times 84.61 \% \times 17/12 = 10\,387,42$).

Ici l'affaire était simple parce qu'il n'y avait pas de frais de personnel ; l'intéressé travaillait seul. Lorsqu'il y a des frais de personnel, il est toujours plus délicat de savoir s'il convient de les intégrer dans ce calcul¹⁴. Certaines décisions l'admettent, d'autres le refusent.

Et la remarque permet de suggérer que derrière la simplicité de la méthode, le doute s'insinue quant à la marge de référence.

¹³ La décision ne précise cependant pas si les montants sont rapportés au prorata de l'importance de la relation rompue dans le chiffre d'affaires total de l'intéressé.

¹⁴ On sait cette charge importante des entreprises fréquemment discutée (P. Le Teuff, P. Loeper, Les problématiques des coûts : coûts fixes-coûts variables-coûts directs-coûts indirects, in in Points clés relatifs à l'évaluation des préjudices économiques, p. 35, CNECJ, 2018) et, sans surprise, elle l'est dans le contentieux de l'ancien article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce.

L'absence d'opportunité de la référence à la marge brute est de longue date soulignée car elle conduirait à trop indemniser la victime et donc à l'enrichir : « *La marge réellement dégagée par une entreprise ne peut être connue qu'après imputation des coûts dits variables, c'est-à-dire des charges de l'entreprise qui varient en fonction du chiffre d'affaires... On réparerait donc plus que son préjudice en l'indemnisant des coûts variables qu'il n'a en l'occurrence pas engagés* »¹⁵. Effectivement, pourquoi indemniser la victime de frais qu'elle n'a pas supportés ? La marge sur coûts variables paraît bien davantage opportune et Mme la Présidente Dallery vient de confirmer qu'il s'agit de désormais de celle attendue devant la Cour. Aussi, la Cour d'appel de Paris substitue-t-elle progressivement, mais avec constance depuis 2017¹⁶, la marge sur coûts variables à la marge brute. Ceci dit, une difficulté sémantique pénalise le recensement du contentieux car beaucoup de décisions, à l'instar de la dernière évoquée¹⁷, visent la marge brute alors qu'en fait elles appliquent la marge sur coûts variables.

Mais les difficultés sont bien davantage nombreuses car il ne s'agit pas là d'un simple changement de la marge de référence au sein de la formule jusque-là suivie. C'est ouvrir la boîte de Pandore. Jusque-là, l'assiette du préjudice était figée au moment de la faute, sans qu'importent les événements postérieurs, fussent-ils intervenus durant la période indemnisée et connus du juge au moment où il statue. Ce principe de l'indifférence des faits postérieurs s'induisait de la méthode de calcul, mais il était encore affirmé par la Cour de cassation¹⁸ comme l'a rappelé Mme la Présidente Dallery. Il permet notamment de ne pas tenir compte de la reconversion de la victime de la brutalité durant le temps de préavis indemnisé. Concédonsons que cette position n'est pas tant inopportune puisqu'elle permet de ne pas avoir à opérer la délicate appréciation de la réalité et du quantum d'une telle minimisation du préjudice par la victime (la reconversion est-elle réellement aussi opportune et pérenne que celle qui aurait pu être opérée avec davantage de temps ? À quelle hauteur compense-t-elle l'ancienne marge ?).

Mais si la logique nouvelle consiste à raisonner à partir de l'ancienne marge dont on défalque les charges non supportées postérieurement à la rupture, il convient de tenir compte, en parallèle, des frais nouveaux qu'elle a occasionnés. La logique impose ce parallélisme et les fiches méthodologiques de la Cour d'appel de Paris le confirment¹⁹. C'est aussi dire que cette logique nouvelle impose

le détail comptable de la période indemnisée alors que les juges refusaient jusqu'à présent d'analyser cette période. Faudra-t-il alors aussi tenir compte de la reconversion, c'est-à-dire du nouveau flux d'affaires qui compense celui dont la perte est indemnisée et réduire l'indemnisation de la victime ? Mais comment sinon expliquer de telles œillères ?

L'effet boule de neige de la déduction des charges variables non supportées durant la période indemnisée s'illustre également par son élargissement aux charges fixes qui n'auraient pas non plus été supportées. La Cour de cassation, confrontée à cette difficulté nouvelle, paraît favorable à leur déduction²⁰. Pour autant, la logique n'est pas la même car l'économie des frais fixes antérieurement supportés suppose généralement la cession ou la cessation de l'activité (ou d'une branche d'activité). Autrement dit, la victime qui ne peut pas réorienter son activité à la suite d'une rupture brutale et met la clé sous la porte sera moins indemnisée que si elle avait pu la maintenir car ses anciennes charges fixes (généralement les plus importantes) viendront en déduction de l'assiette de son indemnisation toujours basée sur son ancienne marge brute. Ce n'est sûrement pas là servir l'esprit du texte de moins indemniser celui qui paraît le plus souffrir de la brutalité de la rupture.

¹⁵ O. Deshayes, « Le dommage réparable en cas de rupture brutale d'une relation commerciale établie », RLDA 2010, n° 51.

¹⁶ L'évolution du plan des Bilans de jurisprudence précités est en cela explicite, le nombre de décisions se référant en 2017 à la marge sur coûts variables justifiant qu'une nouvelle sous-partie soit consacrée à la marge de référence.

¹⁷ Les juges avaient précisé « *S'agissant du préjudice consécutif à la brutalité de la rupture, celui-ci est constitué du gain manqué pendant la période d'insuffisance du préavis et s'évalue donc en considération de la marge brute escomptée durant cette période. La marge brute est une notion comptable qui est définie comme la différence entre le chiffre d'affaires (HT) et les coûts (HT)* ».

¹⁸ Par ex. Com., 3 juillet 2019, n° 17-13.826.

¹⁹ V. not. fiche n° 6, Quel concept de marge ? (avril 2020).

²⁰ Com., 23 janv. 2019, n° 17-26.870, Contrats, conc. consom. 2019, comm. 46, obs. N. Mathy ; Concurrence 2019/2, p. 103, obs. V. Durand ; AJ contrats d'affaires 2019/4, p. 186, note S. Regnault ; L'Essentiel, Droit de la distribution et de la concurrence, 2019, n° 3, p. 4, obs. J. Vogel ; RLDA 2019/149, n° 6741, obs. C. Mouly-Guillemaud ; JCP E 2020, 1049, obs. H. Delcamp et plus récemment Com., 7 décembre 2022, n° 21-17850 ; comp. toutefois, approuvant les premiers juges qui ne les ont pas déduits : Com., 11 mai 2022, n° 21-11.337, Contrats Concurrence Consommation n° 7, juillet 2022, comm. 118, obs. N. Mathy et n° 10, octobre 2022, comm. 12, obs. C. Mouly-Guillemaud.

Ceci dit, la position de la Cour de cassation n'est peut-être pas définitive car ce point du contentieux est actuellement en pleine évolution.

Toujours est-il que ces nouvelles interrogations devraient attiser les recours aux experts-comptables judiciaires. Hier, c'était souvent inutile puisqu'il s'agissait d'appliquer une simple formule mathématique. Le soutien du comptable de la victime suffisait. Aujourd'hui, la formule évolue et présente de nombreuses incertitudes : préjudice = [(somme des 3 derniers chiffres d'affaires annuels générés par la relation /3) /12 × nombre de mois de préavis défaillants × taux de marge brute] – charges variables (et fixes ?) économisées – flux d'affaires de substitution (reconversion) ? + frais occasionnés par la rupture + pertes occasionnées par la brutalité de la rupture (perte de valeur du fonds qu'il s'agisse de la perte de clientèle ou de la perte du fonds en cas de cessation de l'activité) ?

La logique n'est plus la même. D'une part car les éléments incertains devront être démontrés par la victime (existence, quantum et causalité), là où hier une simple référence à son ancienne comptabilité suffisait. D'autre part, car la formule n'étant pas arrêtée, il conviendra de convaincre le juge de l'opportunité d'ajouter ou de déduire chaque poste litigieux, en argumentant et en défendant cette opportunité dans le cas d'espèce.

L'abandon de l'ancien calcul forfaitaire pour une appréhension bien davantage concrète du préjudice prouvé identifie sans doute un simple retour aux

fondamentaux. Il confronte néanmoins la victime à la difficile preuve de son préjudice là où hier elle en était largement dispensée. Et, dans l'attente d'une nouvelle stabilité jurisprudentielle, la méthode d'évaluation du préjudice à retenir à l'occasion d'une expertise est nécessairement celle qui, par sa pertinence, saura emporter la conviction

Je vous remercie.

Gilles de COURCEL : Merci Madame le Professeur.

Je souligne effectivement que c'est tout à fait passionnant d'avoir cet observatoire et que vous le maintenez notamment avec l'aide de vos étudiants doctorants, dont certains sont dans cette salle et que je remercie, et parce que c'est, en fait, un travail tout à fait colossal, de bénédictin. Au moment de l'open data des informations judiciaires, je pense qu'il faut qu'on ait en tête tout ça.

C'est intéressant, effectivement, de collecter des décisions et de les analyser, mais on imagine mal, effectivement, comme c'est un travail extrêmement délicat.

Dans notre pérégrination sur la jurisprudence, je me tourne vers Monsieur François POINT, Conseiller à la Cour administrative d'appel de Marseille pour parler de jurisprudence de la Cour administrative d'appel de Marseille.

Intervention de

Monsieur François POINT

Conseiller à la
Cour administrative d'appel
de Marseille

Je vous remercie.

Je voudrais parler devant vous d'une affaire un peu particulière qu'on a eu à la Cour administrative d'appel de Marseille, qui me paraît illustrer l'importance de la qualité de l'exposition du travail de l'Expert pour le Juge, et la manière dont cette qualité d'exposition a une incidence forte sur le travail du Juge, qui va en quelque sorte refaire l'expertise avec les parties lors de la partie contentieuse.

Je me permets de dire deux mots sur l'affaire, pour que ça ait un caractère concret : c'est une affaire assez simple à comprendre : il s'agissait d'une affaire qui opposait la société CORSICA FERRIES, qui est donc une entreprise de transport maritime, à la Collectivité de Corse, à propos d'une subvention qui avait été versée dans le cadre d'une délégation de Service public à la société SNCM, donc un concurrent de CORSICA FERRIES. Et subventions qui avaient le caractère d'aide d'Etat, c'est-à-dire qui étaient des aides illégales au regard des principes de libre concurrence.

La justice européenne avait sanctionné ces aides d'Etat et ordonné à la SNCM et à la Collectivité de reverser les aides à la Collectivité, et le litige était un litige fait par la société CORSICA FERRIES qui, du fait de l'existence de ces aides illégales, considérait qu'elle avait été privée d'une partie de sa clientèle qui, effectivement, s'était reportée sur la SNCM et sur le service subventionné de la SNCM.

Pour bien comprendre l'affaire, il faut comprendre que la délégation de Service public de la Collectivité de Corse avait deux volets : un volet qui était ce qu'on appelle le service normal, qui était un volet de continuité territoriale ; qui, donc, était un Service public qui était légalement subventionné. Et dans la délégation de Service public, il y avait un deuxième volet, qui s'appelle « service complémentaire », et qui visait à créer une espèce de renfort de services, un nombre supplémentaire de bateaux pour les périodes de pointe, c'est-à-dire, pour faire vite, les périodes de vacances scolaires, qui permettent d'acheminer les touristes sur l'île.

Il y avait eu un Jugement avant-dire droit de la Cour d'appel, reconnaissant le caractère fautif des aides apportées à ce service complémentaire et, ayant reconnu la faute, la Cour d'appel avait ordonné une expertise afin d'évaluer le préjudice subi par la CORSICA FERRIES qui correspondait donc à la perte de clientèle, cette clientèle qui avait été

prise en charge par la SNCM grâce à la subvention illégale, et qui n'avait donc pas pris le bateau avec CORSICA FERRIES.

Sur le principe, l'expertise était assez simple : il s'agissait de déterminer le bénéfice net de l'ensemble de la clientèle qu'aurait eu la CORSICA FERRIES si jamais le service complémentaire n'avait pas existé (et il n'aurait pas existé sans la subvention).

Techniquement, évidemment, ça posait une série de problèmes extrêmement délicats, et l'évaluation du préjudice passait par la construction d'un certain nombre d'axiomes, de postulats et d'hypothèses par l'Expert, qui permettaient d'aboutir à un résultat. Et toute cette reconstruction du préjudice avait fait l'objet de l'expertise contradictoire mais était rediscutée ensuite devant le Juge, et tout ce qui avait été plus ou moins admis devant l'Expert était rediscuté, âprement, par les parties devant le Juge. Et donc, une des difficultés du dossier, c'était bien de trouver dans l'expertise les éléments pour valider l'appréciation qu'avait fait l'Expert sur les différents points de cette reconstruction du chiffre d'affaires perdu.

Pour faire simple, il y avait trois grandes parties, trois grandes étapes du raisonnement :

– il s'agissait d'abord de déterminer le nombre de passagers du service complémentaire, ce qui était un problème essentiellement technique, un problème de dénombrement ; il fallait reprendre ligne par ligne, navire par navire, tous les passagers qui avaient voyagé avec la SNCM et identifier, parmi ces passagers, ceux qui avaient voyagé au titre du service complémentaire, sur une période de six ans. C'est un travail extrêmement fastidieux (ça donnait un tableau Excel avec plus de mille lignes), méticuleux, mais un travail de dénombrement technique ;

– ensuite, il y avait un aspect proprement économique : c'est-à-dire qu'une fois établi le nombre de passagers qui avaient voyagé avec la SNCM et qui étaient donc de la clientèle potentielle pour la CORSICA FERRIES, il s'agissait de déterminer le taux, la partie de ces passagers qui auraient effectivement pu se reporter sur l'offre de transport de la CORSICA FERRIES avec, là, une dimension économique, cette fois-ci, très importante, puisqu'on avait un problème de micro-économie quasi pure, un problème de théorie des préférences : est-ce que l'offre de la CORSICA FERRIES était équivalente à l'offre proposée par la SNCM ? Et là, on avait

une série de difficultés importantes, c'est-à-dire que l'offre de la SNCM, c'était des liaisons entre différents ports de la Corse et le port de Marseille, et l'offre de la CORSICA FERRIES c'était une offre entre différents ports de la Corse et les ports de Toulon et de Nice.

Donc la question était de savoir : est-ce qu'un passager qui avait pris le bateau de Marseille pour aller Corse, ou de Corse pour aller à Marseille, aurait pris, de la même façon, le bateau de Nice ou de Toulon ? La question était tranchée de façon très claire pour Toulon, parce que, d'abord, c'était reconnu dans le jugement avant-dire droit, donc ce n'était quasiment plus en litige, et le tribunal de l'Union européenne, l'Autorité de la concurrence, la Commission européenne, s'étaient aussi prononcés sur ce point pour établir que les liaisons Corse-Toulon et les liaisons Corse-Marseille étaient des produits équivalents.

Mais l'Expert, dans la circonstance de l'espèce, a intégré, dans son calcul, le port de Nice. Ce qui était beaucoup moins évident, et qui posait différentes difficultés : Ça posait une difficulté d'abord parce qu'il n'était pas sûr que ça avait été demandé par le tribunal dans son jugement avant-dire droit, et ça posait une difficulté aussi parce que les critères qui avaient permis d'identifier l'équivalence entre le port de Marseille et le port de Toulon n'étaient pas tout à fait les mêmes pour le port de Nice, notamment parce qu'un des critères, c'était de dire : la traversée entre Marseille et Toulon sont distants de 70 kilomètres, les traversées se font à peu près pour le même prix, sur la même durée etc, donc on a deux biens équivalents. Evidemment, Nice, c'est beaucoup plus loin : c'est entre 250 et 300 kilomètres ; il était moins intuitif qu'une traversée Nice-Corse et une traversée Corse-Marseille étaient des produits équivalents.

Et une autre difficulté : c'est que l'Expert, qui a fait un travail remarquable (c'était une expertise d'une très grande qualité), n'a pas justifié, dans son expertise, les raisons pour lesquelles il admettait de prendre en compte les reports sur les lignes entre la Corse et Nice.

Du coup, évidemment, cette hypothèse de travail, qui avait été retenue par l'Expert, était rediscutée devant le Juge administratif. Et le Juge administratif a dû palier, en quelque sorte, ce qui n'avait pas été démontré, ou ce qui n'avait pas été justifié par l'expertise.

Il y avait un certain nombre d'éléments dans le dossier, dans l'expertise, qui ont permis de valider cette hypothèse retenue par l'Expert, mais on voit bien que, dans un litige comme celui-ci, toutes les hypothèses, toutes les constructions, tous les éléments utilisés pour aboutir au montant final, au résultat, sont rediscutés derrière par le Juge. Et je signale que, pour la plupart des éléments, des hypothèses ou des axiomes qui avaient été retenus par l'expertise, on avait, dans l'exposé de l'expertise, un exposé extrêmement clair, extrêmement limpide du raisonnement et de la construction, des raisons pour lesquelles on avait retenu telle ou telle hypothèse. Je cite l'exemple du port de Nice, parce que c'était un des points, justement où, là, peut-être, on pouvait identifier une faiblesse de l'expertise, mais néanmoins, par ailleurs, l'ensemble des postulats, des hypothèses de construction, avaient été justifiés dans les détails et avaient grandement facilité ensuite la solution contentieuse.

Je prends un deuxième élément sur l'expertise économique, qui a suscité de nombreuses interrogations contentieuses. C'était la question de la substituabilité en termes temporels, c'est-à-dire : est-ce qu'un voyageur qui avait voyagé tel jour, sur une ligne de la SNCM, aurait voyagé le jour même ? Parce qu'il fallait prendre en compte, dans la considération de report, que les lignes du jour même sur CORSICA FERRIES. Ou est-ce qu'on pouvait estimer qu'il y avait une relative élasticité, et qu'une liaison un ou deux jours après pouvait également être considérée comme reportable ?

Et là, on avait un travail remarquable de l'expertise qui avait, sur cette interrogation, construit plusieurs hypothèses de travail, cinq hypothèses en fonction de la largeur de cette maille temporelle ; et donc, laissé le choix au Juge de déterminer lui-même quelle maille temporelle était la plus pertinente, et lui donner les éléments, les cinq évaluations possibles en fonction du choix qu'il ferait.

Le travail était remarquablement bien fait, et c'était d'autant plus intéressant que l'option qui était privilégiée par l'Expert, qui était en gros de retenir une maille temporelle stricte pour le samedi parce que c'était le jour des locations de vacances et donc on imaginait que, ce jour-là, le vacancier ne pouvait ou ne voulait pas reporter son voyage, et pour les autres jours de la semaine, l'Expert proposait une maille plus large de deux jours.

En l'espèce, la Cour d'appel a retenu la maille la plus stricte, qui limitait les reports de passagers

sur les voyages ayant eu lieu le jour même, et avait exclu l'hypothèse qui était privilégiée par l'Expert qui était celle de retenir le jour même pour le samedi et deux jours pour le reste. Mais ce qui était extrêmement constructif, c'est que, effectivement, on avait au dossier dans l'expertise l'ensemble des éléments qui nous permettaient de faire ce choix. Et donc, la qualité d'exposition de cette construction hypothétique, ou de cette reconstruction, donnait pleinement les moyens à la Cour d'appel de prendre la décision qui a été la sienne.

Un dernier point, pour finir sur cette affaire : le dernier volet, évidemment, c'était l'aspect comptable. Une fois qu'on avait déterminé le nombre de passagers puis un taux de report des passagers de la SNCM sur la CORSICA FERRIES, il restait à évaluer le coût moyen, le bénéfice net moyen par passager, qu'on allait multiplier par le nombre de passagers reportés. Là encore, le travail de l'Expert reposait sur davantage un postulat qu'une hypothèse, qui avait une incidence très importante sur l'évaluation des coûts : c'est que le report de passagers se faisait à offre constante. Ce postulat, si c'était à offre constante, ça voulait dire que la CORSICA FERRIES n'engageait aucun coût fixe supplémentaire (vous imaginez bien que, pour du transport maritime, les coûts fixes sont significatifs), et donc là, en l'absence de coûts fixes, on ne prenait en compte que les coûts variables, donc le fait est que (ce que révélait l'expertise) une grande partie des bateaux voyagent à moitié à vide et donc, du coup, le bénéfice net engrangé par la CORSICA FERRIES sur ce report de passagers était énorme et aboutissait à une indemnité significative de 86 millions d'euros.

Là encore, juste pour dire que le postulat retenu par l'Expert était parfaitement exposé et permettait au Juge de statuer en toute connaissance de causes sur la manière dont avait été construit le résultat élaboré par l'Expert.

Je reviens sur un point : sur les hypothèses de mailles temporelles dont j'ai parlé il y a un instant : je signale que l'enjeu entre l'hypothèse choisie par le Juge et l'hypothèse qui avait été privilégiée par l'Expert était quand même significative, puisque, entre l'hypothèse n° 1 et l'hypothèse n° 4 il y avait un écart – si mes souvenirs sont bons – de 15 à 20 millions d'euros, donc ce n'était quand même pas un choix ou une option qui était indifférente sur l'issue du litige.

Voilà ce que je voulais signaler sur cet échange à distance, en quelque sorte, ou cet échange aveugle

entre le Juge et l'Expert, mais un dossier comme ça permet de montrer à quel point la qualité d'exposition de l'expertise est un atout extrêmement important pour la qualité, ensuite, de la solution contentieuse.

Gilles de COURCEL : Merci Monsieur le Conseiller.

Vous voyez, ça rejoint tout à fait les points qui ont été évoqués ce matin par notre Président Olivier PERONNET sur l'absolue nécessité, effective-

ment, de faire se dérouler, du travail de l'Expert. Il est là pour éclairer mais il faut qu'il n'éclaire pas seulement sur le résultat auquel il aboutit, mais en fait sur la démarche qui est la sienne et, le cas échéant, sur les différents scénarii, effectivement, qu'il met en œuvre. Et de donner effectivement au Juge la pleine possibilité de se faire son opinion, le cas échéant de faire ces calculs.

Mais je ne vais pas aller plus loin, puisque je vais demander à un grand Expert de s'exprimer sur cette position-là : c'est notre ami Thierry BOREL, qui va faire ses commentaires.

Intervention de

Monsieur Thierry BOREL

Expert, Président d'honneur
de la section Aix-Bastia
de la CNECJ

Merci mon cher Gilles.

C'est avec les yeux d'un Expert-comptable de justice qu'il m'est maintenant demandé d'analyser les sept arrêts dont il est question dans cette table ronde, et j'ai donc, pour ma part, tenté de dégager les enseignements de ces décisions pour nos pratiques expertales.

D'abord, les deux arrêts, CRISTAL DE PARIS et CONFORAMA contre André D., nous invitent, à mes yeux, à ne pas passer à côté des choses simples, en nous démontrant que, parfois, les évaluations de préjudices compliquées ne sont pas forcément celles qui sont retenues par les tribunaux et les Cours d'appel.

Parfois, les Experts-comptables de justice sont influencés par des demandeurs désordonnés dans leurs prétentions, mais pas toujours. Ils peuvent alors se trouver entraînés dans des évaluations de préjudices très complexes, qui deviennent parfois confuses et un peu déroutantes pour les tribunaux.

Dans l'arrêt CRISTAL DE PARIS, dont il a été précédemment question, l'évaluation du préjudice, dont j'ignore d'ailleurs si elle est le fait d'un Expert-comptable, me paraît extrêmement simple. Un rappel rapide : la société CRISTAL DE PARIS usurpait le label « made in France » alors que son cristal était taillé à l'étranger, à moindres coûts, bien évidemment. La société CRISTALLERIE DE MONTBRONN, qui était demanderesse en première instance, estime que son coût de revient est de 25 % de son chiffre d'affaires. Le coût de revient de la taille de CRISTAL DE PARIS est de 10 % et, de façon limpide à mes yeux, la Cour d'appel évalue le préjudice par l'écart entre les deux taux, $25 - 10 = 15$ %, qu'elle applique au chiffre d'affaires de la victime pour déterminer son préjudice.

L'arrêt CONFORAMA contre André D., qui a été évoqué par Madame le Professeur Clémence MOULY, est un cas de rupture brutale de relations commerciales de la part de CONFORAMA envers un fournisseur qui distribue des flyers et des prospectus pour trois de ses magasins situés à Bordeaux, Bègles et Mérignac. André D. chiffre de façon très sommaire ses frais variables : coût du carburant (3 000 €/an), autres charges (essentiellement des dépenses de communication : 1 000 € / an), ce qui représente 4 000 €/an, c'est-à-dire à peu près 1 300 euros par an par magasin. Vous voyez que nous ne sommes pas sur des enjeux énormes...

En déduisant ces charges variables, ainsi estimées, du chiffre d'affaires réalisé par magasin, le Juge détermine en valeur une marge brute annuelle puis, en la divisant par douze, il parvient à une marge brute mensuelle. De façon toujours très limpide, pour quantifier le préjudice subi, cette marge mensuelle est multipliée par l'écart, en mois, entre le préavis raisonnable de rupture des relations commerciales (qui était estimé en l'espèce par le Juge à dix-huit mois) et le préavis imposé par chaque magasin CONFORAMA.

Deux arrêts sont très intéressants aussi pour moi, parce que les Experts commis ont dû davantage œuvrer en économistes qu'en Experts-comptables.

Il y a tout d'abord l'arrêt dont Monsieur le premier Conseiller François POINT vient de parler, qui est l'arrêt CORSICA FERRIES. Je ne rajouterai rien d'autre, sinon signaler que c'est notre Présidente, Madame Carole BOLANI, qui était l'Expert et que Carole, pour parvenir à ses conclusions, a dû procéder à une analyse statistique, marketing et économétrique du marché du transport maritime entre le continent et la Corse.

Le deuxième arrêt, qui rentre dans cette catégorie, c'est l'arrêt DOUX ALIMENTS. Pour mémoire, DOUX ALIMENTS, fabricant de nourriture pour volailles à base de phosphates, demande réparation de l'entente illicite entre des producteurs de phosphates déjà condamnés pour ce fait par la Commission Européenne. Avant dire droit, la Cour d'appel de Paris commet un Expert aux fins d'abord de calculer le surcoût pour DOUX ALIMENTS résultant de cette entente, et ensuite d'établir un scénario contrefactuel pour déterminer quel aurait été le niveau du prix des phosphates si l'entente ne s'était pas produite.

Pour ce faire, notre Confrère va comparer l'évolution du prix des phosphates facturés à DOUX ALIMENTS, avec l'évolution des prix de l'acide phosphorique dont les phosphates sont des dérivés. En conclusion de ses travaux, il constate une évolution très différente entre le prix de ces deux produits sur une période, en l'occurrence novembre 2000 à janvier 2003. Il chiffre alors un surcoût des phosphates par rapport à l'acide phosphorique d'environ 7 %, qu'il valorise ensuite à 90 000 euros, en appliquant ce taux de 7 % au montant des achats de phosphates de DOUX ALIMENTS sur la période.

Je ne commenterai pas l'arrêt de la Cour d'appel de Paris ORANGE contre DIGICEL. Je vous invite

vraiment à le lire, parce qu'il est remarquable, en ce qu'il aborde toutes les composantes d'un préjudice : la perte subie, le gain manqué et la perte de chance, dont je rappelle qu'elle est une des composantes du gain manqué.

Je voudrais maintenant aborder l'arrêt BENNES MARREL contre société G., qui est très intéressant parce qu'il m'offre l'opportunité de m'arrêter sur la notion de marge sur coûts variables :

Dans cet arrêt, la Cour rappelle tout d'abord que seule est indemnisable le préjudice résultant de la brutalité de la rupture et non de la rupture elle-même, comme cela a déjà été mentionné ce matin et en début d'après-midi. Puis, la Cour trace les contours de l'évaluation du préjudice, affirmant que celui-ci, résultant du caractère brutal de la rupture, est constitué par la perte de la marge dont la victime pouvait bénéficier pendant la durée du préavis qui aurait dû lui être accordé.

La référence à retenir est donc la marge sur coûts variables, qui est définie comme la différence entre le chiffre d'affaires dont la victime a été privé, sous déduction des charges qui n'ont pas été supportées du fait de la baisse d'activité résultant de la rupture.

Je voudrais faire un petit préalable pour rappeler que le terme générique de « marge », si fréquemment utilisé, y compris par les tribunaux, qu'il soit suivi ou non de l'adjectif « brut » ou « net », ne bénéficie d'aucune définition légale. Même si la marge est la différence entre un produit et une charge, son calcul dépend bien évidemment de ce qui est pris en compte au cas par cas pour la déterminer.

Le décompte des charges non engagées, donc économisées, passe par l'inventaire des coûts variables. Pour les recenser, l'Expert se heurte déjà à une première difficulté, puisque notre plan comptable général classe les charges et les produits par nature. En revanche, les notions de charges variables et de charges fixes sont des notions analytiques, de même que celles de coûts directs et de coûts indirects.

Dans le cadre de sa mission, l'Expert sera confronté à une alternative : dans un monde idéal, comme dans un cas pratique soumis à la sagacité d'un étudiant, l'entreprise est dotée d'une comptabilité analytique, dont l'Expert va pouvoir se servir pour déterminer les charges variables, affectables au chiffre d'affaires. Ne nous mentons pas, c'est quand

même un cas assez rare. Le plus souvent, il n'y a pas de comptabilité analytique, et l'Expert va devoir répertorier, au travers de la comptabilité générale, les coûts qui peuvent être variables. Je crois que la clé, c'est vraiment de bien comprendre l'activité de l'entreprise, bien appréhender son modèle économique, pour rester dans une terminologie française, pour parfaitement dissocier ce qui est variable de ce qui ne l'est pas.

Il y a des exemples évidents : celui des entreprises de négoce, dans lesquelles les achats de marchandises sont par définition variables ou encore, celui des entreprises de distribution, où les commerciaux sont rétribués au pourcentage de chiffre d'affaires. Cependant, dans la plupart des cas, l'Expert sera confronté à des paradoxes apparents, où les charges présumées fixes varient, le plus souvent d'ailleurs, par paliers, et où les coûts variables ont une composante fixe. Pour exercer sa mission, l'Expert devra donc inévitablement assimiler le fonctionnement économique de l'entreprise, pour distinguer le variable du non variable.

Je rajouterais qu'il faut toujours, comme en matière d'audit d'ailleurs, avoir le réflexe d'utiliser les confirmations extérieures pour corroborer son analyse. C'est pourquoi l'Expert sera toujours inspiré de comparer les chiffres obtenus, notamment en termes de marge sur coûts variables, avec des données sectorielles de l'entreprise. Du reste, dans l'arrêt BENNES MARREL, le calcul de l'Expert-comptable des demanderesse est conforté par des données issues d'une étude de la Banque de France.

Je voudrais terminer en abordant l'arrêt DAVICO contre MAGASIN U, qui met en évidence un cas où la rupture brutale des relations commerciales a été précédée d'une diminution progressive et significative des commandes dans une période antérieure, sans bien sûr que l'acheteur en ait avisé son fournisseur.

Dans ce cas, la Cour d'appel va chiffrer le préjudice en deux temps : d'abord elle va chiffrer un préjudice lié à la rupture partielle, l'écart entre le chiffre

d'affaires décoté et la moyenne des chiffres d'affaires au moment où les affaires tournaient à plein régime ; et ensuite elle va déterminer un préjudice au titre de la rupture totale où, là, elle va comparer le néant, puisque la rupture est totale, avec le chiffre d'affaires moyen qui avait été enregistré pendant la période décotée.

Voilà, cher Gilles. En conclusion de ces remarques, je souhaiterais, si tu le permets, former le vœu que cette table ronde ait pu susciter l'envie et la curiosité des Experts-comptables de justice de consulter et d'étudier attentivement les décisions jurisprudentielles, à deux titres : d'abord parce que cet exercice permet de prendre la mesure de l'évolution du droit positif, et ensuite parce que ces lectures nous éclairent sur les méthodes d'évaluation des préjudices employées par nos Confrères et nos Consœurs, et ensuite celles qui sont retenues par les tribunaux, les Cours d'appel et la Cour de cassation.

Je vous remercie de votre attention.

Gilles de COURCEL : Merci Thierry. Je crois qu'on ne peut effectivement qu'abonder dans ton sens.

Je rappelle une fois encore que l'ensemble de ces décisions que tu viens de citer seront donc reproduites dans les actes qui seront publiés.

Dernier aspect maintenant, c'est le rôle de l'Avocat. On a évoqué ce matin, effectivement, notamment avec Patrick LESBROS, des fois, la déception que peut avoir effectivement le Juge de voir qu'une analyse juridique extrêmement fine et que, finalement, des fois, à la fin, il n'y a pas grand-chose de satisfaisant qui lui permette de prendre une décision éclairée.

Ce n'est pas du tout une remise en cause des Avocats, au contraire. D'ailleurs, Patrick LESBROS a insisté sur la qualité du travail des Avocats, mais c'est finalement ce travail entre l'Avocat et l'Expert que, peut-être, Martin, faut-il un peu évoquer, mais je vous donne la parole.

Intervention de

Monsieur Martin DONATO

Avocat au Barreau de Paris

Merci : se remettre en cause ne peut pas faire de mal.

Etant praticien du contentieux des affaires, sans être spécialiste du droit de la concurrence comme le sont les orateurs que nous avons eu la chance d'écouter depuis ce matin, je ne pourrai qu'apporter un éclairage très pratique sur la question du quantum du préjudice et formuler quelques remarques très simples sur le couple Avocat-Expert, sur cette question.

Le point de départ est effectivement celui que Monsieur le Président LESBROS a rappelé ce matin, à savoir que le Juge peut avoir tendance à rester sur sa faim sur la question du préjudice telle qu'elle est traitée dans nos écritures. Il y a une tendance structurelle qui s'explique très simplement par le fait que c'est, par nature et par construction, la dernière question abordée, et que nous avons aussi la volonté de rester synthétiques (cela peut aussi s'expliquer par des questions de formation des Avocats). Ce qui est certain, et s'il y a un enseignement, pour moi aujourd'hui, en vous écoutant tous, c'est qu'il y a un formidable progrès des questions économiques dans le débat judiciaire. C'est pris en compte par tous les intervenants, et c'est évidemment un progrès qu'il faut accompagner, qu'il faut suivre. Pour nous c'est une chance puisque c'est la possibilité de montrer à nos clients que ce mouvement existe et qu'ils ont tout intérêt à ouvrir leur dossier, à être démonstratifs, à aller le plus loin possible, à fournir des éléments à ceux à qui ils confient leur dossier pour les juger.

Et j'en profite pour dire que ça peut éviter tous types de raisonnements qui ont pu avoir cours, pour plein de raisons très pratiques de limitation de temps, qui consistaient à dire : j'ouvrirai mon dossier en fonction de ce qu'aura fait l'autre ; tactiquement, je n'ai pas forcément intérêt à aller sur cette question ; je peux parfois même en rester à un débat très abstrait sur le préjudice parce que, en réalité, le fond de mon dossier, je l'estime moins bon ou imparfait. Ça, ce sont des raisonnements que nous préférons écarter, puisque nous, notre intérêt est de représenter le mieux possible le dossier du client et de bien lui faire comprendre que son intérêt est d'insister sur les points forts et, en réalité, d'être transparent, quitte à assumer parfois certaines faiblesses du dossier pour insister sur les points forts.

Donc c'est une évidence, mais que je répète : il faut donner tous les éléments au Juge. Si on ne le fait pas en demande (je l'ai entendu ce matin), on s'ex-



INTERCONTINENTAL































pose à ce que les demandes soient rejetées ou à ce qu'il y ait une évaluation très imparfaite du préjudice. Si on ne le fait pas en défense, on s'expose, si par exemple on ne produit pas de contre-expertise alors que le demandeur a produit des éléments, à quelque chose qui est parfois aussi un peu sanglant, c'est qu'on se concentre sur la faute, on ne traite pas le préjudice ; et le Juge, parce qu'il n'a pas d'autres choix, entérine en réalité les éléments fournis par le demandeur.

C'est un peu moins vrai pour la matière du « follow on », c'est-à-dire qu'une fois évidemment que la faute a été tranchée par l'Autorité de la concurrence, là, naturellement, le débat se focalise sur le préjudice et nous n'avons plus en tant qu'Avocats, ce qu'on peut appeler le dilemme du subsidiaire, qui est aussi ce qui peut expliquer parfois l'imperfection de nos écritures. Ce dilemme existe toujours : développer ou non le préjudice. La place qu'on lui accorde dans les écritures peut aussi avoir une signification. Le fait même de faire appel à un Expert-comptable de justice, c'est une discussion avec le client qui dépend aussi de l'évaluation de ses propres forces et faiblesses sur la partie fautive.

Quelle est la meilleure manière d'aborder la question du quantum du préjudice pour un Avocat ? Il est difficile de répondre à la question, mais on peut faire quelques remarques consensuelles et d'évidence :

– La première, c'est que, s'il est préférable et évidemment souhaitable de faire appel à un Expert du chiffre, qui a besoin de l'Homme de droit et réciproquement, il faut le faire le plus tôt possible. Nous, on nous apprend que l'assignation doit être « une gifle ». C'est-à-dire une succession d'évidences. Ce n'est pas forcément le lieu dans lequel entrer dans le détail du préjudice. Néanmoins, il est évident qu'on a tout intérêt à anticiper et à travailler avec l'Expert dès le début du dossier, je dirais même avant l'assignation, si possible au moment où on peut encore influencer sur le contenu du dossier, et donc au stade des échanges pré-contentieux. Donc : le plus tôt possible. Et c'est la même chose en défense : on a intérêt à anticiper. Ça rejoint, en plus, une problématique de nos clients, souvent, qui est celle du provisionnement : c'est-à-dire que, surtout quand il y a (pour des sociétés cotées par exemple) une publication des comptes avec un niveau de détail avancé, il est très important qu'en début de dossier, ils aient une vision également de leurs chances et du risque ou de l'espoir que suscite

le contentieux. Tout cela milite évidemment pour faire cela le plus tôt possible.

