

Qu'est-ce que l'expertise privée ?

Indispensable rouage dans des arbitrages internationaux et pratique éprouvée outre-Atlantique, l'expertise économique et financière privée est en plein essor.

Si elle s'occupe essentiellement de chiffrage des dommages économiques dans des situations complexes, l'expertise privée revêt également des intérêts, en défense dans le cadre de la critique d'un chiffrage adverse, en matière de caractérisation de la faute (détection de fautes de gestion ou de pratiques de corruption dans des états financiers par exemple), de détermination du lien de causalité (à l'aide d'analyses économiques tels que le calcul du coefficient de Pearson), ou encore – en défense – dans le cadre de la critique du chiffrage et des analyses adverses.

L'expertise privée complète donc l'analyse de l'avocat en plusieurs points. Dans un cadre précontentieux, elle est également utile au dirigeant ou à l'actionnaire désireux de s'assurer de la réalité d'une malversation comptable, de l'étendue d'un dommage économique, ou de la pertinence d'un montant proposé dans un protocole d'accord transactionnel.

Pour traiter cette gamme de situations, l'expert privé doit disposer de solides compétences en finance et en économie – chaque cabinet ayant une prédilection pour l'un des domaines – et d'une connaissance précise des attentes, textes et jurisprudences afférents à ses prérogatives dans les instances auprès desquelles il exerce (juridictions nationales, chambres d'arbitrage, autorités de la concurrence ou des marchés financiers, organismes supranationaux, etc.).



Il doit également disposer de capacités d'adaptation et de réflexion lui permettant de cerner rapidement les enjeux d'un contentieux (arguments échangés au cours de la procédure, chefs de préjudices applicables, spécificités propres au secteur ou au contrat, etc.).

Si, dans la logique arbitrale, les sujets sectoriels relèvent essentiellement de l'expertise technique complétant l'expertise financière privée, l'expertise sectorielle consiste évidemment un plus.

Du reste, les tribunaux attendent de l'expert privé exhaustivité, précision, transparence, pédagogie et objectivité¹. Il s'agit des mêmes qualités que celles que le juge attend des experts judiciaires qu'il désigne pour l'éclairer sur certaines affaires.

Au-delà de la réputation et les références du cabinet, la compétence d'un expert financier s'apprécie donc à l'aune de sa réactivité, et sa capacité, lors d'une première consultation, à cerner les enjeux d'une affaire, y relier

les intérêts et limites des différentes méthodologies applicables, et les restituer avec pédagogie à son interlocuteur.

Aussi, un premier entretien maîtrisé et un devis détaillé constituent-ils de bons critères de sélection d'un cabinet.

La mission d'expertise privée proprement dite fait l'objet d'une convention (ou lettre de mission) et se déroule en trois phases : recueil et prise de connaissance approfondie de la documentation pertinente (comptes annuels, grilles tarifaires, rapports de gouvernance, études économiques, textes de lois et jurisprudence, etc.), réalisation des travaux techniques de chiffrage et/ou d'investigation, restitution des travaux au sein d'un rapport productible en justice.

Bien que son format soit libre, ce rapport fait l'objet d'attentes précises des tribunaux : périmètre de la mission d'expertise, sources utilisées, méthodes mises en œuvre, hypothèses retenues, robustesse des conclusions, respect du contradictoire.

Enfin, le rapport doit être très pédagogique, selon l'adage bien connu : « *ce qui se conçoit bien, s'énonce clairement* ».

Comment critiquer le chiffrage d'un préjudice ?

Un dommage n'est réparable que dans la mesure où il est certain et évaluable. Aussi est-il tout à fait possible de critiquer la position d'une partie adverse sur sa capacité à évaluer le préjudice qu'elle allègue.

Quelques réflexes simples suffisent ainsi à disqualifier les chiffrages les moins bien défendus.

Quatre éléments doivent être considérés dans une bonne revue critique de chiffrage :

- la conformité du chiffrage aux grands principes du droit ;
- la méthodologie de chiffrage retenue ;
- l'exactitude arithmétique du chiffrage ;
- la documentation justifiant le chiffrage.

