

LIMITES A RÉPARATION PRÉJUDICE

« Risques, assurances, responsabilités »

« gaspillage d'intelligence et de temps ». Tel était, au terme d'une célèbre formule, le jugement que le doyen Carbonnier craignait un jour sur la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité civile. Le ^{XX} siècle reste objectivement celui au cours duquel le silence de la loi, la jurisprudence a œuvré sur le fait général de la responsabilité dans le sens d'une évolution conforme aux vœux de la réparation indemnitaire. Le ^{XXI} siècle s'annonce comme celui qui verra se transformer l'autre grande condition de la responsabilité, la réparation. Dans la recherche des voies d'une indemnisation plus ou moins maîtrisée, le préalable de la réparabilité de certains dommages apparaît comme une nouvelle frontière qu'il est tentant d'essayer de franchir. Qu'ils appartiennent à cette sorte de dommages difficiles à évaluer ou qu'ils soient seulement difficilement évaluable, ils se heurtent à l'irréparable font ici l'objet d'une analyse

« ouvrage rassemble de manière construite différents aspects de la réparation du préjudice – préjudices de l'histoire, préjudice écologique, préjudices extrapatrimoniaux – en six chapitres correspondant aux groupes de travail du colloque « Risques, assurances, responsabilités », constitués de magistrats universitaires et de professionnels.

organisé par :
la Commission de la réparation du préjudice
au Conseil d'État et à la Cour de cassation
l'Institut des hautes études pour la justice (IHEJ)
l'École nationale supérieure de sécurité sociale (EN3S)
le Centre des hautes études de l'assurance (CHEA)

ISBN 978-2-247-07892-9
6776702



9 782247 078929

Travaux menés sous
la direction de

Francois Ewald

Antoine Garapon

Gilles J. Martin

Horatia Muir Watt

Patrick Matet

Nicolas Molfessis

Maurice Nussbaum

LES LIMITES DE LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE

Thèmes & commentaires

Thèmes
& commentaires
Actes

- La réparation
du préjudice
économique -
N. Nussbaum

LES LIMITES DE LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE

Sous l'égide de
la Cour de cassation
l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation
l'Institut des hautes études pour la justice
l'École nationale supérieure de sécurité sociale
et le Centre des hautes études de l'assurance

DA|LOZ 03

Séminaire « risques, assurances, responsabilités »
Coorganisé par :

La Cour de cassation
L'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation
L'Institut des hautes études pour la justice (IHEJ)
L'École nationale supérieure de sécurité sociale (EN3S)
Le Centre des hautes études de l'assurance (CHEA)

Le séminaire « Risques, assurances, responsabilités » a été, dans l'esprit de ses coorganisateur, l'occasion de comparer d'un point de vue à la fois théorique et pratique, le droit de la responsabilité et de la gestion des risques dans le monde de la common law et du droit français.

Depuis 2004, il accompagne la reconstitution de la Cour de cassation, qui groupe désormais au sein de sa deuxième chambre civile les affaires de responsabilité, d'assurance et de sécurité sociale.

Des groupes de travail, animés par un universitaire, travaillent pendant plusieurs mois, par déclinaison d'un thème général, de manière pluri-disciplinaire, à une restitution publique de leurs travaux à la Cour de cassation.

Le séminaire s'adresse aux praticiens du droit (magistrats, avocats et juristes d'entreprises), aux professionnels (du monde de l'assurance et de la sécurité sociale en particulier), aux parlementaires, aux universitaires et aux étudiants de troisième cycle soucieux de contribuer à l'élaboration d'un regard partagé sur les grandes évolutions du droit de la responsabilité et ses conséquences sociétales. Il s'agit d'inviter à une réflexion commune, à base d'échanges d'expériences, des personnes provenant d'horizons professionnels et culturels différents.

