

IMPLICATIONS POUR LA PROCÉDURE JUDICIAIRE EN FRANCE

INTERVENTION de

Monsieur Maurice NUSSENBAUM

Expert Judiciaire en finance, agréé par la Cour de Cassation,
Professeur à l'Université Paris IX Dauphine.



1 - Les critères de la trilogie DAUBERT

1.1. Les règles DAUBERT ont été définies par la Cour Suprême des Etats Unis dans le contexte judiciaire américain.

Un examen dans le présent colloque a pour objet d'une part de les présenter et ensuite de s'interroger sur leur portée potentielle dans le cadre judiciaire français tant pour les experts que pour les juges.

Le contexte américain est celui de la liberté de la preuve dans le cadre d'un échange contradictoire. Les parties peuvent avoir recours au témoignage dont l'expertise de partie constitue un moyen privilégié.

Chaque partie apporte ses preuves à travers ses témoins d'où la nécessité de décider en préalable à l'examen du fond de la recevabilité de ces rapports d'où les « DAUBERT Hearings » qui servent à décider l'admissibilité de ces rapports.

Les règles DAUBERT sont venues renouveler le cadre procédural relativement à l'admissibilité des rapports d'expert de parties.

En effet, Depuis 1923, avec l'arrêt FRYE avait été instauré le critère du «général standard acceptance» selon lequel l'expertise scientifique n'est recevable que si elle correspond au savoir partagé par la communauté de spécialistes du sujet traité.

Ce critère obligeait le juge à s'informer de l'état de la science au moment du litige ce qui n'est pas toujours simple et à pu conduire à des interprétations soit trop restrictives, soit laxistes.

1.2. C'est pourquoi l'arrêt DAUBERT de la Cour suprême en 1993, précisé par les deux autres de la trilogie KUMHO et JOINER va modifier l'approche en indiquant que le juge doit réaliser une évaluation préliminaire pour déterminer si non seulement :

- Le raisonnement ou la méthodologie qui sert de base au rapport est scientifiquement valide,

- Mais aussi s'il peut être appliqué aux faits de la cause, afin de décider la recevabilité de l'expertise.

Les deux critères de recevabilité : «relevant» et «reliable», sont donc la pertinence et la fiabilité.

En pratique, est également examinée la compétence de l'expert, ce qui constituait un moyen privilégié de l'application du critère précédent de «Général acceptance».

Dans le cas des expertises techniques, la décision Kumho de 1999 a consacré l'applicabilité des règles DAUBERT aux expertises techniques et non scientifiques en énonçant que l'expert technique doit mettre en œuvre la même rigueur intellectuelle que celle qu'il aurait eu dans son activité professionnelle.

Précisons le contenu de ces deux critères :

a - Relevance ou pertinence

Il s'agit de justifier que la méthode utilisée s'applique bien aux faits de l'espèce : «the expert's theory must be tied sufficiently to facts of the case».

b - Reliability ou fiabilité

Cette exigence imposée au juge est la plus contraignante.

L'exigence de pertinence est à la limite plus simple mais celle de fiabilité est plus complexe. C'est pourquoi cette exigence a été précisée par 4 sous critères dans la décision DAUBERT.

- A-t-elle été testée (ou encore réfutée) empiriquement ?
- A-t-elle donné lieu à des publications (sans que cela soit une condition nécessaire) ?
- Connait-on les taux d'erreurs auxquels elle donne lieu ?
- Les critères de validations de la théorie sont-ils admis par la communauté scientifique ?

La question s'est alors immédiatement posée de savoir si ces critères s'étendaient également aux sciences non exactes. La réponse est positive, de même que pour l'expertise technique comme il a été indiqué plus haut.

2 - Les conséquences pour le juge

2.1. La question centrale est donc posée de l'imbrication entre le droit et la science.

Nous rappellerons qu'en France, on oppose le droit et le fait et que le juge détermine souverainement son appréciation des faits. La seule question posée est celle de sa motivation et de la possibilité pour la Cour de Cassation de la contrôler, notamment en ce qui concerne son appréciation des faits.

Afin d'éclairer le débat, commençons par des exemples.

2.2. Je citerai un exemple rapporté en droit de la concurrence : le cas ADM devant la Commission Européenne relative au marché de la lysine (7 juin 2000).

Pour démontrer l'absence d'impact sur le marché de la lysine de comportements de coordination et d'échange d'information, ADM produit une expertise qui met en œuvre un modèle de jeu concurrentiel s'appuyant sur un oligopole à la COURNOT et montre que les prix qui s'établissent sur le marché sont les mêmes que ceux qui se seraient établis sans collusion compte tenu du faible nombre de concurrents qui induit des comportements d'alignement indépendamment de toute coordination des acteurs. De plus, l'arrivée d'ADM en tant que 5^{ème} acteur favorisait le fonctionnement concurrentiel du marché.