Les grands principes

Dans le cadre d'une revue critique rapide, il est intéressant de vérifier la conformité du chiffrage à trois principes en particulier.

En premier lieu, il convient de s'assurer du respect du principe du contradictoire, lequel impose que le chiffrage soit mené à partir de chiffres consultables par la partie adverse (et, idéalement, annexés au rapport)

¹ - Comme rappelé par la Cour d'Appel de Paris, dans sa fiche 22 de réparation du préjudice économique 2020.

et suffisamment développé pour qu'il puisse être reconstitué ses soins.

Bien souvent, une analyse rapide de la forme du chiffrage (La méthode de calcul est-elle expliquée ? Les calculs sont-ils détaillés, sourcés ? Y a-t-il des annexes ?) est suffisante pour se faire un avis sur le respect de ce principe.

En second lieu, il s'agit de s'assurer du principe de réparation intégrale du préjudice, constamment réaffirmé par la jurisprudence depuis les années 1950, lequel exige que soit évalué « *tout le préjudice, rien que le préjudice* ». Une partie ne peut, par exemple, se prévaloir et du coût d'un investissement, et des fruits de ce dernier.

Aussi, les experts mènent-ils leurs chiffrages selon une approche différentielle entre situation contrefactuelle (n'eût été le préjudice) et situation réelle. Cette approche ne doit toutefois pas dispenser de se poser les questions du lien de chaque poste chiffré avec la faute alléguée, de l'éventuel double chiffrage d'un dommage, et du degré de la probabilité du dommage futur (une perte de chance ne saurait être évaluée selon les mêmes modalités qu'un gain manqué certain).

Précisons qu'il existe certaines exceptions à ce principe (i.e. la contrefaçon). En cas de doute, il est donc préférable de se référer à un expert financier.

En dernier lieu, il convient de s'interroger sur le respect de l'intention des parties dans le chiffrage.

Un exemple : s'il est correct de chiffrer un préjudice de perte de chance de renouveler le contrat lorsque ce dernier possède une clause de tacite reconduction, il est incorrect de le faire dans le cadre d'un contrat à durée déterminée qui en est dépourvue.

Une entorse à l'un de ces trois principes suffit à disqualifier un chiffrage.

La méthodologie

Elle porte sur le choix des hypothèses, outils et méthodes calculatoires, comptables et financières de chiffrage. Quelques erreurs grossières – mais fréquentes – peuvent être facilement détectées.

D'abord, l'absence de justification des méthodes et hypothèses de chiffrage retenues. Dans le cadre d'une évaluation financière, bien des méthodes peuvent être utilisées et donner des résultats très différents si les hypothèses de construction ne sont pas fondées sur des données de marché communes. Une simple vérification formelle – justification des hypothèses, exposition des limites des méthodes employées, etc. – permet de détecter des défaillances.

Ensuite, l'utilisation du chiffre d'affaires pour calculer le préjudice : il est toujours incorrect de réclamer une perte de chiffre d'affaires brut. Elle implique, en effet, *a minima* des économies sur les coûts variables afférents. Le préjudice correspond donc – au plus – à une perte de marge sur coûts variables.

Wolters Kluwer

Accroître l'efficacité des services juridiques et renforcer la collaboration

legisway

- Logiciels modulables tout-en-un couvrant l'ensemble de l'activité juridique des entreprises
- Contrats, Litiges, Corporate, Propriété Intellectuelle, Protection des données, Pouvoirs, Immobilier, Compliance
- Portail Collaboratif
- Intelligence Artificielle au service du Contract Management
- Signature électronique
- Rapports, tableaux de bord et organigrammes
- Hébergement sur un Cloud privé ou vos serveurs

PLUS DE 100 000 utilisateurs dans le monde utilisent quotidiennement Legisway

Connectons intelligence juridique et transformation digitale

legisway.fr

Publicité

Enfin, l'absence d'actualisation des préjudices futurs : les règles financières élémentaires imposent d'actualiser (à la baisse) tous les flux financiers futurs à la valeur du flux présent, du fait des phénomènes psychologiques de préférence pour la liquidité immédiate et d'aversion au risque.