– Le deuxième point, lui aussi très consensuel, c'est qu'il faut le faire ensemble. C'est une lapalissade, on l'a entendu aujourd'hui et ça a été illustré : le cœur du débat est le scénario contrefactuel, donc c'est de raconter une histoire, ce qui a toujours été la problématique des Avocats, d'avoir un récit cohérent du début à la fin sur la faute, sur le lien de causalité et sur le préjudice. Et ça, pour le faire, il n'y a qu'une manière, c'est d'échanger avec l'Expert en amont, dans la construction du dossier.

Pour prendre un exemple qui, je crois, n'a pas encore été cité aujourd'hui : la problématique de la désorganisation. Le débauchage illicite, qui est souvent lié à une violation de clause de non-concurrence peut déboucher sur une désorganisation. Je prends cet exemple parce que, dans cette matière-là, il est clair que le Juge a une grande marge d'appréciation pour distinguer les conséquences de la violation de la clause de non-concurrence qui, par définition, est bornée dans le temps, de la désorganisation dont la caractéristique est justement de se prolonger dans le temps. Il faut donc se poser la question main dans la main, entre le chiffre et le droit : est-ce que mon concurrent a, ou non, pu être désorganisé ? Est-ce que la faute a conduit à une désorganisation ?

J'ai entendu aussi aujourd'hui parler de l'arrêt CRISTAL DE PARIS, qui nous invite à nous intéresser au gain réalisé par l'auteur, donc au « butin », si on peut l'appeler comme ça. *A fortiori*, cela invite à travailler avec l'Expert, puisqu'il faut non seulement maintenant travailler sur la victime, mais aussi travailler sur l'auteur. Donc, même direction, ouvrir son dossier, travailler en amont, et présenter des choses les plus complètes et précises possibles. J'ai relevé (je crois que c'est dans l'arrêt DIGICEL) qu'on lit encore parfois, sur un sujet ou un autre que, faute d'éléments fournis par le demandeur, tel ou tel chef de préjudice n'a pas pu être octroyé. C'est ce que nous travaillons tous ensemble à éviter.

Le dernier point que je voulais aborder est lié au rendu, puisqu'il faut aussi articuler nos positions, Hommes de droit et Hommes de chiffre, au moment où on se présente devant notre Juge.

En matière judiciaire, il y avait une caractéristique, historiquement : c'était souvent à l'Avocat qu'il incombait de rendre compte des conclusions de l'Expert, donc d'être capable de présenter les tra-

voux de l'Expert, ce qui impliquait un travail qu'il faut faire de toute façon.

Et j'ai entendu ce matin mon Confrère Monsieur le Bâtonnier CRESSARD souhaiter qu'on entende davantage les Experts eux-mêmes. Je suis évidemment d'accord avec cela. Plus il y aura d'interactivité avec les Experts, plus chacun pourra, dans sa spécialité, se compléter et présenter les éléments chacun dans son rôle.

On a aussi parlé des fiches de la Cour d'appel. C'est vrai qu'elles ont changé la vie des Avocats. Mais justement, elles ne disent pas, par exemple, comment l'Avocat doit plaider le préjudice et quel rôle doit jouer l'Expert ?

Il y a plusieurs formules, qu'on expérimente régulièrement en matière d'arbitrage : il y a la « cross examination » de l'Expert, mais il y a aussi la conférence des Experts, c'est-à-dire que les Experts se contredisent directement, ce qui, dans certains cas, est évidemment approprié. L'autre solution, c'est le séquençement, c'est-à-dire la capacité du Juge, dans le courant de la mise en état – et là aussi c'est très important pour le client parce que ça lui permet de comprendre où en est son dossier, ses forces, ses faiblesses, l'intérêt éventuellement de discuter ou de porter son attention sur tel ou tel aspect – et donc, par exemple, de séquencer le principe, le quantum, avec deux audiences distinctes, ou de renvoyer sur le préjudice si les éléments sont insuffisants ou contestables.

C'est une habitude, donc je vais le faire : je vais terminer sur l'article 700 : pourquoi ? Parce que c'est

lié à tout ce que je viens de dire, dans le sens où c'est une des clés pour inviter, bien sûr, mes clients à avoir une approche réaliste et significative de leur propre préjudice et à engager les moyens nécessaires à sa démonstration. Le souhait est d'avoir aussi cette approche réaliste et significative de l'article 700, et donc des frais, par les juridictions, puisque ça nous permet tout simplement de dire aux clients quelque chose qui est très utile en début de dossier : vous pouvez engager des moyens parce que vous récupèrerez vos frais si vous avez une bonne appréciation de votre dossier, c'est-à-dire si vous avez un bon dossier, que vous soutenez des arguments raisonnables et que vous le faites aussi procéduralement de manière raisonnable.

Gilles de COURCEL : Merci Martin.

Je voudrais remercier les participants de cette table ronde pour la concision de leurs interventions, qui nous a permis de ne pas du tout dérapier (et je regarde Carole et Elisabeth qui y étaient très sensibles), et je les remercie aussi d'avoir terminé sur cette partie de la proximité qu'il peut y avoir, à un moment donné, entre le Conseil Avocat et l'Expert, probablement de parties, parce que ça prépare la dernière table ronde à laquelle on va vous convier après une pause, et qui va mettre en évidence, sur le thème « Expert de justice, Expert de partie », les aspects déontologiques, qui sont essentiels et sans lesquels nous ne sommes rien.

4^e Table ronde :

Expert de justice et expert de partie

Exposé de

Monsieur
Pierre LOEPER

Président d'honneur
du CNCEJ et de la CNECJ

Merci Gilles.
Bonsoir à tous.

Alors, nous allons élargir, provisoirement peut-être, le débat à l'ensemble des situations où, pas seulement en matière de concurrence, un Expert inscrit sur une liste ou un tableau (n'oublions pas les juridictions administratives), est consulté par une partie qui lui demande un avis, appelé éventuellement à être produit en justice, dans un litige né ou à naître. C'est ce qu'on appelle l'expertise de parties, et l'Expert consulté est alors fréquemment désigné sous le nom d'Expert de partie, et j'y reviendrai.

Cette situation intéresse aussi, je m'empresse de le préciser, les anciens Experts, notamment les Experts honoraires, car le serment qu'ils ont prêté vaut non seulement en toutes circonstances, comme Monsieur le Conseiller nous l'a rappelé ce matin, et notamment quand ils sont Experts de partie, mais également pour toute leur vie. Donc le fait d'atteindre l'âge critique de soixante-dix ans ne dispense pas de respecter son serment.

Alors, cet Expert de partie, nous allons rechercher à quelles difficultés il va être confronté. Nous allons aussi nous interroger sur le point de savoir comment y faire face. Et d'abord (et ce sera la première partie de mon exposé), nous allons rechercher quels principes doivent guider sa posture et son attitude. Ce que je formulerai aussi de la façon suivante : quelle doit être la relation à la vérité d'un Expert de justice intervenant comme consultant privé d'une partie ?

J'aborderai ensuite (ce sera la seconde partie) la recherche de moyens de mettre en œuvre ces principes de façon pratique, et notamment, je serai peut-être amené à vous proposer quelques bonnes pratiques.

Première interrogation, donc : quelle doit être la relation à la vérité d'un Expert de justice intervenant comme consultant privé d'une partie ?

Cette question a fait l'objet de débats approfondis au sein du corps expertal dans son ensemble, puisqu'aussi bien elle avait constitué le sujet même d'un congrès national en 2004, qui se tenait au Palais du Prado à Marseille, et qui avait été organisé par le Conseil National, qui était alors la Fédération Nationale des Compagnies d'Experts de justice, toutes disciplines confondues.

Et, pour nous éclairer, nous avons fait appel à un philosophe, André COMTE-SPONVILLE, dont je crois utile de rappeler le message, fut-ce sous forme résumée : dans ses propos, qui avaient été mûrement réfléchis car nous avons eu avec lui de nombreuses réunions de préparation, il avait insisté sur la nécessité de distinguer les missions, les rôles et les postures d'une part de l'Expert et d'autre part du Conseil. Pour André COMTE-SPONVILLE, l'Expert, qu'il soit désigné par un Juge ou consulté par une partie, est débiteur du vrai, c'est-à-dire de la vérité. On attend qu'il dise le vrai. Il combat pour la manifestation de la vérité. Alors que le Conseil est, lui, débiteur de l'utile. On attend de lui qu'il dise l'utile. Il combat pour le succès de son client.

Cette distinction amenait André COMTE-SPONVILLE notamment à bannir l'expression « Expert-Conseil » qui est, vous en conviendrez, relativement ambiguë.

Tous les acteurs du procès sont légitimes à avoir une telle attente de fidélité à la vérité de la part de l'Expert : le Juge, qui doit trancher le litige, son Expert de justice, s'il en a désigné un, la partie consultante (Maître CHATAIN reviendra sur ce point), son Avocat, mais aussi ses contradicteurs et leurs Conseils.

Est-ce qu'en ayant prononcé ce principe, on a pour autant épuisé le sujet ? Certainement pas, car se pose immédiatement une question : celle de savoir si l'Expert détient la vérité ou est en mesure de la détenir par ses travaux. Et nous savons tous, malheureusement, que cette réponse n'est pas affirmative. Elle ne peut pas l'être car la vérité est elle-même contingente, ou encore relative. Par exemple, la théorie de la relativité nous apprend que des mesures simples comme celles de la longueur d'un objet, ou encore peut-être la mise en œuvre du marégraphe (voilà, je l'ai cité ! ...) dépendent fina-

lement de l'observateur lui-même, de sa vitesse de déplacement et de sa posture. Par conséquent, il y a de la relativité, de la contingence, partout, et c'est encore plus vrai quand on s'adresse à des sciences que, personnellement, je considère comme davantage molles que dures, comme la comptabilité.

D'ailleurs, quand on demandait à André COMTE-SPONVILLE sa définition de la vérité, il nous disait : « vérité, c'est ce que Dieu sait, s'il existe ». Ceci pouvait avoir un sens, à l'époque où on croyait aux augures, ou encore dans le jugement de Dieu par le combat, mais aujourd'hui, au XXI^e siècle, c'est quand même assez peu performant.

Est-ce qu'il faut en déduire que, compte tenu de cette incapacité à atteindre la vérité, l'Expert de partie, finalement, jouit d'une grande, voire d'une totale liberté intellectuelle ? Certainement pas et, pour s'en convaincre, il suffit de passer de l'autre côté de la glace, ce que le Conseiller VIGNEAU a appelé l'approche négative, et de s'interroger sur les contraires de la vérité, c'est-à-dire le faux, je veux dire l'affirmation fausse, ou encore le mensonge.

L'affirmation fausse, vous conviendrez je pense que si le vrai ou la vérité sont généralement mal connus, en revanche l'affirmation fausse est assez fréquemment identifiable. Il est plus facile de savoir ce qu'une chose ou une situation n'est pas, que de savoir ce qu'elle est. Dans le premier cas, on dispose en effet d'une référence de comparaison, et pas dans le second. Il est facile de dire (là encore c'était l'exemple que prenait COMTE-SPONVILLE) que vous êtes plus de dix dans cette salle. Il est beaucoup plus hasardeux de dire que vous êtes exactement cent vingt-cinq, surtout si certains partent avant la fin de mon exposé...)

Autrement dit, ce constat illustre le type de vérités que l'Expert peut délivrer. L'Expert peut dire, selon la maxime de Karl POPPER, « le certainement faux » (ceci est manifestement impossible) et le « possiblement vrai ».

L'Expert de partie du chiffre, consulté sur un préjudice de perte d'exploitation – donc là je reviens en petit peu à notre sujet – subi par la partie qui l'a consulté à la suite d'une faute qu'elle impute à un tiers, cette perte d'exploitation ne peut pas être inférieure à cent, ne peut pas être supérieure à cent cinquante, et est possiblement située entre cent vingt ou cent trente. Mais cent trente étant la borne haute

de cette fourchette, et malgré tout une évaluation possible, la partie qui le consulte, ou encore son Conseil, exerceront sans doute une amicale pression sur l'Expert pour qu'il conclue uniquement sur la fourchette haute, et nous essaierons de voir dans la deuxième partie de mon exposé comment on peut répondre à ce type de problématique.

Voilà pour le faux. Quelques mots maintenant sur le mensonge : il faut d'abord s'entendre sur le sens du mot « mensonge » – et je voudrais là aussi faire appel à des souvenirs anciens en évoquant une pratique que nous avons autrefois à l'Union des Compagnies d'Experts près la Cour d'appel de Paris, face-à-face Avocats-Experts. Dans l'un de ces face-à-face, qui avait été organisé par Jean-Bruno KERISEL, le Bâtonnier ADER, le père de Basile ADER, était venu s'exprimer. Il était chargé de la déontologie des jeunes Avocats, et il nous avait dit, en substance : je dis à mes Avocats, vous n'avez pas le droit de mentir affirmativement ; en revanche, ce n'est pas à vous de sortir des arguments qui bénéficient à la partie qui est votre contradicteur. Vous avez aussi un devoir de service de la partie dont vous êtes le Conseil. Et il ajoutait que cette sorte de mensonge par omission le laissait parfaitement en paix avec sa conscience.

Qu'en est-il pour l'Expert ? C'est une question que nous nous sommes posée, au Conseil national. Et, après en avoir débattu, nous avons considéré que l'Expert de partie ne devait pas, à la différence de l'Avocat, mentir par omission, c'est-à-dire taire des pièces dont il avait connaissance et qui n'allaient pas dans le sens, dans l'intérêt, de la partie qui l'avait consulté.

C'est évidemment une différence avec la posture des Avocats. Mais le bien-fondé de notre position, pour l'Expert, avait été confirmé à l'époque par une allocution du Premier président de la Cour d'appel de Paris, le Premier président CHAZAL DE MAURIAC, qui recevait les nouveaux Experts à l'issue de leur cycle de formation et la dernière partie de ce cycle constituait effectivement les expertises de partie. Et Monsieur CHAZAL DE MAURIAC leur disait : vous êtes sur un terrain dangereux et, « *si nous nous rendons compte que vous avez fait le tri entre les pièces, celles qui sont favorables à la thèse de la partie qui vous paye et celles qui ne le sont pas, alors vous courez le risque de ne pas être inscrits à l'issue de la période triennale ou réinscrits à l'issue de de la période quinquennale (de réinscription des Experts)* ».

Donc, c'est clairement confirmé, l'Expert de justice ne doit mentir ni de façon positive ni par omission. Et la règle, à mon avis, est absolue, en toutes circonstances, sauf risque de révéler des secrets légalement protégés, mais ceci est une autre problématique.

Voilà pour les principes. Maintenant, quelques réflexions sur **les difficultés que rencontre l'Expert et quelques propositions sur la façon d'y faire face** :

Je vais aborder successivement les difficultés qui concernent la transparence, et puis celles qui concernent le fameux triptyque dont on a parlé ce matin **d'objectivité, d'indépendance et d'impartialité**.

En ce qui concerne la transparence, et pour revenir à ce que j'ai indiqué tout à l'heure sur les pièces, il est de bonne pratique, et c'est également une pratique prudente pour l'Expert, d'annexer à son rapport la liste exhaustive des pièces dont il a disposé pour émettre son avis.

Dans le même souci de transparence et de loyauté, il me semble que l'Expert de partie, lorsqu'il est par ailleurs Expert de justice, ne doit pas cacher le fait qu'il est, ou qu'il a été, inscrit sur une liste ou sur un tableau. L'utilisation de deux papiers à lettres, distincts, qui a été un temps préconisée, me semble être une mauvaise idée, et trahir l'obligation de transparence et de loyauté que nous avons vis-à-vis de tout le monde, et elle présente finalement plus d'inconvénients que d'avantages. Là encore, que nous soyons Experts de partie ou Experts désignés par le Juge, nous sommes tenus par les mêmes obligations de fidélité à la vérité.

Il faut, toujours sur cet aspect de transparence, que les choses soient claires dès le début entre l'Expert et celui qui le consulte. Et, à cet égard, une autre bonne pratique consiste à faire signer par la partie dès le début des opérations ou mieux avant de démarrer celles-ci, une lettre de mission, préalable qui précisera notamment mais explicitement que l'avis technique recherché par la partie est un avis indépendant. On ne dira non plus jamais assez qu'il faut bien exercer son esprit critique avant d'accepter les missions d'expertises de partie.

Il faut enfin, et je crois que Patrick de FONTBRES-SIN y reviendra, se prémunir contre toute forme d'utilisation dévoyée du rapport et, à cet égard, numéroter, voire éventuellement parapher, toutes les

pages, ou encore, autre pratique efficace, numéroter les paragraphes pour éviter (parce que, malheureusement, cela s'est vu) des citations tronquées.

J'en viens maintenant au triptyque **objectivité-indépendance-impartialité** :

Ces trois problématiques se présentent à mon avis par ordre de difficulté croissante :

L'objectivité est relativement familière à l'Expert de justice, puisqu'il est éclairé techniquement du fait, à l'exclusion de toute appréciation juridique. Elle s'impose bien sûr à cet Expert quand il intervient comme Expert de partie.

L'indépendance, et surtout l'impartialité, sont plus difficiles à mettre en œuvre. À cette fin, je suggère qu'avant de se demander quelle doit être, au cours de ses travaux, la posture de l'Expert vis-à-vis de la partie qu'il consulte, nous commençons modestement par nous intéresser à ce que cette posture ne doit pas être.

Donc, nous passons à nouveau derrière la glace : c'est à nouveau l'approche négative et, il me semble, à cet égard, tout à fait clair que l'Expert consulté à titre privé par une partie ne doit pas se sentir soumis ou inféodé à celle-ci, et encore moins le lui donner à croire. Il doit, tout au contraire, lui faire ressentir qu'il reste intellectuellement indépendant d'elle, même si elle le paie.

Au sujet de ce paiement, une remarque incidente : les règles de déontologie du CNEJ interdisent la pratique des honoraires de résultat pour les Experts de partie, ce qui constitue une différence avec la rémunération des Avocats.

Pour ce qui est de l'impartialité, je vous propose là encore de prendre des exemples inverses, c'est-à-dire des exemples de partialité, dans les domaines du chiffre que nous connaissons bien :

Constitue par exemple une attitude partielle, le fait de passer sous silence un scénario contre factuel (on a beaucoup parlé des scénarios contre factuels ; on a montré, dans les exposés qui précèdent, qu'on pouvait présenter plusieurs variantes de scénarios contre factuels). Et bien, le fait de passer sous silence un scénario contre factuel possible, par hypothèse peu favorable à la partie, constitue évidemment une attitude partielle.

Ou encore, le fait de taire l'existence d'un facteur exogène susceptible d'atténuer le lien de causa-

lité lorsque l'Expert de partie intervient au côté de la victime. Ou encore, pour en revenir à notre exemple ci-dessus, de présenter la solution « 130 » comme la seule solution, en s'abstenant de surcroît de préciser sous quelles hypothèses elle s'entend.

J'ajoute que de tels manquements à l'impartialité font évidemment perdre à l'Expert sa crédibilité. Pour autant, rester impartial quand on est Expert de partie n'est pas aisé. D'autant plus que l'Expert de partie ne dispose souvent que d'un point de vue, celui de la partie qui l'a consulté, et non pas des points de vue adverses, à la différence de l'Expert du Juge, qui mène ses travaux avec le filet de sécurité de la contradiction.

Pour l'Expert de partie, son rapport ne devient contradictoire, vous le savez, qu'après avoir été débattu, et nous savons aussi que la jurisprudence de la Cour de cassation admet qu'une décision de justice puisse se fonder sur un rapport privé, à cette condition que le rapport ait été débattu et sous celle supplémentaire qu'il ne constitue pas le seul motif de la décision.

Ces précautions montrent bien les réserves que peut appeler un rapport privé en matière d'impartialité. Pour autant, l'Expert privé, cheminant ainsi sur une sorte de chemin de crête, confronté au risque de ne pas être fidèle à la vérité dont il est débiteur, dispose, me semble-t-il, d'une sorte de sécurité en faisant appel à ce qu'on pourrait appeler un peu pompeusement « les ressources de la raison », ou plus modestement le raisonnement ou le raisonnement expertal.

Un ancien Juge du contrôle du tribunal judiciaire (c'était à l'époque le tribunal de grande instance) de Paris avait coutume de dire aux nouveaux Experts qu'ils ne devaient être ni devins ni shérifs. C'est dire que le Juge n'attend pas, de la part du technicien qu'il désigne, des avis péremptoirs. Il en va de même en matière d'expertise de partie.

Mais j'irais plus loin, et je rejoindrais beaucoup des propos qui ont été tenus par de nombreux intervenants, le Conseiller Doyen Patrick MATTET ce matin, Monsieur le Conseiller Martin POINT à l'instant : rationaliser de façon rigoureuse le raisonnement est un moyen efficace d'être fidèle, ou de ne pas être infidèle, à la vérité, et de pouvoir prétendre avoir dit le vrai dans la limite de ce qui est possible : ainsi, si la démarche intellectuelle de l'Expert est décomposée en étapes qui se déduisent logiquement les unes des autres ; si les hypothèses

de travail sont clairement et loyalement décrites ; si les doutes qui peuvent exister, surtout s'agissant d'hypothèses, sont exposés de façon loyale ; si chaque étape est correctement explicitée ; alors, la partie et son Conseil, de même que leurs contradicteurs, pourront, sous l'arbitrage du Juge et le cas échéant sous celui de l'Expert nommé par lui, engager de façon fructueuse le débat d'où pourra jaillir une vérité judiciaire, voire une transaction.

Bref, un Expert ne peut, à mon sens, se maintenir sur le chemin de crête de l'expertise de partie que **par la qualité de ses travaux**. Autrement dit, seule une sortie par le haut est possible. Celle-ci implique une rationalisation de la démarche, la recherche exigeante d'éléments probatoires, l'examen rigoureux des pièces et une restitution claire et complète des travaux, en ce compris leurs limites dans le cadre du débat contradictoire à venir sur le rapport de l'Expert de partie.

Je pourrais m'arrêter là. Je pense avoir dit l'essentiel de ce que je souhaitais vous indiquer. Mais j'avais prévu une petite conclusion en forme de prospective, que j'avais appelée : **les suites du rapport de l'Expert de partie** :

Première observation : certains estiment qu'il n'appartient pas aux Experts de partie, après avoir rendu leur consultation écrite, de participer oralement aux débats au cours de réunions d'expertise dans lesquelles, s'ils sont admis, ils devraient rester taiseux. Je ne partage pas tout à fait cette opinion, sous réserve toutefois que les Experts de partie restent rigoureusement dans leur rôle. Ils doivent se garder de prendre la place de l'Expert du Juge ; il ne leur revient pas non plus de plaider le dossier (cela se voit pourtant et ils le font en général assez

mal) ; ils peuvent, en revanche, exposer leur position, voire réfuter une position opposée, mais en se cantonnant à leur technique et de façon loyale, et en faisant là encore appel aux ressources de la raison.

Il y a d'ailleurs lieu d'indiquer, et ceci fait écho à des demandes qui ont été formulées ce matin et cet après-midi, que certaines juridictions (je pense notamment à la Chambre de la concurrence au tribunal de commerce de Paris, dont la Présidente nous a fait l'honneur de sa présence aujourd'hui) organisent des audiences au cours desquelles les Experts de parties sont invités à s'expliquer sur leurs travaux.

Soyons certains qu'un raisonnement rationnel, à condition d'être bien exposé, loyalement, clairement, de façon argumentée et avec les éléments probants à l'appui, n'est inaccessible ni aux Juges, ni aux Avocats, ni aux parties.

L'intervention de l'Expert de parties, Expert de justice par ailleurs, aura été utile à ce qui constitue une préoccupation implicite de tout congrès d'Experts, c'est-à-dire faire émerger la vérité.

Je vous remercie de votre attention.

Gilles de COURCEL : Merci Pierre pour cette intervention, et je vais tout de suite donner la parole à un autre Pierre, Monsieur Pierre CALLOCH, pour avoir le point de vue de l'autorité judiciaire sur cette question, « Expert de justice, Expert de partie ».

Intervention de

Monsieur Pierre CALLOCH

Président de Chambre
à la Cour d'appel
d'Aix-en-Provence

Je souhaiterais dire quelques mots, je serai rapide, parce que c'est un sujet – nous en avons discuté et j'ai été un peu abrupt en disant que, quelque part, la déontologie de l'Expert, ce n'est pas véritablement le problème du Juge. Si, bien sûr, que c'est le problème du Juge, puisqu'il est là, d'ailleurs, à titre disciplinaire, en particulier par les radiations sur la liste. Mais c'est vrai que c'est un problème qui vous concerne et qui nous regarde, tout simplement.

Ce que je voudrais évoquer, c'est comment, me semble-t-il, non pas l'Autorité judiciaire parce que je ne suis pas habilité à la représenter, mais comment le Juge, me semble-t-il, appréhende ces fameux rapports d'expertises des parties, et en réalité je crois que son regard est différent en fonction de la chronologie. C'est-à-dire, quand intervient ce fameux rapport d'Expert des parties ?

Je ne vous le cache pas, il y a une certaine suspicion – ce n'est pas la peine de le masquer – Expert de parties impartial (puisque'un Expert c'est d'abord et essentiellement une autorité impartiale) est un oxymore. Ce n'est pas un gros mot, oxymore (c'est pratique au Scrabble) mais ça veut dire quelque chose : effectivement, étymologiquement, l'Expert des parties ne peut pas être impartial puisque quelqu'un d'impartial c'est quelqu'un qui est au-dessus des parties. C'est exactement le problème qui vous tenaille quand nous avons entre les mains vos documents.

Et pourtant, c'est bien souvent (et on l'a dit au cours de l'après-midi), en particulier pour l'Avocat, un document essentiel, cette expertise, avant toute décision, puisque, souvent, me semble-t-il mais on me le dira par la suite, c'est ce document-là qui est nécessaire pour évaluer les chances de succès, pour savoir si, effectivement, compte tenu des coûts et des lenteurs de la justice, l'action doit ou pas être entreprise. Donc c'est en même temps un élément suspect et un élément nécessaire, tout à la fois.

Comment pouvons-nous l'appréhender ? À mon sens, il faut distinguer, chronologiquement, trois types d'Expertises des parties :

– **Il y a tout d'abord l'expertise avant l'expertise judiciaire** : on l'a dit, c'est ce qui permet d'évaluer les chances, et c'est ce qui permet d'étayer les conclusions, les assignations. C'est un élément essentiel de la stratégie judiciaire. Pour qu'il soit, me semble-t-il, recevable aux yeux du Magistrat, il faut que ce document, rédigé par l'Expert, permette

une future discussion. Parce que le mot à retenir, me semble-t-il, dans cette matière, c'est le mot « permettre le contradictoire ». Ce document, donc, fourni avant tout procès ou en tout début de procès, par une partie, pour pouvoir être qualifié de contradictoire, doit permettre de futures discussions, ce qui implique des règles de déontologie, me semble-t-il, qui vont au-delà des règles déontologiques auxquelles tout Expert est tenu, parce que je ne l'ai pas dit mais c'est une évidence, l'Expert des parties est tenu à la déontologie de l'Expert tout court. Ça ne me paraît même pas devoir être discuté.

Là, les règles de déontologie sont, j'allais dire, encore plus accentuées pour permettre ce futur débat. Il y a des obligations que je qualifierais particulières de transparence, qui pèsent sur l'Expert. Je vais en citer quelques-unes :

Tout d'abord, l'Expert de la partie doit clairement dire quelle est la mission qui lui a été confiée par la partie. Parce que c'est un élément de débat absolument indispensable. Il faut savoir de quoi l'Expert parle, et qu'est-ce qu'on lui a demandé. Donc, me semble-t-il, bonne recommandation : commencer un rapport d'expertise, comme vous le faites en matière judiciaire, par rappeler ce qu'on vous a demandé. Précisément. Et non pas « à la demande de ».

Deuxième règle, me semble-t-il, de transparence, on l'a évoqué : quelle pièce a été donnée ? Quelles pièces ont été examinées ? Mais aussi (on l'oublie peut-être) quelles pièces ont été éventuellement réclamées par l'Expert à la partie qui le sollicite ? Débat. Je n'en dirai pas plus. C'est un débat entre vous. Je vous indique ce qui me semblerait préférable en tant que Magistrat. Et je me doute que cela peut poser quelques problèmes.

Autre règle, me semble-t-il : bien indiquer clairement le caractère certain ou hypothétique du raisonnement. Pas se contenter du présent ou bien du conditionnel. Dire quel est le degré de certitude du raisonnement à partir des pièces données par la partie. Et vous avez, me semble-t-il, déontologiquement, le droit, même le devoir, d'avoir un regard sur le degré de certitude de ce que vous tirez des pièces qui vous sont confiées.

Voilà, me semble-t-il, cette obligation de transparence très particulière qui s'attache à ces expertises ante-débat judiciaire proprement dit.

– **Deuxième type de rapport d'expertise des parties** : c'est l'expertise amiable en cours d'expert

tise : et là, je pense que tout le monde est beaucoup plus à l'aise, tout le monde sauf, peut-être précisément, l'Expert judiciaire lui-même. Parce que j'ai la conviction, je ne sais pas si elle est partagée, que, dans ce type de dossiers – préjudices économiques – le procès, bien souvent, se fait au niveau de l'expertise. Et qu'on le veuille ou pas, qu'on le dise ou pas, et je suis prêt à entendre bien évidemment le contraire, je pense que, de plus en plus, compte tenu de la technicité des questions posées, le débat judiciaire est déjà instauré devant l'Expert judiciaire.

Ce qui veut dire que l'Expert des parties apporte ses éléments avec la même rigueur que tout Expert, et l'Expert judiciaire, lui, est chargé de faire respecter le contradictoire – j'allais dire – en poussant parfois l'Expert des parties à dévoiler l'intégralité de son raisonnement, pour permettre à l'autre Expert de parties, si par miracle et par chance il y en a un autre, de faire un véritable débat judiciaire au sein de l'expertise.

Cet élément, d'ailleurs, ce que je viens de dire pose un problème qui n'est pas le sujet de votre congrès, mais qui est un sujet qui me paraît absolument brûlant vu l'actualité, qui est le problème de la Loi du 30 juillet 2018 sur la protection du secret des affaires. Je n'en dirai pas plus. Vous savez que, dans des conditions peut-être un peu floues, en application d'une directive européenne, on a essayé de créer la carpe et le lapin, c'est-à-dire la protection du secret et, en même temps, la transparence du débat. Je n'irai pas plus loin dans ce débat. Il y a des procédures qui sont, effectivement, mises sous séquestre, etc. Bref, c'est un magnifique sujet d'un prochain congrès ; je m'arrête là mais je pose le problème parce que c'est un problème manifestement auquel vous êtes confrontés dans le cadre de cette animation des débats judiciaires et parajudiciaires qui sont déjà instaurés devant l'Expert judiciaire, et qui se passent avec les Experts des parties.

Et puis, il y a un troisième type de rapport d'expertise des parties, qu'en tant que Magistrat j'ai du mal à lire, j'ai du mal à appréhender – je le dis franchement, pour moi il s'agit d'un document « diabolique » : c'est le rapport d'expertise des parties qui constitue une contre-expertise judiciaire. J'en ai vu dans quelques dossiers. C'est très gênant, c'est-à-dire qu'effectivement, au lieu de classer le débat au niveau de l'expertise judiciaire, on attend que l'expertise soit déposée et on demande à un Expert de bien vouloir démolir le travail de l'Expert judiciaire – si vous me permettez cette expression un peu triviale.

On en voit rarement. Je n'en dirai pas plus, parce que, là, ça pose un vrai problème déontologique. Parfois, c'est nécessaire, parce que l'Expert judiciaire, effectivement, comme un Juge ou comme un Avocat, peut se tromper. Que, parfois, il est nécessaire de rectifier, par un sachant, des erreurs. Mais pour un Juge qui est en possession de ce type de document, bien évidemment, il y a un malaise extrêmement prégnant puisque, effectivement, il serait nécessaire que l'Expert judiciaire puisse, à son tour, répondre à ce document un peu sulfureux. C'est une possibilité, et je vous remercie de l'avoir évoquée parce que je sais que c'est très chronophage, je sais que c'est compliqué, mais on peut se poser effectivement la question, lorsqu'on a entre les mains ce type de document, est-ce qu'il n'est pas nécessaire, c'est quand même de l'office du Juge (article 16) qui est tenu de respecter le contradictoire mais aussi de le faire respecter, est-ce que, par rapport à ce document « diabolique » ou sulfureux, il ne serait pas nécessaire d'inviter l'Expert judiciaire, ce qui va le mettre parfois en situation délicate, j'en suis conscient, de venir pouvoir répondre à ce document que la décence me permettra de qualifier de quelque peu tardif.

Voilà, qu'est-ce que je pouvais dire, en comprenant très bien que la déontologie est votre domaine, et que je voulais juste me contenter de vous donner

quelques indications sur la lecture de ces rapports d'expertises amiables.

Gilles de COURCEL : Merci Monsieur le Président. Vos propos remettent d'autant plus en lumière, effectivement, la « stratégie de l'Avocat », en tout cas la façon dont vont se dérouler ces différentes phases, qu'elles soient phases d'expertise de parties, phase d'expertise judiciaire, post – et je vais donner la parole à Antoine CHATAIN mais je crois que Pierre voudrait dire quelque chose tout de suite :

Pierre LOEPER : J'ai parlé de la lettre de mission : quand on fait la lettre de mission, on doit avoir à l'idée de possiblement l'annexer à son rapport. En tout cas de pouvoir la produire devant la juridiction. Ce n'est pas une lettre de mission secrète entre la partie et le consultant.

Et, deuxièmement, la situation que vous évoquez dans laquelle la partie joue finalement le coin du bois, attend que l'Expert de justice se soit dévoilé pour venir lui tirer dessus, c'est évidemment inacceptable. Et s'il arrive (c'est quand même rare) que l'Expert de justice ait commis des erreurs, il y a moyen de les rectifier sans démolir son rapport. Ça va de soi.

Intervention de Monsieur Antoine CHATAIN

Avocat au Barreau de Paris

Je ne vais pas me dérober, je répondrai à toutes ces attaques qui ont été faites.

Avant, je voudrais juste exprimer un petit regret, parce que, ce matin, en écoutant le Conseiller François POINT, j'attendais la chute de savoir qui était cet Expert qui avait fait ce rapport si extraordinaire. Et c'est une demi-blague, parce que le choix de l'Expert est effectivement important en matière judiciaire. Le choix de l'Expert de parties est assez fondamental.

Et, ce matin, Olivier PERONNET était au nirvana lorsqu'il entendait les propos du Président Patrick LESBROS sur le fait qu'il fallait aller convaincre les Avocats de la nécessité de choisir les Experts de justice pour être Experts de parties. Or le problème, c'est qu'il ne faut pas convaincre les Avocats, parce que je crois que les Avocats sont déjà tous convaincus qu'il faut faire appel à un Expert de justice pour être Expert de parties. Le problème, c'est de convaincre les clients. La vérité, c'est que les clients ont beaucoup de mal à accepter que l'on fasse appel à un Expert extérieur, un Expert tiers, comme Expert de parties.

Pour reprendre les trois phases d'une procédure judiciaire, les trois temps, avant-pendant-après le procès, si on reprend le plan de Pierre CALLOCH, il y a avant : avant, on est saisi du dossier en demande. Effectivement, on va dire au client : il faut choisir un Expert de parties. Qu'est-ce que le client va nous répondre ? J'ai mon Commissaire aux comptes. À tous les coups on y a droit. On lui explique que le Commissaire aux comptes ne peut pas faire d'expertise pour évaluer le préjudice de la société dont il est Commissaire aux comptes, ce n'est pas possible. Donc il va l'interroger quand même, pour être sûr qu'on ne dit pas une bêtise. Et il revient en disant : oui, vous avez raison. Je vais donc demander à un Expert-comptable. On lui dit : oui mais ce n'est pas un spécialiste de l'expertise judiciaire. Il ne fait pas, ce que nous disait ce matin Vincent VIGNEAU, de recherche du préjudice, c'est une chose, et des différents postes de préjudices : on a vu aujourd'hui qu'ils pouvaient être divers, en fonction des fautes, des faits dommageables. Mais il y a également la recherche du lien de causalité. Il faut aller faire véritablement ce travail de recherche, qui est un travail véritablement structurant pour l'Avocat également, qui va l'aider à rédiger son acte. Parce qu'effectivement, on ne va pas mettre en lumière dans les faits les mêmes faits après une expertise de parties, si on avait jeté

la plume immédiatement lorsqu'on était saisi du dossier. Donc, ce travail est structurant et il peut être impartial. Ce n'est pas un oxymore. Personnellement je veux que mon Expert de parties soit impartial. C'est mon intérêt. D'abord pour ma crédibilité vis-à-vis des Magistrats, mais c'est l'intérêt de mon client, qu'il soit impartial. Parce que, sinon, on n'est pas crédibles. J'ai l'habitude de dire à mon Expert de parties : attention, le chiffre du préjudice il faudra aller le défendre, en expertise judiciaire et peut-être également en transaction.

Récemment, j'ai eu le cas où un client vient me voir : il me fait le coup : Commissaire aux comptes, Experts-comptables. Puis il me dit : mes services financiers vont vous le faire. Ça, c'est encore pire que tout parce que l'impartialité, l'indépendance, on ne l'a pas, et ils ne connaissent pas, ils ne savent pas chiffrer un préjudice. Enfin, il accepte quand même qu'un Expert judiciaire de parties le fasse. Il me dit : j'ai huit millions de préjudice. J'étais septique en voyant tous ces chiffres. Je me dis : huit millions, on doit être assez loin du compte. Effectivement, l'Expert arrive à quatre millions et demi. Et il se trouve qu'on entre en négociation, et je dis à mon Expert : *« il y a une réunion et on va parler chiffres. Je vous avoue que c'est votre rapport et c'est mieux que vous veniez le défendre vous-même, en réunion confidentielle, entre Avocats, et vous allez défendre votre chiffre »*. Et c'est ce qu'il a fait. Il est venu défendre son chiffre. Quelques temps plus tard, nous avons transigé à trois millions et demi. En fait, le client était très content, parce qu'il avait même un peu moins dans sa tête. Mais il pensait qu'il fallait demander plus pour avoir moins. C'est toujours la même chose. Et c'est là où il faut expliquer au client : non, il faut être crédible. Et comme le disait le Conseiller MATET ce matin, la technique expertale doit être exigeante pour convaincre. C'est-à-dire qu'on doit avoir un niveau d'exigence, et c'est à nous, Avocats, de convaincre nos clients, d'avoir cette impartialité nécessaire pour défendre le dossier, que ce soit en transactionnel ou après, si le dossier part en judiciaire.