La commission rejette l'argumentation d'ADM d'abord en faisant état de concertation à l'occasion de réunions auxquelles ADM a participé, ensuite en critiquant l'analyse d'ADM pour la base d'arguments techniques critiquant le modèle utilisé et montrant le caractère stable du cartel qui comporte 4 ou 5 participants.

Aussi, la commission, sur la base des critères d'insuffisance de cohérence interne et de manque de pertinence, rejette les rapports produits par le demandeur ADM.

2.3. Exemple n° 2 : le cas de la Silicose (2005 E, Etats Unis) Southern district of Taxis Corpus Christi Division.

En 2005, des personnels (plus de 10 000 plaignants) exposés durant de nombreuses années aux poussières de silice se plaignent à travers une forme de class-action en se regroupant sur plusieurs territoires simultanément dans des actions coordonnées contre différentes entreprises (dont 3M) ayant provoqué cette exposition.

Ils viennent tous avec des expertises réalisées par des médecins choisis par leurs avocats à travers des firmes spécialisées dans le contentieux.

Les défendeurs mettent en cause la validité des expertises produites.

Les 9000 demandeurs ont listé environ 8 000 médecins. Cependant les rapports ont été établis par les mêmes 12 médecins, qui n'étaient pas les médecins traitant des malades, n'avaient pas de relations avec eux mais travaillaient habituellement avec leurs avocats.

Certains d'entre eux ont précisé n'avoir pas diagnostiqué personnellement de silicose chez aucun des patients mais avoir témoigné, que, compte tenu des symptômes présentés à travers notamment les radiographies des patients, il y avait une forte certitude en faveur du diagnostic de silicose.

Des auditions DAUBERT (DAUBERT Hearings) sur la viabilité des rapports vont être décidées. Leur analyse détaillée montre l'applicabilité des critères DAUBERT aux expertises techniques.

Elles vont consister à la suite d'auditions contradictoires des experts médecins :

- A se mettre d'accord sur la définition d'une méthode de diagnostic reconnue par la profession. Cette approche implique à partir de l'examen des radiographies, l'élimination des autres diagnostics possibles. Elle suppose un examen individuel approfondi de 60 à 90 minutes.
- De plus, le diagnostic ayant été produit par des sociétés spécialisées ayant fait procéder à la fois aux radiographies, à leurs interprétations, aux examens physiques et aux rapports médicaux destinés aux procès, il faut procéder à des auditions des médecins pour examiner les méthodes de diagnostic mises en œuvre.

Il apparaît à cette occasion qu'ils n'ont pas mis en œuvre valablement la méthode, à savoir qu'ils n'ont pas recherché l'exclusion des autres causes possible, notamment l'asbestose.

De ce fait, les défendeurs remettent en cause les diagnostics et rapports au titre de l'application des critères DAUBERT (p. 117) rule 702 : le juge doit s'assurer que tout témoignage ou preuve (rapport) de nature scientifique, doit être non seulement «relevant» mais aussi fiable (reliable).

Le jugement rappelle les principales règles DAUBERT énoncées plus haut :

"If scientific technical or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training or education may justify thereto in the form of an opinion or otherwise if :

- 1) The testimony is based upon sufficient facts or data
- 2) The testimony is the product of reliable principles and methods,
- 3) Witness has applied the principles and methods reliably to the facts of the case.
 - a) whether the technique has been tested
 - b) whether the technique has been subjected to peer review and publication
 - c) The error rate
 - d) The existence and maintenance of standards controlling the technique's operation
 - e) the technique has been generally accepted in the scientific community"

Application des critères DAUBERT au cas de silicose

Critères de diagnostic : ceux généralement admis par la communauté scientifique, soit :

- Une exposition à la silice sur une durée suffisamment longue,
- Une preuve radiographique de silicose,
- Un diagnostic différentiel : l'absence de raison de penser que les résultats de la radio puissent être dus à une autre affection.

Conclusion des auditions DAUBERT :

- 1) Absence de preuve d'une exposition suffisante,
- 2) Absence de preuves suffisantes des diagnostics radiographiques,
- 3) Le critère des diagnostics différentiels non pris en compte par les experts médicaux
- 4) Absence de respect des mêmes standards par les médecins experts dans leurs diagnostics légaux et dans des diagnostics médicaux (il s'agit d'un aspect important des critères : l'expert technicien doit démontrer qu'il applique la même rigueur intellectuelle dans son témoignage que celle qu'il mettrait en œuvre dans sa profession.

Il a donc été conclu que les témoignages n'étaient pas admissibles eu égard aux critères DAUBERT et la Cour a alors proposé de choisir des experts médicaux indépendants pour déterminer parmi l'ensemble des diagnostics ceux qui pourraient être qualifiés de compétents, ce qui a été refusé par les demandeurs.