Au-delà de ces quelques éléments, le recours à un expert privé est indispensable (l'utilisation du modèle de Black & Scholes pour évaluer un préjudice d'expropriation minière est incorrecte si ladite expropriation si cette dernière ne suit pas un processus stochastique en temps discret...).

L'exactitude arithmétique

Nous trouvons parfois des erreurs de calcul même sur les chiffrages les plus élémentaires.

Bien évidemment la vérification de certains calculs complexes doit être confiée par un expert financier (l'application du modèle de Black & Scholes) mais certains chiffrages ne présentent que des calculs simples.

Si vous ne pouvez pas vérifier un calcul simple, c'est certainement que la partie adverse n'a pas assez détaillé son chiffrage ; lequel ne respecte donc pas le contradictoire.

La documentation

Tout chiffrage non documenté doit être considéré comme nul. Par ailleurs, toutes les sources documentaires ne se valent pas.

Ainsi, les données opérationnelles utilisées doivent idéalement provenir de tiers, ou être vérifiables contradictoirement par les parties. Les données financières utilisées doivent idéalement provenir de comptes annuels certifiés par un auditeur indépendant, ou, a minima être réconciliées avec ces derniers.

Les données de marché enfin, doivent provenir d'instituts (FMI, INSEE, etc.) ou d'acteurs reconnus (BLOOMBERG, XERFI, MEDIAMETRIE, etc.).

A noter que dans certains cas, les données nécessaires ne sont pas disponibles car détenues par la défenderesse. Il vaut donc mieux attaquer d'autres aspects du chiffrage, sous peine de se voir opposer une injonction à communiquer.

Comment faire financer un contentieux ?

Le financement par un tiers (ou *Third party funding*) consiste en la prise en charges des frais de procès d'une des parties (essentiellement les frais d'avocats, d'experts techniques et d'experts financiers) par ce tiers.

Cette pratique, née dans certaines régions d'Australie à la suite de diverses innovations législatives dans les années 90, s'est réellement développée à partir du milieu des années 2000 en Australie, et au début des années 2010 aux États-Unis et en Grande-Bretagne.

Encore élitiste en France, le financement par un tiers connaît un développement rapide ces dernières années.

Au point qu'à Paris, des acteurs indigènes côtoient désormais les antennes de certains des plus gros fonds dédiés au financement de litiges.

Quels sont les dossiers examinés ?

Originellement, les tiers financeurs se sont concentrés sur le financement de voies d'exécutions dans le cadre de contentieux d'actionnaires, puis d'arbitrages, jusqu'à s'étendre aux class actions et aux procédures de *private enforcement*.

Pour la plupart souples quant à la nature du contentieux, tous exigent certains critères financiers.

En premier lieu, ils examinent tous le ratio entre (i) le budget financé et (ii) les réparations raisonnablement atteignables. Ce ratio doit être généralement de 1/10. Certains tiers acceptent toutefois de financer des affaires sur la base de ratio de 1/7.

En second lieu, certains tiers financeurs exigent un ticket d'entrée minimum en matière de budget financé ou de réparation espérée. Ces tickets sont variables, entre 300 000 à 3 millions d'euros.

Comment sont sélectionnés les dossiers ?

Les équipes internes des tiers financeurs (composées d'anciens arbitres, avocats et experts financiers, rompus aux procédures judiciaires et aux arbitrages) examinent l'intégralité des dossiers qui leur sont soumis.

Il leur arrive toutefois de s'adjoindre des experts externes pour parfaire leur avis.