Les limites de la réparation du préjudice

Travaux menés sous la direction de :

François Ewald	Patrick Matet
Antoine Garapon	Nicolas Molfessis
Gilles J. Martin	Maurice Nussembaum
Horatia Muir Watt	

DALLOZ

2009

Sommaire

(Une table des matières détaillée figure à la fin de l'ouvrage)

- 1 **Avant-propos**
par Vincent Lamanda, *Premier président de la Cour de cassation*
- 3 **Préface**
par François Ewald, *professeur au Conservatoire national des Arts et Métiers*
- 5 **Chapitre I. L'équité dans la réparation du préjudice**
- 149 **Chapitre II. Le temps dans la réparation du préjudice**
- 209 **Chapitre III. La réparation des préjudices de l'Histoire**
- 279 **Chapitre IV. La réparation du préjudice économique**
- 359 **Chapitre V. La réparation des atteintes à l'environnement**
- 395 **Chapitre VI. La réparation du préjudice extrapatrimonial**

Avant-propos

Vincent Lamanda

Premier président de la Cour de cassation

Poursuivant ses travaux qui accompagnent la réflexion sur le traitement du contentieux de la responsabilité, des assurances et de la sécurité sociale par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, le séminaire « Risques, assurances, responsabilités » a retenu pour thème général en 2006-2007 « Les limites de la réparation du préjudice ».

Qu'il s'agisse des limites techniques par lesquelles les juges du fond constatent l'existence ou évaluent des préjudices difficilement caractérisables car rebelles aux méthodes classiques d'analyse, c'est au cœur de la jurisprudence sur le dommage réparable que la réflexion pluridisciplinaire s'est portée.

Souvent souveraine en la matière, l'appréciation des juges du fond ne peut être censurée par la Cour de cassation que par un contrôle, plus ou moins strict selon les contentieux, de la motivation, contrôle gêné par les obstacles, souvent de bon sens, inhérents aux catégories de préjudices en cause.

Les discussions sur la possibilité d'une réparation, non pas juridique mais de fait, en cette matière sont le plus souvent contemporaines; tel est le cas du préjudice économique ou du préjudice écologique. Mais d'autres sont plus classiques, celles de l'indemnisation du préjudice moral ou plus largement des préjudices extrapatrimoniaux.

Fort d'une réflexion préalable sur l'équité dans la réparation du préjudice et la prise en compte par le juge de la dimension temporelle dans l'indemnisation, le problème, autant de société que de droit, de la réparation des préjudices causés par l'Histoire a pu trouver naturellement sa place dans cette réflexion.

Que soient vivement remerciés les auteurs des contributions de synthèse ici rassemblées.

Chapitre IV : La réparation du préjudice économique*

Le préjudice économique est entendu ici comme l'atteinte aux biens et à l'activité économique tant des individus que des entreprises à la suite de fautes contractuelles ou délictuelles.

Une analyse de la portée et des limites du principe de la réparation intégrale sera proposée afin d'établir s'il permet effectivement de réparer l'ensemble des préjudices économiques et s'il exerce un effet suffisamment dissuasif.

Cette analyse est rendue nécessaire car l'application du principe de réparation intégrale qui s'exerce dans le cadre du pouvoir souverain du juge du fond (« le juge justifie l'existence de dommage par la seule évaluation qu'il en fait sans être tenu d'en préciser les éléments ayant servi à en déterminer le montant »¹) qui rend difficile la traçabilité jurisprudentielle des principes méthodologiques conduisant à l'évaluation des dommages économiques puisqu'il s'agit, pour chaque situation, de questions de fait.

L'analyse des effets du principe de réparation intégrale et du pouvoir souverain sera menée, tant en matière de réparation que de dissuasion, à la fois sur un plan général et particulier des pratiques anticoncurrentielles à la lumière des expériences françaises et germaniques.

L'analyse de l'efficacité de la réparation des dommages économiques suppose une interrogation sur les modalités de la procédure tant au niveau du juge du fond que du contrôle par la Cour de cassation.

