

N°101

AOÛT
SEPTEMBRE 2024

www.village-justice.com

Le Journal du Management

juridique et réglementaire d'entreprises

CONTENTIEUX
DES AFFAIRES

SOFT SKILLS

COMPLIANCE

DPO - RGPD

INTELLIGENCE
ARTIFICIELLE



Les bonnes pratiques d'évaluation du préjudice économique dans les contentieux

1. Techniquement, une évaluation de préjudice (économique) correspond au chiffrage des dommages économiques causés par les fautes alléguées dans le cadre du contentieux.

2. Dans le cadre de la réparation intégrale des préjudices causés¹, elle a pour objectif de renseigner le juge et les parties sur le quantum des réparations des dommages économiques liées aux fautes alléguées, ou éventuellement de servir de base de négociations aux parties.

3. Idéalement, le chiffrage de préjudice doit donc être anticipé et servir à affiner la stratégie contentieuse élaborée par les conseils juridiques des parties (sauf s'il est réalisé dans le cadre d'une expertise judiciaire).

4. En d'autres termes, un travail de concert entre l'évaluateur et l'avocat permet de sélectionner les couples fautes-préjudices les plus robustes (solidité des événements de preuve, et importance des réparations) et d'en écarter certains plus farfelus dont la critique pourrait compromettre l'ensemble de la demande aux yeux du juge.

5. Dans un objectif de transaction, ce travail permet également de retenir les couples fautes-préjudices les plus susceptibles de mettre la pression sur la partie adverse - en apportant une forte coloration *antitrust* contre les GAFAM par exemple.



1 L'analyse préliminaire d'identification des dommages réparables

6. Toujours est-il que lorsque les fautes alléguées sont fixées, l'évaluateur doit mener une analyse préliminaire d'identification des préjudices (économiques) réparables.

7. Cette analyse consiste (i) à tirer l'ensemble des conséquences économiques des fautes alléguées et (ii) à vérifier qu'elles soient bien réparables.

8. Pour ce faire, il convient de raisonner par approche différentielle entre :

- une situation contrefactuelle qui se serait produite en l'absence des fautes alléguées ;
- et la situation factuelle constatée (les fautes ayant été commises).

9. L'examen des différences entre ses deux situations permet de reconnaître des formes de dommages

reconnues par la jurisprudence (la perte subie, le gain manqué, la perte de chance, la faute lucrative, le préjudice de trésorerie, et le préjudice moral), largement suffisantes pour couvrir l'ensemble des dommages envisageables pour un cas d'espèce.

10. Lorsqu'elle est bien réalisée, l'approche différentielle permet également d'éviter les risques de double chiffrage (par exemple, la réclamation simultanée du coût d'un investissement et de sa rentabilité attendue).

11. Il convient ensuite de s'assurer que les formes de dommages identifiées sont réparables, c'est-à-dire :

- que le lien de causalités entre lesdites formes et les fautes alléguées est assuré² ;
- que la réparation de ces dommages n'est pas limitée par l'imprévision ou la force majeure ;
- pour les dommages relevant d'inexécution contractuelles, qu'ils ne font pas l'objet d'une clause de limitation du préjudice valide ;
- dans certains droits étrangers, que la victime a bien rempli l'obligation de ne pas aggraver / de limiter son dommage ;
- que le dommage est quantifiable / évaluable : sur ce dernier point, nous recommandons de séparer explicitement les chiffrages de préjudices économiques, précisément quantifiables, des préjudices moraux dont la quantification est par nature sujette à interprétation.

2 Le chiffrage des préjudices économiques réparables

12. Le chiffrage des différents types de préjudices économiques réparables identifiés doit être réalisé (i) en fonction de méthodologies spécifiques présentées dans la loi, la jurisprudence, la pratique³, et (ii) à défaut, en fonction des méthodologies générales rattachées aux différentes formes de dommage évoquées *supra* (perte subie, gain manqué, perte de chance, faute lucrative, etc.).

13. Sans entrer dans le détail de chacun des préjudices, nous pouvons donner quelques bonnes pratiques d'ordre général :

- suivre le rasoir d'Ockham : la méthode de chiffrage la plus simple est toujours la meilleure, car elle est la plus intuitive/pédagogique et *in fine* la plus convaincante aux yeux d'un juge⁴ ;
- se soucier du contradictoire : non seulement respecter le principe judiciaire éponyme en

1 - Ce principe est majoritaire dans la plupart des systèmes juridiques. En droit français, la Cour de Cassation affirme ainsi que « le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu » (Cour de cassation, chambre civile 2, 28 octobre 1954, Bull. civ. II, n° 328).