Ils examinent cinq éléments :

- **les fondements** éthiques et la recevabilité juridique de la réclamation ;

- **la stratégie contentieuse** comprend l'examen des démarches engagées (buts, résultats obtenus, capacité d'autocritique), puis de la stratégie qui serait mise en œuvre en cas de financement ;

- **l'équipe-conseil** dont sont sondées l'expérience (track-record, réputation) et la complémentarité (le triptyque avocat-expert technique - expert financier étant un standard dans les arbitrages internationaux) ;

- **les perspectives de recouvrement** s'apprécient à partir du délai usuel de la procédure, des possibilités ménagées par la juridiction impliquée, des voies d'exécution et de recouvrement pouvant être empruntées (possibilité d'exequatur, de cession de la créance, etc.) et de la capacité financière du fautif.

- **le budget** : dont la cohérence et la destination des fonds mis à disposition sont appréciées.

Précisons que la France se trouve dans un vide juridique sur la question du TPF, et que certaines réticences déontologiques subsistent. Il s'agit d'un point à ne pas omettre lors de la présentation d'un dossier à un financeur étranger, notamment anglo-saxon.

En général, les tiers financeurs demandent à l'équipe-conseil de présenter le dossier dans une note écrite comprenant les différents éléments cités. Une note de l'avocat est indispensable ; des avis d'experts techniques et financiers sont fortement conseillés.

Les tiers financeurs n'attendent pas de format de rendu précis, et souvent, ne demandent pas explicitement les critères cités plus haut. Il s'agit d'une méthode de sélection des dossiers.

En plus de ce dossier écrit, les tiers financeurs échangent naturellement avec la demanderesse de financement et ses conseils.

Le délai de prise de décision d'investissement est variable ; cette dernière pouvant être prise en quelques semaines (4 à 8) par les fonds les plus rapides pour les dossiers les plus solides, jusqu'à quelques mois.

À quelles conditions ?

Sauf cas particuliers, les tiers financeurs supportent l'intégralité du risque de leur investissement : les fonds sont accordés comme une avance non remboursable en cas de défaite.

En cas de victoire, un mécanisme de rémunération, souvent en deux volets, est activé :

- à titre principal, une rémunération par multiple du budget financé (souvent deux à trois le montant) en fonction du délai de l'action et des conditions négociées ;

- à titre subsidiaire, une rémunération indexée sur le montant des réparations obtenues (souvent moins de 5%).

Les tiers financeurs sont flexibles et peuvent tout aussi bien proposer un simple multiple, qu'une rémunération combinée entre part fixe, variable par multiple et variable indexé sur le montant des réparations obtenues.

Ils communiquent peu sur le montant de leur rémunération, certes très fluctuant selon les cas d'espèces. Néanmoins, si l'on considère une limite haute, la rémunération combinée pourrait s'approcher d'un multiple de quatre fois le montant financé.

Sachant que ce montant représente moins de 10 % des réparations pouvant être obtenues, la rémunération totale du fonds n'excéderait pas 40 % de la somme récupérable.

Précisons enfin que, si les tiers financeurs exigent un droit de regard sur les décisions prises par l'équipe-conseil, ils sont tout à fait ouverts à l'abandon d'une procédure pour un règlement à l'amiable.

Arnaud CLUZEL
Associé



Aequus Principaliter

www.aequus-p.com

IMfinity

Interim Executive Management

121, av. des Champs-Élysées - Paris

Tél : +33 (0)1 72 71 85 00

www.imfinity.fr

Spécialiste du Management de Transition
et du Recrutement pour les Directions Juridiques,
Compliance, DPO, Finance, RH, SI, IT...

TYPE DE PRESTATION

- > Management de Transition
- > Recrutement classique
- > Recrutement d'urgence

NOS FORCES

- > Connaissance approfondie de chaque fonction en entreprise
- > Présence internationale
- > Honoraires clairs au forfait

NOS DOMAINES D'INTERVENTION

- > Juridique et Fiscal
- > Compliance
- > Données personnelles
- > Secrétariat Général
- > Ressources Humaines - Droit social
- > Finance
- > Systèmes d'Information
- > Communication Marketing