Les défendeurs demandent alors des sanctions à l'encontre des demandeurs (p. 225). La Cour a effectivement conclu au caractère abusif des demandes. Ils ne produisent pas le montant de leurs honoraires et dépenses et indiquent simplement globalement qu'ils acceptaient l'estimation de la Cour fixée, compte tenu du nombre d'avocats impliqués, à 275 000 \$ par journée d'audition, soit au total environ 825 000 \$ pour 3 jours.

2.4. Les implications pour le juge

Les implications des critères DAUBERT sont clairs, mais on a vu que la règle en vigueur aux États-Unis est de confier la responsabilité de l'appréciation de la validité des rapports d'experts de partie au juge. Il en résulte donc pour lui une forte implication.

2.4.1. Aux États Unis, le juge ne peut pas séparer la recherche de causalité du problème de la fiabilité des expertises qui lui sont présentées.

Quelle est la cohérence des deux exigences : Démontrer la causalité et se prononcer sur la fiabilité des preuves. Si on accepte cette hypothèse, il en résulte la nécessité d'une plus forte implication du juge dans l'appréciation des méthodes de l'analyse technique et scientifique.

Mais on est face à un dilemme : le juge ne peut être spécialiste dans toutes les disciplines.

Il doit en maîtriser les enjeux :

- En procédant à l'examen contradictoire,
- En faisant le point sur l'état de l'art,
- En contrôlant les travaux de l'expert judiciaire,
- En s'assurant de la pertinence de la mission et des moyens mis en œuvre d'où l'intérêt du recours à la procédure dite de la conférence dont nous entretiendra Michel Armand-Prévost pour rediscuter et mieux définir la mission de l'expert.

2.4.2. Peut-on transposer l'exemple américain ?

Le contexte américain est celui où les parties viennent avec leurs propres rapports d'experts privés et le juge se retrouve seul à trancher sur leur

admissibilité. Leur mise en œuvre met en évidence la difficulté pour le juge de juger de la fiabilité des rapports des parties dans un univers où il n'est pas lui-même assisté scientifiquement :

- Dans le cas de silicose, le juge a proposé la nomination d'un panel d'experts indépendants qui a été refusée par les parties.
- En France dans les cas des appels sur décision d'une autorité de régulation, le juge dispose des rapports à la fois des autorités et des parties.

Dans le cas général en France, le juge peut se faire assister par un expert judiciaire mais il ne peut se décharger sur lui et conserve la pleine maîtrise de la décision.

Cependant, on constate souvent en pratique que le rapport de l'expert judiciaire dans des matières très techniques, est entériné sans que le débat technique qui s'est déroulé devant l'expert soit réitéré devant le juge.

2.4.3. Peut-on réellement séparer le droit et le fait ?

La décision relative à l'applicabilité et à la fiabilité des méthodes est un problème de droit et non de fait.

Il ressort en effet de l'admissibilité des preuves pour lesquelles seul le juge a le pouvoir de décider.

Cela implique qu'il acquiert la compréhension des principes et méthodes expertales utilisés à travers leur discussion contradictoire.

Il y a des domaines où la séparation entre le droit et le fait est simple et évidente : c'est en général les cas où la faute peut-être démontrée par des seuls raisonnements juridiques :

- La formalisation de ce qu'aurait été la situation normale ne pose pas de problème,
- La quantification de ses effets se trouve dans l'analyse des comptes,
- Les références recherchées peuvent être facilement observées : p. ex : valeurs locatives.

Les autres cas sont plus complexes :

- Si la démonstration de la faute ressort d'une analyse scientifique :
Ex. : la faute médicale ou des pratiques anti-concurrentielles.

Les juges admettent que dans certains cas cette séparation n'est pas possible, c'est notamment le cas des pratiques anti-concurrentielles :

Ex. : un abus de position dominante a-t-il causé un dommage à l'économie ?

Il faut en effet déterminer :

- Le marché pertinent,
- La position dominante et son abus,
- Et ses effets sur l'économie

Comme le droit oblige le juge à se prononcer sur ces concepts, il admet que la séparation ne puisse être faite et que le juge doive intégrer ces notions complexes (exemple : le cas des prix prédateurs et les vedettes de l'Ile d'Yeu).

Dans les autres cas, le droit français considère que le juge apprécie souverainement les éléments de preuve qui lui sont soumis et si la preuve est d'ordre technique, scientifique ou technique, il renvoie à l'expertise.

Mais il ne peut se décharger du problème car gardant toute sa liberté par rapport aux rapports d'expertise, il doit en apprécier et vraisemblablement, il devra demain compte tenu de l'influence européenne, contrôler son caractère scientifique ou conforme aux règles de l'art.