* Le présent chapitre est la synthèse réalisée par Maurice Nussenbaum, d'une part, des contributions écrites des membres du groupe de travail ayant travaillé sur le préjudice économique d'oct. 2005 à avr. 2006 et, d'autre part, des textes des communications présentées par les intervenants lors du colloque de restitution publique des travaux le 26 avr. 2007, dans la Grande chambre de la Cour de cassation (http://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2007_2254/assurances_responsabilites_9489.html), à savoir : Laurent Aynès, professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I); Cornelis Canenbley, avocat au barreau de Düsseldorf; Valérie Dupuy, direction technique Sinistres Responsabilité civile, AXA France; Matthias Guyomar, maître des requêtes au Conseil d'État; Olivier Matuchansky, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation; Maurice Nussenbaum, professeur à l'Université Paris-Dauphine (Paris IX), expert agréé par la Cour de cassation; Jacqueline Riffault-Silk, conseiller à la Cour de cassation; Robert Saint-Esteben, avocat au barreau de Paris; Marion Simmons, *Competition Appeal Tribunal*, Pierre-Yves Thiriez, directeur technique Sinistres, AXA France; Daniel Tricot, président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation.

1. G. Viney, et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, 2^e éd., LGDJ, 2001, p. 126.

Dans le cas du juge du fond il s'agit de s'interroger sur l'intérêt d'un renforcement des procédures d'instruction en matière civile en associant le juge, les parties et l'expert pour la recherche de la vérité. Cela concerne ici non seulement des questions de droit (faute et existence d'un préjudice) mais aussi la détermination des principales composantes et paramètres de l'évaluation des dommages : nature (pertes subies ou gain manqué, perte de chance), types de coûts et de bénéfices pris en compte, durée et nature des informations prises en compte notamment lorsque l'évaluation des dommages est réalisée longtemps après le fait générateur.

Dans le cas du juge de cassation, on s'interrogera sur la possibilité d'exercer un contrôle de la motivation concernant l'évaluation des dommages ; ce contrôle devant consister à vérifier la justification par le juge de ses choix concernant les principaux paramètres de l'évaluation des dommages.

Ce contrôle devra s'appuyer sur une grille des dommages économiques qui pourra constituer une aide à la démarche de contrôle dès lors qu'en matière de dommages économiques une barémisation n'est pas nécessairement réalisable.

La distinction entre les dommages contractuels (limités au champ du prévisible) et délictuels devra être approfondie notamment à la lumière des expériences de la Common Law.

Le cas particulier de la perte de chance, construction spécifique de l'approche civiliste, sera analysé.

Il faut également resituer la réparation des dommages dans une approche systémique, notamment du fait du rôle de l'assurance. L'analyse économique de son rôle dans la réparation est nécessaire car son équilibre budgétaire impose de faire dépendre les primes du niveau des réparations. De ce fait, les décisions judiciaires relatives aux réparations des préjudices traduisent un choix social implicite qui a un impact sur le coût de l'assurance pour les assurés, ce qui n'est pas sans influence sur l'activité économique.

Introduction²

Avant de développer les modes de réparation du préjudice économique, il est nécessaire de définir la nature même de ce dommage. À cette fin, un travail de définition de la notion paraît s'imposer.

Il est possible d'envisager plusieurs types de définitions.

Tout d'abord, les conséquences de fautes de nature économique telle que l'atteinte à l'intégrité du marché à travers des pratiques anticoncurrentielles ou bien dans le domaine boursier à travers des pratiques prohibées : fausses informations, délits d'initiés, etc.

2. Partie présentée par M. Nussenbaum, professeur à l'Université Paris-Dauphine (Paris IX), expert agréé par la Cour de cassation.

Une acception plus large peut par ailleurs être retenue. Ainsi, des préjudices économiques résultant d'une activité économique de production ou de service peuvent être envisagés.

Face à cette vision extensive de la notion, une acception plus étroite peut être mise en avant.

Ainsi, le préjudice économique peut être limité aux pertes purement économiques ou pertes de revenus (*pure economic loss*), notion anglo-américaine dont les auteurs indiquent eux-mêmes qu'il n'en existe pas de définition communément admise. Cette notion recouvre des préjudices pécuniaires détachés de toute atteinte matérielle ou corporelle. Il s'agit essentiellement de pertes de revenus ou de manques à gagner résultant de fautes délictuelles.