Deuxième étape : le judiciaire : effectivement, là on est plutôt en défense parce que, si on est en demande, on a déjà fait le travail que je viens d'exposer. Là il faut qu'on prenne un Expert de parties, pour apprécier le préjudice adverse.

Il faut savoir, d'abord, qu'il y a des expertises, notamment en matière de sinistres industriels, où l'Expert judiciaire désigné par le Tribunal sur le

plan technique demande aux Experts de parties financiers de faire, à part de l'expertise technique, leur expertise financière. Ce sont des réunions qui ont lieu souvent entre Experts (souvent d'assurance, moins d'Experts judiciaires, mais ça peut être des Experts, également, de justice qui le font). Les Experts de justice sont souvent un peu surpris de cette pratique, qui existe, puisqu'en fait ils vont faire un procès-verbal qui sera accepté par toutes les parties, qui évite d'avoir recours à un Expert judiciaire sapiteur, dans ce cadre-là.

Donc on va avoir besoin de l'Expert de parties pour défendre le dossier sur le plan du préjudice, et moi je n'ai pas de problème à ce qu'il vienne débattre. Il ne plaide pas, mais il défend sa position, qui ne sera peut-être pas partagée par l'Expert judiciaire, mais il y n'a, à mon sens, aucune difficulté sur ce point.

Troisième temps : après l'expertise : c'est vrai que c'est compliqué : beaucoup d'Experts judiciaires refusent de critiquer un rapport d'expertise judiciaire d'un de ses confrères. Maintenant si, véritablement, cette expertise judiciaire est lacunaire, notamment s'il n'y a pas eu d'Expert parties (il m'est arrivé souvent de récupérer un dossier après une expertise judiciaire, et il n'y a pas eu d'Expert de parties). Donc le dossier n'a pas vraiment été défendu par les parties. Là, l'Expert parties qui va critiquer le rapport d'expertise judiciaire reprend tout son sens, puisqu'effectivement, il pourra faire valoir un certain nombre de choses qui n'ont pas été exposées dans le cadre de l'expertise judiciaire, et pourront parfaitement être utilisées. J'ai également ce cas – parce que ça m'a un peu choqué, tout à l'heure vous avez parlé de « diabolique », « sulfureux » – où un client me saisit après qu'il ait été condamné à un million d'euros en première instance et pas de rapport d'expertise judiciaire sur ce préjudice. Et en gros, le préjudice, c'était n'importe quoi ! Je demande donc à un Expert de faire un rapport d'Expert parties, pour évaluer la réalité du préjudice. Il évalue à cent cinquante mille euros la réalité du préjudice. Et la Cour d'appel de Versailles a rendu un arrêt en disant : il appartenait à l'autre partie de se prévaloir d'un rapport, ce qu'elle n'a pas fait : c'est-à-dire qu'elle aurait pu, elle aussi, fournir un rapport, qui est une pièce de la procédure ; elle s'est abstenue de le faire, donc je retiens le rapport qui a été communiqué par l'intimé et qui, effectivement, montre que le préjudice est de cent cinquante mille euros. Et on est descendu d'un million d'euros à cent cinquante mille euros, ce qui est une victoire. Pas au sens des bases de don-

nées (si on écoute les bases de données, j'ai perdu puisqu'effectivement ma cliente a été condamnée à cent cinquante mille euros), mais le client est très content, parce que, pour lui, je l'ai gagné. Il faut donc se méfier des bases de données qui veulent noter les Avocats sur leur réussite aux dossiers parce qu'on perd parfois des dossiers mais en fait on les gagne. Et là, c'est compliqué pour un algorithme de comprendre qu'on peut gagner un dossier alors qu'objectivement on l'a perdu.

L'Expert de parties peut avoir tout son rôle. Il peut être impartial et il faut qu'il le soit. Il faut qu'il soit indépendant, d'où l'importance de faire appel à un Expert de justice plutôt qu'un Expert qui n'est pas un Expert de justice, parce qu'il va appliquer sa déontologie à ce travail qu'il va nous remettre, et qui va nous être indispensable dans le cadre des actions qu'on va mener pour nos clients.

Pierre CALLOCH : J'ai dû, pour attirer l'attention du public, mal m'exprimer, ou en tout cas je n'ai pas été assez complet : le caractère sulfureux ou diabolique qui vous a, à juste titre, choqué, je parle de l'hypothèse, qui n'est pas celle que vous avez évoquée je crois ; vous avez évoqué l'hypothèse où l'Expert judiciaire ne se prononce pas après débat contradictoire sur, par exemple, le préjudice. Il n'y a rien. L'Expert qui vient après, il réintroduit du contradictoire en donnant des éléments, et on revient – j'allais dire – au départ : en réalité, il n'y a pas eu d'expertise sur le point. Ce qui, à mon sens, pose problème, c'est lorsqu'un Expert des parties remet en cause une discussion contradictoire qui s'est tenue devant l'Expert judiciaire ; c'est-à-dire qu'il réintroduit un déséquilibre dans « l'égalité des armes » alors que la question a été débattue. Et si j'ai bien compris votre exemple, je suis tout à fait d'accord avec vous, cette expertise des parties était absolument nécessaire pour éclairer le Juge. Mais parce que c'était dans l'hypothèse où l'Expert judiciaire ne s'était pas prononcé sur le point.

Antoine CHATAIN : Je ne suis pas d'accord avec vous, un expert de justice peut critiquer un rapport d'expert judiciaire. Ça peut être aussi sur des problèmes de méthodologie de calcul de préjudices, c'est-à-dire qu'il a pu retenir une méthodologie (et on l'a vu tout à l'heure sur toutes les hypothèses qui existent de méthodologies possibles pour déter-

miner un préjudice) et ne pas avoir retenu une autre méthodologie qui amenait à un autre type de préjudice. Donc ce n'est pas forcément des points qui auraient pu être évoqués. Et, encore une fois, le tribunal peut convoquer l'Expert judiciaire pour venir, justement, s'expliquer sur ce point et donner son avis sur ce que serait l'autre méthodologie présentée par l'autre Expert, qu'il peut faire avec la délicatesse qu'il faut, bien évidemment, avec les mots. C'est dans la rédaction du rapport que l'Expert doit faire cela de manière délicate avec les règles de déontologie rappelées par Pierre LOEMER tout à l'heure.

Pierre CALLOCH : Oui, mais je pense qu'on a été un peu vite : dans l'expertise judiciaire, il y a des Dires. Et il y a des Juges chargés du contrôle de l'expertise, qui peuvent être saisis si, effectivement, il y a des documents, par exemple, qui manquent, ou si l'Expert ne répond pas complètement à sa mission. Un rapport d'expertise judiciaire, à l'aide des Avocats qui déposent des Dires (ils répondent, demandent des délais qui, je le sais bien, ne sont pas toujours adaptés). Mais il y a quand même, dans chaque juridiction en principe, un Juge chargé du contrôle des expertises. C'est soit le Juge qui a décidé l'expertise, soit un Juge spécialisé, en fonction de la taille des juridictions. Donc le débat, lorsqu'il y a une expertise judiciaire, me semble-t-il, le débat technique, doit être clos grâce à ce travail de l'Expert et des Avocats. Il doit. Peut-être qu'il ne l'est pas.

Antoine CHATAIN : J'ai un exemple : pas en matière financière malheureusement, mais qui est très précis, en matière de sinistre incendie, l'Expert est parti d'hypothèses différentes d'un autre, et il n'avait pas connaissance de l'expertise pénale. Il est arrivé à d'autres conclusions parce que l'expert au pénal a eu accès à des éléments auxquels l'Expert judiciaire n'a pas eu accès. Bien qu'on lui ait demandé de suspendre, d'attendre, l'expert judiciaire n'a pas voulu. Il a rendu son rapport. Donc, aujourd'hui, on a été obligés de produire des rapports d'expertise d'autres Experts qui font la synthèse en tenant compte des éléments de l'expert judiciaire désigné au pénal et, du coup, là, le Juge de la mise en état vient de réouvrir les opérations d'Expertise.

Gilles de COURCEL : Je vous propose qu'on se tourne vers un Expert de justice et de parties, Jean-Marc.

Intervention de

Monsieur
Jean-Marc
DAUPHIN

Expert, Président d'honneur
de la section
Aix-en-Provence-Bastia
de la CNECJ

Merci beaucoup Gilles.

Je vais tout d'abord re-évoquer ce qu'a brillamment présenté Pierre : la déontologie de l'Expert, en la mettant en parallèle de nos autres activités professionnelles. La quasi-unanimité des Experts inscrits à la rubrique « comptabilité » des Cours d'appel sont aussi Expert-comptable et Commissaire aux comptes. Si nos règles de déontologie de nos Compagnies d'Experts n'ont pas valeur de Loi ou de règlement, mais simplement de bons comportements pour rester adhérents des Compagnies, les règles déontologiques des Experts-comptables, et surtout des Commissaires aux comptes, ont une force beaucoup plus importante, puisque les règles déontologiques des Commissaires aux comptes sont codifiées, et figurent dans le Code de commerce.

Finalement, nous avons un kaléidoscope de règles déontologiques, et il est vrai que tout professionnel qui devient Expert de justice y a été sensibilisé. J'ai, à ce titre, eu le plaisir pendant de nombreuses années d'assurer la formation des Experts-comptables stagiaires de la région, et il faut savoir que, pour passer le diplôme, ils doivent passer une épreuve de déontologie Experts-comptables, qui se réduit malheureusement à un QCM – ce qui me permet de rebondir sur mon propos – les règles déontologiques doivent nécessairement exister. Si je prends notamment dans le cas de nos stagiaires, ils doivent les maîtriser. Pour passer leur examen, ils cochent un QCM. Mais, ce qui est à mon avis beaucoup plus important, c'est de partager les valeurs de la déontologie, les règles ne sont que l'illustration d'un bon comportement. Encore faut-il convaincre, je pense, tous les professionnels d'adhérer à ce corpus de règles.

Toujours à l'égard de la déontologie, je voudrais évoquer la dualité des contextes des corps professionnels. Les règles déontologiques des Experts-comptables et des Commissaires aux comptes, posent quand même, intellectuellement, une difficulté. En effet, nous avons eu des évolutions professionnelles qui vont un peu à contresens de ce que l'on attend en général d'un professionnel qui aide la justice : il faut savoir que la Commission européenne, qui est très imprégnée de l'esprit et des règles anglo-saxonnes, à travers la directive « services », a inclus les Experts-comptables dans la catégorie prestataires de services ouverts à la libre concurrence, autorisant la publicité individuelle. Ça ne signifie pas que les Experts-comptables sont

dans la commercialité, mais ils sont quand même poussés à être dans une approche de leur clientèle qui est, à mon sens, bien différente de l'attitude que doit avoir un Expert de justice.

Le deuxième point que je voudrais évoquer, qui me semble être le point majeur pour l'Expert de parties est sa saisine. Car tout commence avec la saisine.

Pour refaire encore un parallèle, nous avons, en matière de commissariat aux comptes, une norme d'acceptation des missions. Nous savons tous, avec nos années d'expérience, que tout notre devenir va dépendre des conditions d'acceptation de la mission. À l'identique, la saisine de l'Expert de justice de partie est une étape fondamentale.

Premier point, je pense qu'il faut éviter des situations où on est saisi par une partie elle-même, ce qui peut éventuellement arriver, mais il vaut toujours mieux de passer par la sollicitation d'un Avocat. Je rejoins M^e CHATAIN : bien évidemment, il faut que l'Avocat qui nous saisisse mesure l'intérêt de notre travail dans le cas de la crédibilité de sa demande, et non pas, dirais-je, de façon maximale pour justifier de choses qui n'existent pas.

Cette saisine, correspond à un moment important où on définit la mission de l'Expert de parties : ceci est important parce que, tout à l'heure, on a évoqué que l'Expert de parties était le débiteur de la vérité, et ne pouvait pas mentir même par omission. Je pense donc que, dans les griefs que peut faire l'Avocat à la partie adverse, sur le plan technique, il y a des points sur lesquels l'Expert de partie sent qu'il va avoir techniquement des arguments et qu'il va rester impartial. Par contre, sur d'autres points cela peut être plus délicat. Personnellement, j'essaie de « filtrer » les demandes initiales de l'Avocat au niveau de mon intervention, et de les retranscrire bien sûr dans le document fondamental qui est la lettre de mission, en le rappelant dans le corps du rapport, pour que le destinataire de celui-ci soit clairement informé que je n'ai été saisi que d'une partie du litige, et que le reste échappe à mes diligences.

Autre point important de cette lettre de mission, on n'en a pas parlé mais il faut être réaliste, on a tous convenu que l'Expert de justice ne pouvait pas, du fait de son statut, même en tant qu'Expert de parties, être rétribué au résultat. En logique la rétribution se fait selon un taux horaire et, souvent, sur la base d'une estimation initiale de diligences (personnellement, je présente une fourchette de temps à pas-

ser). Et il est vrai, quand même, il faut le dire, que si le taux horaire de l'Expert intervenant judiciairement n'est pas tarifé, pour des raisons d'entrave à la concurrence, il existe néanmoins des barèmes indicatifs issus des cours, qui fixent des fourchettes de valorisation de l'heure, que nous appliquons dans le cadre de mémoires, d'honoraires, devant les juridictions.

Par contre, en matière d'expertise de parties, nous sommes dans le domaine contractuel. Donc le taux horaire est librement fixé entre l'Expert et la partie. Et il ne faut pas, bien entendu, et c'est là où on rejoint les règles déontologiques, qu'on arrive à des situations où l'intérêt financier des expertises de parties vienne altérer notre discernement dans nos rapports. À ce titre je suis d'accord avec la proposition de Pierre, de retranscrire en annexe du rapport de l'Expert de parties la lettre de mission qui permet de bien fixer le contexte de l'intervention.

Le point suivant que je voulais évoquer est l'utilité du recours à l'Expert de parties dans différents cas de figure : cela a été brillamment évoqué, donc je resterais simplement sur des cas très simples :

Dans le cas de l'expertise avant procès, j'ai récemment été saisi dans le cadre (et mes confrères vont se sentir concernés) d'un confrère qui avait racheté une clientèle d'Expert-comptable. Il y avait, dans ce cabinet racheté, un collaborateur principal. Initialement se passe correctement ; puis, au bout de quelque temps, le collaborateur demande à partir du cabinet racheté pour se lancer dans nouveau projet professionnel. Ulérieurement le confrère s'aperçoit que, petit à petit, ses clients démissionnent, et vont dans un autre cabinet. De plus, le salarié s'était fait embaucher dans ce même cabinet. On rejoint notre thème d'aujourd'hui, la concurrence déloyale. Dans le cadre de la demande initiale de l'Avocat du confrère lésé, il était nécessaire, à mon sens, d'arriver à un chiffrage du préjudice subi par le cabinet. Le chiffrage présentait (on est toujours sur les notions de marge sur coûts variables, avec frais complémentaires induits par le trouble) une difficulté, au titre de la détermination de la durée dans le temps du préjudice. Pendant combien d'années devait être décompté le préjudice de perte de marge ? Et, à cet effet, pour essayer de faciliter la décision des destinataires du rapport que j'avais fait, j'avais calculé un préjudice annuel, de façon à laisser la possibilité pour le Magistrat de dire : le préjudice sera trois ans, ou cinq ans etc.

Deuxième cas d'intérêt des Experts de parties : je l'ai rencontré dans la position d'Expert judiciaire. C'était dans une affaire devant la Cour d'appel d'Aix. Il s'agissait d'un dossier assez important, d'une société d'ingénieurs de la région de Marseille, qui avaient trouvé, pour un produit pharmaceutique grand public, une molécule innovante permettant de réduire les dépôts ferreux que contenait ce produit grand public et qui amenait des contre-indications.

Les ingénieurs marseillais avaient déposé leur brevet dans le monde entier. Ils étaient en phase d'autorisation des autorités sanitaires en France, en Europe, au Japon et aux Etats-Unis. Et ils avaient sous-traité la production du principe actif à une société cotée à Paris, qui avait été condamnée par la Cour à un retard fautif en dernier ressort de deux ans sur la production du principe actif. Donc, la société d'ingénieurs locale s'est retournée vers la Cour pour obtenir réparation du préjudice financier. Nous étions vraiment dans la notion de perte de chance, il s'agissait d'un brevet d'une durée longue, il y avait des marchés potentiels qui étaient internationaux, et des questions sur le quantum du chiffre d'affaires qui aurait pu être réalisé. Je me posais de même la question de la durée du préjudice, sachant qu'il est possible hypothétiquement de prévoir que d'ici trois ou quatre ans, une autre société trouve un procédé plus performant qui viendra rendre obsolète la molécule initialement trouvée. Donc, il y avait de multiples hypothèses à maîtriser. On avait effectué des accedits, avec de nombreux Experts parties, qui étaient tous de qualité. Et personnellement, en tant qu'Expert judiciairement commis, j'ai trouvé que cela m'a permis de construire mon raisonnement. C'est-à-dire, le fait d'avoir la confrontation de la position de plusieurs Experts parties techniques, qui n'étaient pas dans une absolue impartialité (chacun allait dans son sens) me permettait de construire mon raisonnement plus objectif.

Enfin, troisième point : je m'excuse dès à présent devant le Président CALLOCH parce que c'est une intervention d'Expert parties qui s'est faite après dépôt d'un rapport d'Expert judiciairement commis : dans ce cas-là, il s'agissait d'une cession d'entreprise, avec une difficulté de valorisation du bilan objet de la cession. L'Avocat qui m'avait saisi faisait un certain nombre de reproches, et je trouvais que sur les reproches qui étaient faits, un certain nombre ne me paraissaient pas pouvoir prospérer : par exemple, le problème de l'évaluation des créances douteuses, pour lesquelles on peut

avoir des estimations divergentes, car à part les cas extrêmes, de la créance vraiment douteuse depuis des années, ou celle qui est douteuse depuis trois mois, il y a toujours une marge d'appréciation, et je ne voyais pas comment je pourrais apporter un avis objectif au débat.

Toutefois, il y avait une autre difficulté dans le cadre de cette cession, car la société cédée avait contracté, il y a fort longtemps, un leasing immobilier sur un ensemble immobilier très significatif. Et il se trouvait que la levée de l'option pour l'achat de l'ensemble immobilier, qui est toujours une levée d'option pour un montant résiduel, se situait juste après la cession de la société. L'Expert n'avait pas retenu, dans l'appréciation de la valeur de la société, la plus-value résultant de la levée de l'option de ce leasing immobilier, qui me paraissait devoir être prise en compte dans le cadre de la valorisation de la société. En se mettant à la place d'un acheteur : vous achetez une société ; qui a payé cinquante mille euros annuels de leasing immobilier depuis vingt ans ; et vous avez dix mille euros à payer de levée de l'option pour devenir propriétaire d'un bien immobilier d'une valeur d'un million d'euros. Quelque part, il y avait, à mon avis, discussion sur ce point-là. Donc, j'ai établi une lettre de mission pour mon intervention uniquement sur ce point-là, c'est-à-dire que je ne discutais pas les autres points du rapport de l'Expert. Je l'ai mentionné dans le préambule de mon rapport pour bien informer les destinataires de celui-ci, et ensuite j'ai donné un avis technique. Je ne sais pas si j'étais « hors les clous », mais personnellement, et moralement, je disais ce que je pensais et je ne critiquais pas ouvertement la position de l'Expert, qui avait sa position, tout en donnant un élément d'appréciation.

C'est vrai qu'aussi, l'Expert de parties, on ne l'a pas évoqué, M^e CHATAIN, peut-être, en filigrane, pose un problème plus général, et surtout en culture française, c'est l'équité dans le procès. C'est-à-dire que les parties qui ont les moyens de leur défense, peuvent beaucoup plus facilement recourir aux services d'un Expert de parties qualifié qui va leur permettre de développer leur solution technique devant le Juge, alors que la partie moins pourvue financièrement n'est pas sur un pied d'égalité à cet égard. C'est une difficulté.

Le dernier point que je souhaite évoquer, et qui me permet de faire un peu de publicité pour notre section d'Aix-Bastia : concerne les difficultés de calcul du quantum du préjudice. Mon ami Thierry

BOREL a déjà brillamment expliqué les difficultés relatives à la détermination de la marge sur coûts variables. Mais il nous reste une autre difficulté adjacente à évoquer, et qui fera l'objet du thème de notre prochain colloque de la section d'Aix-Bastia en février 2022, il s'agit de « la notion de victime non diligente dans l'évaluation des préjudices ».

Cette thématique est apparue lors des expertises amiables sous l'égide de la Métropole marseillaise (Aix-Marseille-Provence) pour évaluer les préjudices des commerçants sur le trajet des travaux métropolitains. En effet, sur le port de la Ciotat qui était requalifié, il y avait deux types de bars-restaurants : premier cas les bars-restaurants, qui restaient ouverts pendant les travaux, et qui faisaient certes peu de chiffre d'affaires, mais qui avaient une activité ; deuxième cas les bars-restaurants qui fermaient complètement leurs établissements. Donc, quand on calculait la différence de chiffre d'affaires

entre celui était espéré et celui qui était réalisé, on pénalisait de facto les bars-restaurants qui étaient restés ouverts par rapport à ceux qui avaient fermés et qui n'avaient rien fait pour réduire leur préjudice si ce n'est l'aggravé. Donc, il nous a semblé que la notion de diligences, impactait le décompte préjudiciel, et ce dans les deux cas opposés. Effectivement, les victimes particulièrement diligentes méritent indemnisation pour leurs diligences. En ce sens la chambre commerciale de la Cour de cassation par Arrêt du 12 avril 2016 N° 14-294.83 dans une affaire EIFFAGE PYRAMID a pris en compte, et c'est le premier cas, le coût de la rémunération du dirigeant, qui a particulièrement défendu sa société dans le cadre de son préjudice, et qui n'a pas pu, de ce fait, s'occuper des affaires générales de l'entreprise ; il a été alloué le principe d'une indemnisation au titre de ce coût de diligences particulières.

Je vous remercie.

Intervention de Monsieur Didier PORACCHIA

Professeur agrégé
des Facultés de Droit à l'Université
de Paris-Panthéon-Sorbonne

Très rapidement, puisqu'il reste une quinzaine de minutes.

Quelles sont les règles déontologiques, en droit positif ? Où sont-elles ?

En réalité, elles sont à de nombreux endroits. Concernent l'Expert-comptable judiciaire, je partirai du principe qu'il est à la fois Expert-comptable et Commissaire aux comptes. Il ne l'est pas toujours, bien évidemment, mais je partirai du principe que tel est le cas.

Ces règles déontologiques, on les trouve dans les règlements intérieurs, à la fois de la CNECJ, mais également de la CNCEJ. Et, en réalité d'ailleurs, on les trouve d'abord dans les règles de la CNCEJ, et plus spécialement dans le règlement intérieur, lequel est une norme interne qui est une norme de droit privé. Cette association est une association de Loi 1901 à laquelle adhère la CNECJ, bien évidemment. Cette CNECJ accepte de se soumettre elle-même aux règles déontologiques de son institution faïtière, évidemment. À l'intérieur, ensuite, de la CNECJ, on retrouve ces normes déontologiques. Celles-ci ne s'appliquent pas seulement aux Experts-comptables judiciaires à l'occasion de leurs missions d'expertises judiciaires. Elles s'appliquent également aux Experts comptables judiciaires œuvrant dans le cadre d'expertises privées. Et on retrouve, dans ces règles, notamment le serment, et l'obligation d'être indépendant, non seulement substantiellement mais également – et c'est très important – en apparence, puisqu'on vise toutes les hypothèses de conflits d'intérêts qui seraient concevables. On demande à l'expert d'être impartial, et on lui demande d'exercer son esprit critique qu'il agisse en tant qu'Expert judiciaire ou en tant qu'Expert privé.

Quelle est la valeur de ces règles ? Ce sont des normes, finalement, qui sont des normes purement privées. L'article 36 de la CNECJ permet, au plan interne, de les sanctionner. Soit par les sections locales, soit par les sections nationales, en fonction des dispositions et de la peine disciplinaire qui pourrait être infligée : si on est à moins d'un an, c'est la section locale, et si on est à plus d'un an, c'est la section nationale. Ou c'est le Conseil national, plus exactement.

En dehors de cette association, ou de ces associations Loi 1901, y-a-t-il une possibilité pour un tiers de venir vous reprocher la violation de ces règles ? Bien évidemment. Pourquoi ? Parce que, finale-

ment, ces règles sont des normes privées, certes, mais on pourrait très largement les assimiler à des normes contractuelles. Or, vous savez que la faute contractuelle a été dérelativisée par la Cour de cassation et constitue une faute délictuelle qui, si elle cause un préjudice à un tiers en lien de causalité avec ce préjudice subi, lui permet de demander réparation du préjudice causé. En conséquence de quoi si, dans une expertise privée, il pouvait être démontré que vous n'avez pas suivi ces normes déontologiques auxquelles vous avez adhéré parce que vous faites partie de la CNECJ, laquelle elle-même a adopté les règles déontologiques de son institution faïtière et les a complétées, votre responsabilité civile pourrait, sur ce terrain-là, être engagée.

Ce d'autant plus que vous avez, effectivement, signé très certainement, une lettre de mission. Et si vous vous êtes soumis, ou plus exactement si vous avez adopté le modèle préconisé par la CNECJ, vous avez repris les règles déontologiques d'indépendance, d'impartialité, d'esprit critique dans cette lettre de mission. Or, qu'est-ce que la lettre de mission ? C'est un contrat. C'est le contrat passé entre la partie pour laquelle vous œuvrez, et vous-même. En conséquence de quoi, là encore, si l'on pouvait démontrer un manquement aux règles contractuelles, cela constituerait très certainement une faute délictuelle vis-à-vis du tiers qui subirait un dommage né du manquement aux stipulations de la lettre de mission.

En outre, lorsque vous intervenez en tant qu'Expert parties, vous avez la qualité d'Expert judiciaire, mais vous ne la mettez pas en œuvre à cette occasion-là. Vous mettez en œuvre autre chose. Quoi d'autre ? Votre qualité professionnelle. Quelle est-elle ? Vous êtes Expert-comptable, Commissaire aux comptes. Dans la partie Commissariat aux comptes, vous savez que, et spécialement depuis la Loi pacte et la modification du Code de déontologie de 2020, ce Code de déontologie distingue deux choses : l'ensemble des normes déontologiques, qui sont des normes légales, de droit dur cette fois-ci, applicables à toute mission et prestation du Commissaire aux comptes dans lequel l'expertise privée peut parfaitement rentrer et, du côté expert-comptable, vous avez le Décret de 2012, dans ses articles 146 et 147, qui reprend effectivement ce à quoi un Expert-comptable, non seulement dans sa mission mais dans sa qualité propre, s'engage à être, à faire. En l'occurrence, si l'on compare les deux textes ceux-ci posent des exigences

d'impartialité et d'indépendance (de manière plus exigeante pour les Commissaires aux comptes). Et vous devez en outre, mettre en œuvre votre esprit (véritablement) critique. Ce qui pose, d'ailleurs, de vraies questions dans l'expertise privée. Prenons l'hypothèse dans laquelle, vous avez normé la mission, vous avez bien défini les choses, et où on vous donne un certain nombre de pièces. À la lecture des pièces, vous comprenez qu'on ne vous a peut-être pas tout donné. Ne devez-vous pas alors, parce que vous êtes impartial, parce que vous devez mener une analyse critique, demander les pièces complémentaires ? Pouvez-vous vous contenter des seules pièces qu'on vous a données, en vous disant : moi, je ne travaille que sur ses éléments-là et je n'ai aucune obligation d'investigation complémentaire quel que soit mon doute ? À mon sens, un Avocat qui pourrait avoir connaissance de cette situation-là pourrait venir vous poser quelques difficultés au regard des règles précitées, qui ne sont pas seulement des règles déontologiques éthérées, mais qui font véritablement partie du droit positif.

J'en terminerai en abordant rapidement les conséquences de votre comportement en tant qu'Expert privé, sur votre qualité d'Expert judiciaire. Bien évidemment, il aura une conséquence très certainement lors de votre réinscription, mais, pourrait-on se saisir de cette situation pour que vous fassiez l'objet d'une mesure disciplinaire ? La réponse est oui. Pourquoi ? Parce que l'article 6-2 de la Loi du 29 juin 1971, qui est celle qui vous régit en tant qu'Expert judiciaire précise que vous devez respecter les normes de votre profession ; que vous devez respecter les normes du Code de procédure civile dans le cadre de votre mission ; que vous devez adopter une démarche de « bon père de famille », et qu'il est possible de saisir votre comportement, non seulement dans le cadre de votre mission d'expertise judiciaire, mais également à l'extérieur de cette mission d'expertise. En conséquence de quoi, si on pouvait effectivement établir, et c'est assez logique, un comportement qui serait un manquement à l'impartialité, etc, vous êtes susceptibles d'être sanctionnés, en votre qualité d'Expert judiciaire, quand bien même le fait ne serait pas commis à l'occasion d'une expertise judiciaire. En réalité, cela est parfaitement cohérent : pourquoi ? Parce que la mission qui est la vôtre, et de toute façon la mission d'Expert, c'est celle d'un tiers de confiance, de véritable confiance, ce qui suppose impartialité, objectivité, esprit critique bien évidemment, et c'est cette qualité que vous portez en toutes hypothèses, puisque cette qualité vous pourrez vous en préva-

loir sans être nécessairement dans le cadre d'une expertise judiciaire, à travers le fait que vous êtes Expert judiciaire. Et si la Cour d'appel ou la Cour de cassation a décidé de vous inscrire, c'est parce que vous êtes un tiers de particulière confiance à raison de vos compétences, mais encore à raison des normes déontologiques qui s'imposent à vous et plus spécialement des trois principes précités

Finalement et pour conclure, dans votre mission d'Expert privé, quel doit être votre comportement ? Quel est le comportement normé par les règles, à la fois privées de votre institution, de l'association CNECJ, mais également par le droit positif ? Est-ce qu'il y a une différence d'attente de comportement dans le cadre d'une expertise privée ou dans le cadre d'une expertise judiciaire ? La réponse est claire-

ment non. Vous devez et vous avez l'obligation, en droit positif, d'adopter le même comportement d'objectivité, d'impartialité et d'esprit critique.

Je vous remercie.

Gilles de COURCEL : Merci Monsieur le Professeur. Je vais passer la parole à Patrick.

Bien sûr, nous devons être vigilants, c'est la contrepartie de nos responsabilités.

Mais je vais laisser Patrick parler.

Intervention de Monsieur Patrick de FONTBRESSIN

Avocat au Barreau de Paris

Absolument. Je crois que l'enchaînement va de soi.

Au premier chef, il ne faut jamais perdre de vue que dès lors que les Experts de Justice sont inscrits sur des listes en fonction d'un certain nombre de critères qui ont pu faire l'objet d'une évaluation par les magistrats qui ont procédé à leur inscription, et que par ailleurs ces experts ont prêté serment, ils se distinguent d'autres professionnels d'autres Etats de l'Union européenne susceptibles de produire également des rapports d'expertise privée qui ne répondent pas toujours au plan déontologique aux mêmes exigences.

Or, indépendamment du souci par l'expert de parties inscrit sur une liste d'experts judiciaires, d'établir un rapport présentant la même fiabilité que si celui-ci avait été demandé par un Juge, ce rapport risquera parfois d'être l'objet de dévoiements à l'occasion de son usage.

Le premier de ces dévoiements possibles résultera de l'hypothèse où, bien que l'expert de parties ait pris soin, conformément aux règles déontologiques du CNCEJ, de ne porter que des appréciations techniques et scientifiques sur le rapport d'un précédent confrère, expert judiciaire, l'interprétation ultérieure de son rapport dans le cadre d'une instance en cours en viendra à se transformer en attaque *ad hominem*.

On se trouvera alors en présence d'une violation du contradictoire au plan technique précédemment évoquée, dès lors que l'expert judiciaire dont le rapport fera l'objet d'objections de nature à mettre en cause sa compétence, la validité de son rapport, voire sa responsabilité, ne sera pas en mesure de se défendre.

Dans de telles circonstances l'approche technique risquera d'être déformée alors même qu'un débat d'experts pourrait parfois être nécessaire pour mieux éclairer la juridiction.

Une deuxième hypothèse de dévoiement sera celle de l'usage du rapport d'un expert de partie dans une procédure totalement étrangère à celle de sa consultation.

Là encore l'usage du rapport échappera à son auteur. Il s'ensuivra parfois des malentendus du fait d'une présentation inappropriée, voire erronée, ou susceptible de favoriser une démarche de mauvaise foi pouvant aller jusqu'à une mise en cause de responsabilité.

Pire encore apparaît une troisième source de dévoiement qui sera celle de l'utilisation d'un rapport d'expertise de partie en dehors du cadre d'une procédure, à des fins ignorées de l'expert et à l'insu de celui-ci, pour commettre un dol, voire une escroquerie.

Dans tous les cas, en des temps où la recherche de responsabilité de l'expert apparaît comme une tentation trop fréquente chez ceux qui n'admettent pas d'avoir perdu un procès et ne sauraient poursuivre les juges, on ne manquera pas d'insister, en écho aux propos de messieurs Jean-Marc Dauphin et Pierre Loeper, sur la nécessité de toujours mettre en évidence le cadre précis de la mission d'expertise privée en prenant soin de viser de manière détaillée les pièces communiquées au regard d'un objectif bien circonscrit.

À ceci, pour conclure, on ne saurait manquer d'ajouter, ainsi que l'ont fait ressortir les précédentes interventions, qu'à chaque stade doit présider une relation de loyauté entre avocats et experts de parties au même titre qu'entre ces « partenaires de Justice » et le juge.

Il en va du respect des valeurs attachées au serment.

Gilles de COURCEL : Merci Patrick.

Il n'y aura pas vraiment de mot de conclusion. Je voulais simplement dire que j'ai reçu deux questions et un commentaire que j'intégrerai dans les actes que nous avons.

Je voudrais remercier tous les participants à ces différentes tables rondes, passionnantes, que nous avons eues.

Je voudrais dire, pour terminer, que, bien sûr, nous vivons dans un environnement dangereux. Nous sommes des acteurs économiques comme les autres, avec un certain nombre de dangers. Ça nous ramène à la raison d'être de notre fonction d'Expert de justice dans les préjudices de concurrence : vous avez vu que les montants dont on parle aujourd'hui sont tout à fait importants, mais derrière tout ça,

au-delà de ces montants, ce sont des entreprises, des emplois, des chefs d'entreprises, des employés qui peuvent se trouver arrêtés dans leur élan du jour au lendemain. Et la justice économique dont nous avons parlé aujourd'hui, pourquoi est-ce qu'elle a besoin de vous en tant qu'Expert de justice pour apporter de la sécurité ? C'est pour apporter de la confiance dans le système économique.

Bien sûr, nous voyons bien que les phénomènes de concurrence sont exacerbés, et ça ne va pas s'arrêter. On a, en plus de ça, la dimension internationale qui va se renforcer. Mais, derrière ces actions en concurrence déloyale, il y a des agressions extrêmement graves, qui ne sont pas que financières parce qu'elles ont un impact économique, et donc physique, sur un ensemble de population, sur des régions entières. Parce que, derrière, il y a effectivement des emplois.

Donc, oui, il y a une énorme exigence de notre part, de nous mettre au niveau de ces enjeux, qui sont devenus des enjeux extrêmement sensibles, extrêmement complexes aussi. Et c'est pour ça que nous avons besoin d'échanger, non seulement avec les Juges, entre Experts, avec les Avocats, des universitaires et, bien évidemment, les entreprises, parce que plus nous arriverons à faire que, dans notre hexagone, nous apportons de la sécurité, que nous sommes une place de droit sécurisante, mieux nos entreprises seront traitées, et mieux nous aurons une capacité d'attirer des entreprises qui viendront en France, non seulement parce que les routes y seraient sûres, les quartiers y seraient sûrs, mais la vie économique y serait sûre, dans un monde où ma sécurité économique, les agressions de concurrence sont de plus en plus vives et que nous serons là, effectivement, pour apporter notre éclairage à ceux dont la tâche finale, et c'est finalement eux qui ont la tâche la plus difficile, de trancher pour dire, effectivement, si et à quel niveau nous devons réparer les préjudices qui ont été causés.

Nous vous remercions vraiment pour votre attention. Je remercie Carole et Elisabeth de nous avoir permis d'organiser ce congrès. Je pense qu'il ne faut pas qu'on attende dix ans pour aller à Toulon. Mais on va s'organiser.

Merci, bonne soirée à tous.

Partie II

Textes applicables et jurisprudence

Textes applicables

En matière de pratiques anticoncurrentielles

Article L. 420-1 Code de commerce

Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

- 1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;
- 2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;
- 3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;
- 4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.

Article L. 420-2 Code de commerce

Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées aux articles L. 442-1 à L. 442-3 ou en accords de gamme.

En matière de pratiques restrictives de concurrence

Article L. 442-1 Code de commerce

I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services :

- 1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie ;
- 2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;
- 3° D'imposer des pénalités logistiques ne respectant pas l'article L. 441-17 ;
- 4° De pratiquer, à l'égard de l'autre partie, ou d'obtenir d'elle des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles prévues par la convention mentionnée à l'article L. 441-4 en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence ;
- 5° De ne pas avoir mené de bonne foi les négociations commerciales conformément à l'article L. 441-4, ayant eu pour conséquence de ne pas aboutir à la conclusion d'un contrat dans le respect de la date butoir prévue à l'article L. 441-3.

II. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels, et, pour la détermination du prix applicable durant sa durée, des conditions économiques du marché sur lequel opèrent les parties.

En cas de litige entre les parties sur la durée du préavis, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de dix-huit mois.

Les dispositions du présent II ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure.

III. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne proposant un service d'intermédiation en ligne au sens du règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, de ne pas respecter les obligations expressément prévues par le même règlement.

Toute clause ou pratique non expressément visée par ledit règlement est régie par les autres dispositions du présent titre.