Appréciation souveraine ne signifie pas absence de justification car si la Cour de Cassation ne contrôle pas les faits, elle peut contrôler la démarche et censurer l'absence de motivation ou l'insuffisante pertinence ou cohérence de la motivation.

Conséquences :

Puisque le préjudice (qu'il soit contractuel ou quasi délictuel) est la différence entre la situation normale (ce qui aurait dû être) et la situation réelle (ce qui a été), il revient au juge de se prononcer sur la définition de la situation normale quel que soit le domaine.

L'expert peut décrire ce qu'est généralement une situation normale :

- Le rendement attendu d'une machine,
- Les performances d'un système informatique,
- Les moyens mis en œuvre par un médecin pour son diagnostic ou son intervention chirurgicale,
- Les techniques mises en œuvre dans la construction d'un bâtiment,
- La gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières,

Mais si les parties divergent sur la définition de cette normalité, si elles contestent le rapport d'expertise sur cette définition, le juge devra trancher.

3 - Exemples de dysfonctionnement :

Des investisseurs investissent dans un fonds dont les performances vont s'avérer désastreuses et qui de plus a investi dans des opérations sur produits dérivés non prévus dans sa fiche technique et sans l'accord des détenteurs de parts.

La mission de l'expert consistait à analyser la gestion du fonds et à rechercher si des fautes pouvaient être imputées à son gestionnaire et quels étaient les préjudices qui en résultaient pour les détenteurs.

Le rapport montrera que les performances ont été inférieures à l'indice de référence de fonds qui ont réalisé des gains alors que le fonds a subi des pertes.

Le tribunal va conclure à une faute de gestion et qualifier le préjudice de perte de chance et fixer les dommages à 75% de la perte. Il exclut aussi le manque à gagner pour une raison de causalité en considérant qu'il n'y a pas de lien direct entre la gestion du fonds et les mauvais résultats subis.

Dans une autre espèce similaire, portée en appel, la Cour décidera sur la base d'un rapport d'expertise que l'indice de référence était le CAC 40, alors que les investisseurs avaient demandé une gestion prudente, qui par définition correspond à une gestion plus risquée que prudente.

Elle indemnisera aussi les investisseurs sur la base des performances réalisées par le CAC 40 en considérant que «si le gestionnaire s'était comporté en professionnel prudent et avisé, les époux P auraient obtenu au moins ce résultat.»

Dans les 2 cas, il n'y a pas eu d'examen scientifique du critère à retenir pour définir la situation normale de référence. Dans le premier, par prudence excessive et par une motivation inappropriée, se référant à l'absence de lien direct, le tribunal ne retient pas la conclusion de l'expert sur le préjudice. Dans le second, la Cour le retient sans analyse critique alors qu'il est erroné.

En conclusion, sur la base des travaux d'expert, c'est le juge qui doit conclure de manière motivée sur ce qu'il considère être la situation normale et sur le préjudice considéré comme étant la différence entre la situation réelle et cette situation normale.

4 - Conséquences et conclusions

Les règles DAUBERT s'appliquent d'abord à l'expert en lui donnant un cadre à respecter pour que le rapport soit admissible : à la fois pertinence et fiabilité dans le choix et la mise en œuvre des méthodes d'analyse.

Mais elles s'appliquent aussi au juge à qui revient le contrôle du caractère pertinent et fiable de l'expertise.

Il est clair que pour se prononcer sur des fautes d'ordre professionnel ou sur des diagnostics de toutes natures, le juge devra s'appuyer sur des expertises qu'elles soient judiciaires ou de parties. L'expertise judiciaire pourra l'aider à démêler l'écheveau dressé par les rapports des parties mais la décision finale lui revient et comme elle doit être motivée, le juge devra parvenir à définir les vrais enjeux scientifiques et techniques et à trancher en faveur des différents arguments.

Les règles DAUBERT constituent de ce fait, un guide utile à sa décision. Comme l'écrivait le juge BREYER de la Cour Suprême des Etats Unis, dans le manuel de référence sur la preuve scientifique à propos d'études statistiques, on ne demande pas au juge de devenir un expert en statistique mais de comprendre comment l'analyse statistique fonctionne.

* * *

L'exemple des vedettes de l'île d'Yeu

La régie exploite un bateau neuf, l'Amporelle, elle est en concurrence avec une société privée, la VIIV.

Cette dernière considère que la régie étant en position dominante, applique des prix prédateurs, c'est-à-dire qui ne couvrent pas ses coûts moyens.

Le rapporteur désigne un expert pour construire la comptabilité analytique de la régie afin de déterminer si les tarifs appliqués couvrent les coûts.

