

# ÉVALUATION ET VALORISATION EN DROIT DES AFFAIRES : JUSTESSE ET OPPORTUNITÉ

**Mardi 8 octobre 2019 de 14h à 18h30** - Auditorium de la maison du barreau, 2/4 rue de Harlay 75001 Paris

Colloque organisé par la commission ouverte de droit économique du barreau de Paris et présidé par :

**Georges Teboul**, avocat à la cour, AMCO, coresponsable de la commission ouverte « droit commercial et économique »  
**Bernard Lagarde**, avocat à la cour, coresponsable de la commission ouverte « droit commercial et économique »

## Programme détaillé p.1/2

Les récentes évolutions constatées montrent que les termes d'évaluation et de valorisation connaissent un nouveau regain. En effet, le principe de la juste indemnisation à l'aune de la totalité du préjudice subi, en lien avec une faute, est à présent battu en brèche par de nombreuses considérations.

La législation Macron tend à établir des barèmes pour donner une plus grande prévisibilité aux décisions des juges, ce que nous avons constaté en matière prudhomale. Les juges ont tendance à résister à cette limitation de leur pouvoir et les parties vont souvent considérer que cette indemnisation n'est pas équitable, dès lors qu'elle est réduite sans tenir compte de leur réel préjudice.

Par ailleurs de nombreux débats, dans le cadre d'une réforme de la responsabilité civile concernent la définition de la faute lucrative, celle de dommages et intérêts punitifs, ce qui rend particulièrement difficile l'évaluation et la prévision de l'éventuelle sanction.

En outre, la nouvelle notion de mitigation est une exception française : il s'agit de l'obligation pour la victime de minimiser l'étendue et l'importance de son propre dommage, ce qui est admis dans plusieurs législations en Europe mais pas dans notre pays.

Les assureurs souhaitent bien entendu que cette obligation de mitigation apparaisse dans notre droit positif. La victime aurait ainsi l'obligation de mettre en œuvre des moyens raisonnables pour atténuer son dommage.

Le débat se situe dans le droit fil des articles 1149 et 1151 du code civil qui relèvent, certes de la responsabilité civile contractuelle. Par ailleurs, la loi Lemaire permet l'accès à un grand nombre de décisions de jurisprudence, ce qui est mis à profit par des legaltech qui souhaitent proposer une justice prédictive efficace.

La prévision ne concerne pas seulement la détermination d'une faute, mais aussi l'appréhension de son lien de causalité et de l'évaluation de son préjudice ...

Notre colloque se limitera à la définition de l'évaluation des préjudices économiques. Dans cette matière, la documentation est particulièrement riche. Il convient à cet égard de citer le guide d'évaluation des préjudices économiques de l'Académie (34<sup>ème</sup>

cahier de l'académie, revue fiduciaire, RF comptable, 17 mai 2018).

Il s'agit des travaux d'un groupe de travail de l'académie des sciences techniques comptables et financières qui avait publié à l'automne 2017 un cahier traitant de la gestion du litige sur l'anticipation du conflit, l'identification et l'évaluation des préjudices et la gestion du conflit et des modalités éventuelles de résolution.

L'évaluation du préjudice économique prend de très nombreuses formes, il s'agit des pertes matérielles ou immatérielles subies, et il convient d'identifier la nature des pertes.

La démarche d'évaluation consiste à estimer le montant de la perte financière correspondante et le niveau de difficulté dépend du degré de liquidité des biens ayant subi un dommage.

Pour des pertes immatérielles, s'il s'agit d'un fonds de commerce, sa valeur comptable ne sera pas exploitable et il conviendra plutôt de capitaliser les flux futurs de trésorerie. La question des gains manqués peut être décomposée en perte de revenus passés et en insuffisance de revenus futurs.

La notion de chance est souvent évoquée en outre pour la réparation d'un préjudice économique. Or, il s'agit de cerner ici l'objet d'une incertitude. Mais pour cela, il faut replacer le demandeur dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence de préjudice.

Bien entendu, il y a lieu de tenir compte des frais annexes et notamment des frais financiers, de l'incidence de la fiscalité ...

Le droit des affaires est riche en matières qui amènent à évoquer ces sujets : il s'agit de la concurrence déloyale, de la rupture brutale des relations commerciales établies, de l'application de l'article L. 481-7 du code de commerce sur la présomption simple d'une entente entre concurrents qui cause préjudice, du régime des agents commerciaux ...

En ce qui concerne les gains manqués, ils se mesurent grâce au concept de marge. La perte de chance réparable consiste à démontrer la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable et elle a pour conséquence la réduction ou la disparition d'un profit ou le défaut d'évitement d'une perte (selon la cour

de cassation, la perte certaine d'une chance même faible est indemnisable, 1<sup>ère</sup> civ. 16 janvier 2013, pourvoi n° 12-14.439).

L'évolution du préjudice suppose l'élaboration d'un scénario hypothétique grâce à plusieurs méthodes économiques pour déterminer la situation qui aurait eu lieu en l'absence du fait générateur de responsabilité.

La notion de dommage moral est en outre en évolution car une société commerciale peut subir un tel préjudice par une atteinte à sa considération et à sa réputation, notamment dans le domaine du luxe.