En matière de concurrence déloyale

Article 1240 Code civil

Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

Article 1241 Code civil

Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

Jurisprudence

Liste des principales décisions de jurisprudence citées (par intervenant)

Décisions citées par Madame Marie-Laure Dallery

Orange c./Digicel, CA Paris, Pôle 5, 4^e Ch., 17 juin 2020, n° 17/23041

Doux Aliments, CA Paris, Pôle 5, 4^e Ch., 23 juin 2021, n° 17/04101

Cristal de Paris, CA Paris, Pôle 5, 1^{re} Ch., 19 sept. 2017, n° 16/05727

Décisions citées par Madame Clémence Mouly-Guillemaud

Conforama, CA Paris, Pôle 5, 5^e Ch., 10 septembre 2020 n° 17/07833

Sté Marrel, CA Paris, Pôle 5, 4^e Ch., 17 mars 2021 n° 19/16641

Davyco, CA Paris, Pôle 5, 5^e Ch., 9 juillet 2020 n° 17/18660

Décisions citées par Monsieur François Point

Corsica Ferries, CAA Marseille, 6^e Ch., 22 févr. 2021, n° 17MA01582 - 17MA01583

Décisions citées par Monsieur Nicolas Rontchevsky

Sté Sofraco c./Sté Ancea, Cass. com., 27 mai 2008 - n° 07/14422

Cristal de Paris, Cass. com., 12 février 2020, 17-31.614, publié au *Bulletin*

EMC2, CA Paris, Pôle 5, 4^e Ch., 28 février 2018, n° 15/11824

Sté NGK Spark Plugs France c./Sté de Commercialisation de produits industriels, CA Paris, Pôle 5, 4^e Ch., 5 juillet 2017, n° 15/12365

Sté NGK Spark Plugs France c Sté de Commercialisation de produits industriels, Cass. com., 15 janvier 2020, 18/11842, Inédit

Société Glock France, Cass. com., 30 janvier 2001, n° 99/10654

Manfredi, CJCE, 13 juillet 2006 aff. C-29504 à C-29804

Kone AG e.a., CJUE, 5 juin 2014 aff. C-55712

Stés Alep Soulac, Cass. crim., 7 décembre 2016, n° 87.474

Speed Rabbit Pizza c./ Domino's Pizza, CA Paris, Pôle 5, 4^e Ch., 25 oct. 2017, n° 14-15714

Décisions citées par Monsieur Thierry Borel

Corsica Ferries, CAA Marseille, 6^e Ch., 22 févr. 2021, n° 17MA01582 - 17MA01583

Doux Aliments, CA Paris, Pôle 5, 4^e Ch., 23 juin 2021, n° 17/04101

Cristal de Paris, CA Paris, Pôle 5, 1^{re} Ch., 19 sept. 2017, n° 16/05727

Conforama, CA Paris, Pôle 5, 5^e Ch., 10 septembre 2020, n° 17/07833

Orange c./Digicel, CA Paris, Pôle 5, 4^e Ch., 17 juin 2020, n° 17/23041

Sté Marrel, CA Paris, Pôle 5, 4^e Ch., 17 mars 2021, n° 19/16641

Davyco c./ Coopérative U, CA Paris, Pôle 5, 5^e Ch., 9 juillet 2020, n° 17/18660

L'essentiel des décisions de jurisprudence (extraits)

Cristal de Paris c./ Cristallerie de Montbron, CA Paris, Pôle 5, Chambre 1, 19 septembre 2017, n° 16/05727, (p. 107)

Cristal de Paris c./ Cristallerie de Montbron, Cass. com., 12 février 2020, n° 17-31.614, publié au *Bulletin*, (p. 110)

Conforama c./ André D., CA Paris, Pôle 5, Chambre 5, 10 septembre 2020, n° 17/07833, (p. 111)

Corsica Ferries, CAA Marseille, Chambre 6, 22 février 2021, 17MA01582 – 17MA01583, inédit au *Recueil Lebon*, (p. 113)

Sté Sofraco c./ Sté Ancea, Cass. com., 27 mai 2008, n° 07/14422, (p. 122)

EMC2, CA Paris, Pôle 5, Chambre 4, 28 février 2018, n° 15/11824, (p. 122)

Sté NGK Spark Plugs France c./ Sté de Commercialisation de produits industriels, CA Paris, Pôle 5, Chambre 4, 5 juillet 2017, n° 15/12365, (p. 122)

Stés Alep Soulac, Cass. crim., 7 décembre 2016, n° 87.474, (p. 123)

Speed Rabbit Pizza c./ Domino's Pizza, CA Paris, Pôle 5, Chambre 4, 25 oct. 2017, n° 14-15714, (p. 123)

Doux Aliments c./ SA CIE Financière et de participations Roullier, SAS Timab -Industrie, CA Paris, Pôle 5, Chambre 4, 23 juin 2021, n° 17/04101, (p. 125)

Orange Caraïbe c./ Digicel, CA Paris, Pôle 5, Chambre 4, 17 juin 2020, n° 17/23041, (p. 129)

Sté Marrel, CA Paris, Pôle 5, Chambre 4, 17 mars 2021, n° 19/16641, (p. 139)

Davyco c./ Coopérative U, CA Paris, Pôle 5, Chambre 5, 9 juillet 2020, n° 17/18660, (p. 140)

Cristal de Paris c./ Cristallerie de Montbron, CA Paris, Pôle 5, Chambre 1, 19 septembre 2017, n° 16/05727

I – Sur les demandes principales

Considérant qu'une pratique commerciale est trompeuse lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur les caractéristiques essentielles du bien ou du service, notamment ses qualités substantielles, sa composition et son origine ; que lorsque, contraire aux exigences de la diligence professionnelle, elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, elle constitue aussi un acte de concurrence déloyale à l'égard des entreprises concurrentes ;

Considérant que pour condamner la société SA CRISTAL DE PARIS à verser à la SARL CRISTALLERIE DE MONTBRONN la somme de 300 000 euros au titre de l'indemnisation de son préjudice résultant des actes de concurrence déloyale par pratique commerciale trompeuse, le premier juge a considéré :

– que la SA CRISTAL DE PARIS, dans ses catalogues et pages internet, présentait l'ensemble de ses produits sans faire la distinction entre les produits en cristal et ceux en cristallin, verre ou luxion, de qualités bien inférieures ;

– qu'elle se présentait sur son site internet avec la mention « Cristal de [Localité 1], le savoir-faire "Made in France" et la présence d'un logo "Sélection - M. F. – Cristal de [Localité 1]", M. F. signifiant "Made in France" » ;

– que nulle part n'était mentionnée sur ses catalogues la nature réelle des produits vendus (cristal, cristallin, verre ou luxion) mais que, au contraire, le titre du catalogue était CRISTAL DE PARIS avec parfois l'apposition du logo précité en page de couverture ;

– qu'au vu des factures remises et des échanges d'e-mails entre cette société et ses fournisseurs, il était avéré que la quasi totalité des produits mentionnés avait été livrée en produits finis, c'est-à-dire taillés et polissés ; que cette analyse était corroborée (i), par les seulement 6 mois/homme de travail de taille constaté en 2013 au sein de la SA CRISTAL DE PARIS et (ii) par la faible quantité d'achat d'acide nécessaire au polissage comparée à celle achetée par la SARL CRISTALLERIE DE

MONTBRONN, soit près de 15 fois moins d'acide consommé pour un chiffre d'affaires 2,6 fois supérieur ; que l'éventuelle différence de procédé de polissage entre les deux sociétés ne pouvait en aucun cas expliquer une telle différence ;

– que pour cette part significative de la production de la SA CRISTAL DE PARIS importée et vendue telle quelle sans aucune valeur ajoutée, l'apposition du label Made in France était totalement usurpée ;

– que la SA CRISTAL DE PARIS importait la totalité de son cristal, n'ayant aucun four à sa disposition dans son atelier,

– qu'en conséquence (i) l'usage du label « Made In France » par la SA CRISTAL DE PARIS était trompeur, (ii) la présentation sans distinction des matières de l'ensemble de ses produits sous l'appellation « CRISTAL DE PARIS » était également de nature à tromper le consommateur et (iii) l'ensemble des mentions figurant sur son site Internet (savoir-faire Made in France, spécialiste de la taille, haut lieu du verre taillé et grande technicité de ses produits) était inapproprié et tout aussi trompeur ;

– que ces agissements commerciaux trompeurs portaient préjudice directement à la SARL CRISTALLERIE DE MONTBRONN qui emploie huit tailleurs là où la SA CRISTAL DE PARIS n'en emploie que deux pour l'équivalent d'un mi-temps ; que la tromperie sur la taille made in France permettait à la SA CRISTAL DE PARIS d'avoir des prix de revient beaucoup plus bas que ceux de la SARL CRISTALLERIE DE MONTBRONN ;

– que la somme de 300 000 euros était de nature à compenser la différence de prix de revient entre les deux sociétés ;

Considérant que pour demander l'infirmerie du jugement de ce chef, la société CRISTAL DE PARIS fait valoir, de première part, que la société CRISTALLERIE DE MONTBRONN, qui elle-même serait l'auteur de pratiques commerciales trompeuses sur l'origine française de ses propres produits, ne serait pas recevable à agir contre elle du chef de concurrence déloyale ; de deuxième part, que les pratiques commerciales trompeuses qui lui sont imputées ne seraient pas établies ; que ses produits en cristallin, verre ou luxion, auraient été systématiquement marqués comme tels ; que les initiales M. F., figurant sur la marque semi-figurative qu'elle possède depuis le 23 juin 1987, seraient les initiales du fondateur, [P] [P], et ne signifieraient pas Made In France ; que ses cata-

logues, « mélangeant » les produits en cristallin, verre ou luxion avec les produits en cristal, auraient été adressés uniquement aux professionnels qui feraient aisément la différence entre les deux ; que les trois produits portant l'apposition des mots France et Made in France auraient pu prétendre au marquage de l'origine France ; de troisième part, que la somme allouée à titre de dommages et intérêts serait dénuée de toute pièce justificative ;

Que la société CRISTALLERIE DE MONTBRONN, pour l'essentiel, demande la confirmation du jugement pour les motifs qu'il contient ; qu'elle demande son infirmerie partielle, sollicitant que les dommages et intérêts soient portés à une somme de 1 000 000 €, qu'il soit ajouté une somme de 200 000 € au titre du trouble commercial, outre l'interdiction de la dénomination de la dénomination Cristal de Paris qui constituerait une fausse indication de provenance et la publication de l'arrêt dans cinq journaux ;

Considérant, ceci étant exposé, en ce qui concerne les pratiques commerciales trompeuses sur la composition des produits, que les catalogues janvier 2010, 2010-2011 et septembre 2011 de la société CRISTAL DE PARIS sont publiés sous la dénomination CRISTAL DE PARIS ; que les deux derniers comportent en page introductive un texte en cinq langues dont le français : En réunissant sous sa bannière les pièces en cristal soufflé bouche et taillé main et les grands classiques indémodables, Cristal de [Localité 1], haut lieu du verre taillé en Lorraine, décline désormais l'éventail complet en cristal de table et de la décoration (...); que les pages de ces catalogues (89 pour le premier, 81 pour le deuxième, 77 pour le troisième) présentent les photographies de l'ensemble des produits ainsi commercialisés, regroupés par thèmes et modèles ; que, sans que la société appelante le dénie dans ses conclusions, il résulte des recherches effectuées auprès des fournisseurs de la société CRISTAL DE PARIS que les produits émanant de la société STILL GLASS, présentés notamment en pages 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 et 13 du catalogue septembre 2011, sont en verre ; que les produits RCR, présentés notamment en pages 16, 17, 18, 20, 54 et 58 du catalogue janvier 2010, sont principalement en luxion ; que les produits de la société RONA sont en cristallin ; que les bouchons de la société SOUTH PORT GLASS sont en verre ; que les cendriers, bougeoirs et flacons de parfum de la société PUJIANG ne sont pas en cristal ; qu'ainsi, il est établi, sans que la société CRISTAL DE PARIS

le conteste, qu'une grande partie des produits présentés dans ses catalogues, plus de 40 % selon la société intimée, ne sont pas en cristal mais en verre, luxion ou cristallin ; qu'alors, d'une part, que la dénomination et le texte introductif de ces catalogues indiquent que les produits qui y sont présentés sont en cristal, d'autre part, qu'aucune mention ne permet de savoir qu'une partie d'entre-eux sont en verre, luxion ou cristallin, les pratiques commerciales trompeuses sur la composition des produits sont ainsi suffisamment établies ; qu'il sera précisé, de première part, que la circonstance qu'un produit photographié à l'occasion du constat d'huissier du 11 décembre 2013 comporte une étiquette comportant la mention verre véritable soufflé bouche n'enlève pas le caractère trompeur des catalogues ; de seconde part, que rien ne justifie que ceux-ci auraient été exclusivement destinés à des professionnels, lesquels, au demeurant, auraient eux aussi du être exactement informés sur la composition des produits vendus afin de pouvoir en éclairer utilement les consommateurs finaux ;

Considérant, en ce qui concerne les pratiques commerciales trompeuses sur l'origine et les qualités substantielles des produits, qu'il ressort du constat d'huissier pratiqué le 3 avril 2013 qu'à cette date la recherche sur Google des termes Cristal de [Localité 1] conduisait notamment au lien Cristal de [Localité 1], le savoir faire « Made in France » ; que le clic sur ce lien conduisait à une page, sous le logo Cristal de Paris, comportant le titre Cristal de Paris, le Savoir Faire « Made in France », avec le même texte que ci-dessus examiné pour les catalogues En réunissant sous sa bannière les pièces en cristal soufflé bouche et taillé main et les grands classiques indémodables, Cristal de Paris, haut lieu du verre taillé en Lorraine, décline désormais l'éventail complet en cristal de table et de la décoration. Spécialiste de la taille et de la décoration, CRISTAL DE PARIS emploie plus de 20 salariés, réalise plus de 5 millions d'euros de chiffre d'affaires et exporte 40 % de sa production vers le moyen orient, la Russie et l'Asie. Sa spécialité, la verrerie couleur, soufflée bouche et taillée main, a permis à la marque, fondée en 1970 par [P] [P], de se faire un nom dans le monde très select de la cristallerie. L'acquisition en 2001 de la dernière ligne de polissage, la grande qualité de ses tailleurs et le rachat en 2000 du nom commercial, Cristalleries de Lorraine – qui appartenait à Lalique – ont propulsé CRISTAL DE PARIS dans la Cour des grands ; que cependant, sans que l'appelante le dénie non plus dans ses conclusions, il ressort des recherches

effectuées auprès de ses fournisseurs, que la société roumaine STILL GLASS, la société slovaque RONA, la société RCR italienne, la société chinoise PUJIANG et la société polonaise ZAWIERCIE ne fabriquent que des produits finis, c'est-à-dire taillés et polissés ; qu'à juste titre, le tribunal a ajouté que cette analyse était corroborée (i), par les seulement 6 mois/homme de travail de taille constaté en 2013 au sein de la SA CRISTAL DE PARIS et (ii) par la faible quantité d'achat d'acide nécessaire au polissage comparée à celle achetée par la SARL CRISTALLERIE DE MONTBRONN, soit près de 15 fois moins d'acide consommé pour un chiffre d'affaires 2,6 fois supérieur, alors que l'éventuelle différence de procédé de polissage entre les deux sociétés ne pouvait en aucun cas expliquer une telle différence ; qu'il a encore exactement observé que la SA CRISTAL DE PARIS importait la totalité de son cristal, n'ayant aucun four à sa disposition dans son atelier ; qu'ainsi, en laissant accroire sur son site internet et dans ses catalogues qu'elle avait un savoir faire « Made in France », que réunissant sous sa bannière les pièces cristal soufflé bouche et taillé main, elle était un « haut lieu du verre taillé en Lorraine », alors que les produits qu'elle commercialisait étaient achetés, pour une grande part, finis à l'étranger, sans aucune plus value de sa part, la société CRISTAL DE PARIS a encore accompli des pratiques commerciales trompeuses sur l'origine et les qualités substantielles de ces produits ; qu'il importe peu, au regard des éléments qui précèdent et qui sont suffisants, d'une part, que les initiales M. F., figurant sur la marque semi-figurative qu'elle possède depuis le 23 juin 1987, seraient les initiales du fondateur, [P] [P], et ne signifieraient pas Made In France, d'autre part, que trois produits saisis portant l'apposition des mots France et Made in France auraient pu prétendre, pour ce qui les concerne, au marquage de l'origine France ;

Considérant que ces pratiques commerciales, de nature à tromper le consommateur moyen sur la composition en cristal et la fabrication en France de produits qui sont en réalité pour une grande partie en cristallin, verre ou luxion, et achetés finis à l'étranger, sont à l'évidence de susceptibles d'altérer de manière substantielle son comportement ;

Considérant que pour soutenir qu'il n'y aurait pas en l'espèce concurrence déloyale au préjudice de la société CRISTALLERIE DE MONTBRONN et que celle-ci serait irrecevable à l'alléguer, la société CRISTAL DE PARIS fait valoir que cette concurrente serait elle-même l'auteur de pratiques com-

merciales trompeuses sur l'origine de ses propres produits ; qu'ainsi elle écrit dans son assignation du 27 février 2014 que les modèles de la cristallerie de [Localité 2] sont « made in France » et bénéficient de la mention « Made in France » ; que son dirigeant, interviewé dans un article de l'Express publié le 10 juillet 2013, déclare que [nos] produits sont étiquetés made in France, dans le Monde de l'artisan, [notre publicité] évoque volontairement la France ; qu'elle appose sur ses produits une étiquette ainsi qu'un sceau indélébile Cristallerie de [Localité 2] – France, ainsi que d'un certificat assurant qu'il s'agit du résultat d'un geste authentique et précieux des maîtres verriers français ; que ses produits apparaissent sur un catalogue de l'association « Lorraine Terre de Luxe » ou sur des sites coin-fr.com ou luxury-made-in-France.fr comme affichant le label Origine France Garantie, alors qu'elle ne possède pas de four permettant de fabriquer le cristal brut qu'elle achète dans différentes usines en Europe, se bornant à importer les objets de verrerie quasi-finis de l'étranger qu'elle taille, polit ou fait décorer ;

Mais considérant, de première part, que nonobstant les termes maladroits de l'assignation du 27 février 2014 ou ceux retranscrits par un journaliste de l'Express, aucun modèle ni même aucun document émanant de la société CRISTALLERIE DE MONTBRONN ne comporte une mention Made in France ; de deuxième part, que les termes Origine France Garantie pouvant apparaître sur un catalogue ou sur des sites sont extérieurs à l'entreprise intimée, ce que celle-ci affirme sans être démentie ; de troisième part enfin, que l'apposition sur les produits de la mention Cristallerie de [Localité 2] – France ne fait qu'attester de l'origine de l'entreprise elle-même, cependant que la certification d'un geste authentique et précieux des maîtres verriers français n'est pas trompeur dès lors qu'il est acquis qu'elle taille, polit et fait décorer les objets de verrerie bruts qu'elle achète à l'étranger ;

Considérant, sur le préjudice, qu'il est manifeste qu'en trompant le consommateur sur la composition, l'origine et les qualités substantielles des produits vendus, la société CRISTAL DE PARIS s'est assuré un avantage concurrentiel au préjudice de la société CRISTALLERIE DE MONTBRONN ; qu'à juste titre le tribunal a pris en considération le fait qu'en achetant ses produits à l'étranger pour une taille représentant 10 % de son chiffre d'affaires de 5 000 000 €, alors qu'il est de 25 % de 2 000 000 € pour la société CRISTALLERIE DE

MONTBRONN, le préjudice subi par cette dernière peut être évalué à la somme de 300 000 € ; que rien ne justifie en revanche qu'il soit porté à une somme supérieure ;

Considérant, alors que la société appelante utilise la dénomination « Cristal de Paris » depuis de très nombreuses années, et que la société intimée l'a toléré sans réaction jusqu'à la présente procédure, cette dernière ne justifie d'aucun préjudice qui résulterait d'une fausse indication de provenance sur ce point et sera déboutée de ses demandes afférentes, d'interdiction ou de trouble commercial ;

Qu'il n'est pas non plus justifié de la nécessité d'une mesure de publication ;

Que le jugement sera dès lors confirmé ;

Cristal de Paris c./ Cristallerie de Montbron, Cass. com., 12 février 2020, n° 17-31.614, publié au Bulletin

4. Le propre de la responsabilité civile est de rétablir, aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu, sans perte ni profit pour elle.

5. La Cour de cassation juge traditionnellement que « Le juge apprécie souverainement le montant du préjudice, dont il justifie l'existence par la seule évaluation qu'il en fait, sans être tenu d'en préciser les divers éléments » (Ass. plén., 26 mars 1999, pourvoi n° 95-20.640, Bull. 1999, Ass. plén., n° 3 ; Ch. mixte., 6 septembre 2002, pourvoi n° 98- 22.981, Bull. 2002, Ch. mixte, n° 4 ; 2° Civ., 21 avril 2005, pourvoi n° 04-06.023, Bull. 2005, II, n° 112 ; Com., 16 janvier 2007, pourvoi n° 05-16.222 ; 1° Civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 08-15.954 ; 3° Civ., 10 mars 2010, pourvoi n° 08-15.950, 08-15.332 ; Com., 24 mai 2017, pourvoi n° 15-21.179).

6. Mais elle juge également que méconnaît son office le juge qui refuse d'évaluer un dommage dont il a constaté l'existence en son principe (3° Civ., 6 février 2002, pourvoi n° 00-10.543, Bull. 2002, III, n° 34 ; Com., 28 juin 2005, pourvoi n° 04-11.543, Bull. 2005, IV, n° 148 ; 2° Civ., 5 avril 2007, pourvoi n° 05-14.964, Bull. 2007, II, n° 76 ; 3° Civ., 2 février 2011, pourvoi n° 10-30.427 ; Com., 10 janvier 2018, pourvoi n° 16-21.500)

et qu'il ne peut allouer une réparation forfaitaire (1^{re} Civ., 3 juillet 1996, pourvoi n° 94-14.820, Bull. 1996, I, n° 296 ; Com., 23 novembre 2010, pourvoi n° 09-71.665 ; 3^e Civ., 7 juin 2011, pourvoi n° 09-17.103 ; 2^e Civ., 13 décembre 2012, pourvoi n° 11-26.852 ; Com., 3 juillet 2019, pourvoi n° 17-18.681), c'est-à-dire sans rapport avec l'étendue du préjudice subi.

7. En matière de responsabilité pour concurrence déloyale, la chambre commerciale retient qu'il s'infère nécessairement un préjudice, fût-il seulement moral, d'un acte de concurrence déloyale (Com., 22 octobre 1985, pourvoi n° 83-15.096, Bull. 1985, IV, n° 245 ; Com., 27 mai 2008, pourvoi n° 07-14.442, Bull. IV, n° 105 ; 1^{re} Civ., 21 mars 2018, pourvoi n° 17-14.582 ; Com., 28 septembre 2010, pourvoi n° 09-69.272 ; Com., 11 janvier 2017, pourvoi n° 15-18.669).

8. Cette jurisprudence, qui énonce une présomption de préjudice, sans pour autant dispenser le demandeur de démontrer l'étendue de celui-ci, répond à la nécessité de permettre aux juges une moindre exigence probatoire, lorsque le préjudice est particulièrement difficile à démontrer.

9. En effet, si les effets préjudiciables de pratiques tendant à détourner ou s'approprier la clientèle ou à désorganiser l'entreprise du concurrent peuvent être assez aisément démontrés, en ce qu'elles induisent des conséquences économiques négatives pour la victime, soit un manque à gagner et une perte subie, y compris sous l'angle d'une perte de chance, tel n'est pas le cas de ceux des pratiques consistant à parasiter les efforts et les investissements, intellectuels, matériels ou promotionnels, d'un concurrent, ou à s'affranchir d'une réglementation, dont le respect a nécessairement un coût, tous actes qui, en ce qu'ils permettent à l'auteur des pratiques de s'épargner une dépense en principe obligatoire, induisent un avantage concurrentiel indu dont les effets, en termes de trouble économique, sont difficiles à quantifier avec les éléments de preuve disponibles, sauf à engager des dépenses disproportionnées au regard des intérêts en jeu.

10. Lorsque tel est le cas, il y a lieu d'admettre que la réparation du préjudice peut être évaluée en prenant en considération l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale, au détriment de ses concurrents, modulé à proportion des volumes d'affaires respectifs des parties affectés par ces actes.

11. Par motifs propres et adoptés, l'arrêt, après avoir constaté que les deux sociétés sont directement concurrentes, sur un marché restreint où agissent d'autres opérateurs, de plus grande taille et notoriété, retient qu'en trompant le consommateur sur la composition, l'origine et les qualités substantielles des produits vendus, la société Cristal de Paris s'est assuré un avantage concurrentiel au préjudice de la société Cristallerie de Montbronn. Il relève en particulier que la tromperie sur la taille « made in France » lui a permis d'obtenir des prix de revient beaucoup plus bas et que, pour 2013, elle justifie n'avoir employé qu'un tailleur pour six mois, là où la société Cristallerie de Montbronn en employait huit, en précisant leur coût annuel. Relevant enfin que la société Cristal de Paris a bénéficié de cet avantage pour une taille représentant 10 % de son chiffre d'affaires de 5 000 000 euros, cependant que la taille représente 25 % du chiffre d'affaires de la société Cristallerie de Montbronn, qui est de 2 000 000 euros, il évalue à 300 000 euros le préjudice subi par cette dernière en déduisant, conformément à la méthode proposée par celle-ci, de la charge d'emploi de tailleurs de la société Cristallerie de Montbronn, rapportée à son chiffre d'affaires, le montant correspondant à la charge de ces emplois pour la société Cristal de Paris, rapportée au chiffre d'affaires de celle-ci. 12. Appelée à statuer sur la réparation d'un préjudice résultant d'une pratique commerciale trompeuse pour le consommateur, conférant à son auteur un avantage concurrentiel indu par rapport à ses concurrents, la Cour d'appel a pu, pour évaluer l'indemnité devant être allouée à la société Cristallerie de Montbronn, tenir compte de l'économie injustement réalisée par la société Cristal de Paris, qu'elle a modulée en tenant compte des volumes d'affaires respectifs des parties affectés par lesdits agissements.

13. Le moyen n'est donc pas fondé.

**Conforama c./ André D.,
CA Paris, Pôle 5, Chambre 5,
10 septembre 2020, n° 17/07833**

Sur le préjudice

S'agissant du préjudice consécutif à la brutalité de la rupture, celui-ci est constitué du gain manqué pendant la période d'insuffisance du préavis et s'évalue donc en considération de la marge brute escomptée durant cette période.

La marge brute est une notion comptable qui est définie comme la différence entre le chiffre d'affaires (HT) et les coûts (HT).

En l'espèce, contrairement à ce que soutient la société Conforama France, il ressort des pièces versées aux débats et notamment du grand livre comptable de M. Z que les frais exposés pour son activité consistaient essentiellement en des frais de carburant d'un montant de 3 000 euros par an et des frais de fournitures, téléphone et internet d'un montant de 1 000 euros par an, soit des charges de 1 333 euros par an et par magasin.

Par ailleurs, M. Z établit que le chiffre d'affaires réalisé sur les trois dernières années s'est élevé à 26 000 euros pour le magasin de Bordeaux, à 21 780 euros pour le magasin de Mérignac et à 22 000 euros pour le magasin de Bègles, ce qui correspond à une moyenne annuelle de 8 666 euros pour le magasin de Bordeaux, de 7 260 euros pour le magasin de Mérignac et de 7 333 euros pour le magasin de Bègles.

Ainsi le taux de marge brute réalisé par M. Z s'établit à 84,61 % pour le magasin de Bordeaux, à 81,63 % pour le magasin de Mérignac et à 81,82 % pour le magasin de Bègles.

En conséquence, le préjudice financier lié à la brutalité de la rupture sera estimé à 10 387,42 euros ($8\,666 \text{ euros} \times 84,61 \% \times 17 \text{ mois}$) pour le magasin de Bordeaux, 8 242,72 euros ($7\,260 \text{ euros} \times 81,63 \% \times 16 \text{ mois et } 21 \text{ jours}$) pour le magasin de Mérignac et à 8 795,88 euros ($7\,333 \text{ euros} \times 81,82 \% \times 17 \text{ mois et } 18 \text{ jours}$) pour le magasin de Bègles, soit un total de 27 426,02 euros.

La société Conforama France sera donc condamnée à verser à M. Z une somme de 27 426,02 euros (10 387,42 euros + 8 242,72 euros + 8 795,88 euros) de dommages et intérêts en réparation du préjudice financier résultant de la brutalité de la rupture. Le jugement entrepris sera infirmé de ce chef.

M. Z invoque également avoir subi un préjudice moral du fait de la brutalité de la rupture dont il demande réparation. Contrairement à ce que prétend la société Conforama France, M. Z est bien fondé à réclamer la réparation d'un préjudice moral découlant de la faute qui lui est imputable dès lors que ce préjudice est distinct du préjudice financier réparé par les dommages et intérêts accordés ci-dessus.

Par ailleurs, si les attestations que M. Z produit à l'appui de sa demande ne répondent pas aux prescriptions de l'article 202 du Code de procédure civile, il n'en demeure pas moins qu'il appartient à la Cour d'estimer leur valeur probante. Or les attestations produites sont concordantes et témoignent de la profonde affliction subie par M. Z à la suite de l'interruption brutale de relations entretenues depuis plus de 23 ans.

Eu égard aux éléments versés aux débats, les premiers juges ont justement alloué une somme de 15 000 euros de dommages et intérêts de ce chef et le jugement sera confirmé sur ce point.

Sur la demande au titre de l'article 1154 du Code civil.

Il convient de dire que les intérêts des condamnations ci-dessus prononcées porteront eux-mêmes intérêts dans les conditions de l'article 1154 ancien du Code civil étant précisé que le point de départ du délai d'un an sera fixé à compter du présent arrêt s'agissant d'une créance indemnitaire.

Sur la publication de la décision.

En l'absence d'éléments justifiant la publication de la présente décision, il n'y a pas lieu de faire droit à ce chef de demande.

Sur les demandes au titre des factures impayées.

Selon les dispositions de l'article 1153 du Code civil dans sa rédaction applicable au litige, les dommages et intérêts résultant du retard dans l'exécution d'une obligation qui se borne au paiement d'une somme d'argent ne peuvent consister qu'en des intérêts moratoires.

M. Z ne justifiant d'aucun préjudice autre que le retard apporté par la société Conforama France à lui régler certaines factures, il y a lieu de confirmer le jugement en ce qu'il l'a débouté de sa demande de dommages et intérêts pour résistance abusive.

Selon les dispositions de l'article L.441-6 du Code de commerce dans sa rédaction applicable au litige, tout professionnel en situation de retard de paiement est de plein droit débiteur à l'égard de son créancier, professionnel lui aussi, d'une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement d'un montant de 40 euros.

En l'espèce, il résulte des pièces produites aux débats que la société Conforama France a payé avec

retard les factures n° 1117, 1119, 1120, 1122, 1124, 1126, 1127 et 1129. Il convient en conséquence de condamner la société Conforama France à verser à M. Z une somme de 320 euros (8 × 40 euros) au titre de l'indemnité forfaitaire de recouvrement. Le jugement entrepris sera réformé en ce qu'il a rejeté ce chef de demande.

Sur les dépens et l'article 700 du Code de procédure civile.

La société Conforama France succombe à l'instance. Les dispositions du jugement entrepris relatives aux dépens et à l'article 700 du Code de procédure civile seront confirmées.

La société Conforama France supportera les dépens de l'instance d'appel qui pourront être recouverts selon les modalités de l'article 699 du Code de procédure civile. Elle sera par ailleurs condamnée à payer à M. Z une somme de 5 000 euros en application de l'article 700 du Code de procédure civile. Sa demande sur ce point sera rejetée.

PAR CES MOTIFS

La cour,

CONFIRME le jugement en ce qu'il a condamné la société Conforama France à verser à M. X Z la somme de 15 000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation de son préjudice moral ainsi que la somme de 3 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile, en ce qu'il a rejeté la demande de M. Z de dommages et intérêts pour résistance abusive et en ce qu'il a condamné la société Conforama France aux dépens ;

L'INFIRME pour le surplus,

Statuant à nouveau,

DIT que la société Conforama France aurait dû observer un préavis de 18 mois préalablement à la rupture des relations commerciales établies la liant à M. Z ;

DIT que la société Conforama France a commis une faute en raison de l'insuffisance du préavis accordé à M. Z et doit être déclarée responsable de ce chef à son égard ;

CONDAMNE société Conforama France à verser à M. Z une somme de 27 426,02 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice

financier résultant de la brutalité de la rupture des relations commerciales établies ;

DIT que les intérêts des condamnations prononcées à l'encontre de la société Conforama France au titre du préjudice financier et du préjudice moral porteront intérêts dans les conditions prévues à l'article 1154 ancien du Code civil étant précisé que le délai d'un an pour cette capitalisation courra à compter du présent arrêt ;

DÉBOUTE M. Z de sa demande de publication de la présente décision ;

CONDAMNE la société Conforama France à verser à M. Z une somme de 320 euros au titre de l'indemnité forfaitaire de recouvrement ;

Y ajoutant,

CONDAMNE la société Conforama France à payer à M. Z une somme de 5 000 euros en application de l'article 700 du Code de procédure civile ;

DÉBOUTE la société Conforama France de sa demande sur ce fondement ;

CONDAMNE la société Conforama France aux dépens de l'instance d'appel qui pourront être recouverts selon les modalités de l'article 699 du Code de procédure civile.

**Corsica Ferries, CAA Marseille,
Chambre 6, 22 février 2021, 17MA01582 –
17MA01583, inédit au Recueil Lebon**

Sur la régularité des opérations d'expertise :

4. Aux termes de l'article R. 621-1 du Code de justice administrative : « *La juridiction peut, soit d'office, soit sur la demande des parties ou de l'une d'entre elles, ordonner, avant dire droit, qu'il soit procédé à une expertise sur les points déterminés par sa décision* ». Aux termes de l'article R. 621-7 du Code de justice administrative : « (...) *Les observations faites par les parties, dans le cours des opérations, sont consignées dans le rapport* ».

5. Il résulte de l'examen du rapport d'expertise du 28 février 2019 que l'experte judiciaire a déterminé en premier lieu les traversées effectuées au titre du service complémentaire de la SNCM et estimé, pour ces liaisons, le nombre de passagers correspondant à ce service. L'experte a ensuite considéré que la société Corsica Ferries France

détenait 72,2 % des parts de marché sur le transport maritime Corse-continent, et a ainsi fixé le surcroît de clientèle potentielle pour la société Corsica Ferries France sur chaque liaison. Pour déterminer le report de la clientèle du service complémentaire sur les dessertes assurées par la société Corsica Ferries France, l'experte a considéré, par construction, qu'au regard des conditions d'exploitation, la société Corsica Ferries France n'aurait pas mis en œuvre de liaison supplémentaire par rapport au service effectif entre juillet 2007 et décembre 2013. L'experte a ensuite estimé que les passagers du service complémentaire se seraient reportés en priorité sur les lignes équivalentes reliant la Corse au port de Toulon, et à titre subsidiaire, pour les journées de forte affluence, sur les lignes reliant la Corse au port de Nice. Elle a ainsi défini, pour chaque voyage de la SNCM effectué au titre du service complémentaire, le nombre de passagers qui aurait pu être pris en charge sur une liaison équivalente d'un navire de la société Corsica Ferries France. L'experte judiciaire a défini cinq hypothèses, en fonction de la disposition des voyageurs à reporter leur voyage sur une amplitude temporelle de zéro à plus ou moins deux jours, et a retenu comme la plus probable l'hypothèse n° 4. Afin de déterminer le bénéfice net qu'aurait réalisé la société Corsica Ferries France sur cette clientèle supplémentaire, l'experte a déterminé le chiffre d'affaires moyen réalisé par passager, et les coûts d'exploitation supplémentaires qui auraient été engagés par la société Corsica Ferries France pour cette prise en charge.

6. La collectivité de Corse soutient que le dire n° 5 qu'elle a produit au cours des opérations d'expertise n'a pas été pris en compte et que le caractère contradictoire de l'expertise a dès lors été méconnu. Toutefois, il résulte de l'instruction que l'experte a mentionné le dire n° 5 de la collectivité de Corse dans son rapport et l'a versé en annexe. L'experte n'était pas tenue de motiver spécifiquement, pour chaque hypothèse ou chaque observation formulée par chacune des parties au cours des opérations d'expertise, les raisons pour lesquelles elle les écartait de son analyse finale. La collectivité de Corse, qui est l'auteur du dire n° 5, n'est dès lors pas fondée à soutenir que le principe du contradictoire aurait été méconnu.

7. Aux termes du 2°), du 3°) et du 4°) de l'article 2 de l'arrêt avant dire droit en date du 12 février 2018, la Cour a demandé à l'experte de déterminer le degré de substituabilité de l'offre de la société Corsica Ferries France à celle proposée dans le

cadre du service complémentaire, les parts de marché de la société Corsica Ferries France sur la période, ainsi que les capacités d'absorption de la flotte de la société Corsica Ferries France. Si, pour chacun de ces points, la Cour a indiqué qu'il y avait lieu de prendre en compte notamment le port de Toulon, aucune mention n'imposait à l'experte de s'y limiter. En outre, aux termes du 5°) du même article, la Cour a missionné l'experte en vue de fournir tous les éléments permettant d'évaluer le chiffre d'affaires qu'aurait engendré l'accroissement de clientèle, là encore de façon globale et sans limiter cette mission aux éléments recueillis concernant le port de Toulon. Par suite, la collectivité de Corse n'est pas fondée à soutenir que l'experte aurait outrepassé sa mission en intégrant dans ses estimations les reports de clientèle vers le port de Nice. Au surplus, la Cour n'est pas tenue par les conclusions de l'expertise et les annexes au rapport d'expertise permettent de distinguer les capacités d'absorption de la société Corsica Ferries France à raison de la prise en compte ou de l'exclusion des reports de passagers sur les liaisons entre la Corse et le port de Nice. Par ailleurs, il résulte de l'instruction, notamment du cahier des charges annexées à la convention et des rapports du délégataire, que le service complémentaire incluait la desserte du port de Propriano pendant les onze semaines d'été. Par suite, c'est à juste titre que l'experte, pour déterminer le nombre de passagers transportés au titre de ce service, a pris en compte les liaisons assurées par la SNCM entre Marseille et Propriano.