L'expert conclut que les tarifs de l'Amporelle ne couvrent pas l'ensemble des coûts même en période

d'été ou sa mission de service public est limitée au minimum.

Le rapporteur conclut à l'existence de prix prédateurs c'est-à-dire de prix inférieurs au coût dans le but d'éliminer un concurrent la VIIV.

L'autorité de la concurrence ne suit pas le rapporteur et considère qu'il convient de séparer les 2 activités : touristiques et de continuité territoriale et que l'existence de prédation ne peut être prouvée que si les tarifs de l'activité concurrentielle ne couvrent pas les coûts incrémentaux liés à l'activité concurrentielle.

- Il considère que les coûts relatifs à l'Amporelle n'ont pas à être pris en compte pour analyser les coûts relatifs à l'activité touristique car ce dernier bateau de grande taille, permettant d'effectuer les traversées en hiver dans toutes les conditions, doit être rattaché à l'activité de continuité territoriale.
- Le coût incrémental de l'activité touristique ne comprend donc pas les coûts relatifs à

l'Amporelle et de ce fait les prix ne sont pas prédateurs.

- La VIIV interjette appel. La CA confirme la décision du conseil.
- La Cour de Cassation indique que la vraie question est de savoir si l'Amporelle était uniquement liée à l'activité de continuité territoriale et qu'il n'a pas été répondu à cette question.
- La Cour de renvoi ne répond pas à cette question en indiquant que le marché pertinent n'a pas été correctement défini à l'origine et que celui-ci est plus large qu'indiqué et que de ce fait la régie n'est pas en position dominante et n'a pu abuser de cette position par des prix prédateurs.
- En l'état un nouveau pourvoi a été déposé.
- Cette question soulève le problème de l'interaction du raisonnement économique dans le raisonnement juridique.

*
* * *

L'ÉVALUATION DES PRÉJUDICES ÉCONOMIQUES : L'APPLICATION DES CRITÈRES DAUBERT

INTERVENTION de

Monsieur Maurice NUSSENBAUM

Expert Judiciaire en finance, agréé par la Cour de Cassation,
Professeur à l'Université Paris IX Dauphine.



INTRODUCTION

Nous allons présenter l'application des critères Daubert pour évaluer les préjudices.
Dans ce cadre, nous énoncerons 5 grands principes (I) que nous illustrerons par un exemple (II).

I. LES 5 GRANDS PRINCIPES

1^{er} principe : bien définir le préjudice

1 - La notion de préjudice économique

D'une manière générale un préjudice résulte de l'écart entre une situation normale et la situation effective (en anglais « but for ») du fait d'une faute (contractuelle ou quasi délictuelle).

Plus particulièrement, la notion de préjudice économique ne constitue pas une catégorie spécifique en droit français.

On retient généralement la définition suivante :

Préjudice économique = préjudice lié à une activité économique de production ou de service (distinct de l'atteinte à une chose ou une personne ou consécutive à une telle atteinte).

Les préjudices économiques se manifestent par :

- Des coûts subis,
- Des manques à gagner,

et trouvent à s'appliquer pour deux types de biens :

- Pour les actifs de jouissance (a)
- Pour les actifs d'exploitation (b)

a) Pour les actifs de jouissance

Le préjudice consiste en une perte de jouissance et l'indemnité est constituée des coûts de remplacement ou de remise en état.

b) Pour les actifs d'exploitation, le préjudice comprend des coûts subis et des pertes de revenus

L'analyse de l'écart entre la situation réelle et la situation normale permet de déterminer les coûts supplémentaires et le manque à gagner.

Actifs d'exploitation

Usage normal :	Situation réelle :	Préjudice :
Revenus normaux	Revenus réels	Différence de revenus
—	—	—
Coûts normaux	Coûts réels	Différence de coûts
=	=	=
Profits normaux	Profits réels	Différence de profits

Les préjudices s'analysent à la fois sur le passé et sur le futur.

	Passé	Futur
Pertes subies (damnum emergens)	① Coûts supplémentaires Destruction d'actif	② Coûts supplémentaires futurs
Manque à gagner (lucrum cessans)	③ Perte de revenus passées	④ Insuffisance de revenus futurs

Il revient au juge de décider à partir des analyses factuelles de l'expert :

- du lien direct entre faute et préjudice,
- de la nature des préjudices : coûts subis et/ou manques à gagner,
- de l'horizon temporel : passé ou futur et du nombre d'années à prendre en compte.

2^{ème} principe : le cas particulier de la perte de chance (loss of chance)

Là encore on note l'absence de définition juridique générale. Cette notion est courante en matière délictuelle ou quasi-délictuelle, mais elle peut être également utilisée en matière contractuelle.

Ex : - Perte d'une chance de recouvrer l'intégralité d'une créance,
- Perte d'une chance dans l'exécution d'une vente de titres.