2 - À cet effet, nous recommandons l'utilisation de modèles causals, tels que le modèle de Neyman-Rubin, qui présentent des démarches déductives complètes pour établir une causalité. En tout état de cause, un lien de causalité doit être établi à partir d'une analyse hybride mettant en œuvre logique économique et instruments statistiques/économétriques (tels que les coefficients de Spearman ou de Pearson par exemple).

3 - Pour le droit français, nous recommandons d'utiliser les fiches méthodologies dédiées à la réparation du préjudice publiées par la Cour d'Appel de Paris. <https://www.cours-appel.justice.fr/paris/la-reparation-du-prejudice-economique>.

4 - Bien évidemment, sur certains préjudices complexes, même la méthode la plus simple peut être difficile d'appréhension.

permettant à la partie adverse de recalculer le chiffrage, mais surtout en privilégiant autant que possible des données opposables à la partie adverse (car utilisée par elle dans d'autres contextes), et en anticipant les objections qui pourraient être levées ;

- se montrer pédagogue : conséquence des deux conseils précédents, il convient de décomposer le chiffrage en autant d'étapes de calcul simples que nécessaires pour qu'il soit parfaitement limpide pour la partie adverse, comme les juges ;

- chiffrer sur la base de données financières aussi nombreuses et solides que possibles : qu'il s'agisse de données validées par la partie adverse, de comptes annuels validés par l'administration ou de données de marché émanant de tiers de confiance (la Banque Mondiale, ou l'INSEE par exemple), un chiffrage est d'autant plus robuste qu'il repose sur des données empiriques⁵.

- justifier chaque hypothèse : la moindre hypothèse d'un chiffrage doit être justifiée pour pouvoir résister à une analyse critique ;

- raison garder : le mieux est l'ennemi du bien. Il est préférable de soumettre au juge un chiffrage un peu moins élevé fondé sur des hypothèses prudentes, que le chiffrage le plus élevé possible, fondé sur des hypothèses maximales parfois invraisemblables aux yeux des juges.

- faire revoir son chiffrage : pour s'assurer de l'absence d'erreurs arithmétiques dans le chiffrage. Une erreur est parfois suffisante pour décrédibiliser l'ensemble du chiffrage.

14. En conclusion, rappelons qu'une bonne critique de chiffrage peut anéantir toute chance d'obtenir des dommages et intérêts, même lorsque les actes fautifs sont largement prouvés.

15. Pour éviter de donner des coups d'épée dans l'eau, il convient de soigner les chiffrages de préjudice, et à ne pas hésiter à se faire accompagner par un expert dès lors que l'évaluation semble complexe.

Arnaud CLUZEL
Associé Gérant

5 - À notre sens, la modélisation économique doit donc être utilisée avec parcimonie et, lorsqu'elle est retenue, le modèle « entraîné » à partir de nombreuses données empiriques. Pour ceux qui souhaitent aller un peu plus loin, nous rappelons que les modèles sont soumis à la divergence de Kullback-Leibler : un modèle est d'autant plus défaillant que l'échantillon de données sur lequel il est construit est limité/incomplet.

L'utilité de l'investigation financière dans le cadre du chiffrage du préjudice

1. Depuis quelques années, les techniques d'investigation financière sont de plus en plus utilisées dans le cadre d'analyses forensiques (ou *forensic* en anglais).

2. Pour donner quelques exemples, l'investigation financière permet, par exemple, de remonter des montages financiers frauduleux à partir d'écritures comptables et bancaires afin d'apporter la preuve d'actes de corruption, de blanchiment, de financement du terrorisme, de fraude fiscale ou encore de fautes de gestion.

3. Elle permet également d'analyser les interactions entre plusieurs sociétés afin de caractériser, à minima des relations financières anormales, mais surtout la fictivité de certaines sociétés (souvent dites sociétés écran) ou des situations de confusion de patrimoine¹.

4. Dernier exemple, elle permet de statuer sur la réalité d'un lieu de résidence dans le cadre d'un divorce (les conditions du divorce étant très différentes selon le lieu de résidence) par analyse des dépenses liées au lieu de résidence supposé.

5. S'il s'agit de cas d'usages très divers, ils portent tous sur la recherche d'éléments de preuve dans le cadre de fautes alléguées.

6. L'investigation financière présente toutefois également des utilités dans le cadre de missions de chiffrage de préjudice (causé par une faute caractérisée).

7. En amont même des travaux de chiffrage proprement dit, une investigation financière préalable permet d'identifier certaines vulnérabilités (politiques, réputationnelles, normatives, etc.) de la partie adverse, et d'orienter la stratégie contentieuse dans le sens le plus favorable à une issue transactionnelle.

8. Pour prendre un exemple simple, il sera toujours plus facile de négocier un accord transactionnel avec un GAFAM sous

un angle antitrust (et ce d'autant plus lorsqu'il est ciblé par quelques décisions des différentes Autorités).