8. Il résulte de l'examen de l'expertise économique et comptable du 28 février 2019 que son auteure a considéré au point II que les offres de liaison maritime entre la Corse et le port de Toulon étaient parfaitement substituables à celles reliant la Corse au port de Marseille. Elle s'est par suite prononcée sur le point 2 de l'article 2 de l'arrêt avant dire droit. L'experte a également considéré que les liaisons Marseille-Propriano étaient équivalentes, pour le voyageur, aux liaisons Toulon Ajaccio. L'experte s'est par ailleurs prononcée spécifiquement sur le taux de report sur le trafic aérien et sur son impact sur le taux d'absorption. Concernant les parts de marché de la société Corsica Ferries France, l'experte a exposé en détail au point III l'origine des données sur lesquelles elle a établi le taux retenu. L'experte a pu légitimement se fonder sur des éléments tirés d'une expertise réalisée antérieurement, dont elle affirme explicitement avoir vérifié les calculs et qui a été portée à la connaissance des parties. Par ailleurs, l'experte ayant évalué les

capacités d'absorption de la société Corsica Ferries France selon l'hypothèse d'une offre de transport inchangée, il n'y avait pas lieu d'analyser spécifiquement une éventuelle saturation des capacités du port de Toulon à raison de la mise en œuvre de liaisons additionnelles. Dès lors, la collectivité de Corse n'est pas fondée à soutenir que l'experte n'aurait pas répondu à chacune des cinq missions fixées à l'article 2 de l'arrêt avant dire droit du 12 février 2018.

9. Il résulte de ce qui précède que la collectivité de Corse n'est pas fondée à demander à ce que le rapport d'expertise du 28 février 2019 soit écarté des débats.

Sur les conclusions aux fins d'indemnisation :

En ce qui concerne les pertes d'exploitation :

10. Les pertes d'exploitation subies par la société Corsica Ferries France correspondent au bénéfice net qui aurait résulté du report de la clientèle du service complémentaire de la SNCM sur les lignes exploitées par la société Corsica Ferries France. La collectivité de Corse conteste les hypothèses et les paramètres retenus par l'experte pour établir son évaluation et soutient que le résultat obtenu est disproportionné.

S'agissant du nombre de passagers du service complémentaire :

11. Il résulte de l'instruction que pour établir le nombre de passagers ayant bénéficié du service complémentaire entre le 1^{er} juillet 2007 et le 31 décembre 2013, l'experte a exploité les données fournies par la collectivité de Corse et provenant de l'Observatoire régional des transports de la Corse (ORTC), concernant les voyageurs transportés par les deux navires de type car-ferry « Napoléon Bonaparte » et « Danielle Casanova » sur l'ensemble de la période. Elle a également pris en compte, de façon ponctuelle et lorsque les données fournies indiquaient que les traversées étaient effectuées au titre du service complémentaire, certains trajets effectués par d'autres navires de type « cargos mixtes ».

12. La collectivité de Corse conteste que les passagers ayant voyagé sur les navires « Napoléon Bonaparte » et « Danielle Casanova » puissent être identifiés de façon exclusive comme des passagers du service complémentaire. Il résulte toutefois de l'instruction, ainsi que l'a estimé la Commission

européenne, confirmée sur ce point par le Tribunal de l'Union européenne dans son jugement du 1^{er} mars 2017 (§145), que le service complémentaire mis en place dans le cadre de la délégation de service public de desserte maritime entre le port de Marseille et plusieurs ports de Corse correspondait à un service distinct du service de base, visant à renforcer les capacités de transport de passagers sur des périodes déterminées. Les stipulations du cahier des charges versées en annexe 1 au contrat de la délégation de service public définissent de façon distincte, pour chaque ligne, les exigences imposées au délégataire pour le service de base d'une part, pour le service complémentaire d'autre part. Les paramètres permettant de définir les obligations du délégataire, notamment les capacités minimales, les liaisons assurées, les périodes et les fréquences de rotation, sont spécifiques à chaque service. Ainsi, les obligations contractuelles de la SNCM et de la CMN pour le service de base étaient établies pour cinq lignes et leur imposaient des capacités minimales quotidiennes. Les capacités minimales du service complémentaire, limité à trois lignes, étaient établies pour des périodes de pointe définies spécifiquement pour ce service. Ainsi, la définition contractuelle du service complémentaire en termes de surcapacité ne faisait pas obstacle à ce que ce service soit mis en œuvre par des moyens techniques propres. En outre, il ressort de l'examen de l'annexe 2 à la convention que le service de base devait être assuré par des navires « cargos mixtes », tandis que le service complémentaire devait être exécuté par des navires de type « car-ferry ». À cet égard, les rapports d'exécution du délégataire produits au dossier mentionnent clairement que le service complémentaire était assuré par les deux ferrys « Napoléon Bonaparte » et « Danielle Casanova ». Dans ces conditions, la collectivité de Corse n'est pas fondée à soutenir que les conditions de mise en œuvre du service complémentaire ne permettraient pas de distinguer les passagers transportés au titre du service complémentaire de ceux transportés au titre du service de base. Si la collectivité de Corse soutient par ailleurs que certaines traversées effectuées par les deux navires « Napoléon Bonaparte » et « Danielle Casanova » ont été réalisées au titre du service de base, elle ne l'établit pas. Par voie de conséquence, la collectivité de Corse n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que l'experte a pris en compte l'intégralité des passagers des navires « Danielle Casanova » et « Napoléon Bonaparte » pour déterminer le nombre de passagers du service complémentaire.

13. Il résulte de l'instruction que l'experte, qui n'a pu obtenir les données relatives au transport des passagers au cours de la période 2007-2008 pour les ports d'Ajaccio et de Propriano, a procédé à une estimation en prenant en compte un taux de référence établi sur la base des données disponibles pour le port de Bastia. Au vu du calcul exposé dans le rapport d'expertise, la collectivité de Corse n'est pas fondée à soutenir que cette méthode de reconstruction serait, en l'absence de données directes, irréaliste ou aboutirait à un résultat disproportionné.

14. La collectivité de Corse soutient, en s'appuyant sur le rapport d'étude du 13 juin 2019 établi par le cabinet Calia conseil, que le nombre de passagers du service complémentaire devrait être établi par référence aux capacités réelles mises en œuvre pour le service de base le même jour. Toutefois, il résulte de ce qui a été exposé précédemment au point 12 que le service de base et le service complémentaire étaient deux services distincts, que la définition contractuelle de capacités minimales n'était pas le seul paramètre permettant de les caractériser et, dès lors, qu'il n'existait pas de continuité technique entre ces deux services. Par ailleurs, si en l'absence de liaisons effectuées par le navire « Napoléon Bonaparte » ou le « Danielle Casanova », une partie des passagers aurait pu se reporter sur les autres navires de la SNCM, cette circonstance demeure sans incidence sur l'évaluation du nombre de passagers pris en charge au titre du service complémentaire. Par suite, le service complémentaire étant défini contractuellement et techniquement de façon distincte du service de base, ainsi qu'il a été dit précédemment au point 12, ce n'est qu'à raison de ses parts de marché et de ses capacités d'absorption que la SNCM aurait pu effectivement prendre en charge cette clientèle supplémentaire. Dans ces conditions, la collectivité de Corse n'est pas fondée à soutenir que le nombre de passagers du service complémentaire pourrait être obtenu par soustraction des capacités réelles du service de base au nombre total de passagers transporté par la SNCM. Par suite, l'évaluation du nombre de passagers du service complémentaire proposée par la collectivité de Corse sur le fondement des hypothèses énoncées dans l'étude du cabinet Calia conseil du 13 juin 2019 n'a pas un caractère probant et doit être écartée.

15. La collectivité de Corse soutient que l'experte ne pouvait en aucun cas s'écarter du nombre de passagers déclaré par le délégataire au titre du service complémentaire dans ses rapports d'exploitation annuels. Elle fait valoir que le chiffre global obtenu

par l'experte selon la méthode qu'elle a suivie est disproportionné. Il résulte de l'instruction que le nombre total de passagers du service complémentaire résultant de la méthode d'évaluation mise en œuvre par l'experte judiciaire s'élève à 2,3 millions de passagers. Les chiffres figurant dans les rapports du délégataire concernant le service complémentaire font état de 1,954 million de passagers sur l'ensemble de la période, après extrapolation des données pour la période de juillet à décembre 2007. L'étude du cabinet FP3 du 3 octobre 2017, produite par la collectivité de Corse, avait conclu à une estimation de 1,912 millions de passagers. Celle de KPMG du 23 décembre 2014, produite par la société Corsica Ferries France, proposait un chiffre de 1,987 million de passagers. Toutefois, il ressort du rapport d'expertise du 28 février 2019 que l'estimation fournie par l'experte s'appuie sur des données issues de l'Observatoire régional des transports de la Corse, plus complètes que celles dont avaient disposé préalablement les parties pour construire leurs propres estimations. Il résulte au demeurant de l'examen du rapport d'expertise que l'experte judiciaire avait connaissance de ces évaluations et a spécifiquement justifié l'écart entre sa propre estimation et celles réalisées auparavant. En outre, il résulte de ce qui a été exposé précédemment aux points 12 et 13 que la méthode mise en œuvre par l'experte pour identifier les passagers transportés au titre du service complémentaire était fondée. La circonstance que le résultat obtenu diffère significativement des chiffres déclarés par le délégataire, qui sont globaux sur une année et ne sont justifiés par aucune méthode de calcul, n'est pas de nature à invalider les résultats proposés par l'experte. Par suite, la collectivité de Corse n'est pas fondée à soutenir que l'experte aurait manifestement surévalué le nombre de passagers transportés au titre du service complémentaire.

16. Il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de retenir l'évaluation du nombre de passagers du service complémentaire tel qu'il a été établi dans l'expertise du 28 février 2019.

S'agissant des critères de substituabilité :

17. La collectivité de Corse conteste la substituabilité parfaite des offres de traversée Corse-continent, qui a servi d'hypothèse pour l'évaluation réalisée par l'experte. Elle fait valoir que l'experte n'a pas justifié le taux de substituabilité retenu.

18. Il résulte de ce qui a été exposé au point 8 de l'arrêt avant dire droit du 12 février 2018 que les

dessertes maritimes entre Marseille et la Corse et entre Toulon et la Corse constituent, eu égard à la faible distance entre ces deux ports, à la durée sensiblement égale de la traversée, à la similitude des heures d'accostage des navires en Corse et à la quasi-équivalence des prix pratiqués, des offres au moins en partie substituables pour les voyageurs se rendant dans cette île. Il résulte par ailleurs du jugement du Tribunal de l'Union européenne, validant sur ce point la position de la Commission européenne, que les traversées Toulon-Corse et Marseille-Corse sont des biens quasi-identiques et par suite substituables.

La collectivité de Corse n'apporte aucun élément probant de nature à remettre en cause cette position. Ainsi, il doit être regardé comme établi que les dessertes maritimes continent-Corse depuis le port de Toulon ou depuis celui de Marseille sont équivalentes, et par suite parfaitement substituables. Il en va de même de la substituabilité des offres de desserte assurées par Ajaccio et Propriano, dès lors que les deux ports ne sont distants que d'environ 70 kilomètres, que les conditions de traversée présentent des caractéristiques semblables et que les tarifs pratiqués sont équivalents. Dans ces conditions, il y a lieu de retenir les hypothèses de substituabilité admises par l'experte au point II de son rapport concernant les liaisons maritimes en cause.

19. Pour mesurer le taux de report des usagers du service complémentaire de la SNCM vers les liaisons assurées par la société Corsica Ferries France, l'experte a pris en compte, lorsque les navires assurant la rotation entre la Corse et Toulon étaient remplis, les disponibilités sur les navires de la compagnie assurant une desserte maritime par le port de Nice. L'experte a ainsi admis une certaine substituabilité des offres permettant de satisfaire les besoins de traversée continent-Corse depuis les ports de Marseille et de Nice. La collectivité de Corse soutient que cette hypothèse n'est pas justifiée et qu'elle est infondée. Il résulte cependant de l'instruction que le service complémentaire a été institué pour assurer des capacités supplémentaires au cours des périodes de pointe, définies en fonction du calendrier des vacances scolaires et des fêtes. Pour ces périodes, la complémentarité des besoins de traversée continent-Corse et de séjour en Corse doit être regardée comme particulièrement élevée, de sorte que l'absence de disponibilité d'une desserte maritime par les ports de Marseille ou de Toulon n'aurait pas réduit la demande de traversées maritimes. Rien ne permet d'établir que

les voyageurs, notamment les voyageurs vacanciers, auraient renoncé à une traversée maritime du seul fait que celle-ci aurait eu lieu par le port de Nice plutôt que par les ports de Toulon ou de Marseille. Ainsi, pour les journées de pointe, il y a lieu de considérer qu'une desserte maritime par le port de Nice présente des caractéristiques comparables à celles d'une desserte maritime par le port de Marseille. En outre, l'Autorité de la concurrence a fait valoir au point 131 de son avis n° 12-A-05 du 17 février 2012 que, d'après les données de l'Observatoire régional des transports de la Corse, le trafic passager n'avait pas été sensiblement perturbé par une grève ayant touché la SNCM entre le mois de janvier et le mois de mars 2011. L'Autorité de la concurrence a notamment indiqué qu'on pouvait « estimer qu'environ les deux tiers des passagers qui auraient voyagé avec la SNCM se sont reportés sur les navires de Corsica Ferries (via les ports de Toulon et Nice), ce qui suggère que la substituabilité entre les ports est assez forte. ». Il résulte de l'ensemble de ces éléments que, contrairement à ce qu'affirme la collectivité de Corse, l'experte était fondée à retenir une substituabilité au moins partielle des offres de desserte maritime par les ports de Marseille et de Nice. En outre, il résulte de l'instruction que dans le cadre des hypothèses retenues par l'experte, le nombre de passagers reportés sur les navires assurant une liaison par le port de Nice représente environ 7 % des passagers du service complémentaire absorbés par la société Corsica Ferries France. Un tel niveau d'absorption n'implique donc pas une substituabilité parfaite des dessertes maritimes Marseille-Corse et Nice-Corse. La prise en compte de reports de passagers sur les liaisons maritimes assurées depuis le port de Nice, de façon subsidiaire par rapport au port de Toulon, repose ainsi sur une hypothèse de substituabilité raisonnable, cohérente et certaine au regard de ce qui vient d'être dit concernant la nature des offres de desserte maritime Corse-continent. Par ailleurs, les données relatives aux places disponibles sur les navires assurant la liaison entre la Corse et le port de Nice figurent à l'annexe 3 bis du rapport d'expertise. Ainsi, la collectivité de Corse n'est pas fondée à soutenir que l'évaluation proposée par l'experte serait sur ce point erronée. 20. Il résulte de l'instruction que l'experte a retenu un taux de report des passagers du service complémentaire vers l'aérien à hauteur de 0,8 %, correspondant à 10 % des 8 % des passagers voyageant sans véhicule. La collectivité de Corse conteste ce taux de report en faisant valoir que la substituabilité du maritime et de l'aérien est forte. Toutefois, il résulte de l'instruction,

ainsi que le fait valoir notamment le rapport d'étude du cabinet Calia conseil versé au dossier par la collectivité de Corse, que les caractéristiques intrinsèques du trajet aérien vers la Corse sont sensiblement différentes de celles du transport maritime quant au temps de trajet, au prix et aux contraintes de voyage, notamment pour les voyageurs qui ont un véhicule. Dans ces conditions, il n'est pas établi qu'un tel bien serait identique ou quasi-identique à une traversée maritime, ni que la traversée aérienne présenterait un degré de substituabilité comparable à celui d'une liaison maritime au départ de Toulon ou de Nice. Ainsi, dans l'hypothèse d'une disponibilité de la traversée maritime depuis ces deux ports, il n'y a pas lieu de considérer que les préférences du consommateur pour ce mode de transport auraient été significativement modifiées du fait de l'absence d'offre au départ du port de Marseille au cours de la période 2007-2013. Dès lors, c'est à juste titre que l'experte n'a pris en compte le report des passagers vers l'aérien que pour les périodes en tension, et pour les seuls passagers voyageant sans véhicule. En outre, la part des passagers qui se serait reportée vers le transport aérien, ainsi évaluée, est significativement inférieure à la part de passagers qui, sur les périodes de tension, n'aurait pu être transportée par les navires de la société Corsica Ferries France. Par suite, c'est également à juste titre que l'experte a considéré que la part de passagers qui se serait reportée vers le transport aérien était incluse dans la part des passagers non absorbés par la société Corsica Ferries France. Dans ses conditions, la collectivité de Corse n'établit pas que l'absence de service complémentaire aurait modifié les parts de marché entre le transport maritime et le transport aérien au-delà de ce qu'a admis l'experte, et ne critique pas utilement la détermination du taux de report des passagers vers le transport aérien de 0,8 % retenu par cette dernière. Il y a lieu, dès lors, de considérer que les reports de passagers vers le transport aérien n'auraient pas eu d'incidence significative sur le niveau d'absorption de la société Corsica Ferries France.

21. Il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de retenir les critères de substituabilité appliqués dans l'expertise du 28 février 2019.

S'agissant des parts de marché de la société Corsica Ferries France :

22. Pour déterminer le nombre de passagers susceptibles de se reporter sur les liaisons assurées par la société Corsica Ferries France, l'experte a

pris en compte les parts de marché constatées sur les liaisons maritimes Corse-continent entre 2007 et 2013, à l'exclusion du service complémentaire. Elle a retenu un taux de parts de marché de 72,2 % pour la société Corsica Ferries France. L'institution du service complémentaire étant constitutif d'une distorsion de concurrence, la collectivité de Corse n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, pour établir ce taux, l'experte a exclu par construction la fréquentation du service complémentaire. Le niveau de parts de marché de 60,3 % allégué par la collectivité de Corse, qui se réfère sur ce point au rapport d'étude de Calia conseil, correspond aux parts de marché de la société Corsica Ferries France incluant le service complémentaire et ne peut dès lors être retenu. Si la collectivité de Corse fait valoir par ailleurs que la SNCM aurait en tout état de cause proposé une offre au départ de Marseille en plus du service de base, et capté ainsi une part significative des voyageurs du service complémentaire, il résulte de l'instruction que l'exploitation du service complémentaire mis en place par la SNCM était déficitaire. Dès lors, ainsi que l'a jugé la Cour au point 7 de l'arrêt avant dire droit, cet opérateur n'aurait pas offert ce service aux usagers en l'absence de compensation par les subventions de la collectivité de Corse. Dans ces conditions, la collectivité de Corse n'est pas fondée à soutenir que l'estimation des parts de marché de la société Corsica Ferries France retenue par l'experte serait erronée. Il y a lieu en conséquence de retenir ce taux de parts de marché de 72,2 % pour établir le nombre de passagers qui se seraient reportés sur les liaisons maritimes assurées par la société Corsica Ferries France.

S'agissant des capacités d'absorption :

23. Pour évaluer l'ampleur du report des usagers du service complémentaire sur les liaisons assurées par la société Corsica Ferries France, l'experte a considéré par construction que la société Corsica Ferries France n'aurait pas modifié la fréquence de ses rotations ou la taille de sa flotte, et que les possibilités de report devaient être limitées aux places disponibles sur les navires ayant effectué une rotation le jour même, ou dans une maille temporelle de plus ou moins deux jours. Le postulat d'une offre de transport constante résulte des informations fournies par la société Corsica Ferries France, qui a indiqué au cours des opérations d'expertise qu'au regard des conditions économiques d'exploitation, elle n'aurait pas été en mesure d'armer des bateaux supplémentaires ni d'augmenter la fréquence de ses

rotations afin d'absorber un surplus de passagers. Il n'y a pas lieu, dans le cadre de l'évaluation du préjudice, de remettre en cause une telle hypothèse, dont la vraisemblance économique n'est pas sérieusement contestée par la collectivité de Corse. Dès lors, il y a lieu de considérer que les capacités d'absorption de la société Corsica Ferries France sont limitées aux places disponibles sur les liaisons existantes, selon les hypothèses d'amplitude temporelle définies par l'experte.

24. Il résulte de l'instruction, en particulier des taux de remplissage constatés sur la période 2007-2013 tels que recensés dans l'annexe 4 au rapport d'expertise, que les navires de la société Corsica Ferries France ont été remplis à 100 % de leur capacité théorique à plusieurs reprises, notamment aux mois de juillet et août. Par ailleurs, les capacités théoriques de remplissage des navires de la société Corsica Ferries France, attestées par un document d'un expert en courtage maritime versé au dossier, ne sont pas sérieusement contestées par la collectivité de Corse. Dans ces conditions, la collectivité de Corse n'est pas fondée à soutenir que le taux de remplissage de 100 % pris en compte par l'experte pour déterminer les capacités d'absorption de passagers sur les navires de la société Corsica Ferries France serait impossible et irréaliste. La collectivité de Corse fait valoir par ailleurs que les capacités d'accueil passagers des navires de la société Corsica Ferries France étaient limitées par les capacités d'accueil des véhicules, et que l'experte n'a pas pris en compte cette contrainte technique dans ses hypothèses. Il résulte toutefois du point 2.3 du rapport d'expertise que l'experte a déterminé une règle de méthode plafonnant la prise en compte des passagers pouvant être pris en charge par les navires de Corsica Ferries, en fonction des capacités d'accueil des véhicules et à raison d'un taux moyen de 3,2 passagers par véhicule, plus 8 % de places disponibles pour des « passagers sans véhicule ». Si la collectivité de Corse soutient que cette règle n'a pas été mise en œuvre dans les tableaux de l'annexe 3-1, il résulte de l'instruction, notamment de l'examen du nombre de passagers retenus pour la liaison au départ de Bastia le 7 juillet 2007 et pour celle au départ d'Ajaccio le 15 août 2010, que la règle décrite au point 2.3 a effectivement été appliquée par l'experte. Par suite, la collectivité de Corse ne remet pas utilement en cause la fiabilité des résultats de l'expertise sur ce point. Si elle affirme, en se référant à une étude « Expert consultants Geecmar » datée du 12 juin 2019, que les capacités de chargement en fonction de la longueur linéaire sont

purement théoriques et ne correspondent pas à la réalité, cette affirmation n'est pas étayée et les capacités de chargement des véhicules prises en compte par l'experte ne sont pas utilement contestées.

25. La collectivité de Corse soutient par ailleurs, en s'appuyant sur la même étude « Expert consultants Geecmar » datée du 12 juin 2019, que les annexes au rapport d'expertise comprennent des erreurs de calcul concernant l'absorption des passagers du service complémentaire par les navires de Corsica Ferries France. Il résulte toutefois de l'instruction que les erreurs alléguées correspondent en premier lieu à l'absence de prise en compte de l'absorption de passagers par les navires assurant les liaisons entre la Corse et le port de Nice. Les écarts mis en avant dans l'étude du 12 juin 2019 concernant la rotation sur Ajaccio le 3 juillet 2010 et la rotation sur Bastia le 8 juillet 2007 correspondent dès lors à une différence méthodologique et non à une erreur de calcul. Par ailleurs, à raison de 3,2 passagers par véhicule constatés sur la ligne SNCM du 3 juillet 2010, le nombre de places disponibles pour les véhicules sur les deux navires de la société Corsica Ferries France assurant la liaison avec Toulon ce jour-là, à hauteur de 280, n'aurait pas limité l'absorption des 835 passagers reportés sur ces deux liaisons. Il en va de même pour l'ensemble des rotations mentionnées en annexe de l'étude du 12 juin 2019, liaisons pour lesquelles les places disponibles pour les véhicules ne limitaient pas les capacités d'absorption des passagers reportées par l'experte, plafonnées d'après les modalités établies au point 2.3 de l'expertise. Les tableaux de synthèse figurant au point 5 de l'étude du 12 juin 2019, fondés sur une approche méthodologique excluant l'absorption de passagers sur les liaisons de la société Corsica Ferries France avec le port de Nice, n'ont ainsi pas de valeur probante. Par conséquent, la collectivité de Corse n'est pas fondée à soutenir que les erreurs de calcul auraient engendré un écart de plus de 60 % entre la quantité de passagers réellement absorbables et la quantité de passagers absorbés retenue par l'experte.

26. Il résulte de ce qui a été dit précédemment au point 23 que l'évaluation du manque à gagner doit être établie à offre constante de la société Corsica Ferries France. Il ne résulte pas de l'instruction que la prise en charge des passagers supplémentaires sur les liaisons existantes de la société Corsica Ferries France aurait engendré des difficultés techniques de nature à limiter les capacités d'absorption des navires. Au regard de la fréquence des liaisons

et du volume de passagers absorbé sur chaque navire, il ne résulte pas de l'instruction que le temps de chargement ou de déchargement des passagers supplémentaires aurait engendré des difficultés particulières. Par suite, la collectivité de Corse n'est pas fondée à soutenir que les capacités du port de Toulon n'auraient pas permis la prise en charge du surplus de passagers.

27. Il résulte de tout ce qui précède que la société Corsica Ferries France n'est pas fondée à soutenir que la méthode mise en œuvre par l'experte pour évaluer les capacités d'absorption des navires de la société Corsica Ferries France serait erronée ou produirait un résultat manifestement disproportionné par rapport aux capacités d'absorption réelles. Il y a lieu, dans ces conditions, de retenir sur ce point les bases d'évaluation formulées dans le rapport d'expertise.

S'agissant de l'amplitude temporelle des reports :

28. Le rapport d'expertise du 28 février 2019 a proposé cinq hypothèses d'évaluation du report des passagers du service complémentaire sur les liaisons assurées par la société Corsica Ferries France, en fonction d'une variation de la « maille temporelle ». Les cinq hypothèses construites par l'experte ont été établies selon deux paramètres. Le premier définit une marge d'équivalence, allant de zéro à deux jours par rapport à la date du voyage effectué sur le service complémentaire. Le second consiste à appliquer ou non cette marge aux samedis, en considération du fait que ce jour correspond au commencement et à l'achèvement des locations saisonnières. Toutefois, il résulte de l'instruction que l'application d'une maille temporelle large conduit à modifier la date du voyage, qui est l'une de ses caractéristiques essentielles. Une telle modification ne permet pas de garantir qu'une traversée reportée ou avancée d'un ou deux jours serait, du point de vue du voyageur, équivalente à la traversée initiale. Ainsi, il n'est pas certain que deux offres de traversée n'ayant pas lieu le même jour puissent être regardées comme des biens quasi identiques et dès lors parfaitement substituables. Dans ces conditions, l'application d'une maille temporelle large est susceptible d'avoir une incidence sur les préférences du consommateur et d'induire des modifications significatives de l'état du marché. Au regard de l'incertitude que cette variation fait peser sur les autres hypothèses de calcul et, par suite, sur le montant du préjudice, toutes choses n'étant plus égales par ailleurs, il y a lieu d'écarter l'application des

mailles temporelles larges proposées par l'experte et de retenir son hypothèse n° 1, selon laquelle le report de passagers s'effectue sur les liaisons ayant lieu le jour même. Dans ces conditions, il y a lieu de retenir, au titre du nombre total de passagers absorbés par la société Corsica Ferries France pour la période du 1^{er} juillet 2007 au 31 décembre 2013, le chiffre de 1 399 873 passagers.

S'agissant du chiffre d'affaires manqué par la société Corsica Ferries France :

29. Pour déterminer le chiffre d'affaires par passager supplémentaire qu'aurait réalisé la société Corsica Ferries France sur la période considérée, l'experte a pris en compte en premier lieu le prix du billet, établi à partir des données constatées dans la comptabilité analytique de la société pour la période en cause. Au titre de l'hypothèse n° 1, le montant des recettes est évalué à hauteur de 78 818 130 euros hors taxes. L'experte a également pris en compte le montant de l'aide sociale qui aurait été versée par l'Office des transports de la Corse au cours de la même période, en tenant compte des plafonds définis par la collectivité de Corse, et a établi ce montant pour l'hypothèse n° 1 à hauteur de 5 547 956 euros hors taxes. L'experte a enfin défini les revenus moyens tirés des ventes à bord établis à 8,48 euros hors taxes par passager, soit un montant total de 11 870 925 euros pour l'hypothèse n° 1. La méthode et les données de ce calcul ne sont pas sérieusement contestées par les parties et il y a lieu de retenir pour l'évaluation du préjudice subi par la société Corsica Ferries France un chiffre d'affaires manqué de 96 237 011 euros hors taxes.

S'agissant des charges :

30. Il résulte de l'instruction que pour établir le niveau des charges qui auraient été supportées par la société Corsica Ferries France pour l'accueil des passagers additionnels, l'experte a considéré à juste titre qu'à nombre de navires et de rotations inchangé, conformément aux hypothèses retenues, la compagnie n'aurait supporté aucun coût fixe supplémentaire. Concernant les coûts variables, l'experte a pris en compte en premier lieu l'armement des navires, correspondant aux coûts d'équipage supplémentaires. Ces coûts ont été calculés en nombre de jours/homme, auquel a été appliqué un coût moyen de 103,34 euros et une majoration de 5,7 % correspondant à la marge appliquée par le loueur de la société Corsica Ferries France. Si la collectivité de Corse soutient que ces coûts ont été sous-évalués dès lors qu'il n'est pas établi que la

société Corsica Ferries France respecterait le droit social français, de telles allégations ne sont étayées par aucun élément de preuve.

À cet égard, il résulte de l'instruction que les coûts de personnel supplémentaires ont été établis par l'experte à partir des données de la comptabilité analytique de la société Corsica Ferries France, comptabilité certifiée par un commissaire aux comptes. La société Corsica Ferries France fait également valoir sur ce point qu'elle applique le droit social français dans le cadre de son activité de cabotage maritime, qu'elle fait l'objet de contrôles réguliers par les inspecteurs des affaires maritimes et qu'elle a en tout état de cause déjà versé les certificats et attestations sociales permettant de vérifier la régularité de sa situation à l'Office des transports de la Corse, dans le cadre de ses obligations de service public. Dans ces conditions, la collectivité de Corse n'est pas fondée à soutenir qu'il existerait un doute sur le montant réel des charges de personnel, résultant d'une méconnaissance par la société Corsica Ferries France des règles du droit social, ou que l'experte aurait été tenue de vérifier spécifiquement ce point. Pour ces mêmes raisons, il n'y a pas lieu d'enjoindre à la société Corsica Ferries France de produire les documents certifiant de la régularité de sa situation sur cette question. Les coûts de personnels évalués par l'expertise du 28 février 2019 doivent ainsi être regardés comme établis. Il y a lieu, dès lors, de retenir le montant de 2 897 182 euros établi par l'experte au titre de l'hypothèse n° 1.

31. L'experte a également pris en compte les achats de marchandise et de restauration, les commissions versées aux agences de voyages, les frais de blanchisserie, les charges de personnel intérimaire, les commissions bancaires et diverses autres charges variables. Ces évaluations ne sont pas sérieusement contestées par les parties et il y a lieu de les retenir.

32. La collectivité de Corse soutient qu'il y a lieu de prendre en compte les coûts d'affrètement de navires supplémentaires. Toutefois, il résulte de ce qui a été dit précédemment au point 23 que, par construction, l'évaluation du préjudice de la société Corsica Ferries France doit être réalisée à offre constante. Dans ces conditions, le moyen doit être écarté.

33. La collectivité de Corse soutient en outre que l'évaluation de l'experte ne prend pas en compte les coûts induits par le temps de chargement et de déchargement des navires, les coûts supplémentaires de carburant, les droits de port, ainsi que les

coûts de structure. Concernant les droits de port, la société Corsica Ferries France affirme, sans être utilement contredite sur ce point, que les droits de port collectés par la compagnie et reversés aux autorités portuaires ne sont pas inclus dans le prix des billets, que le chiffre d'affaires évalué par l'experte a été calculé net de ces droits, et par suite qu'il n'y a pas lieu de prendre en compte le reversement de ces droits au titre des charges. Concernant la consommation de carburants, l'étude du cabinet Calia conseil sur laquelle s'appuie la collectivité de Corse admet que le transport de passagers supplémentaires n'a pas d'incidence significative sur la consommation des navires. Si la société Corsica Ferries France soutient, par référence à l'étude du cabinet Calia conseil, que les temps d'escale supplémentaires auraient un impact sur les temps de navigation et par suite sur la consommation en carburant des navires, cette affirmation n'est ni étayée ni établie. L'incidence de la prise en charge des voyageurs supplémentaires sur les charges de structure alléguée par l'étude de Calia conseil n'est pas davantage démontrée. Dans ces conditions, la collectivité de Corse n'est pas fondée à soutenir que l'experte aurait minoré les charges supportées par la société Corsica Ferries France.

34. Il résulte de ce qui précède qu'il sera fait une juste appréciation des coûts induits par la prise en charge des passagers supplémentaires du service complémentaire par la société Corsica Ferries France en en fixant le montant, selon l'hypothèse n° 1 du rapport d'expertise, à hauteur de 9 937 828 euros.

35. Il résulte de tout ce qui précède qu'il sera fait une juste appréciation du bénéfice net qu'aurait tiré la société Corsica Ferries France d'un surcroît de clientèle, en l'absence d'institution du service complémentaire, en le fixant à la somme de 86 299 183 euros.

S'agissant du caractère disproportionné du montant de l'indemnité :

36. Il résulte de ce qui précède que l'évaluation du préjudice de la société Corsica Ferries France est construite sur le postulat d'une absorption du surcroît de passagers sans modification de la flotte ou de la fréquence des trajets. Un tel postulat impliquant des coûts fixes inchangés, la collectivité de Corse n'est pas fondée à soutenir que les marges d'exploitation résultant des calculs de l'experte, de l'ordre de 90 %, auraient un caractère irréaliste au regard des niveaux de marges habituellement constatés pour une activité

de transport maritime, lesquels prennent en compte l'ensemble des coûts de production du service. Au regard des données d'exploitation fournies par l'expertise, en particulier le taux de remplissage des navires, il n'apparaît pas irréaliste qu'un surcroît de clientèle permettant une augmentation significative du nombre de passagers par navire engendre une amélioration notable de la marge d'exploitation de l'opérateur. Par suite, la collectivité de Corse n'est pas fondée à soutenir que le niveau de marge opérationnelle résultant du calcul de l'indemnité serait disproportionné et irréaliste.

***Sté Sofraco c./ Sté Ancea, Cass. com.,
27 mai 2008, n° 07/14422***

Vu l'article 1382 du Code civil ;

Attendu que pour rejeter la demande de dommages-intérêts présentée par la société Sofraco pour concurrence déloyale, l'arrêt retient que les agissements reprochés par la société Sofraco à la société Ancea sous le titre de concurrence déloyale, et qui pourraient effectivement constituer des actes de parasitisme, ne peuvent donner lieu à des dommages-intérêts dès lors qu'en raison de leur ponctualité et de leur très faible consistance, ils n'ont pu causer le moindre préjudice à la société Sofraco ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale un trouble commercial constitutif de préjudice, fût-il seulement moral, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a prononcé l'annulation du contrat signé entre les parties le 10 janvier 2003 et en ce qu'il a rejeté la demande de dommages-intérêts présentée par la société Sofraco pour concurrence déloyale, l'arrêt rendu le 6 février 2007, entre les parties, par la Cour d'appel de Bordeaux ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel de Bordeaux, autrement composée ;

***EMC2, CA Paris, Pôle 5, Chambre 4,
28 février 2018, N° 15/11824***

Toute victime d'un dommage qui entend rechercher la responsabilité de son auteur doit rapporter

la preuve d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre la faute et le dommage. Le lien de causalité constitue une articulation en soi de la responsabilité, distincte et de la faute et du préjudice. Il ne suffit donc pas que soient constatés la faute et le dommage, il faut encore que le lien de cause à effet qui les unit soit établi de façon directe. À défaut, les conditions de la responsabilité civile ne sont pas réunies.

Ces principes s'appliquent pour l'indemnisation d'un préjudice découlant de pratiques anticoncurrentielles : celle-ci n'est due que si ces pratiques sont directement à l'origine du préjudice subi. Aussi, si le préjudice dont il est demandé réparation est susceptible de trouver son origine dans d'autres faits que les pratiques anticoncurrentielles, il n'existe pas de lien de causalité suffisamment direct et certain permettant l'application de l'article 1382 du Code civil (devenu l'article 1240 du Code civil).

Il appartient donc en l'espèce à la société EMC2 de démontrer que les pratiques dont elle demande réparation, d'une part, constituent bien des pratiques anticoncurrentielles génératrices de fautes civiles, et d'autre part, sont directement à l'origine des préjudices qu'elle allègue.

***Sté NGK Spark Plugs France c./ Sté de
Commercialisation de produits industriels,
CA Paris, Pôle 5, Chambre 4,
5 juillet 2017, n° 15/12365***

Toute victime d'une pratique anticoncurrentielle peut en obtenir réparation. Elle doit rapporter la preuve que cette pratique est constitutive d'une faute à l'origine du dommage, la preuve de l'existence d'un dommage et d'un lien de causalité entre la faute et le dommage. Le lien de causalité constitue une articulation en soi de la responsabilité, distincte et de la faute et du préjudice. Il ne suffit donc pas que soient constatés la faute et le dommage, il faut encore que le lien de cause à effet qui les unit soit établi de façon expresse.

La faute découle ici de la violation, par la société NGK, des articles 101 et 102 du TFUE et des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce.

La société Sifam demande à la Cour de condamner la société NGK à lui payer la somme de 193 246 euros, correspondant à sa marge perdue sur 626 jours ouvrables (24 mois), calculée sur la base de la marge réalisée par elle en 2006 avec les bou-

gies en provenance des Etats-Unis, soit 343 euros par jour ouvrable (343×626), cette somme étant réduite de 10 % pour prendre en compte la marge réalisée avec les bougies de substitution.