Elle résulte d'une faute qui a pour conséquence de réduire à néant la possibilité de réaliser un profit ou d'éviter une perte.

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

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

Valeur (ce que l'évènement heureux aurait procuré)	X	Probabilité de réalisation de la chance (évènement heureux)
--	---	---

3^{ème} principe : bien définir les instruments de mesure du préjudice : La nécessité d'une approche économique et non seulement comptable de la mesure

1 - Les coûts subis doivent être analysés à l'aide d'une approche économique

L'analyse économique permet d'analyser les effets des décisions économiques que ces effets soient ou non reflétés par la comptabilité.

Elle porte aussi bien sur le passé que sur le futur anticipé, cependant les sources d'information sont de nature comptable et il peut y avoir des divergences d'approche entre l'analyse économique et les mesures comptables.

2 - De fait les définitions de coûts sont distinctes entre l'analyse comptable et l'analyse économique.

- a) Les coûts comptables sont liés à l'information comptable et sont analysés dans la comptabilité analytique, ils comprennent notamment :
 - les coûts par nature ou par produit,
 - les coûts fixes et coûts variables,
 - les coûts directs et indirects.
- b) Une approche économique des coûts est nécessaire pour analyser les décisions d'investissement ou de production :
 - I) Il faut prendre en compte des coûts ignorés par la comptabilité tels que les coûts d'opportunité ou coûts alternatifs (« si je prends telle décision, à quelle alternative je renonce »).
 - II) Il faut exclure certains coûts pris en compte par la comptabilité tels que les « Sunk costs » ou coûts passés comme les amortissements ou les dépenses passées non récupérables (qui n'influent pas sur la décision actuelle).
 - III) Il faut privilégier les types de coûts qui influent sur les décisions tels que les Coûts marginaux (ou coût incrémental) : variation du coût total pour une unité supplémentaire produite. Le coût incrémental est le coût supplémentaire directement engendré par la décision.
 - IV) Il faut inclure la notion d'horizon : court terme ou long terme : à long terme les coûts fixes deviennent variables.

4^{ème} principe : il faut faire une analyse précise des gains manqués : Gains manqués et pertes de revenus

1 - Définition du gain manqué

Il s'agit d'une appréciation in abstracto « du gain qui pourrait être raisonnablement attendu, eu égard au cours normal des évènements » (art. 252 du code civil allemand).

Il est fonction des éléments suivants :

- Prix moyens de marché.
- Coûts normaux de production.
- État de la demande et de la part de marché.

2 - Gains manqués et perte de valeur d'un actif

C'est le cas où, à la suite d'une perte de revenus, on subit en plus une dépréciation de certains actifs.

Mais en fait, les 2 notions se recoupent, car la valeur économique d'un actif est liée aux revenus futurs qu'il est susceptible de générer.

Ainsi, la valeur d'une entreprise peut s'analyser comme la valeur des bénéfices futurs attendus et plus généralement des cash-flows nets des dépenses d'investissement.

Une perte de valeur (même d'un actif patrimonial, dès lors qu'il est utilisé dans la production) doit être démontrée par une perte prouvée d'une capacité à générer des revenus dans l'avenir ou par une perte de valeur vénale.

Le problème de la faute lucrative : (faute commise dans un but lucratif)

Exemple de faute :

L'usage illicite d'actif patrimonial (tel que le nom ou le savoir faire).

Comment réparer de manière efficace le préjudice subi ?

Faut-il prévoir la restitution des gains illicites ?

Le principe utilisé en droit français est la réparation intégrale : tout le préjudice et rien que le préjudice :

- Le prix qui aurait ainsi été fixé pour cet usage par la victime (s'il avait été autorisé) constitue un coût d'opportunité pour la victime (c'est-à-dire le revenu non perçu d'un usage alternatif).
- Ce prix aurait été nécessairement fixé au niveau qui aurait rendu inintéressant ou dissuasif l'usage illicite. Il aurait donc entraîné la restitution des gains illicites.

L'analyse économique permet d'intégrer le mécanisme de restitution des gains illicites dans la réparation intégrale en considérant ceux-ci à la fois comme un manque à gagner et un coût d'opportunité pour la victime.

II. UNE ILLUSTRATION DE LA METHODE AU CAS DE L'ATTEINTE A UN SAVOIR FAIRE : LE CAS VF DIFFUSION C/ CHANTELLE SA

Dans cet exemple, l'expert n'a pas donné son opinion sur la situation économique de référence qui permet de définir le préjudice par différence et n'a pas été critiqué par le juge.