9. S'agissant du chiffrage *stricto sensu*, l'investigation financière revêt plusieurs fonctions.



1 - Les preuves de fictivité d'une société ou de situations de confusion de patrimoine sont primordiales dans le cadre de demandes en extension de responsabilité dans le cadre de procédures collectives.

10. En premier lieu, elle permet de trouver et de sourcer des données chiffrées contradictoires, utilisables dans le cadre du chiffrage et facilement opposables à la partie adverse (par exemple, un taux de croissance en longue période).

11. L'utilisation de données chiffrées contradictoires facilement vérifiables et opposables renforce considérablement la robustesse d'un chiffrage ainsi que sa crédibilité aux yeux d'un juge.

12. En deuxième lieu, certains chiffrages complexes nécessitent de sourcer de nombreuses données de marché, parfois difficilement accessibles, pour être efficace.

13. Dans le cadre d'un chiffrage par double différence² par exemple, l'évaluateur doit analyser les performances financières de la victime avant et après survenance de la faute, à l'aune des performances financières du marché épargné par la faute sur la même période.

14. Cette méthode présuppose, ainsi, de récupérer un volume suffisant de données de marché pertinentes - plus l'échantillon utilisé est important, plus la double différence est précise -, mais permet de réaliser un chiffrage particulièrement robuste.

15. En troisième lieu, de plus en plus de chiffrages peuvent être effectués sur la base de la faute lucrative / du gain indu du fautif.

16. Il s'agit, au premier chef, des préjudices causés par des actes de contrefaçon et autres atteintes

à la propriété intellectuelle ou au secret des affaires, mais aussi - par construction jurisprudentielle³ - des préjudices liés à des actes de concurrence déloyale, qu'il s'agisse de parasitisme économique ou d'une simple rupture de l'égalité dans la concurrence par non-respect des normes.

17. Dans ces cas, le chiffrage est essentiellement réalisé sur la base des données financières de la partie adverse.

18. Lorsque ces données ne sont pas mises à disposition au cours de la procédure (dans le cadre d'un constat 145 par exemple), elles peuvent être identifiées dans le cadre d'une investigation financière.

19. C'est bien évidemment toujours le cas lorsque la partie adverse est une société cotée, tenue de publier ses comptes dans le cadre de ses obligations boursières.

20. Bien souvent, l'information recueillie est parcellaire mais exploitable. Les comptes de certains groupes doivent même être reconstitués pour pallier la division comptable internationale que ces derniers mettent en œuvre pour protéger leur information financière.

21. Au-delà de ses usages désormais bien connus au sein d'analyses forensiques, l'investigation financière se révèle donc particulièrement utile pour optimiser les chiffrages de préjudices réalisés et, in fine, le taux de victoire dans un contentieux.

Arnaud CLUZEL
Associé Gérant

2 - Le raisonnement par double différence - ou différences de différences - est une méthode économétrique statistique utilisée pour estimer l'effet d'un traitement. Il s'agit du raisonnement classique le plus apprécié en la matière. Il est notamment (i) utilisé par des organismes gouvernementaux pour mesurer l'efficacité des politiques publiques, (ii) retenu dans le modèle causal de Neyman-Rubin, (iii) recommandé comme option prioritaire par la Commission Européenne (et les Autorités de la Concurrence nationales) dans le cadre de chiffrage de préjudices économiques complexes, et (iv) conseillé par la Cour d'Appel de Paris pour l'évaluation d'un préjudice économique.
3 - Voir par exemple : Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 18 octobre 2017, 15-29.094. Cour de Cassation, Chambre commerciale, 12 février 2020, pourvoi n° 17-31.614. Cour de cassation, chambre commerciale, 7 juillet 2021, pourvoi n° 20-11146. Cour de cassation, chambre commerciale, 5 janvier 2022, pourvoi n° 20-16.339 et Cour d'appel de Paris, arrêt du 4 octobre 2023, RG n° 21/22383.

À LIRE SUR WWW.VILLAGE-JUSTICE.COM



BY LEGI TEAM

RÉFORME DE LA GARDE À VUE DE 2024 :
TOUT CE QUI CHANGE AU 1^{ER} JUILLET
Valentin Simonnet, Avocat

L'objet de cet article est de revenir sur la réforme de la garde à vue instaurée par La loi n° 2024-364 du 22 avril 2024. Elle supprime le délai de carence de deux heures qui permettait à l'OPJ de commencer la première audition sans l'avocat commis d'office une fois ce délai expiré et supprime la possibilité pour l'OPJ d'effectuer les auditions postérieures sans l'avocat. Cette réforme vise à garantir les droits de la défense et à équilibrer les pouvoirs entre poursuite et défense.

Description rédigée par l'IA du Village

<https://www.village-justice.com/articles/reforme-garde-vue-2024-tout-qui-change,48316.html>