Elle verse aux débats un rapport d'expertise établi par la société SODATEC, cabinet d'expertise comptable, daté du 23 septembre 2015. Ont été relevées toutes les factures d'achat de bougies NGK au cours de l'année 2006 et leur prix d'achat a été comparé à leur prix de vente, pour calculer la marge réalisée par Sifam, pondérée de 47,5 % afin de ne retenir que la marge commerciale, ce qui aboutit au calcul de 343 euros par jour ouvrable.

La Cour approuve cette méthode de calcul, dont la robustesse s'allie à la simplicité.

Mais la société NGK expose à juste titre que le choix de l'année 2006 pour calculer la marge est trop favorable à la société Sifam, car elle est calculée sur des bougies importées dans l'illégalité et donc probablement vendues à des prix très bas. La Cour approuve également l'argument de NGK, selon lequel un abattement supplémentaire devrait être pratiqué du fait que le préjudice calculé est affecté d'un certain aléa et constituerait une perte de chance.

Mais la Cour prend en compte la circonstance que la demande de la société Sifam est minorée par rapport aux dommages réellement subis. En effet, l'expert évalue à 640 000 euros par an le chiffre d'affaires perdu par Sifam sur d'autres articles que les bougies, pour lequel la société intimée ne demande pas de dommages-intérêts. La prise en compte de ce poste aurait majoré le calcul du préjudice.

La Cour estime donc que les deux points invoqués par NGK, de nature à minorer le préjudice calculé par Sifam, sont compensés par l'effet majorant non pris en compte, par cette société, attaché à la non intégration, dans ce calcul, des ventes perdues par Sifam, en dehors des bougies.

La société NGK soutient aussi que la période retenue dans l'évaluation du préjudice ferait double emploi avec celle du précédent jugement. Mais cet argument sera écarté, ce jugement ayant été infirmé par la Cour d'appel et aucun préjudice n'ayant, de ce fait, été indemnisé.

Enfin, les ventes de bougies concurrentes vendues pendant la période concernée auraient dû, selon NGK, générer un abattement de plus de 10 %, celui retenu par le tribunal et l'expert.

Mais la Cour estime que cette sous-évaluation n'est pas suffisamment démontrée, la société NGK se fondant sur un stock de bougies contrefaisantes très important en janvier 2008 qui révélerait que la société Sifam aurait pu vendre ces bougies et donc percevoir des marges sur elles pendant une période plus longue que celle calculée dans le cadre de l'expertise privée. Or, le sort de ce stock, et son éventuel écoulement n'est pas établi.

La Cour disposant des éléments nécessaires pour statuer, il n'y a pas lieu d'ordonner une expertise judiciaire.

La Cour condamne la société NGK à payer à la société Sifam la somme de 193 246 euros majorée des intérêts au taux légal à compter du jugement entrepris.

Stés Alep Soulac, Cass. crim., 7 décembre 2016, n° 87.474

Vu les articles 232 du Code de procédure civile et 10 alinéa 2 du Code de procédure pénale ;

Attendu qu'il résulte de ces textes que le juge correctionnel, statuant sur intérêts civils, ne peut commettre un expert, auquel il ne saurait déléguer son pouvoir juridictionnel, qu'afin d'être éclairé sur des aspects techniques ou de fait ;

Attendu que la Cour d'appel a ordonné une contre-expertise comptable confiant pour mission à l'expert qu'elle a désigné de déterminer s'il peut être établi un lien de causalité direct entre les détournements dont M. X... a été déclaré coupable, tels que définitivement fixés s'agissant du préjudice principal subi par les parties civiles, et les avances consenties par la société C-Super au bénéfice des autres sociétés victimes de ces malversations ;

Speed Rabbit Pizza c./ Domino's Pizza, CA Paris, Pôle 5, Chambre 4, 25 oct. 2017, n° 14-15714

Sur l'action en concurrence déloyale initiée par l'appelante.

Le bien-fondé d'une action en concurrence déloyale est subordonné à l'existence d'un fait fautif générateur d'un préjudice. Peut ainsi constituer une faute la méconnaissance, par un commerçant, de la réglementation qui lui est applicable car, en se dispensant des contraintes imposées par les textes, il s'octroie un avantage par rapport à ses concurrents.

La société SRP, en se fondant sur la violation de la réglementation sur les délais de paiement et sur les prêts bancaires, grâce à laquelle la société DPF aurait maintenu artificiellement en activité des franchisés non rentables, estime que la société DPF s'est rendue responsable à son égard d'une pratique de concurrence déloyale. Cette pratique aurait eu pour effet de contraindre ses franchisés SRP à abandonner leur activité ou encore aurait provoqué une baisse de leur chiffre d'affaires, ce qui l'aurait elle-même privée des redevances que ceux-ci lui versent. Cette pratique aurait également eu pour effet d'entraver le développement du réseau SRP, en érigeant des barrières à l'entrée et provoqué un préjudice d'image.

Les pratiques illégales dont il est fait état se déroulent sur les marchés géographiques locaux sur lesquels les franchisés des deux réseaux vendent leurs prestations aux consommateurs et sur lesquels ils sont en concurrence. « Les zones de chalandise couvertes par les magasins de livraison de pizza sont restreintes », ainsi que l'Autorité de la concurrence l'a souligné dans une décision 02-D-64 du 23 octobre 2002.

Or, la société SRP n'apporte pas la preuve que, sur une zone géographique identifiée, dans laquelle il existerait une concurrence frontale entre un point de vente DPF et un point de vente SRP :

- les franchisés DPF auraient effectivement bénéficié de délais de paiement plus souples ou d'octroi de prêts ;
- ces franchisés en auraient alors profité pour pratiquer une politique commerciale et tarifaire agressive ;
- ce qui aurait conduit à l'éviction effective ou potentielle des franchisés SRP.

Sur le premier point, l'étude MAPP versée aux débats par la société DPF souligne à juste titre, en amont, l'« absence de démonstration d'un lien entre la présence d'un point de vente SRP et la mise en oeuvre de pratiques anormales de DPF ». Il ressort en effet de cette étude (page 75) que les délais de paiement des franchisés DPF sont déconnectés de la présence ou non d'un point de vente SRP dans la zone de concurrence, ce qui démontre que leur objet n'est pas de financer une politique d'éviction des franchisés SRP. En effet, si ces pratiques avaient visé à l'éviction des franchisés SRP, elles auraient été ciblées sur les zones de chalandise où un franchisé DPF est en concurrence avec un franchisé SRP. Aucun lien n'est donc établi entre,

d'une part, l'octroi allégué de délais de paiement et d'autre part, la présence ou l'absence de la société SRP dans la zone de chalandise considérée.

Sur le deuxième point, si la société SRP prétend que les aides diverses de la société DPF auraient permis à ses franchisés de pratiquer des prix agressifs, elle ne rapporte pas non plus la démonstration d'une corrélation entre ces aides (délais de paiement et prêts) allégués et la politique commerciale et promotionnelle des franchisés DPF, la façon dont les pratiques illégales influaient sur les prix des franchisés DPF n'étant pas analysée. Au surplus, les franchisés étant supposés fixer librement leurs prix, il n'est pas évident qu'ils profitent d'une aide du franchiseur pour pratiquer des prix bas. En définitive, la société Domino's Pizza souligne à juste titre « l'absence de démonstration (par la société SRP) d'un lien entre les pratiques prétendument anormales de DPF et la mise en oeuvre par les franchisés DPF d'une politique commerciale et tarifaire prétendument agressive ».

Sur le troisième point, le lien de causalité n'est pas démontré entre les pratiques et les dommages prétendument subis par les franchisés SRP et, indirectement par SRP elle-même, au travers d'une baisse des redevances. Si la société SRP verse aux débats une étude établie par le cabinet Sorgem, mettant en évidence (page 24 de la pièce 131) que, sur un échantillon de 65 fermetures de points de vente SRP en concurrence avec les franchisés de DPF sur leur zone de chalandise, de 2003 et 2015, 59 fermetures sont consécutives à une pratique « anormale » du point de vente de DPF, cette « consécutive » ne démontre pas un lien de causalité mais le présume alors que les difficultés que subissent les magasins SRP peuvent provenir de causes externes (événements conjoncturels, erreurs de management ou de stratégie, crise économique, structure des coûts mal maîtrisée : cf. rapport MAPP, page 32, pièce 33 de DPF). Il en est de même de l'étude de l'échantillon de 103 points de vente de la société SRP, concurrents des points de vente de DPF, sur la période 2003 et 2015. Si ces études établissent que 103 points de vente de SRP ont connu une baisse de chiffre d'affaires et que 66 sur ces 103 ont connu cette baisse à la suite d'une pratique anormale de DPF (page 26), là encore, le lien de causalité est présumé. Il n'est pas tenu compte de la concurrence exercée par d'autres points de vente que ceux de DPF. Aucun lien de causalité entre les prétendues fautes et le préjudice invoqué n'est établi, les dommages allé-

gués pouvant s'expliquer par des motifs autres que les pratiques de concurrence déloyale.

Au demeurant, les rapports MAPP produits par la société DPF démontrent clairement que toute stratégie d'exclusion telle que celle soutenue par la société SRP, était vouée à l'échec sur un marché aussi concurrentiel que celui de la vente de pizzas.

Sans qu'il soit besoin d'évaluer les pratiques prétendument illégales alléguées par la société SRP, il y a donc lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a débouté la société SRP de ses demandes au titre de la concurrence déloyale.

Doux Aliments c./ SA CIE Financière et de participations Roullier, SAS Timab Industrie, CA Paris, Pôle, Chambre 4, 23 juin 2021, n° 17/04101

Sur le préjudice subi par la société DOUX du fait de l'Entente,

L'entente à laquelle Timab/X ont participé au moins de septembre 1993 à février 2004 selon la commission européenne, concerne la commercialisation de phosphates pour l'alimentation animale (ci-après « PAA »), un composé chimique permettant de couvrir les besoins en phosphore des animaux, qui constitue un complément alimentaire important pour l'élevage des bêtes.

Les sociétés Doux fabriquaient des aliments pour volailles dans lesquels elles incorporent des PAA achetés notamment auprès de Timab/X, à savoir des phosphates bicalciques (DCP), un des types de PAA les plus commercialisés.

Conformément à sa mission, l'expert a procédé à l'établissement d'un scénario contrefactuel pour déterminer le niveau de prix qui aurait prévalu en l'absence de l'entente commise par Timab/X de septembre 1993 à février 2004 au regard des évolutions postérieures des prix acquittés par Doux auprès de Timab/X après la cession de l'entente litigieuse et compte tenu des factures exogènes devant être distinguées des effets imputables à l'entente.

Pour évaluer les effets de l'entente en excluant l'impact des facteurs exogènes tels que les variations des prix des principaux intrants, l'expert a recouru à une comparaison économétrique dans le temps afin de déterminer de manière statistique l'impact de chaque variable sur le prix et d'iden-

tifier l'éventuel surcoût qui serait spécifiquement attribuable à l'entente. En approfondissant ses analyses, l'expert a identifié trois périodes durant l'entente qui montrent des différences sensibles au niveau de la dynamique des prix observés : une première période jusqu'à la fin de l'année 2000 durant laquelle les prix des PAA restent relativement stables, une seconde période comprise entre la fin de l'année 2000 et le mois de janvier 2003 pendant laquelle l'évolution des prix des PAA à la hausse ne suit pas le coût de l'évolution de l'acide phosphorique à la baisse et une dernière période entre février 2003 et la fin de l'entente au cours de laquelle les prix des PAA subissent une chute importante indépendante du coût de l'acide.

L'expert conclut qu'aucun effet spécifique à l'entente n'est mis en évidence ni avant novembre 2000, ni après janvier 2003 jusqu'à la fin de l'entente en février 2004, mais qu'en revanche, un effet significatif de l'entente sur les prix des PAA est mis en évidence entre novembre 2000 et janvier 2003, conduisant à un surcoût de 7,7 % en ne retenant que l'impact de l'entente, sans l'effet de choc de demande lié à la crise de la vache folle II en conclut que le surcoût occasionné à la société Doux s'élève à 81 937 euros. Il ajoute avoir établi l'absence de répercussion auprès de clients indirects, de sorte que le préjudice subi par Doux en raison de l'entente commise par Timab/X s'établit à 81 937 euros.

Après actualisation de ce montant au mois d'octobre 2019, par application du taux d'intérêt légal, en l'absence d'éléments communiqués par Doux sur ses emprunts et dettes et sur l'usage que celle-ci aurait fait des sommes dont elle a été privée, il dit que le montant du « préjudice de trésorerie » s'établit à la somme de 27 239 euros. Il conclut que le préjudice subi par Doux s'établit à 109 176 euros, préjudice qui devra être actualisé à la date effective d'indemnisation.

S'agissant de la période 1993-2000

Selon la société Doux par ses liquidateurs, s'agissant de la période 1993-2000, il est inimaginable que les parties au cartel aient pris le risque de s'entendre, pendant sept ans, sur des hausses de prix et des quotas, sans en tirer le moindre avantage.

Elle invoque l'article 17 de la Directive 2014/104/UE qui précise qu'il « est présumé que les infractions commises dans le cadre d'une entente causent un préjudice » et qu'il appartient à la société Timab de renverser cette présomption.

Elle affirme que le juge national a l'obligation d'interpréter le droit français à la lumière de la directive.

La société appelante invoque également le principe d'effectivité du droit communautaire, disant que celui-ci commande que la victime d'une entente puisse obtenir réparation du préjudice qui découle de cette pratique illicite et que les modalités des recours indemnitaires effectuées devant les juridictions nationales ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile cette réparation.

S'agissant de l'application aux faits de l'espèce, la société Doux soutient que l'expert a méconnu ces principes en retenant que l'absence de certains éléments de comparaison pour la période 1993-2000 rendait impossible l'évaluation d'un préjudice, ajoutant que le fait d'exiger de la victime d'une entente anti concurrentielle qu'elle soit en mesure de rapporter tous les éléments de comparaison pour une période remontant à plus de vingt ans revient à rendre impossible ou excessivement difficile la réparation du préjudice.

La société Doux considère que la figure 2 du rapport d'expertise montre qu'après le début de l'entente, en 1994, les prix ont connu une hausse brutale faisant valoir qu'avant la participation de Timab à l'entente, ces prix connaissaient une baisse, et qu'à partir du moment où celle-ci a participé à cette entente, la baisse a cessé cédant la place à une hausse. La société Doux en déduit que l'entente a permis, de 1994 à 2000, de maintenir ces prix à un niveau constant alors que l'application des prix de début 1993 lui aurait permis de payer un prix moindre et qu'elle a donc payé un surcoût de 1994 à 2000, constituant son préjudice.

À tout le moins, la société Doux considère qu'elle a subi une perte de chance de négocier des meilleurs prix et que cette possibilité lui aurait offert une chance d'obtenir une baisse des prix comparable à celle qui a eu lieu en 1992-1993, soit une baisse de l'ordre de 15 %. La société appelante allègue que les montants résultant de l'évaluation de cette perte de chance doivent également bénéficier de la revalorisation financière. Elle affirme que ses achats, de septembre 1993 à octobre 2000 s'élevaient à 359 544 € et qu'un pourcentage de 15 % représente la somme de 53 931 €. Ainsi, selon la société appelante, l'application du même coefficient de revalorisation que celui retenu par l'expert

pour la période postérieure représente la somme de 13 482 €, ce qui conduit à un total de 67 413 €.

Les sociétés X et Timab rétorquent qu'il n'y a pas eu de surfacturation entre 1993 et 2000 et que cela est corroboré par le rapport d'expertise, dans lequel aucune des méthodes utilisées ne permet de conclure à la probabilité d'un effet.

En premier lieu, elles soutiennent que la société Doux ne peut trouver aucun fondement dans le droit de l'Union européenne pour justifier ses prétentions, faisant valoir que les dispositions de la Directive 2014/104/UE ainsi que d'autres textes de l'Union européenne sont inapplicables au cas d'espèce puisque l'action a été introduite le 17 décembre 2014, c'est-à-dire avant l'entrée en vigueur de la Directive (i.e. le 26 décembre 2014). Elles ajoutent que la Directive ne prévoit pas que les ententes produisent un effet durant la totalité de leur durée, mais qu'« il est présumé que les infractions commises dans le cadre d'une entente causent un préjudice », présomption simple. Elles s'appuient sur les conclusions du rapport d'expertise, confirmant le constat de cette Cour selon lequel « *les factures produites par la société Doux, qui montrent une stabilisation des prix durant l'entente, n'apportent à l'évidence pas la preuve des prétendues surfacturations* ».

En second lieu, les sociétés intimées font valoir que la société Doux ne peut trouver dans les faits aucun fondement à ses allégations, et que celle selon laquelle « le bon sens et l'évidence » voudrait que l'Entente a nécessairement produit un effet n'a aucune portée, et ce d'autant plus quand le groupe Doux qui a été reconnu coupable d'une entente sur les prix entre concurrents entre 2000 et 2007, devrait savoir qu'une entente ne produit pas nécessairement des effets. Les sociétés intimées affirment que les éléments du dossier démontrent que les prix de vente de DCP de Timab auprès de Doux étaient inférieurs aux prix des autres fournisseurs, que le prix de l'acide phosphorique a connu une augmentation constante de 1992 à 2000 et que la marge brute de Timab auprès de Doux était ainsi beaucoup plus forte en 1992 (avant l'Entente) qu'après septembre 1993, de sorte qu'aucun préjudice économique subi par Doux pendant cette période ne peut être retenu.

En troisième lieu, les sociétés intimées soutiennent que la société Doux ne justifie pas juridiquement sa demande et que la perte de chance alléguée de bénéficier d'un prix inférieur de 15 % n'est aucune-

ment étayée, de même que le chiffre de 15 %. Elles soutiennent à cet égard que la société ne fournit pas de méthode de calcul alternative à celle de l'expert qu'elle critique. De surcroît, les sociétés intimées retiennent que la société Doux demande la reconnaissance d'un surpris de 15 % concernant une période pour laquelle le rapport d'expertise conclut à l'absence d'effet, mais de « seulement » 7,7 % pour une période où le rapport d'expertise conclut à l'existence d'un effet, ce qui leur paraît incohérent. Enfin, les sociétés intimées affirment que, sur le terrain de la perte de chance, la société Doux doit établir quelles étaient les probabilités que, sans l'Entente, Timab la fasse effectivement bénéficier d'un prix inférieur de 15 %, et qu'elle applique ces probabilités au montant dont elle demande réparation et non pas former une demande correspondant à la totalité de ce prétendu surpris.

Sur ce, la Cour retient en premier lieu que la Directive 2014/104/UE invoquée par Doux entrée en vigueur le 26 décembre 2014, transposée en droit interne par l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017, n'est pas applicable à une entente qui a eu lieu de septembre 1993 à février 2004, comme en l'espèce.

Par conséquent, Doux ne peut se prévaloir de la présomption posée par l'article 17 de la Directive 2014/104/UE et l'article L 481-7 le transposant, en vertu desquels il est présumé jusqu'à preuve du contraire qu'une entente entre concurrents cause un préjudice.

En revanche, Doux invoque à bon droit, le principe d'effectivité et de primauté du droit européen. Ainsi, en vertu de l'arrêt *Courage* (CJCE 20 septembre 2002 aff C-453/99), toute victime d'une pratique anticoncurrentielle doit pouvoir agir devant les juridictions nationales pour demander réparation de son préjudice. Également, en vertu de l'arrêt *Manfredi* (CJUE 13 juillet 2006, aff C-295/04) et le principe d'équivalence, la victime doit pouvoir demander réparation non seulement du dommage réel mais aussi du manque-à-gagner, sans pouvoir s'enrichir.

Il appartient donc à Doux de démontrer l'existence d'un préjudice causé par cette entente au cours de la période litigieuse.

En second lieu, s'agissant de l'absence d'effet de l'entente de septembre 1993 à octobre 2000, la Cour observe que le rapport d'expertise et les pièces

produites ne mettent pas en évidence des effets de l'entente, ce qui ne signifie pas qu'il n'y en a pas eu.

Le scénario contrefactuel retenu par l'expert qui consiste à comparer les prix facturés par Timab/X pendant l'entente puis après la cessation de celle-ci, pour déterminer le niveau de prix qui aurait prévalu en l'absence d'entente sur le même marché, non utilement critiqué et aucune autre méthode n'étant proposée, doit être approuvé.

Les prix pendant l'entente et après l'entente facturés à Doux par Timab/X que l'expert a calculés, font apparaître un prix moyen respectivement de 239 € par tonne et de 336 € par tonne, soit un écart de 97 euros par tonne. Mais, ainsi que l'indique l'expert, cette comparaison n'est pas pertinente dans la mesure où elle ne tient pas compte des acteurs exogènes à l'entente qui ont pu avoir un impact sur le niveau des prix, au premier lieu desquels le niveau des coûts des principaux intrants utilisés par Timab/X pour produire les PAA, et principalement l'acide phosphorique et qu'il convient également de tenir compte de l'évolution des coûts de production de Timab (coûts énergétiques, de personnel, et divers).

Pour évaluer les effets de l'entente en excluant l'impact des facteurs exogènes tels que les variations des prix des principaux intrants, l'expert recourt à une comparaison économétrique dans le temps afin de déterminer de manière statistique l'impact de chaque variable sur le prix et d'identifier l'éventuel surcoût qui serait spécifiquement attribuable à l'entente.

Au cours de la première période jusqu'à la fin de l'année 2000, l'expert observe une relative stabilité des prix des PAA et relève qu'aucun effet spécifique à l'entente n'est mis en évidence avant novembre 2000.

Force est de constater que les appelantes ne démontrent pas d'effet spécifique imputable à l'entente ainsi qu'il leur incombe, la seule augmentation des prix de vente étant insuffisante à cet égard.

En outre, il ne peut être retenu que la charge de la preuve et le niveau de la preuve pour la quantification du préjudice de Doux ont rendu l'exercice du droit à des dommages et intérêts pratiquement impossible ou excessivement difficile. À cet égard, l'indisponibilité de certaines données relative pour les premières années de l'entente, à savoir l'évolution des prix de la chaux et du carbonate de calcium

est sans incidence dès lors que l'expert indique que ce coût n'a pas d'impact visible sur les prix des PAA.

Dès lors, la demande d'indemnisation de ce chef est rejetée.

En troisième lieu, sur la perte de chance de négocier des meilleurs prix, la Cour retient que les appelantes n'établissent pas ainsi qu'il leur incombe qu'une fois répercuté le coût des intrants utilisés pour produire les PAA, et principalement l'acide phosphorique, Timab aurait eu la possibilité de consentir une remise au cours de la période 1993-2000, en l'absence d'entente. La seule circonstance que Doux ait obtenu une baisse de prix en 1992-1993 est à cet égard insuffisante en l'absence de justification tenant à la structure du prix et à l'évolution du marché permettant de considérer que sans l'entente, le fournisseur aurait eu la possibilité de vendre moins cher. Il n'est ainsi pas démontré la disparition certaine d'une éventualité favorable ou, à tout le moins, d'une faible chance de succès, les intimées se bornant à faire état d'une espérance purement éventuelle.

Ainsi, au cours de cette période, aucun préjudice n'est établi et la demande de condamnation des sociétés Timab et X à hauteur de la somme de 67 413 euros est rejetée.

S'agissant de la période 2000-2003

La société Doux affirme que l'entente a provoqué une hausse artificielle des prix et s'appuie sur la décision de la commission qui a retenu que l'entente sur les phosphates avait notamment eu pour objet de coordonner à la hausse les prix de vente des produits en cause et avait donc eu des effets directs sur le marché des PAA et que les sociétés Timab et X ont pris une part active à cette pratique, « au moins » du 16 septembre 1993 au 10 février 2004.

En outre, la société Doux fait valoir que les pièces obtenues à la suite de l'incident de communication de pièces et de l'ordonnance du 5 juin 2018 du conseiller de la mise en état qui a fait droit à sa demande, confirment l'existence d'une hausse des prix, ajoutant que ces pièces ont été citées par la commission dans sa décision, qui faisait référence à quatre notes de bas de page (une par année) contenant une « description des preuves » et que ces pièces consistent en des discussions relatives aux augmentations de prix menées en 1999, 2000, 2001

et 2003, témoignant d'une hausse des prix chaque année d'environ 10 % et d'échanges d'informations entre les membres de l'Entente sur les prix.

Les appelantes soutiennent ainsi s'être vu imposer par Timab une hausse de plus de 10 % sur une seule année, en 2001. Les intimées ne contestent pas le calcul du niveau de marge brute et le constat selon lequel celui-ci a été plus élevé durant la deuxième période mais contestent les conclusions de l'expert en ce qu'il aurait indiqué que :

- l'Entente aurait nécessairement eu un effet s'agissant des prix de vente des PAA de Timab à Doux,

- s'il n'est pas possible d'établir un tel effet, ce serait parce que l'appréciation sur l'ensemble des 10 années et demie de participation de Timab à l'Entente serait inappropriée,

- s'il est possible d'écarter les résultats démontrant l'absence d'effet de l'Entente, ce serait parce que celle-ci a nécessairement eu un effet durant ne serait-ce qu'une partie de ces 10 années et demie,

- dès lors qu'un niveau de marge brut plus important est constaté à un moment donné de l'Entente, celle-ci serait seule responsable de cette augmentation,

- l'augmentation de 15 % de la demande de PAA en Europe durant la crise de la vache folle n'aurait eu aucun effet sur leur prix de vente,

- le fait qu'un choc similaire à la crise de vache folle ait également conduit à une hausse des prix en 2013-2014 ne permettrait pas de remettre en cause la thèse de l'indifférence de l'évolution de la demande sur le prix des PAA,

- la vraisemblance d'une impossible répercussion d'un surprix suffirait à exclure toute répercussion, sans qu'il soit besoin d'analyser les éléments comptables de Doux.

Les sociétés intimées estiment qu'il revient à la société Doux de prouver l'étendue du préjudice qu'elle aurait subi, ce qu'elle ne fait pas.

Elles font valoir que sur la période 2000 à 2003, l'expert a refusé de tenir compte du choc de demande, sans justification, alors qu'il a lui-même rappelé que de nombreux facteurs exogènes à l'Entente peuvent avoir influencé le prix durant celle-ci et qu'il a, de ce fait, écarté la variable du rapport entre l'offre et la demande permettant de déterminer le prix. Ainsi, selon elles, l'expert a, à tort retenu un effet majorant des effets de l'Entente, alors que le cabinet Analysis Group, a démontré

que l'Entente n'a pas eu d'effet sur les prix de vente de Timab à Doux. De plus, s'appuyant sur la décision de la Commission ayant sanctionné l'Entente, elles rappellent que la Commission a insisté sur la continuité des pratiques pendant toute la durée de l'Entente : de ce fait, entériner les conclusions du rapport d'expertise qui reposent sur une distinction de trois périodes reviendrait à méconnaître les termes de la décision. À ce titre, les sociétés intimées soutiennent que ne peut être consacrée l'existence d'une période particulière durant la crise de la vache folle qui serait caractérisée par des effets soudains et significatifs de l'Entente. Elles estiment que doivent être reprises les conclusions initiales de l'expert, selon lesquelles l'Entente n'a eu aucun effet, s'agissant des prix de vente de Timab à Doux sur la période 1993-2004, avant qu'il ne soit procédé à un découpage artificiel en trois périodes injustifiable et injustifié.

Sur ce, l'expert retient un effet significatif de l'entente sur les prix des PAA entre novembre 2000 et janvier 2003, conduisant à un surcoût de 7,7 % en ne retenant que l'impact de l'entente, sans l'effet de choc de demande lié à la crise de la vache folle.

L'expert prend en compte la crise de la vache folle dont il observe que la période novembre 2000 – janvier 2003 débute de façon concomitante avec celle-ci. Il écarte cependant le « choc de demande en 2001 et 2002 lié à la crise de la vache folle » comme unique cause de la hausse des prix facturés par Timab à Doux sur cette période.

Cette affirmation est justifiée par l'analyse économétrique à laquelle a procédé l'expert dont il résulte que le choc de demande causé par la crise de la vache folle n'explique que très partiellement la hausse de prix mise en évidence. L'expert ajoute qu'au cours de cette période, Timab/X disposait encore de capacités de production disponibles et que son taux d'utilisation des capacités n'était pas plus élevé au cours de cette période que celui observé en 2004 et 2005.

Ainsi, les intimées ne peuvent être suivies lorsqu'elles soutiennent que l'expert a refusé de tenir compte du choc de demande, sans justification.

À cet égard, l'expert, prenant en compte la baisse de la capacité disponible que reflète le choc de la demande causé par la crise de la vache folle, a démontré que le surprix évalué passait 8,8 % à 7,7 %.

De même, il ne peut être dit que la distinction de trois périodes retenues par l'expert reviendrait à

méconnaître les termes de la décision de la commission alors que l'expert a mis en évidence que ces trois périodes reflètent des situations différentes du marché des PAA et que la continuité des pratiques pendant toute la durée de l'entente ne conduit pour autant à rechercher l'existence d'un effet sans pouvoir distinguer selon des périodes distinctes.

Retenant qu'entre novembre 2000 et janvier 2003, Doux a acheté des PAA à Timab/X pour un montant de 1 069 943 euros, l'expert applique le montant du surcoût dû à l'entente de 7,7 % et obtient un surcoût de 81 937 euros.

Puis, recherchant dans quelle mesure Doux aurait répercuté à ses clients tout ou partie du surcoût occasionné par l'entente commise par Timab/X de novembre 2000 à janvier 2003, il conclut par la négative.

Ces éléments n'étant pas utilement contestés, il convient de retenir l'existence d'un surcoût de 7,7 % au cours de cette période, soit la somme de 81 937 euros.

L'expert a actualisé ce montant au mois d'octobre 2019, par application du taux d'intérêt légal, faute d'éléments communiqués par Doux sur ses emprunts et dettes et sur l'usage que celle-ci aurait fait des sommes dont elle a été privée.

Il retient ainsi « un préjudice de trésorerie » d'un montant de 27 239 euros.

Il conclut que le préjudice subi par Doux s'établit à 109 176 euros.

Il convient donc de condamner solidairement les sociétés Timab et X à payer aux liquidateurs ès qualités de la société Doux Aliments la somme de 109 176 euros sollicitée au titre de la période novembre 2000 à janvier 2003.

**Orange Caraïbe c./ Digicel, CA Paris,
Pôle 5, Chambre 4, 17 juin 2020,
n° 17/23041**

III/ Sur le préjudice

Digicel demande la condamnation in solidum de Orange Caraïbe et de Orange à réparer son préjudice de développement, les surcoûts et son préjudice financier.

1°/ Sur le préjudice global de développement invoqué et sa valorisation

Il s'agit du *lucram cessans* ou manque à gagner certain, ouvrant droit à réparation intégrale du gain manqué.

A/ Sur le principe du préjudice global de développement invoqué

Digicel plaide en faveur d'une approche comparative globale pour l'évaluation de son préjudice.

Orange et Orange Caraïbe s'y opposent, invoquant le caractère gravement défaillant de la valorisation globale du préjudice proposé par le cabinet Sorgem retenu par le tribunal et par le cabinet TERA.

Les appelantes en concluent que le jugement entrepris qui a retenu la valorisation globale du préjudice et l'évaluation proposée par le cabinet Sorgem et qui a statué en contradiction avec ses motifs et *ultra petita* au regard de la demande d'indemnisation à hauteur de 173,64 millions avant actualisation du chef de la limitation anormale du développement de BTC, au mépris des articles 1240 du Code civil ainsi que 4 et 5 du Code de procédure civile, doit être infirmé sur ce point et qu'il n'existe pas de préjudice à l'endroit de Digicel.

Mais Digicel soutient à juste raison que l'approche comparative globale proposée pour l'évaluation du préjudice doit être retenue.

Dès lors que toutes les pratiques abusives dénoncées sont retenues, l'évaluation globale du préjudice subi par BTC/Digicel proposée par le cabinet Sorgem du fait des pratiques d'Orange Caraïbe et d'Orange qui ont concouru au même préjudice de développement, est justifiée, étant observé, ainsi que le fait justement valoir Digicel, que les différentes pratiques se sont cumulées dans le temps se renforçant les unes les autres, contribuant toutes à un résultat global et unique : l'obstacle au développement de BTC sur le marché antillo-guyanais de la téléphonie mobile.

Ainsi, la clientèle « forfait » a été verrouillée par l'offre « Changez de mobile » entre avril 2002 et avril 2005, ainsi que par les exclusivités de distribution qui ont limité la visibilité des offres de BTC depuis l'arrivée de celle-ci sur le marché en décembre 2000 jusqu'au 24 janvier 2005 et a été impactée par l'exclusivité de réparation entre 2003 et 2005.

Egalement la clientèle des cartes prépayées a été verrouillée par la différenciation tarifaire on net et

off net en 2003 et 2004, ainsi que par les exclusivités de distribution et de réparation.

Enfin, la clientèle des entreprises et des collectivités a été fidélisée par « L'Avantage Améris » depuis le mois de décembre 2000 jusqu'au mois de mai 2002 et au-delà pour la clientèle qui l'avait souscrite, dissuadée d'opter pour BTC du fait de l'exclusivité avec le réparateur local agréé et de l'exclusivité de distribution.

Les différentes pratiques qui se sont cumulées dans le temps, ont porté atteinte à la croissance de BTC, le point culminant étant atteint en 2003, date à laquelle l'ensemble des pratiques a été mis en oeuvre. Elles ont produit leurs effets au delà de l'année 2005, date à laquelle, il y avait été mis un terme.

Ce cumul, vu la difficulté dans une configuration de cumul et d'interactions de pratiques différentes d'isoler les effets propres à chacune, justifie l'approche globale du préjudice.

C'est donc à juste titre que le tribunal a évalué le préjudice de BTC/Digicel lié à son défaut de croissance de manière globale.

B/ Sur l'évaluation du préjudice de développement

À titre liminaire, il y a lieu de relever que si le jugement entrepris a retenu de manière erronée que l'« Avantage Améris » a aussi porté atteinte au développement de la téléphonie fixe alors que ni Digicel, ni BTC ne sont actives sur le marché de la téléphonie fixe dans la zone en cause, il n'en résulte aucune conséquence puisque seul le préjudice de développement sur le marché de la téléphonie mobile a été indemnisé.

Sur les méthodes comparatives d'évaluation

Pour évaluer le dommage subi par BTC/Digicel du fait des pratiques anticoncurrentielles consistant en un défaut de croissance, Digicel propose deux méthodes comparatives complémentaires fondées sur des données réelles réalisées par des économistes : celle du cabinet Sorgem (ses pièces 45 et 46) qui se fonde sur l'évolution du marché après le prononcé des mesures conservatoires, (comparaison pendant / après) en considérant que la progression constatée à partir de 2006 aurait dû être celle constatée dès 2002 et celle du cabinet TERA qui se fonde sur le développement connu par des seconds entrants sur des marchés de télécommunication

mobiles comparables au marché antillo-guyanais en termes de structure et de concentration (ses pièces 41 à 43).

Elle demande de confirmer le jugement en ce qu'il a retenu la méthode Sorgem dont il ressort que la marge sur coûts variables perdue par BTC avant actualisation s'élève à la somme de 179,94 millions d'euros et fait valoir que la méthode TERA dont il ressort que la perte de marge subie par BTC s'élève à la somme de 173,64 millions d'euros avant actualisation aboutit à un résultat très proche ce qui renforce la valeur probante de ces méthodes. Orange et Orange Caraïbe, se prévalant des notes en réponse de leur expert [N] et des rapports MAPP (pièces 8 à 12 d'Orange Caraïbe), objectent que les évaluations des cabinets Sorgem et TERA contiennent plusieurs erreurs grossières, notamment les scénarii contrefactuels utilisés reposant sur des hypothèses erronées, injustifiées et très critiquables.

Le principe des méthodes comparatives est conforme aux recommandations de la Commission européenne. Selon les indications méthodologiques fournies par cette dernière, ces méthodes apparaissent particulièrement adaptées pour évaluer un préjudice de développement lié à des pratiques d'éviction, puisqu'en vertu du principe de réparation intégrale, il convient de placer la partie lésée dans la situation où elle se serait trouvée si l'infraction ne s'était pas produite, ce qui conduit à construire un scénario « contrefactuel » de ce qu'aurait été l'évolution normale du marché si les pratiques n'avaient pas existé.

Les méthodes comparatives proposées par benchmark géographique (comparaison entre marchés géographiques) comme par comparaison dans le temps ont été appliquées en matière de préjudice de développement lié à des pratiques d'éviction par les tribunaux.

S'agissant de la méthode du cabinet Sorgem, celle-ci consiste à estimer ce qui se serait produit en l'absence d'infraction en s'intéressant à la période qui a suivi non concernée par l'infraction, en la comparant à la situation réelle au cours de la période pendant laquelle l'infraction a produit ses effets.

Contrairement à ce que soutiennent les appelantes, les périodes temporelles retenues pour délimiter la situation réelle (2002-2005) de la situation contrefactuelle (2006-2009) sont justifiées.

En effet, la première période (2002-2005) à compter de 2002 se justifie par la stagnation, anormale de la part de marché à cette date avant de régresser et il est appliqué une correction de part de marché en 2002 l'exclusivité de réparation n'ayant pas commencé.

Et, la seconde période (2006-2009) débute justement en 2006 puisqu'en avril 2005, les mesures conservatoires relatives à l'offre de fidélisation et la différence tarifaire sont mises en œuvre, de sorte que cette année se trouve encore impactée par ces pratiques. Le préjudice évalué perdure après la fin des pratiques qui n'ont pas cessé de façon immédiate avec les mesures conservatoires ainsi qu'il a été dit notamment au regard de l'effet de l'offre de fidélisation dans sa version antérieure à 2005 qui a perduré jusqu'en 2007 et du maintien du monomarchisme.

Orange Caraïbe et Orange reprochent également à la méthode Sorgem de :

- ne pas tenir compte d'évolutions majeures intervenues entre les deux périodes pouvant expliquer le meilleur développement de Digicel telles que « l'effet Digicel » en avril 2006 (achat de BTC), la mise en place de la portabilité des numéros en 2006, l'évolution du taux de pénétration du marché, des technologies, des habitudes de consommation, de l'entrée sur le marché d'autres opérateurs en 2004,
- de retenir des données du marché erronées et non cohérentes avec celles publiées par l'ARCEP,
- de ne pas prendre en compte la taille du marché alors que la croissance du marché est très différente entre 2002 et 2005 et 2006 et que la stagnation de la part de marché au cours de la première période ne résulte pas uniquement des pratiques.