L'expert est désigné pour donner son avis sur le préjudice qui est résulté pour la SA CHANTELLE des

3 - Les autres questions importantes qu'il convient d'aborder :

- a) La date de fixation des dommages : la réalité du dommage naît au jour du préjudice mais le quantum est déterminé au jour du jugement.
- b) Actualisation et capitalisation pour ramener les dommages passés et futurs au jour de leur estimation. Les dommages passés, une fois fixés sont capitalisés au taux sans risque. Les dommages du futur constituent une estimation entachée d'aléa et sont actualisés avec un taux incorporant une prime de risque.

5^{ème} principe : Les problèmes spécifiques liés à la détermination de la situation normale

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

Sa définition est d'abord d'ordre juridique car il s'agit de dire ce qui se serait passé en l'absence de faute. C'est à dire ce que la victime était en droit d'attendre.

Seule sa mesure relève de l'expertise.

Méthodes possibles :

- Par comparaison avec d'autres situations ou sociétés comparables non affectées par le préjudice ;
- Par référence au passé et au futur lorsque la situation normale est rétablie ;
- Par référence à des invariants préexistants tels que : part de marché avant coûts,....
- Par modélisation :
 - Comptable : comparaison avec des prévisions budgétaires
 - Economique : simulation du prix de marché concurrentiel
 - Econométrique et statistique pour effectuer des projections ou chercher des éléments comparables.

Les approches modélisées sont souvent controversées. C'est ainsi que le livre blanc de la communauté européenne sur l'indemnisation des préjudices nés d'atteintes à la concurrence a proposé une démarche simplifiée.

actes de contrefaçon et de concurrence déloyale commis à son préjudice pour les sociétés STYLMOD et VF DIFFUSION (CA 4^{ème} ch. A du 15/01/97).

Il s'agit en fait d'un savoir-faire (système de gradation) « détourné » par une employée de CHANTELLE qui a ensuite été embauchée par STYLMOD.

La mission de l'expert est détaillée dans l'ordonnance de la Cour d'Appel 4^{ème} ch. du 15/01/97 (cf.extrait ci-après).

- donner son avis sur le préjudice qui est résulté pour la SA CHANTELLE des actes de contrefaçon et de concurrence déloyale commis à son préjudice par les Sociétés STYLMOD et Établissements André SILVAIN et Cie désormais dénommées VF DIFFUSION SNC et VHF BOUTIQUE SA,
- recueillir tous éléments d'information de nature à permettre à la Cour d'évaluer exactement la réparation dudit préjudice,

L'expert observe qu'il ne peut être établi que le savoir faire incriminé ait été utilisé ou divulgué par le défendeur. De ce fait, le préjudice ne peut être déterminé en termes de perte d'activité ou de CA.

Il observe également que CHANTELLE n'a jamais consenti de licence sur le savoir faire considéré et que de ce fait elle ne peut invoquer des pertes de revenus à ce titre.

Il note que l'ensemble des actifs incorporels de la société peut être estimé à 300 MF dont 150 MF pour le savoir faire et 150 MF pour la marque.

L'expert a exposé les positions des parties sur les 3 approches du préjudice :

- manque à gagner du fait de l'impossibilité invoquée par Chantelle de bénéficier de revenus de licence,
- perte patrimoniale du fait de la divulgation du savoir faire,
- coût de reconstitution du savoir faire.

Concernant l'existence du préjudice, l'expert note qu'il s'agit d'une perte de chance, « terminologie d'ordre juridique qui n'est pas du ressort du technicien et dont l'appréciation revient à la Cour ».

De ce fait, il n'analysera pas la situation de fait et ne dira pas si :

- l'entreprise pourrait ou non concéder des licences dans l'avenir,
- et si elle a ou non subi une perte patrimoniale.

Il indiquera simplement que 4 positions peuvent être retenues par le juge :

- 1 - Il n'existe pas de préjudice car Chantelle n'a subi aucun dommage.
- 2 - Il existe un préjudice : Chantelle a perdu l'opportunité de bénéficier d'un revenu et le préjudice correspond à ce revenu actualisé soit 40 MF.

3 - Il existe un préjudice : Chantelle a perdu un savoir faire qui lui était propre et qui est maintenant connu des tiers. Le préjudice correspond à la valeur patrimoniale de ce savoir faire particulier calculé à partir de la valeur de ses actifs incorporels soit 75 MF car la diffusion possible à l'extérieur d'une partie du savoir faire serait de nature à donner lieu « à l'émergence d'activités concurrentes ».

4 - Il existe un préjudice : la société a perdu un savoir faire qui lui était propre et qui est maintenant connu des tiers. Le préjudice correspond au coût des années de travail qui avaient été nécessaires à Chantelle pour constituer ce savoir-faire. L'expert ne chiffre pas ce coût.