En outre, la réparation du préjudice doit être appréciée en fonction de l'écoulement du temps, compte tenu des effets de l'indisponibilité du capital qui aurait pu être disponible dans l'hypothèse favorable (Cass. Com. 15 mai 2012 n° 11-102.78). Il s'agit de l'image ou la réputation de l'entreprise, son honneur quand elle est porteuse de valeurs qui font son identité, que celle-ci soit professionnelle ou spirituelle, philosophique ou politique ou dénigrant ses produits, ses clients, voire ses dirigeants.

L'autre atteinte peut être interne et elle se traduit par une dégradation diffuse du moral au sein de l'entreprise et la perte de confiance en son devenir par des départs accrus ou par désintérêt des candidats à l'embauche.

Les entreprises invoquent l'atteinte à l'image dans les conditions prévues par l'article 1240 du code civil.

Il s'agit notamment de comportements permettant une banalisation ou la vulgarisation d'un produit, la diffusion massive de produits similaires pour une autre clientèle, la diffusion de produits de moindre qualité, la commercialisation des produits identiques à moindre prix, ...

En réparation, le juge peut ordonner toutes mesures pour prévenir ou faire cesser un agissement déloyal générateur de préjudices en particulier moral et ordonner la publication judiciaire du jugement.

Notre colloque se situe dans l'actualité et suscite des débats qui permettront d'opposer des spécialistes du droit des affaires.

A cet égard, plusieurs tables rondes permettront à nos praticiens spécialisés d'échanger sur ces sujets.

**LA PREUVE** : la victime doit démontrer une faute, un lien de causalité et prouver son préjudice en donnant les éléments permettant de distinguer sa valeur.

- **Le droit pénal des affaires par William Feugère et Antoine Moizan, avocats à la cour, sous-commission ouverte « droit pénal économique et financier »**

Les particularités de la matière pénale, notamment les différents postes de préjudice indemnisables (perte/gain manqué, perte de chance d'investir une somme détournée, prise en compte du produit tiré de l'infraction...), la preuve et l'évaluation du dommage facilitées par les investigations pénales, l'efficacité des saisies pénales pour assurer le recouvrement des dommages et intérêts, etc.

- **Le droit bancaire par Bénédicte Bury et Alexandre Le Ninivin, avocats à la cour, sous-commission ouverte « banque-crédit »**

Les spécificités du domaine bancaire et financier et notamment du recours à l'expertise, du secret bancaire, des délais de conservation des documents, ou encore de la difficulté d'identifier le responsable dans les dossiers complexes (Kerviel, cryptomonnaies, etc.).

- **Le contentieux des affaires par Kami Haeri, avocat à la cour, sous-commission ouverte « contentieux des affaires »**

La qualité des preuves permettra sans doute d'assurer une meilleure prévisibilité aux litiges, et nous évoquerons à cet égard l'incidence des réformes en cours sur la mise en place de barèmes, la notion de faute lucrative, et les questions de preuves qui y sont attachées.

**LA JUSTE INDEMNISATION DES PRÉJUDICES :**

- **Le droit comptable par Philippe Touzet, avocat à la cour, sous-commission ouverte « droit comptable »**

Une illustration sur l'exemple d'un départ de clientèle dans l'hypothèse d'un cas de déloyauté.

- **Le droit fiscal par Bernard Lagarde, avocat à la cour, coresponsable de la commission ouverte « droit commercial et économique »**

Les évaluations faites par l'administration fiscale et les moyens de les contester.

- **Le droit des entreprises en difficultés par Antoine Diesbecq et Julie Molinié, avocats à la cour, sous-commission ouverte « entreprises en difficulté »**

Le droit positif et ses dernières avancées permettent un regard nouveau sur l'indemnisation, notamment dans le cas d'une action en comblement de l'insuffisance d'actif : la proportionnalité, les ressources du débiteur poursuivi, sa réactivité permettant de limiter un préjudice dû à une cause externe, l'appréciation de sa négligence dans le cadre de l'évaluation du préjudice. Ces récentes avancées de notre droit positif ouvrent un débat fructueux et utile pour la réforme en cours, sur laquelle une concertation a été lancée par la Chancellerie.

**LA PRÉVISION DU PRÉJUDICE :**

- **Le droit de la concurrence par Kami Haeri, avocat à la cour, sous-commission ouverte « contentieux des affaires » et Florent Prunet, avocat à la cour, sous-commission ouverte « droit de la concurrence- distribution »**

La justice prédictive sera-t-elle en mesure d'établir des barèmes indicatifs pour la réparation d'un préjudice ? L'examen des décisions de justice permettra-t-il de suppléer l'intervention du juge en examinant ses décisions de justice ?

**CONCLUSION** : notre droit napoléonien de la responsabilité qui fait l'objet d'une réforme en cours, mérite une nouvelle appréhension de la notion de préjudice et de son évaluation. La détermination d'une valeur d'un préjudice n'est pas chose aisée et il convient de l'appréhender en développant les moyens pertinents de rapporter une preuve, de répondre aux critères posés par les juges afin de rendre la sanction la plus équitable possible, la plus juste et sans doute la plus prévisible.