Mais, force est de constater que les appelantes ne démontrent pas que la progression peut s'expliquer notamment :

- par la mise en place de la portabilité des numéros alors que Digicel fait valoir sans être contredite que jusqu'en 2012 l'abonné devait attendre 10 jours pour que son numéro soit porté, – par le taux de pénétration du marché qui a stagné entre 2002 et 2005 alors que cette stagnation ne peut être due aux phases naturelles d'évolution du marché puisqu'elle intervient en plein effet des pratiques anticoncurrentielles et que le marché repart avec les mesures conservatoires, – par la cession de BTC à Digicel, en l'absence de modification de la stratégie commerciale ainsi qu'il a été dit,

– ou par des données de marché utilisées par Sorgem, puisque ce cabinet a calculé la part de marché sur le marché total à partir du parc total publié par l'ARCEP et du parc BTC publié par l'ARCEP (pièce 44 page 23).

S'agissant du reproche tenant à l'absence de retraitement par Sorgem des données de parts de marché après le nettoyage massif par BTC de sa base clients en 2002 et 2003 de nature à créer une fausse impression de stagnation globale, il sera observé que le nettoyage de la base de données qui a consisté à supprimer les clients inactifs, a eu pour effet de donner une vision exacte des parts de marché de BTC sans conduire à une surévaluation du préjudice mais au contraire à une réduction de l'importance du dommage évalué en raison de la différence moindre entre la part de marché réelle et la part de marché contrefactuelle.

Il est aussi reproché l'élaboration par le cabinet Sorgem du scénario contrefactuel selon un modèle erroné ne corrigeant que la part de marché perdue de BTC et non celle des 3e et 4e entrants, alors que Digicel n'a pas été la seule victime des pratiques invoquées, ce qui modifierait sensiblement le montant du préjudice.

Mais, l'absence de correction de la part de marché de Dauphin Télécom et Outremer Télécom est sans impact sur l'évaluation du préjudice subi par BTC/Digicel dès lors que la part de marché contrefactuelle d'Orange Caraïbe a été déterminée en tenant compte de la part de marché réelle et non pas contrefactuelle d'Outremer Télécom et de Dauphin Télécom, de sorte que le surplus de parts de marché d'Orange Caraïbe ne tient pas compte de la part de marché perdue par ces deux opérateurs. (Pièce 44 pages 19/21).

Sur le grief tenant à la fixation arbitraire de la part du marché cible à atteindre par BTC à la part de marché réellement obtenue par BTC en 2009, soit 39,3 % sans retenir de surcroît la part inférieure publiée par l'ARCEP pour la zone Antilles-Guyane, Digicel observe justement que l'approche retenue revient à considérer que sans ces pratiques, la part de marché de BTC/Digicel aurait progressé durant les 4 années de 2002 à 2005 selon la tendance effectivement observée entre 2006 et 2009 puisque dans des conditions normales de marché, la progression d'un nouvel entrant est en principe régulière.

Or, la nouvelle politique tarifaire pratiquée par Digicel à compter de 2008 ne peut expliquer la

progression de Digicel en 2008 et 2009 en ce que notamment la part de marché de 2007 de Digicel est encore impactée par les pratiques et que la refonte tarifaire de 2008 ne concernait que les forfaits alors que les parts de marché gagnées en 2008 par Digicel étaient encore concentrées sur le segment du prépayé.

Il est encore soutenu que le montant du préjudice évalué selon la méthode Sorgem à près de 115 % de la valeur de la clientèle de BTC que Digicel a acquise en 2006 ne peut être retenu.

Mais, il résulte de la note en réponse du cabinet Sorgem (pièce 44 de Digicel) que le prix d'acquisition payé par Digicel en 2006 n'est pas comparable au montant du préjudice subi par BTC en ce que notamment, le prix payé par Digicel est déterminé en fonction de la marge sur coûts totaux alors que le préjudice est calculé en fonction d'une marge sur coûts variables plus élevée. Il sera ajouté que le prix de vente de l'entreprise n'est pas en l'espèce un indicateur probant du gain espéré.

S'agissant de la méthode TERA

Cette méthode comparative ou benchmark consiste à comparer d'autres marchés géographiques similaires au marché de la téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane pour évaluer la part de marché qui aurait été celle de BTC/Digicel entre 2001 et 2008 en l'absence des pratiques. L'écart entre la part de marché réelle et la part de marché de référence permet de chiffrer le nombre de clients manqués du fait des pratiques et d'évaluer ainsi la perte de marge subie.

Orange Caraïbe et Orange soutiennent que les rapports du cabinet Tera sont entachés d'erreurs manifestes liées aux comparaisons internationales en ce que le scénario contrefactuel sur lequel repose l'évaluation proposée dans le rapport TERA porte sur un échantillon de 4 pays ce qui est trop limité pour être représentatif et dont rien ne permet d'affirmer que le marché antillo-guyannais présente des similitudes avec ces 4 marchés y compris le marché maltais qui présente des différences importantes au regard des taux de pénétration de la téléphonie mobile (93 % à Malte contre 108 % dans la zone Antilles-Guyane), du niveau de vie et du taux de chômage, des habitudes de consommation et de l'ARPU moyen, étant observé que le second entrant sur le marché de la téléphonie mobile dans ce pays est l'opérateur historique de la téléphonie fixe bénéficiant d'une

image de marque lui permettant de gagner rapidement des parts de marché.

Mais le rapport TERA a regroupé des marchés comparables sur les caractéristiques essentielles telles que retenues par la commission : degré de concurrence et de concentration sur les marchés considérés, caractéristiques des coûts et de la demande, barrières à l'entrée. Ainsi ont été retenus les pays suivants : la Bulgarie, l'Irlande, le Luxembourg et Malte. La circonstance que notamment le PIB par habitant ne soit pas comparable ne peut être retenue dans la mesure où son impact en terme de pénétration du second entrant n'est pas démontré et où en tout état de cause, il n'est pas nécessaire que toutes les caractéristiques du marché de comparaison soient les mêmes à celle du marché affecté par l'infraction dès lors que les caractéristiques concurrentielles essentielles pour la comparaison existent.

Le critère essentiel ici retenu a été l'écart entre les dates d'arrivée des opérateurs.

Or, les différents opérateurs étudiés arrivent tous à des parts de marché de 40 % autour de la 4^e et 5^e année.

Au demeurant sur le marché maltais qui présente le plus de similitudes avec le marché en cause au regard des autres critères avancés par Orange Caraïbe (richesse, population, insularité, taux de pénétration et importance du prépayé), le second entrant atteint au bout de 4 ans une part de marché de 46 %.

S'agissant des critiques communes aux rapports Sorgem et TERA

Il est soutenu que la marge brute par client utilisée dans les rapports des cabinets Sorgem et TERA aux fins de valorisation des prétendus clients manqués n'est pas démontrée ni vérifiée et conduit nécessairement à une surévaluation. Il est indiqué à cet égard que l'hypothèse selon laquelle la marge brute qu'aurait réalisée BTC sur les clients prétendument perdus aurait été identique à celle réalisée historiquement sur ses clients réels est critiquable en ce que la part des clients « forfait » plus rémunérateurs est en forte diminution à compter du rachat de BTC, que la marge brute calculée tient compte des revenus et coûts d'interconnexion alors que BTC/Digicel a bénéficié de 2004 à 2011 d'une terminaison d'appel supérieure à celle d'Orange Caraïbe, et que le fait de retenir la marge brute par client qui ne tient pas compte des coûts indirects nécessaires à

l'exploitation conduit à une situation d'enrichissement sans cause (Avis de M. [N] Pièce 8 d'Orange Caraïbe page 30 et 40).

Mais les rapports Sorgem et TERA ont retenu la marge sur coûts variables, de sorte que les coûts évités si BTC avait connu un meilleur développement ont été pris en compte. Ainsi, Sorgem retient un taux de marge sur coûts variables de BTC/Digicel de 38 % en moyenne de 2002 à 2009 et il n'est pas démontré que des coûts de réseaux plus importants auraient été encourus en cas de croissance supérieure.

En outre, le rapport Sorgem (pièce 44, pages 24 et 25) répondant aux critiques du Cabinet MAPP sur le taux de marge appliqué, observe que ce taux de marge sur coûts variables de 38 % est inférieur au taux de marge sur coûts complets d'Orange Caraïbe (calculé après coûts variables et coûts fixes) qui oscille entre 37 et 51 % sur la période de 1999 à 2006 alors que ce taux est mécaniquement plus faible que le taux de marge sur les seuls coûts variables, ce qui démontre le caractère raisonnable de l'évaluation Sorgem.

Orange et Orange Caraïbe soutiennent aussi que les rapports des cabinets Sorgem et Tera ne démontrent pas que l'écart retenu entre les parts de marché de BTC dans la situation réputée « réelle » et celles dans la situation réputée « normale » est exclusivement dû aux pratiques reprochées alors que ne sont pas pris en compte les facteurs extérieurs aux pratiques d'Orange et d'Orange Caraïbe, tels que le déficit de performance de BTC, l'absence d'efficacité de sa stratégie commerciale susceptibles d'avoir affecté le développement de BTC/Digicel, ce qui conduit à des résultats absurdes et à un écart injustifié du préjudice allégué.

Mais il a déjà été répondu sur ces points en retenant que ni la stratégie commerciale de BTC au regard de l'amélioration des performances de BTC/Digicel à partir de la mise en place des mesures conservatoires, ni la politique d'investissement de BTC, notamment de l'insuffisance de sa couverture surfacique et du montant de ses investissements, n'expliquent l'insuffisance de la part de marché de cette dernière.

Enfin, Orange Caraïbe et Orange soutiennent que le préjudice subi par Digicel constitue une perte de chance et non un gain manqué puisque l'existence même du préjudice subi est incertaine et non seulement la valorisation du préjudice. Ainsi, elles font

grief aux rapports Sorgem et TERA de ne pas avoir introduit un coefficient d'aléa, alors que Sorgem se fonde sur l'utilisation d'un unique scénario considéré comme le plus probable mais non certain et soumis à l'aléa caractéristique de la vie des affaires.

Mais Digicel rétorque justement que son préjudice global de développement constitue bien un gain manqué, certain, attribuable à une limitation des ventes, sans qu'il n'existe aucun aléa de décision (victime ou partie tierce) venant rompre la chaîne causale entre la faute et le préjudice, de sorte qu'elle a droit à la réparation de son entier dommage.

En effet, la perte de chance qui se définit comme « la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable » et concerne la caractérisation du préjudice ne peut être retenue en l'espèce, le préjudice global de développement subi par Digicel du fait des pratiques anticoncurrentielles de Orange Caraïbe et Orange étant certain.

Ce préjudice consiste dans le manque à gagner défini par la commission européenne comme « l'exclusion d'un accroissement du patrimoine qui aurait eu lieu si l'infraction n'avait pas été commise » et qui en l'espèce résulte de la perte certaine de se développer sur le marché de la téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane.

L'application d'un coefficient d'aléa de valorisation comme le retient le rapport [N] du 28 juillet 2015 (pièce 9 d'OC) dans l'indemnisation, est exclue, étant observé que la démarche retenue par le cabinet Sorgem pour évaluer le préjudice de Digicel se fonde sur l'utilisation d'un unique scénario considéré comme le plus probable et que ce passage par un scénario qui par définition ne s'est pas déroulé et ne peut être vérifié, ne doit pas être un frein à l'indemnisation intégrale des victimes pour infraction aux articles 101 et 102 du TFUE, commandée par l'effet utile du TFUE.

La méthode benchmarck utilisée par le rapport TERA compare l'évolution des parts de marché de BTC/Digicel avec l'évolution de celle d'opérateurs de téléphonie mobile, seconds entrants sur les marchés géographiques ayant une structure de concurrence comparable à celle de la zone antillo-guyanaise ; elle ne retient que les marchés sur lesquels le second entrant est intervenant plusieurs années après l'arrivée du premier entrant.

La moyenne des parts de marché annuelles obtenues par les seconds entrants a permis de construire

un scénario contrefactuel de l'évolution qu'aurait dû connaître BTC en l'absence de pratiques anticoncurrentielles.

La marge sur coûts variables moyenne par client calculée par le cabinet Sorgem a été appliquée au nombre de clients perdus pour aboutir à une perte de marge subie par BTC de 173,64 millions d'euros avant actualisation. (Estimation fondée sur les parts de marché en volume et non en valeur).

Ainsi, il apparaît que les deux méthodes comparatives proposées par Digicel qui sont complémentaires aboutissent à une évaluation très proche du préjudice subi hors actualisation : 179,94 millions (marge sur coûts variables perdue par BTC) pour le cabinet Sorgem et 173,64 millions pour le cabinet TERA, ce qui démontre leur pertinence.

Il convient de retenir, conformément à la demande, un préjudice de développement constitué d'un gain manqué issu de l'ensemble des pratiques, de 173,64 millions d'euros avant actualisation subi par BTC/Digicel.

2°/ Sur le préjudice en termes de surcoûts

Il s'agit du *damnum emergens* ou perte éprouvée et en l'espèce des surcoûts payés par la victime du fait des pratiques en cause.

S'agissant des surcoûts liés aux exclusivités de distribution

Digicel sollicite la somme de 7,12 millions d'euros à ce titre avant actualisation.

Elle fait état des impayés que les distributeurs inexperimentés lui ont fait supporter de 2003 à 2007, s'appuyant sur le rapport TERA (ses pièces 41 et 43).

Les clauses d'exclusivité de distribution ont eu pour effet de fermer l'accès aux réseaux de distributeurs existants, contraignants BTC à se tourner vers des distributeurs restés disponibles. Il résulte du rapport TERA que sur les 68 partenariats noués par BTC en décembre 2000, il n'en restait plus que 21 en septembre 2004.

Ces clauses ont occasionné à BTC des surcoûts de gestion de son réseau commercial, notamment au regard du niveau élevé de provisions pour impayés de ses distributeurs qu'elle a dû supporter.

Orange Caraïbe s'étonne de la prise en compte de l'année 2005, faisant valoir que ces clauses ont été

supprimées dès le 24 janvier 2005 ainsi que de la prise en compte de l'année 2006 comme année de référence pour déterminer le niveau « normal » de provisionnement pour risque d'impayés des distributeurs, soutenant que l'amélioration de la situation de BTC serait liée à son rachat par Digicel.

Mais, en premier lieu, les effets des exclusivités ont perduré après la levée des mesures ainsi qu'il a été dit, ce que la Cour d'appel a retenu dans son arrêt du 4 juillet 2013 et, en second lieu, le rachat de BTC intervenu au milieu de l'année 2006 ne peut avoir produit des effets immédiats et d'une telle ampleur, ce qui démontre encore l'incidence de la suppression des pratiques anticoncurrentielles sur le marché permettant la reprise d'une croissance normale, étant observé que le rapport tient compte de l'incidence possible d'autres facteurs sur l'année 2006 et retient « par prudence » le niveau le plus élevé entre 2006 et 2007.

La somme de 7,12 millions d'euros sollicitée à ce titre avant actualisation à la charge d'Orange Caraïbe est justifiée.

S'agissant des surcoûts liés à l'exclusivité avec le réparateur

Digicel sollicite du fait de la nécessité de renvoyer ses terminaux en métropole (avril 2003 à avril 2005) et d'investir dans une flotte de terminaux de remplacement (avril 2003-avril 2004) du fait de cette pratique, la somme respective avant actualisation de 220 000 euros et de 840 000 euros, conformément au rapport TERA.

L'exclusivité avec le seul réparateur local agréé a eu pour effet un surcoût pour la réparation des terminaux de Digicel envoyés en métropole et la mise à disposition de terminaux de remplacement.

Ainsi que le fait valoir Orange Caraïbe, le calcul du cabinet Tera du nombre de terminaux envoyés en réparation qui porte sur la période de janvier 2004 au 31 décembre 2005 comporte un décalage de 9 mois par rapport à la période réelle d'avril 2003 à avril 2005, faute de données antérieures disponibles pour la période d'avril à décembre 2003. La charge de la preuve pesant sur le demandeur, cette période doit être exclue faute de justificatifs du nombre de terminaux réparés durant ces 9 mois, de sorte que la somme de 220 000 euros sollicitée doit être ramenée prorata temporis à la somme de 137 500 euros.

En outre, la critique sur le surcoût marginal est partiellement fondée dans la mesure où la flotte de

terminaux de remplacement n'a pas généré de revenus, sauf s'agissant de la revente des terminaux non prise en compte par le rapport TERA.

La charge de la preuve incombant au demandeur, le surcoût sera justement évalué à la somme de 600 000 euros au lieu de celle de 840 000 euros sollicitée à ce titre.

Ainsi la somme totale de 737 500 euros avant actualisation doit être retenue au titre des surcoûts liés à l'exclusivité avec le réparateur et mise à la charge d'Orange Caraïbe.

3°/ Sur l'indemnisation du préjudice financier ou préjudice de trésorerie

Digicel demande réparation de son préjudice financier sous forme d'une actualisation au taux WACC sur la durée de la privation des sommes, soit à hauteur de la somme de 520,53 millions au 31 décembre 2018.

Digicel soutient avoir dû renoncer à des projets d'investissements au cours des 18 années pendant lesquelles elle a été privée des sommes en cause (projets de modernisation du réseau, mobile (3G, 4G, fibre optique, ...), projets de diversification en termes d'activités (ADSL, fibre optique, ...), projet d'acquisition en 2011 de Mediaserv, en 2014 de l'activité d'Outremer Télécom dans les îles de la Réunion et Mayotte, projets de diversification géographique.

Elle indique que le cabinet Sorgem a évalué la rentabilité de certains de ses projets (pièce 59 page 11).

Elle fait aussi valoir qu'elle aurait pu prêter à sa société mère des sommes au taux de 9 % l'an et ainsi bénéficier d'un taux de retour sur investissement de ce montant à compter de 2006, se désendetter et réaliser des économies de charges financières de 2002 à 2005 au lieu de supporter un taux d'intérêt moyen de 5,3 %, ce qui conduit à un préjudice financier de 360,28 millions d'euros au 31 décembre 2018, après application des taux d'intérêts capitalisés.

À titre très subsidiaire, elle demande la somme de 50,10 millions d'euros au 31 décembre 2018 au titre d'un préjudice financier évalué sur la base de l'application du taux légal majoré de 5 points, capitalisés.

Orange et Orange Caraïbe sollicitent l'infirmité du jugement en ce qu'il a indemnisé la perte de

chance subie du fait de l'indisponibilité du capital sur la base d'une actualisation au coût de ce capital, faisant valoir que :

- les intérêts compensatoires qui indemnisent le préjudice de trésorerie (ou préjudice financier) sont soumis aux conditions de droit commun de la responsabilité civile qui doivent être démontrées alors qu'en l'espèce, Digicel ne justifie pas d'un projet concret de développement auquel Digicel/BTC aurait dû renoncer du fait des pratiques et de l'absence de moyens alternatifs de financement,

- le taux d'intérêt approprié applicable aux intérêts compensatoires est le taux d'intérêt légal correspondant à un placement sans risque, alors que le tribunal a retenu le taux du coût moyen pondéré du capital des activités mobiles régulées fixé par l'AR-CEP, en l'espèce 10,4 %, qui correspond à un placement risqué et incertain, ce taux de rendement du capital n'étant proposé par aucun produit financier,

- le rapport Sorgem ne permet ni d'accréditer la demande de capitalisation de la réparation au taux WACC, ni la demande nouvelle de capitalisation au taux que BTC aurait pu économiser ou au taux de prêt intra-groupe de Digicel.

Elles disent que le tribunal qui a attribué à Digicel l'actualisation au taux WACC, au lieu du taux d'intérêt légal, sans démonstration préalable de l'impossibilité de réaliser le projet du fait du préjudice, a méconnu l'article 1240 du Code civil et accordé à l'intéressée un enrichissement sans cause.

Elles font valoir que devant le tribunal, le dossier de Digicel était vide, ne comportant aucun élément matériel, technique et économique quant à la faisabilité et la rentabilité d'un projet d'investissement manqué, que l'intéressée se contente en effet d'évoquer l'existence de « multiples projets d'investissements » et ne démontre pas a fortiori l'impossibilité d'emprunter ou de se financer à des taux raisonnables qui résulterait directement des pratiques en cause.

Elles soutiennent que devant la cour, Sorgem n'a pas démontré y compris dans son tout dernier rapport (pièce 26) que BTC/Digicel aurait renoncé à un quelconque projet d'investissement en raison des pratiques reprochées.

À cet égard, elles font valoir que le rapport ne vise pas à démontrer que Digicel aurait renoncé à l'époque des pratiques reprochées à des investissements qui lui auraient rapporté une rentabilité

égale au taux WACC mais tend à l'indemnisation avec une actualisation au taux WACC de projets de déploiement du FttH et de la 4G dans lesquels elle aurait renoncé à investir par manque de moyens en 2015/2016, soit plus de 10 ans après la fin des pratiques en cause à une période où ces technologies n'existaient pas.

Elles disent encore que les éléments de preuve ne sont pas produits par Digicel, en l'absence d'aboutissement des projets évoqués susceptibles d'être soumis à des apporteurs de capitaux.

Elles soutiennent que le rapport Sorgem est entaché d'erreurs grossières, l'analyse du cabinet Accuracy (pièce 54 d'Orange Caraïbe) démontrant que Digicel n'a jamais sérieusement envisagé les projets FttH et n'a pas abandonné le projet LTE & Network Upgrade puisqu'elle a effectivement déployé le LTE (4G) en Guadeloupe, Martinique et Guyane.

Elles ajoutent que Digicel n'a pas démontré qu'elle ne disposait pas des fonds nécessaires pour procéder aux investissements mentionnés dans le rapport Sorgem tandis que le cabinet Accuracy montre que Digicel avait la trésorerie pour mener une partie de ses projets et pouvait lever de nouveaux financements pour les autres.

Elles estiment que l'évaluation du cabinet Sorgem est entachée d'erreurs grossières dans la valorisation des projets examinés. À cet égard, elles font valoir qu'il n'a pas été tenu compte de la durée de vie des technologies (30 ans pour le FttH, 10 ans pour le LTE) ce qui divise par près de 3 les résultats de la VAN calculée.

Enfin, elles soutiennent que les résultats du cabinet Sorgem sont incohérents.

Ainsi le projet LTE bien que ne représentant que des investissements de 29 millions d'euros aurait généré à lui seul une VAN de 531,9 millions d'euros, soit un taux de retour sur investissement annuel de 63 %. Et Digicel aurait renoncé à investir dans un tel projet alors que dans le même temps, elle versait des dividendes à ses actionnaires et consentait des prêts au groupe Digicel.

Elles considèrent que l'approche proposée subsidiairement par Sorgem : capitalisation de la créance de réparation à partir du taux de placement intra-groupe et du coût de la dette, ne repose pas sur la moindre justification.

Selon elles, avant l'acquisition de BTC, rien ne permet d'affirmer que les sommes auraient été utilisées pour se désendetter et les chiffres effectués par le cabinet Sorgem aboutissent à une capitalisation supérieure aux charges d'intérêts réellement supportées par BTC sur la période.

De même, après l'acquisition, Sorgem ne démontre pas que Digicel aurait affecté les sommes à des prêts intragroupes et ne les aurait pas notamment distribuées à ses actionnaires sous forme de dividendes, ajoutant que le taux de 9 % est irréaliste, les comptes de Digicel faisant état sur la période de prêts non rémunérés ou rémunérés à hauteur de 3 %.

Dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 TFUE, ainsi que l'a souligné la Cour de Justice, la réparation intégrale du préjudice subi doit inclure la compensation des effets négatifs résultant de l'écoulement du temps depuis la survenance du préjudice causé par l'infraction, à savoir l'érosion monétaire et la perte de chance subie par la partie lésée du fait de l'indisponibilité du capital.

Le préjudice de trésorerie résulte de la perte de chance subie par la partie lésée du fait de l'indisponibilité du capital alloué en réparation du préjudice initial de la naissance du dommage jusqu'au jour du jugement de réparation. Il est réparé par le paiement d'intérêts compensatoires.

Sa réparation constitue une composante essentielle de la réparation des préjudices liés aux pratiques anticoncurrentielles (CJCE Manfredi, 13 juillet 2006).

Il appartient à la victime de rapporter la preuve d'une perte de chance découlant directement de l'indisponibilité du capital.

Si l'entreprise victime démontre que la non disponibilité des sommes dont elle a été privée l'a conduite soit à restreindre son activité sans pouvoir trouver des financements alternatifs par emprunts ou fonds propres, soit à renoncer à des projets d'investissements dûment identifiés qui étaient susceptibles de rapporter l'équivalent du coût moyen du capital, la perte de chance est évaluée en appliquant le coût moyen pondéré du capital (CMPC) encore appelé WACC (Weight Average Cost Of Capital), qui n'est pas un taux de rentabilité effectif, mais un taux requis par les apporteurs de capitaux.

Elle pourrait aussi être évaluée au regard de l'usage que la victime aurait fait de la trésorerie correspondante.

En effet, sauf à présumer la certitude que l'entreprise victime a été privée de l'opportunité d'investir les sommes qui lui étaient dues à un taux de rendement défini par l'ARCEP, l'application du taux WACC à un projet manqué nécessite que soit démontré au préalable l'impossibilité de réaliser le projet du fait de l'indisponibilité du capital. Le taux WACC comprend en effet une composante rémunérant le risque de sorte qu'il ne s'applique pas à des flux passés connus et déterminés dès lors qu'aucun investissement alternatif n'est prouvé avoir été perdu.

Il faut une perte de chance (projet identifié et preuve du lien direct entre la non-réalisation et le préjudice subi du fait de l'absence de moyens alternatifs de financement).

Si Digicel établit l'existence de son préjudice de trésorerie constituée par l'écoulement du temps entre la naissance de son préjudice économique subi du fait des pratiques mises en œuvre par Orange et Orange Caraïbe et la réparation de son préjudice, il lui appartient de justifier du quantum qu'elle sollicite.

Devant la Cour, Digicel fait état en particulier de projets de déploiement du FttH et de la 4G dans lesquels elle aurait renoncé à investir par manque de moyens.

Il importe peu que les projets identifiés qui datent de 2014-2015 soient postérieurs aux pratiques et concernent des technologies nouvelles alors que la date de privation des sommes s'étend de 2002 à 2018. Elle justifie ainsi qu'elle avait étudié de façon approfondie ces deux projets en 2014/2015 (plans d'affaires détaillés et documents de présentation étoffés) qui reposaient sur des hypothèses détaillées ainsi qu'il résulte de la consultation du cabinet Sorgem (pièce 59), de la nouvelle consultation de ce dernier (pièce 80), ainsi que des pièces 61 et 82. Elle justifie aussi de l'endettement du groupe à cette époque dont le ratio (dette financière/EBITD) est passé de 4,9 en mars 2014 à 5,4 en mars 2015, à 5,5 en mars 2016 et à 6 en mars 2017. Selon le cabinet Sorgem, à la fin 2018, le montant du préjudice des projets d'investissements manqués ressortirait à 781 M€, soit un niveau supérieur à la valeur qui ressortirait d'une capitalisation au WACC ARCEP de chaque année au 31 décembre 2018.

Mais, outre que le projet LTE & Network Upgrade n'a pas été abandonné puisque le LTE (4G) a été déployé en Guadeloupe, Martinique et Guyane (consultation du cabinet Accuracy- pièce 54 OC), Digicel ne démontre pas qu'elle a été dans l'obligation de renoncer à ces projets du fait de l'indisponibilité des sommes correspondants au montant du préjudice subi.

En effet, même à admettre que ces projets lui aurait rapporté au moins le WACC, elle ne rapporte pas la preuve du refus de sa maison mère de les financer ainsi que de l'impossibilité de trouver d'autres sources de financement, la seule circonstance invoquée prise de l'augmentation de l'endettement du groupe sur la période 2014/2017 étant insuffisante à cet égard. Ce d'autant qu'il résulte de la consultation du cabinet Accuracy (pièce OC 54 points 33-35) que Digicel avait non seulement la possibilité de lever de nouveaux financements mais encore la trésorerie suffisante pour mener une partie de ses projets. Ainsi entre 2014 et 2017, Digicel a prêté 65 millions au groupe et a distribué 42 millions à son actionnaire, lequel a réalisé 19 acquisitions entre 2014 et 2018.

De surcroît, ainsi que le fait valoir Orange Caraïbe, il n'est pas établi que Digicel aurait conservé la trésorerie accumulée entre 2001 et 2008 pour financer des projets d'investissement à lancer en 2016 et qu'elle n'aurait pas distribué ces sommes en amont de la transaction de 2006 et en aval via des dividendes comme le montre le cabinet Accuracy.

Dès lors, Digicel qui ne justifie pas que la non disponibilité des sommes dont elle a été privée l'a conduite soit à restreindre son activité sans pouvoir trouver des financements alternatifs par emprunts ou fonds propres, soit à renoncer à des projets d'investissements dûment identifiés qui étaient susceptibles de rapporter l'équivalent du coût moyen du capital, n'est pas fondée à obtenir l'indemnisation des sommes au taux WACC ARCEP et doit être déboutée de sa demande en réparation de son préjudice financier au taux WACC.

Sur la demande subsidiaire de Digicel tenant à ce qu'il soit retenu l'usage que la victime aurait fait de la trésorerie dont elle a été privée, le cabinet Sorgem propose cette autre approche dans sa consultation et dit qu'entre 2002 et 2005, la disponibilité des sommes liées au montant du préjudice à cette date aurait pu permettre à BTC de se désendetter et ainsi de réaliser des économies de charges financières, le taux d'intérêt moyen payé par BTC sur

cette période ressortant à 5,3 %, tandis qu'à partir de 2006, la disponibilité des sommes aurait pu permettre à Digicel de faire des prêts à sa maison mère ou à d'autres sociétés du groupe à un taux de 9 % (taux d'intérêt moyen payé par le groupe entre 2006 et 2017).

S'agissant de la période avant 2006, soit avant l'acquisition de BTC par Digicel, au regard de la trajectoire de forte réduction de son endettement dans laquelle s'est inscrite BTC à partir de 2003 jusqu'à sa cession, il peut être retenu qu'elle aurait affecté les sommes dont elle aurait été privée à son désendettement, ce d'autant qu'elle n'a commencé à distribuer des dividendes qu'à partir de 2011.

En outre le taux d'intérêt moyen de 5,3 % invoqué comme taux de capitalisation peut être retenu ainsi qu'il résulte de l'avis du Cabinet Sorgem (pièce 80 de Digicel) en réponse aux critiques du cabinet Accuracy, en ce qu'il prend en compte les produits de placement une fois la société désendettée et que l'économie de frais financiers est inférieure aux frais effectivement payés (charges financières réelles).

Il n'y a pas lieu d'intégrer un coefficient d'aléa, dans la mesure où le taux d'intérêt moyen de 5,3 % est le montant certain de l'économie qui aurait été réalisé s'il n'y avait pas eu les pratiques.

En revanche, s'agissant de la période postérieure à l'acquisition, force est de constater que Digicel ne produit aucun document de nature à justifier qu'elle aurait affecté les sommes dont elle a été privée à des prêts intra-groupe alors que les profits générés par Digicel ont été distribués sur cette dernière période.

Dès lors, en l'absence de preuve d'un préjudice spécifique, la perte de chance peut être évaluée en appliquant à la somme dont l'entreprise a été privée le taux d'intérêt légal correspondant à un placement sans risque, à compter du mois de janvier 2006.

S'agissant du taux d'intérêt, les appelantes estiment que seul un taux d'intérêt simple peut être appliqué au cas d'espèce et non le taux d'intérêt composé sollicité par Digicel, en l'absence d'élément factuel démontrant l'existence d'un « préjudice financier complémentaire ».

Mais les intérêts moratoires qui réparent forfaitairement le préjudice résultant du seul fait du retard de paiement d'une somme d'argent sont distincts des intérêts compensatoires qui visent à réparer inté-

grealement le préjudice financier subi par la victime d'un dommage économique du fait d'une privation de trésorerie.

La réparation intégrale du préjudice financier suppose donc l'application d'un taux d'intérêt composé qui ne constitue pas un poste de préjudice distinct mais la méthode d'évaluation du préjudice financier.

S'agissant du point de départ des intérêts compensatoires, les appelantes soutiennent que celui-ci doit être fixé à la date de l'assignation comme l'a dit le tribunal et non au 1^{er} janvier 2002, date de début des pratiques, ce qui serait arbitraire, outre que la différenciation tarifaire et l'exclusivité avec le réparateur local agréé n'avaient pas cours à ce moment là. Elles ajoutent qu'une telle approche encouragerait les comportements dilatoires, faisant valoir que Digicel a attendu le mois de mars 2009 pour assigner et a demandé un sursis à statuer dans l'attente de la Décision.

La Cour de Justice a précisé que la réparation intégrale doit inclure la compensation des effets négatifs de l'écoulement du temps depuis la survenance du préjudice causé par l'infraction, à savoir, l'érosion monétaire, mais également la perte de chance subie par la partie lésée du fait de l'indisponibilité du capital.

En vertu du principe de réparation intégrale, le point de départ des intérêts doit être fixée au 1^{er} avril 2003, date à laquelle toutes les pratiques qui ont donné lieu à une évaluation globale, ont été mises en œuvre.

S'agissant du préjudice financier résultant des surcoûts des exclusivités de distribution, le point de départ des intérêts est fixé au 1^{er} janvier 2007, date à laquelle tous ces surcoûts sont intervenus.

S'agissant du préjudice financier résultant des surcoûts de l'exclusivité de réparation, le point de départ des intérêts est fixé au 1^{er} avril 2005, date à laquelle tous ces surcoûts sont intervenus.

Sté Marrel, CA Paris, Pôle 5, Chambre 4, 17 mars 2021, n° 19/16641

** Sur l'évaluation du préjudice*

Seul est indemnisable le préjudice résultant de la brutalité de la rupture et non de la rupture elle-même.

Il est constant que le préjudice résultant du caractère brutal de la rupture est constitué par la perte de la marge dont la victime pouvait escompter bénéficié pendant la durée du préavis qui aurait dû lui être accordé. La référence à retenir est la marge sur coûts variables, définie comme la différence entre le chiffre d'affaires dont la victime a été privée sous déduction des charges qui n'ont pas été supportées du fait de la baisse d'activité résultant de la rupture.

La société Marrel conteste le préjudice tel qu'évalué par les sociétés X suivant l'attestation de l'expert-comptable (pièce n° 71) et fait valoir que :

- le calcul de la marge brute ne tient pas compte des coûts accessoires et devrait s'établir autour de 25 % et la marge sur coût variable devrait s'établir autour de 12,8 %, en cohérence avec l'étude de la Banque de France pour la fédération nationale des carrossiers constructeurs et l'attestation d'un cabinet d'expertise (pièces n° 73 et 74, 69-1) ;

- le chiffre d'affaires réalisé avec la société Marrel a été artificiellement gonflé par les sociétés intimées, en y intégrant le chiffre d'affaires perdu sur la vente de bennes et caisses entrepreneur avec pièces Marrel. Ces bennes et caisse entrepreneur de la marque X sont la production propre de la société X qui en assure elle-même la conception et la fabrication et dont la commercialisation s'est poursuivie après la rupture de la relation avec la société Marrel. Il est précisé que la pièce Marrel pour ces produits se réduit à un composant accessoire « compas », facile à trouver sur le marché et ne représentant qu'une fraction marginale du prix d'une benne (coût moyen de 2 000 euros d'un compas, coût moyen de 30 000 euros d'une benne basculante ou d'une caisse entrepreneur). Il en est déduit que le chiffre d'affaires afférent aux bennes et caisses entrepreneurs n'est pas affecté par la perte du contrat Marrel ;

- le chiffre d'affaires afférent aux grues Liv n'est pas non plus affecté par la perte du contrat Marrel, dès lors que la société Marrel à la suite de la rupture du contrat de concession a levé son exclusivité et que les sociétés X peuvent directement s'approvisionner auprès de la société Liv ;

- le chiffre d'affaires afférent aux ventes couplées bras/grues n'est pas non plus affecté par la perte du contrat Marrel dès lors que le groupe X vend des grues HMF couplées avec des bras AJK,

- les chiffre d'affaires afférents du service après-vente et pièces de rechanges n'ont pas lieu non plus d'être décompté, les sociétés X ayant poursuivi leur activité avec leur stock.

Sur le calcul de la marge brute et sur coûts variables, il ressort des explications et pièces versées aux débats par les sociétés intimées (pièces n° 70 et 71) qu'il a bien été tenu compte dans le calcul de la marge brute sur le chiffre d'affaires Marrel des frais accessoires et sur laquelle a ensuite été calculé la marge sur coûts variables par déduction de la masse salariale et des charges externes variables.

Ces calculs ne sont pas utilement remis en cause par les observations de la société Marrel en pièces 69-1, 69-2, 56 et 73/74. Il y a lieu de relever que concernant la marge brute, les sociétés intimées justifient d'une marge comparable à ses concurrents (pièces 63 à 69).

Il sera dès lors retenu un taux de marge moyen sur coûts variables, à partir de l'attestation de l'expert comptable n° 71, suivant :

- pour la société X : 23,32 %,
- pour la société X Y : 22,65 %,
- pour la société Normandie Bennes X : 21,85 %.

Sur l'évaluation du chiffre d'affaires perdu à la suite de la rupture du contrat Marrel :

– si les sociétés X critiquent longuement la pertinence du rapport du cabinet Arfeuilles et Associés, elles ne s'expliquent cependant pas sur les observations faites par la société Marrel sur l'incorporation pour le calcul du préjudice des chiffres d'affaires ci-dessus évoqués, qui n'avaient pas été pris en compte dans les premières attestations de l'expert comptable des 18 janvier et 26 mars 2018 (pièces n° 15 et 51) ;

– s'il ne peut être contesté que le chiffre d'affaires sur les produits stratégiques grues/bras doit être pris en compte, de même que pour le service après vente des produits Marrel, en revanche la prise en compte des chiffres d'affaires afférents aux grues Liv et « bennes + caisse entrepreneur », n'est pas justifiée par les sociétés X au regard des explications de la société Marrel. Ces chiffres d'affaires seront dès lors exclus du calcul du préjudice.