Ainsi, au lieu de caractériser la situation de fait effective qui a résulté des faits litigieux, l'expert renvoie à la Cour le choix parmi les 4 positions précitées parce qu'il considère qu'il s'agit de choix juridiques et non de questions de fait alors que l'analyse des faits résulte de l'observation et de l'analyse technique et non d'un raisonnement juridique.

La Cour prendra une position de principe par rapport aux faits et notera en effet que la divulgation d'un savoir faire à l'extérieur de l'entreprise « engendre nécessairement une diminution importante de la valeur patrimoniale » indépendamment de l'utilisation qui peut en être faite et que de plus ce savoir faire ne peut plus présenter d'intérêt pour les tiers.

Elle en conclut que c'est bien la valeur de cet actif qui constitue le préjudice mais pour son estimation, elle retient le chiffre de 75 MF, c'est-à-dire la moitié de la valeur totale de l'actif (soit 25% de la valeur totale des incorporels).

Elle indique de plus (ce qui peut paraître étonnant) que « l'augmentation du chiffre d'affaires de la société CHANTELLE est sans effet sur la valeur patrimoniale intrinsèque de cet incorporel ». Elle ignore de ce fait la théorie économique pour laquelle la valeur d'un actif est liée aux revenus futurs qu'on peut attendre et sa perte de valeur à une baisse de ces revenus futurs.

On peut faire plusieurs observations sur cette décision :

- l'expert ne caractérise pas la situation de fait : le savoir faire est-il perdu ? ne peut-il plus être donné en licence ? quel est le risque réel d'une utilisation par des tiers, sachant la menace d'une action judiciaire ?

L'expert renvoie au juge la définition de la situation de fait devant servir de référence pour définir le préjudice et estimer le dommage :

- si le savoir faire est perdu, les dommages s'élèveraient à 150 MF
- s'il n'est pas perdu, sachant que l'entreprise n'a jamais consenti de licence ni subi de perte en termes d'activité, le préjudice est nul. Par contre, si le savoir faire a été diffusé à l'extérieur et peut donner lieu à l'émergence d'activités concurrentes, la perte patrimoniale subie, peut être évalué à partir de 75 MF. Mais le choix entre ces options est plus une question de fait que de droit.

Face à ce premier exemple, on ne peut que s'interroger sur l'insuffisante interactivité entre le Juge et l'expert puisque la situation réelle factuelle n'est pas analysée par l'expert :

- la société avait-elle ou non la possibilité de céder son savoir faire ou de le donner en licence, du fait des actes litigieux ; cette question précise n'est ni posée ni résolue par le rapport ;

- en quoi le manque à gagner relatif aux revenus de licence était-il certain ?
- en quoi la dépréciation du patrimoine était-elle avérée ?

Le juge peut-il s'en remettre à l'expert sans contrôler :

- l'application de la méthode d'évaluation,
- les paramètres utilisés,
- la réalité de cette perte patrimoniale :

Si la détention par un concurrent ôte à ce savoir faire sa valeur patrimoniale, cela veut dire que les bénéfiques, que le propriétaire peut tirer de son usage sont anéantis. La valeur patrimoniale découle notamment de l'usage.

Or manifestement Chantelle n'a pas cessé de s'en servir et il n'a pas été établi que le concurrent l'avait utilisé, alors comment estimer que la perte patrimoniale peut être fixée à l'estimation minimale de la valeur patrimoniale ?

L'expert n'avait pas répondu à la question de la réalité de la perte parce que le juge ne lui avait pas demandé, considérant que par définition, le détournement du savoir faire revenait à en détruire totalement la valeur. Dans ce cas, la mission aurait du consister à estimer cette valeur, même si cette définition ne correspondait pas de manière certaine au préjudice effectif.

CONCLUSION

L'évaluation des préjudices économiques comprend deux composantes complémentaires, la définition et le choix des méthodes d'une part et la mesure des dommages d'autre part.

Si la mesure relève du fait, la définition du préjudice appartient au juge qui devrait pouvoir en s'aidant de l'expert :

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

Le principe de la réparation intégrale a montré ses limites dans de nombreux domaines et notamment en matière de fautes lucratives et de contrefaçon car il conduit à une réparation insuffisante : difficulté de réunir les preuves, non prise en compte des effets induits.

La solution ne réside pas dans le relâchement des règles de preuve mais dans l'élargissement des modes de détermination des dommages et intérêts comme le sont les « restitutionary damages » ou restitution des gains illicites ou encore l'application du taux de redevance majoré en tant que plancher indemnitaire comme défini dans la loi de 2007 sur la contrefaçon.

Les tribunaux sensibilisés par les méfaits de la contrefaçon ont souvent une attitude punitive. Pourquoi ne pas la formaliser en élargissant l'application du principe de réparation intégrale en y intégrant la restitution des gains illicites à travers l'analyse des bénéfiques des contrefacteurs ?