Le chiffre d'affaires annuel moyen (sur les années 2015 à 2017) lié à Marrel, sera retenu comme suit :

- pour la société X : 3 288 269 €,
- pour la société X Y : 1 048 375 €,
- pour la société Normandie Bennes X : 574 645 €.

La marge sur coûts variables moyenne est donc de :

- pour la société X : 766 824 € ($3\,288\,269 \times 0,2332$), soit mensuelle de 63 902 €,

- pour la société X Y : 237 456 € ($1\,048\,375 \times 0,2265$), soit mensuelle de 19 788 €,
- pour la société Normandie Bennes X : 125 560 € ($574\,645 \times 0,2185$), soit mensuelle de 10 463 €.

Soit un préjudice sur insuffisance de préavis de :

- pour la société X : 958 530 € ($63\,902 \times 15$),
- pour la société X Y : 296 820 € ($19\,788 \times 15$),
- pour la société Normandie Bennes X : 156 945 € ($10\,463 \times 15$).

Dès lors, la société Marrel sera condamnée à payer à titre de dommages-intérêts pour rupture brutale des relations commerciales les sommes de :

- pour la société X : 958 530 €,
- pour la société X Y : 296 820 €,
- pour la société Normandie Bennes X : 156 945 €.

Le jugement sera infirmé sur le montant des condamnations.

Sur les demandes de dommages-intérêts des sociétés X pour la perte de la notoriété de la marque Marrel et du caractère vexatoire de la rupture des relations commerciales.

Les sociétés X font valoir à l'appui de leur demande de 500 000 euros chacune de dommages-intérêts, la perte de la forte attraction de leurs clients pour la marque Marrel pour la qualité de ses produits et leur procurant ainsi un avantage de vente pour leurs autres produits. Elles soutiennent également avoir été privées de leur faculté de réduire les volumes de leur stock de pièces de rechange.

D'une part la perte de notoriété a été prise en compte dans le calcul du délai de préavis. D'autre part seul est indemnisable le préjudice résultant de la brutalité de la rupture et non de la rupture elle-même, en application de l'article L. 442-6, I, 5° précité.

À l'appui de leur demande de dommages-intérêts les sociétés X font état de préjudices non pas lié à la brutalité de la rupture, mais à la rupture elle-même.

Le jugement sera confirmé en ce qu'il a débouté les sociétés X, X Y et Normandie Bennes X de leurs demandes de dommages-intérêts complémentaires.

Davyco c./ Coopérative U, CA Paris, Pôle 5, Chambre 5, 9 juillet 2020, n° 17/18660

Une première rupture partielle entraînant une perte de chiffre d'affaires de 63 % est intervenue en 2011.

La relation commerciale ayant duré de 2004 à 2011, Davyco pouvait prétendre obtenir un préavis de quatre mois, la nature des prestations consistant en la fourniture de vêtements ne justifiant pas contrairement à ce que soutient Davyco un allongement du préavis.

Davyco invoque le fait que les commandes de U Enseigne représentait 28 % de son chiffre d'affaires global en 2008, 25 % en 2009 et 37 % en 2010 ce qui ne peut caractériser un état de dépendance justifiant une augmentation du préavis.

Davyco invoque la fourniture de produits sous marque de distributeur pour obtenir un doublement du délai de préavis ce que conteste U Enseigne.

Lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis doit être le double de celle qui serait applicable si le produit n'est pas fourni sous cette marque en application de l'article L. 442-6-I 5° du Code de commerce ; un produit est considéré comme vendu sous marque de distributeur lorsque ses caractéristiques ont été définies par l'entreprise ou le groupe d'entreprise qui en assure la vente au détail et est propriétaire de la marque sous laquelle il est vendu.

U Enseigne est propriétaire des marques Bien Vu, U Essentiel et Collection sous lesquelles les produits sont vendus. Davyco produit aux débats les conditions générales de fourniture des produits, relatives aux modalités de fourniture et d'approvisionnement des articles mais non à la fabrication de l'article lui-même.

Davyco ne verse aux débats une charte graphique pour les produits Bien Vu que pour la collection automne-hiver 2012 à une période où les modalités contractuelles avaient été modifiées et au moment de la rupture. Davyco ne justifie pas avoir adhéré à cette charte graphique pour les produits concernés durant l'année 2012. Le seul conditionnement personnalisé des produits est insuffisant à en faire des

produits sous marque de distributeur. Le jugement sera infirmé en ce qu'il a retenu qu'une partie des ventes avait été réalisée sous marque de distributeur.

L'indemnisation du préjudice sera calculée sur la marge brute.

Pour la rupture partielle intervenu en 2011, il sera tenu compte des trois derniers chiffres d'affaires précédant l'année 2011 :

2008 : 1 562 006 euros

2009 : 1 277 854 euros

2010 : 1 345 882 euros

moyenne annuelle sur trois ans : 1 395 247 euros.

Il sera déduit de ce chiffre d'affaires celui réalisé en 2011 soit la somme de 496 067 euros, s'agissant d'une rupture partielle ce qui donne pour la perte de chiffre d'affaires un solde de 899 180 euros.

Au vu des bilans antérieurs à l'année 2011 produits, il sera retenu une marge brute de 30 % soit : $899\,180\text{ €} \times 30\% = 269\,754\text{ €} / 12 = 22\,479,50\text{ €} \times 4\text{ mois (préavis)} = 89\,918\text{ €}$.

La rupture brutale définitive des relations commerciales est intervenue en 2014 sans être formalisée par U Enseigne.

Le préjudice subi sera calculé sur la base des chiffres d'affaires réalisées de 2011 à 2013 :

2011 : 496 067,96 euros

2012 : 275 567,72 euros

2013 : 190 067,90 euros

soit une moyenne annuelle de 320 367 euros à laquelle il sera appliqué une marge brute de 30 % ce qui donne un résultat de 96 110 euros. La relation commerciale ayant à cette date duré 11 ans, il sera alloué un préavis de 5 mois soit : $96\,110\text{ euros} / 12 = 8\,009\text{ euros} \times 5\text{ mois (préavis)} = 40\,045\text{ euros}$ U Enseigne versera à Davyco au titre de la rupture brutale des relations commerciales la somme de $89\,918\text{ euros} + 40\,045\text{ euros} = 129\,963\text{ euros}$.

Annexe

Plaquette du Congrès

59^e

CONGRÈS NATIONAL DES
EXPERTS-COMPTABLES
DE JUSTICE



14-15-16 octobre 2021

Marseille

L'expert-comptable de justice et
les préjudices de concurrence





MOT D'É

**Mot de bienvenue
du Président**

Le sujet de la concurrence est omniprésent et avec lui ses abus.

Après une année 2020 sans congrès, nous sommes très heureux de la perspective de tous se retrouver et nous avons choisi, cette année, pour la 108e année d'existence de notre Compagnie, et son cinquante neuvième congrès, de retenir le thème des « préjudices de concurrence » et du rôle que l'expert-comptable de justice peut jouer dans les contentieux multiples, touchant des conséquences des pratiques anticoncurrentielles qui suivent les procédures devant les Autorités de concurrence, ou encore de la concurrence déloyale ou du parasitisme.

Nous revenons pour traiter ce thème riche dans cette magnifique ville de Marseille, dans laquelle nous avons tenu en 2005 un congrès sur la « notion de valeur ». Ce fût un congrès très animé.

Je souligne la qualité des intervenants qui devrait conduire également à des sessions animées et utiles pour tous, avec ou sans l'accent de Marcel Pagnol, tout au long de cette journée du 15 octobre 2021.

Cette journée sera l'occasion de mieux percevoir l'intérêt des experts du chiffre pour une matière qui intéresse les économistes, les entreprises et bien sûr la justice qui doit démêler souvent des problèmes complexes, supposant de décortiquer et comprendre les enjeux chiffrés, parfois considérables voire vitaux pour certaines parties prenantes, quelle que soit leur taille et leur activité.

Il fallait traiter ce sujet avec d'éminents spécialistes et je me réjouis du grand nombre de confrères et participants à ce congrès.

Olivier PERONNET,

*Président de la Compagnie nationale des
Experts-Comptables de Justice (CNECJ)*

Mot d'accueil de la Présidente de section et de la commissaire générale

Marseille vous attend

C'est avec un grand plaisir que la section d'Aix en Provence-Bastia de la CNECJ vous accueille à Marseille pour notre congrès annuel 2021, après le report en 2022 du congrès 2020 prévu au Havre.

Nous vous avons préparé un programme alliant travaux de haut niveau, soirées conviviales et sortie en bateau en direction du Château d'If, puis de Cassis et de ses fameuses calanques.

Nous avons choisi de vous présenter Marseille autour de son Vieux Port, avec la vue exceptionnelle que nous avons de l'Intercontinental Hôtel-Dieu, lieu réservé pour notre journée de congrès et que nous vous recommandons de réserver pour y loger, grâce aux tarifs que nous avons négociés.

Marcel Pagnol sera le thème de la journée organisée pour les accompagnant(e)s et nous le retrouverons lors de notre soirée de gala.

Nous comptons sur votre nombreuse présence afin que ce congrès soit une réussite.

Enfin, pensez à réserver au plus tôt votre venue et à vous inscrire, compte tenu du nombre de places limitées pour certaines prestations.



Carole BOLLANI-BILLET,
*Présidente de la section
d'Aix en Provence -
Bastia de la CNECJ*



Elisabeth NABET,
*Commissaire générale du
59e congrès de la CNECJ*

Mot du rapporteur général

L'expert-comptable de justice et les préjudices de concurrence

La concurrence, stimulante et vertueuse, peut se heurter à trois types de pratiques condamnables: les pratiques anticoncurrentielles, les pratiques restrictives de concurrence et les pratiques commerciales déloyales.

La réparation du préjudice qui en résulte vise à replacer la victime dans l'état où elle se serait trouvée en l'absence de telles pratiques. La réparation du préjudice constitue aussi un enjeu de réhabilitation de la confiance des acteurs économiques dans les mécanismes de marché.

La culture économique et l'expérience de l'expert-comptable de justice dans le monde des entreprises justifient la place majeure qu'il occupe dans le processus de réparation des préjudices de concurrence.

S'il veut évaluer le préjudice de concurrence, l'expert-comptable de justice doit en connaître le cadre spécifique, en comprendre les tendances jurisprudentielles et en décliner les meilleures pratiques expertales.

Tel est l'objectif de ce congrès où viendront débattre experts-comptables de justice, magistrats, universitaires et avocats.

Ils apporteront leur éclairage sur ce sujet qui concerne des entreprises de toutes tailles et se porte devant toutes les juridictions.



Gilles de COURCEL,
*Rapporteur général du 59e Congrès
de la CNECJ*

Programme jeudi 14 octobre

Programme congressistes

9:30

Accueil des participants
au Club du Vieux-Port
3 Place aux Huiles, 13001 Marseille

10:00

Réunion de la commission nationale de formation

12:00

Déjeuner sur place

14:00

Réunion du conseil national de la CNECJ
au Tribunal de Commerce – Salle d'audience
6 Rue Joseph Autran, 13006 Marseille

17:00

Retour aux hôtels par vos propres moyens
Possible par ferryboat pour l'Intercontinental



Programme détente

14:00

Rendez-vous sur le Vieux-Port pour le départ en petit train privatisé
174, Quai du Port, en face du restaurant Au Doyen, à 150 mètres de l'Hôtel de Ville en direction du Fort Saint-Jean

Montez à bord du petit train privatisé pour une découverte insolite de Marseille !

Ce circuit vous conduira du Vieux Port jusqu'à Notre Dame de la Garde, en passant par la corniche où vous découvrirez les Fort Saint Jean et Fort Saint Nicolas, le Palais du Pharo, l'Abbaye Saint Victor, la vue imprenable du Pont de la Fausse Monnaie, du Château Valmer ou encore du célèbre Vallon des Auffes. Depuis la Bonne Mère qui veille sur Marseille et les Marseillais... vous découvrirez un panorama à couper le souffle. À l'issue de la visite guidée de la Cathédrale, retour sur Marseille à la découverte de l'Ombrière du Vieux-Port, l'Opéra Municipal et le Cours d'Estienne d'Orves.

Attention : Nombre de places limitées

17:00

Retour aux hôtels par vos propres moyens



Soirée d'accueil

19:00

Rejoignez-vous à un dîner convivial au restaurant le RhuL, autour d'une traditionnelle bouillabaisse, plat emblématique de la Cité Phocéenne, avec une vue exceptionnelle sur les îles du Frioul et sur la mer Méditerranée.

Des bus seront prévus à l'aller et au retour depuis l'Intercontinental et le Mercure Vieux-Port.

Attention : Nombre de places limitées

Programme vendredi 15 octobre

Programme congressistes Matinée

8:00-9:00

Café d'accueil à l'Intercontinental Hôtel-Dieu
1 Place Daviel, 13002 Marseille

9:00-9:45

Ouverture du congrès et début de la journée de travail

- Carole BOLLANI-BILLET, *Présidente de la Section Aix-en Provence – Bastia de la CNECJ*
- Elisabeth NABET, *Commissaire générale du 59e Congrès de la CNECJ*
- Olivier PERONNET, *Président de la CNECJ*
- Chantal ARENS, *Première Présidente de la Cour de Cassation, représentée par Patrick MATET, Conseiller honoraire, Cour de cassation*
- Laurence HELMLINGER, *Présidente de la Cour administrative d'appel de Marseille*
- Renaud LE BRETON de VANNOISE, *Premier Président de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence représenté par Pierre CALLOCH, Président de chambre à la Cour d'appel d'Aix-en-Provence*
- Marie-Suzanne LE QUÉAU, *Procureure générale de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence*
- Gilles de COURCEL, *Rapporteur général du 59e Congrès de la CNECJ et Modérateur des Tables rondes*

Spécificités du droit de la concurrence en matière de réparation des préjudices

9:45-10:00

Exposé

- Muriel CHAGNY, *Professeur agrégé des Facultés de droit à l'Université de Versailles-Saint Quentin (Paris-Saclay)*

10:00-11:15

Table ronde

- Olivier PERONNET, *Expert, Président de la CNECJ*
- Dominique PONSOT, *Conseiller, Cour de Cassation*
- Michel JOCKEY, *Avocat au Barreau de Paris*
- Patrick LESBROS, *Président de la chambre spécialisée en Droit de la Concurrence au Tribunal de commerce de Marseille*

11:15-11:45

Pause

Lien de causalité entre le fait générateur et le préjudice allégué

11:45-12:00

Exposé

- Nicolas RONTCHEVSKY, *Professeur agrégé des Facultés de droit à l'Université de Strasbourg*

12:00-13:00

Table ronde

- Mathieu AMICE, *Expert, Président de la Section Rouen-Caen de la CNECJ*
- Bruno CRESSARD, *Avocat à la Cour d'appel de Rennes, ancien Bâtonnier*
- Vincent VIGNEAU, *Conseiller, Cour de Cassation*
- Pierre CALLOCH, *Président de chambre à la Cour d'appel d'Aix-en-Provence*

13:00-14:30

Déjeuner sur place

Programme vendredi 15 octobre

Programme congressistes Après-midi

Préjudices de concurrence et approche du quantum : une analyse dynamique de la jurisprudence

14:30-14:45

Exposé

• Marie-Laure DALLERY, *Présidente de la Chambre 5-4 à la Cour d'appel de Paris*

14:45-16:00

Table ronde

• Thierry BOREL, *Expert, Président d'honneur de la Section Aix-en-Provence – Bastia de la CNECJ*
• François POINT, *Conseiller, Cour administrative d'appel de Marseille*
• Yves SCHMIDT, *Avocat au Barreau de Paris*
• Clémence MOULY-GUILLEMAUD, *Professeur à l'Université de Montpellier – Centre du Droit de l'Entreprise*

16:00-16:30

Pause

Expert de justice et expert de partie

16:30-16:45

Exposé

• Pierre LOEPER, *Président d'honneur du CNECJ et de la CNECJ*

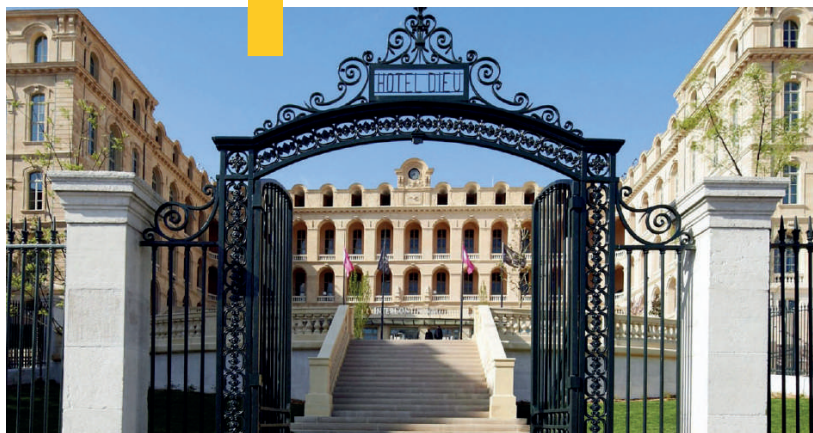
16:45-17:45

Table ronde

• Antoine CHATAIN, *Avocat au Barreau de Paris*
• Jean-Marc DAUPHIN, *Expert, Président d'honneur de la Section Aix-en-Provence – Bastia de la CNECJ*
• Didier PORACCHIA, *Professeur agrégé des Facultés de Droit à l'Université de Paris Panthéon-Sorbonne*
• Pierre CALLOCH, *Président de chambre à la Cour d'appel d'Aix-en-Provence*
• Patrick de FONTBRESSIN, *Avocat au Barreau de Paris*

17:45-18:00

Synthèse par Gilles de COURCEL, *Rapporteur général du 59e Congrès de la CNECJ*
Fin des travaux



Programme vendredi 15 octobre

Programme accompagnants

9:30

Départ en bus depuis l'Intercontinental

Suivez les traces de Marcel Pagnol le temps d'une journée.

Partez à la découverte du Château de la Buzine, un site d'exception unique en Provence qui raconte une part de l'histoire de la ville et de ses habitants, que Pagnol surnommait le « Château de ma mère ». Profitez d'un déjeuner aux saveurs provençales, avant de reprendre la route direction Aubagne pour la visite de la Maison natale de Marcel Pagnol.

17:00

Retour en bus devant les hôtels

Attention : Nombre de places limitées

Soirée de Gala

19:00

Départ en bus depuis l'Intercontinental et le Mercure Vieux-Port

Profitez d'une soirée inédite au sein du Musée Regards de Provence, ancienne station sanitaire maritime.

Avenue Vaudoyer, 13002 Marseille

Après une visite exclusive du Musée, vous serez accueillis pour un cocktail exceptionnel avec vue panoramique, et un dîner accompagné de nombreuses surprises...

Retour en bus devant les hôtels

Attention : Nombre de places limitées



Programme samedi 16 octobre

Journée détente

9:30

Rendez-vous sur le **Vieux-Port** pour embarquement sur le bateau l'Alizée *Quai des Pêcheurs - en face du restaurant La Samaritaine*

Venez découvrir lors de cette dernière journée à Marseille un site géologique unique au monde, un décor de rêve : les calanques entre Marseille et Cassis.

Rendez-vous sur le Vieux Port et embarquez sur le bateau l'Alizé direction le Château d'If pour une visite guidée insolite. Déjeuner aux airs marins sur le port de Cassis suivi d'une visite libre à la découverte de ce village, son port, ses maisons de pêcheurs colorées, ses boutiques...

17:00

Retour en bus devant les hôtels

Attention : Nombre de places limitées



Informations pratiques

Contacts

Olivier PERONNET, *Président National de la CNECJ* – olivier.peronnet@finexsi.com
Gilles de COURCEL, *Rapporteur général du 59e congrès* – GC@ricol-lasteyrie.fr

Comité d'organisation :

Elisabeth NABET, *Commissaire Générale du 59e congrès* – elisabeth.nabet@orange.fr
Carole BOLLANI-BILLET, *Présidente de la section d'Aix en Provence – Bastia de la CNECJ* – c.bollani@a3aexperts.fr

Équipe congrès :

Christine BLANC PATIN, **Thierry BOREL**
Jean-Marc DAUPHIN, **Florent DEMUYTER**
Alain ISRAEL, **Frédéric MAZEL**, **Bruno PERES**
Laetitia VERRIER, **Constant VIANO**

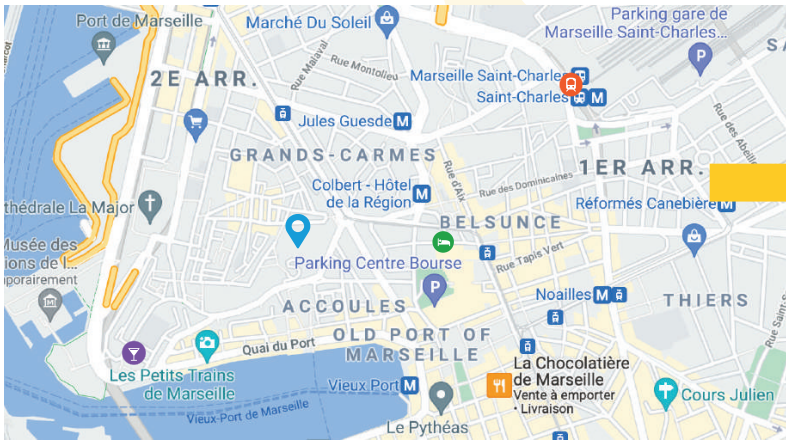
Votre équipe congrès est à votre disposition et sera identifiable grâce à des cordons de badges verts lors du congrès

Organisation :



CL Communication
04 78 08 42 74

Inscriptions et logistique :

m.renninger@clcom.fr – 06 40 64 61 611



-  Hôtel Dieu Intercontinental Marseille
1 Place Daviel, 13002 Marseille
-  Gare de Marseille-Saint-Charles

-  Musée Regards de Provence
-  Hôtel Mercure Marseille Centre Vieux Port

Je m'inscris

Avec les remerciements de :



Inscription au 59e Congrès de la CNECJ

Toute participation est soumise à votre inscription préalable.

Les inscriptions sont possibles en ligne, jusqu'au 1er octobre 2021, sur le lien suivant :

<http://cnecej2021.com/>

À l'issue de votre inscription, vous recevrez sur le mail renseigné votre confirmation et la facture correspondant à votre inscription.

Des tarifs préférentiels sont proposés pour toute inscription avant le 3 septembre 2021. Le nombre de places est limité.

	Tarifs préférentiels avant le 03/09/2021	Tarifs après le 03/09/2021
Jeudi 14 octobre		
Déjeuner au Club du Vieux-Port	45€TTC	50€TTC
Programme détente en petit-train	30€TTC	35€TTC
Dîner convivial	85€TTC	90€TTC
Vendredi 15 octobre		
Inscription au congrès*	360€TTC • 300€HT	420€TTC • 350€HT
Programme accompagnants sur les traces de Marcel Pagnol	80€TTC	90€TTC
Soirée de gala au Musée Regards	150€TTC	160€TTC
Samedi 16 octobre		
Journée détente : croisière à Cassis	100€TTC	120€TTC

* L'inscription comprend la participation au congrès, la documentation, les pauses et le déjeuner au sein de l'Intercontinental Hôtel-Dieu.

Hébergement	Chambre simple (1 personne)	Chambre double (2 personnes)
Jeudi 14 et vendredi 15 octobre		
Intercontinental Hôtel-Dieu 5*		
Chambre Deluxe vue jardin	238,30€ TTC	261,60€ TTC
Chambre Executive vue jardin	268,30€ TTC	291,60€ TTC
Chambre Deluxe vue Vieux-Port	288,30€ TTC	311,60€ TTC
Mercurie Centre Vieux-Port 4*		
Chambre standard	187,48€ TTC	204,96€ TTC

Prix par nuit et par chambre, petit déjeuner inclus, taxe de séjour incluse

En occupation double, un grand lit vous est mis à disposition.

Si vous souhaitez 2 lits séparés (twin), merci de contacter CL Communication.

En cas de prolongation de séjour, merci de contacter CL Communication.

Contact

CL Communication

Manon RENNINGER :

m.renninger@clcom.fr

04 78 08 42 74 - 06 40 64 61 61

Conditions d'annulation :

En cas d'impossibilité de tenir le congrès par la CNECJ en raison de contraintes gouvernementales, votre inscription sera remboursée.

En cas d'annulation du fait du participant, toute demande d'annulation doit nous parvenir par écrit avec présentation d'un justificatif.

- Avant le 13/09/2021 : remboursement de l'inscription, déduction faite de frais d'annulation de 150€.
- Après le 13/09/2021 : aucun remboursement ne pourra être effectué, y compris en cas de non-présentation sur place.

Table des matières

PARTIE I - ACTES DU COLLOQUE	5
Allocution de Madame Bollani-Billet <i>Présidente de la Section Aix-en-Provence-Bastia de la CNECJ</i>	6
Allocution de Madame Elisabeth Nabet <i>Commissaire général du Congrès</i>	8
Allocution de Monsieur Olivier Peronnet <i>Expert – Président de la CNECJ</i>	9
Allocution de Monsieur Patrick Matet <i>Conseiller honoraire à la Cour de cassation, Représentant Madame Chantal Arens, Première Présidente de la Cour de cassation</i>	11
Allocution de Madame Laurence Hemlinger <i>Présidente de la Cour administrative d'appel de Marseille</i>	15
Allocution de Monsieur Pierre Calloch <i>Président de Chambre à la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, Représentant Monsieur Renaud Le Breton de Vannoise, Premier Président de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence</i>	17
Allocution de Monsieur Gilles de Courcel <i>Rapporteur du Congrès</i>	19
1^{re} Table ronde – Spécificité du droit de la concurrence en matière de réparation des préjudices	21
Exposé de Madame Muriel Chagny <i>Professeure agrégée des Facultés de droit</i>	21
Intervention de Monsieur Dominique Ponsot <i>Conseiller à la Cour de cassation</i>	26
Intervention de Monsieur Patrick Lesbros <i>Président de la Chambre spécialisée en droit de la concurrence au Tribunal de commerce de Marseille</i>	31
Intervention de Monsieur Olivier Peronnet <i>Expert – Président de la CNECJ</i>	35
Intervention de Monsieur Michel Jockey <i>Avocat au barreau de Paris</i>	39

2^e Table ronde – Lien de causalité ente le fait générateur et le préjudice allégué	42
Exposé de Monsieur Nicolas Rontchevsky	
<i>Professeur agrégé des Facultés de droit à l'Université de Strasbourg</i>	42
Intervention de Monsieur Vincent Vigneau	
<i>Conseiller à la Cour de cassation</i>	46
Intervention de Monsieur Pierre Calloch	
<i>Président de Chambre à la Cour d'appel d'Aix-en-Provence</i>	49
Intervention de Monsieur Bruno Cressard	
<i>Avocat à la Cour d'appel de Rennes, ancien Bâtonnier</i>	52
Intervention de Monsieur Mathieu Amice	
<i>Expert – Président de la section Rouen-Caen de la CNECJ</i>	55
3^e Table ronde – Préjudices de concurrence et approche du quantum : une analyse dynamique de la jurisprudence	59
Exposé de Madame Marie-Laure Dallery	
<i>Présidente de la Chambre 5-4 à la Cour d'appel de Paris</i>	59
Intervention de Monsieur Dominique Ponsot	
<i>Conseiller à la Cour de cassation</i>	64
Intervention de Madame Clémence Mouly-Guillemaud	
<i>Professeur à l'Université de Montpellier – Centre du Droit de l'entreprise</i>	67
Intervention de Monsieur François Point	
<i>Conseiller à la Cour administrative d'appel de Marseille</i>	73
Intervention de Monsieur Thierry Borel	
<i>Expert, Président d'honneur de la section Aix-Bastia de la CNECJ</i>	77
Intervention de Monsieur Martin Donato	
<i>Avocat au Barreau de Paris</i>	80
4^e Table ronde – Expert de justice et expert de partie	83
Exposé de Monsieur Pierre Loeper	
<i>Expert, Président d'honneur du CNCEJ et de la CNECJ</i>	83
Intervention de Monsieur Pierre Calloch	
<i>Président de Chambre à la Cour d'appel d'Aix-en-Provence</i>	88
Intervention de Monsieur Antoine Chatain	
<i>Avocat au Barreau de Paris</i>	91
Intervention de Monsieur Jean-Marc Dauphin	
<i>Expert, Président d'honneur de la section Aix-en-Provence-Bastia de la CNECJ</i>	94
Intervention de Monsieur Didier Poracchia	
<i>Professeur agrégé des Facultés de Droit à l'Université de Paris-Panthéon Sorbonne</i>	98
Intervention de Monsieur Patrick de Fontbressin	
<i>Avocat au Barreau de Paris</i>	101

PARTIE II - TEXTES APPLICABLES ET JURISPRUDENCE 103

Textes applicables 104

En matière de pratiques anticoncurrentielles	104
Article L. 420-1 Code de commerce	104
Article L. 420-2 Code de commerce	104
En matière de pratiques restrictives de concurrence	104
Article L. 442- 1 Code de commerce	104
En matière de concurrence déloyale	105
Articles 1240 et 1241 Code civil	105

Jurisprudence 106

Liste des principales décisions de jurisprudence citées (par intervenant)	106
L'essentiel des décisions de jurisprudence (extraits)	107
<i>Cristal de Paris c./ Cristallerie de Montbron</i> , CA Paris, Pôle 5, Chambre 1, 19 sept. 2017, n° 16/05727	107
<i>Cristal de Paris c./ Cristallerie de Montbron</i> , Cass. com., 12 février 2020, n° 17-31.614, publié au <i>Bulletin</i>	110
<i>Conforama c./ André D.</i> , CA Paris, Pôle 5, Chambre 5, 10 septembre 2020, n° 17/07833	111
<i>Corsica Ferries</i> , CAA Marseille, Chambre 6, 22 février 2021, 17MA01582 – 17MA01583, inédit au <i>Recueil Lebon</i>	113
<i>Sté Sofraco c./ Sté Ancea</i> , Cass. com., 27 mai 2008, n° 07/14422	122
EMC2, CA Paris, Pôle 5, Chambre 4, 28 février 2018, N° 15/11824	122
<i>Sté NGK Spark Plugs France c./ Sté de Commercialisation de produits industriels</i> , CA de Paris, Pôle 5, Chambre 4, 5 juillet 2017, n° 15/12365	122
<i>Stés Alep Soulac</i> , Cass. crim., 7 décembre 2016, n° 87.474	123
<i>Speed Rabbit Pizza c./ Domino's Pizza</i> , CA Paris, Pôle 5, Chambre 4, 25 oct. 2017, n° 14-15714	123
<i>Doux Aliments c./ SA CIE Financière et de participations Roullier, SAS Timab-Industrie</i> , CA Paris, Pôle, Chambre 4, 23 juin 2021, n° 17/04101	125
<i>Orange Caraïbe c./ Digicel</i> , CA Paris, Pôle 5, Chambre 4, 17 juin 2020, n° 17/23041	129
<i>Sté Marrel</i> , CA Paris, Pôle 5, Chambre 4, 17 mars 2021, n° 19/16641	139
<i>Davyco c./ Coopérative U</i> , CA Paris, Pôle 5, Chambre 5, 9 juillet 2020, n° 17/18660	140

ANNEXE 143

Plaquette du Congrès 144

NOTES

NOTES

NOTES

NOTES

COMPOGRAVURE
IMPRESSION, BROCHAGE



42540 ST-JUST-LA-PENDUE
JUILLET 2023
DÉPÔT LÉGAL 2023
N° 202307.0209



IMPRIMÉ EN FRANCE

37^e Congrès national : Lyon, 9 octobre 1998. Sous la présidence de M. Pierre TRUCHE, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre DARROUSEZ, expert près la Cour d'appel de Douai, agréé par la Cour de cassation.

L'expert-comptable judiciaire en matière de soutien abusif et de rupture brutale de crédit.

36^e Congrès national : Toulouse, 3 octobre 1997. Sous la présidence de M. Roger BEAUVOIS, président de la 3^e chambre civile de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Marcel PERONNET, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.

L'expert-comptable judiciaire et la détermination des préjudices.

35^e Congrès national : Montpellier, 25 octobre 1996. Sous la présidence de M. Pierre BEZARD, président de la chambre commerciale et de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. André DANA, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.

L'expert-comptable judiciaire et la transmission des entreprises.

34^e Congrès national : Dijon, 6 octobre 1995. Sous la présidence de M. Jean LEONNET, conseiller à la Cour de cassation. Rapporteur général, M. André GAILLARD, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.

L'expert-comptable judiciaire et le droit.

33^e Congrès national : Orléans, 21 octobre 1994. Sous la présidence de M. Pierre BEZARD, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Jean-Claude CAILLAU, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.

L'expert-comptable judiciaire et l'évaluation d'entreprises.

32^e Congrès national : Angers, 22 octobre 1993. Sous la présidence de M. Pierre BEZARD, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Henri ESTEVE, expert près la Cour d'appel de Lyon, agréé par la Cour de cassation.

Le rôle de l'expert judiciaire dans la recherche de la responsabilité des dirigeants et des tiers concernés par les procédures collectives.

31^e Congrès national : Chambéry, 2 octobre 1992. Sous les présidences de M. Pierre BEZIO, procureur général près la Cour de cassation, et de M. Pierre BEZARD, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre DARROUSEZ, expert près la Cour d'appel de Douai, agréé par la Cour de cassation.

L'expert-comptable judiciaire et les infractions boursières.

30^e Congrès national : Paris, octobre 1991. Sous les présidences de M. Pierre DRAI, premier président de la Cour de cassation, et de M. Pierre BEZIO, procureur général près la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Jean CLARA, expert près la Cour d'appel de Douai, agréé par la Cour de cassation.

L'expert-comptable judiciaire et les droits des justiciables, vingt ans après.

29^e Congrès national : Aix-en-Provence, 5 octobre 1990. Sous la présidence de M. Pierre BEZIO, procureur général près la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Claude BREVAL, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.

La comptabilité dans la nouvelle législation sur la banqueroute.

28^e Congrès national : Pau, 6 octobre 1989. Sous la présidence de M. R. DEFONTAINE, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. André DANA, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.

L'expert-comptable judiciaire et l'application des clauses de garantie de passif.

27^e Congrès national : Rouen, 7 octobre 1988. Sous la présidence de M. Jean LEONNET, directeur des affaires civiles et du sceau. Rapporteur général, M. Pierre FEUILLET, expert près la Cour d'appel de Rouen, agréé par la Cour de cassation.

L'expert-comptable judiciaire et la quête documentaire.

26^e Congrès national : Bordeaux, 16 octobre 1987. Sous la présidence de M. Jean-Marie GUTH, conseiller à la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Francis WINDSOR, expert près la Cour d'appel de Caen.

L'expert judiciaire face à la responsabilité civile des professionnels.

25^e Congrès national : Lyon, 7 novembre 1986. Sous la présidence de M. R. DEFONTAINE, conseiller à la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Jean BENOIST, expert près la Cour d'appel de Toulouse.

L'expertise en diagnostic d'entreprise.

24^e Congrès national : Douai, 4 octobre 1985. Sous la présidence de M. R. DEFONTAINE, conseiller à la Cour de cassation. Rapporteur général, M. André HENROT, expert près la Cour d'appel de Metz.

L'image fidèle et l'application des nouveaux textes répressifs visant la présentation des comptes sociaux.

23^e Congrès national : Colmar, 5 octobre 1984. Sous la présidence de Mme Simone ROZES, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre FEUILLET, expert près la Cour d'appel de Rouen, agréé par la Cour de cassation.

L'expert judiciaire dans les pays de la Communauté européenne.

22^e Congrès national : Palais des Papes, Avignon, 28 octobre 1983. Sous la présidence de M. ESCANDE, conseiller à la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Claude BREVAL, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.

L'expert judiciaire face aux problèmes posés par la notion de cessation des paiements.

21^e Congrès national : Angers, 5 novembre 1982. Sous la présidence de M. Michel OLIVIER, conseiller à la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Jean CLARA, expert près la Cour d'appel de Douai, agréé par la Cour de cassation.

L'expert judiciaire face aux problèmes posés par l'informatique.

20^e Congrès national : Nancy, 16 octobre 1981. Sous la présidence de M. Roger VIENNE, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre FEUILLET, expert près la Cour d'appel de Rouen, agréé par la Cour de cassation.

L'intervention de l'expert judiciaire en comptabilité en cas de mise en œuvre de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967.

19^e Congrès national : Toulouse, 3 octobre 1980. Sous la présidence de M. Pierre CHABRAND, conseiller à la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre HEME, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.

L'expert judiciaire en comptabilité face à certaines dispositions du nouveau code de procédure civile.

18^e Congrès national : Versailles, 26 octobre 1979. Sous la présidence de M. Pierre BELLET, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Félix THORIN, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.

L'expert-comptable judiciaire face aux problèmes posés par les groupes de sociétés.

17^e Congrès national : Caen, 3 novembre 1978. Sous la présidence de M. Guy CHAVANON, procureur général près la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre DUCORROY, expert près la Cour d'appel de Montpellier, agréé par la Cour de cassation.

L'expertise judiciaire en matière d'abus de droit de majorité.

16^e Congrès national : Reims, 4 novembre 1977. Sous la présidence de M. Albert MONGUILAN, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Jean CLARA, expert près la Cour d'appel de Douai.

Les problèmes posés à l'expert-comptable judiciaire devant les irrégularités commises en vue du maintien en activité des entreprises en difficulté.

15^e Congrès national : Nice, 15 octobre 1976. Sous la présidence de M. CENAC, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Rapporteur général, Mlle Simone DOYEN, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.

La mission de l'expert en cas de poursuites du chef de majoration frauduleuse des apports.

14^e Congrès national : Grenoble, 21 novembre 1975. Sous la présidence de M. Adolphe TOUFFAIT, procureur général près la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Robert FOURNIER, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.

Les infractions en matière immobilière.

Liste des actes des congrès épuisés : années 1972, 1973, 1976, 1981, 1984, 1985, 1986, 1987, 1988, 1989, 1990, 1991, 1993, 1996 et 1997.