Citons à titre d'exemple le cas du camion qui, à la suite d'un accident, perd sa cargaison de viande et prive ainsi le supermarché de son approvisionnement qui, à son tour, va perdre des clients. Celui-ci a subi un dommage purement économique. Du fait de la chaîne *a priori* sans limite des conséquences, les tribunaux anglais et nord-américains considèrent qu'il faut avoir une approche restrictive d'où leur réticence à réparer des pertes purement économiques ne résultant pas directement de l'atteinte à un bien ou à une personne. Pour le droit anglais, le préjudice financier résultant d'une simple imprudence ou négligence ayant une origine non contractuelle n'est généralement pas réparé³ sauf lorsqu'il résulte de fautes intentionnelles.

Le droit français ne reconnaît pas cette catégorie spécifique de préjudice économique pur. Tous les préjudices sont *a priori* réparables dès lors qu'ils découlent directement d'une faute (art. 1151 C. civ. dans le domaine contractuel, 1382 dans le domaine délictuel).

Une dernière approche peut être envisagée. Il s'agit du préjudice à l'économie qui caractérise les effets au niveau collectif de l'atteinte au bon fonctionnement des marchés qu'il s'agisse de biens et services ou d'actifs financiers.

Il a finalement été retenu une définition large recouvrant l'ensemble des préjudices économiques résultant de l'exercice d'activités économiques qui s'inscrit dans l'ensemble des travaux portant sur les limites de la réparation.

Dans ce contexte, il y avait lieu de s'interroger sur l'efficacité du droit pour réparer ce type de dommage et ensuite a proposé des suggestions d'améliorations.

On doit donc partir de la position du justiciable, reprendre ses interrogations et évoquer ses insatisfactions.

Si la définition de la faute est bien une question d'ordre juridique balisée par la jurisprudence, celle de la réparation constitue le parent pauvre du système pour deux raisons :

– parce qu'il s'agit d'une question de fait pour lesquels les juges ne peuvent se référer à un barème préétabli, à une évaluation antérieure ou encore à un critère

3. L. Reiss, *Le juge et le préjudice. Étude comparée des droits français et anglais*, PUAM, coll. « Institut de droit des affaires », 2003, p. 189-192.

ayant une valeur de méthode préétablie. En conséquence, comme l'indiquent Geneviève Viney et Patrice Jourdain⁴ « les juges du fait n'ont de façon générale aucun intérêt à exposer en détail la méthode qu'ils ont choisie et les considérations dont ils ont tenu compte pour évaluer l'indemnité. Des explications trop poussées risquent en effet de les exposer à une cassation » ;

– « ensuite et en corollaire au point précédent, du fait du pouvoir souverain du fond, la Cour de cassation dispense en effet les juridictions du fait de préciser les éléments sur lesquels elles fondent cette évaluation »⁵. Elle affirme que « le juge justifie l'existence du dommage par la seule évaluation qu'il en fait sans être tenu de préciser les éléments ayant servi à en déterminer le montant ou encore les juges du fond apprécient souverainement les divers chefs de préjudices qu'ils retiennent et les modalités propres à en assurer la réparation intégrale ».

En conséquence, le justiciable est conduit à se poser deux questions. Par qui vont être appréciés ces problèmes de fait en matière économique : le juge ou l'expert ? Disposera-t-il d'une prévisibilité de la décision au moins au niveau de la méthode ?

Sur le premier point, bien que l'expert n'ait pour mission, conformément à l'article 232 du Code de procédure civile que d'éclairer le juge, on peut s'interroger sur le fait de savoir dans quelle mesure le juge ne va pas s'en remettre à lui pour cette évaluation ou s'il va lui-même reprendre de manière critique l'ensemble des points soulevés par son rapport. En effet, dans le cadre de sujets très techniques, il lui est souvent difficile de revenir après coup dans les méandres des développements experts.

On risque, de ce fait, d'aboutir à ce que souligne Corinne Boismain⁶, à des commentaires sommaires pour expliciter l'évaluation du préjudice. Selon les juges de la cour d'appel de Paris⁷, « la société des établissements X doit réparation à hauteur d'une somme, que la cour est en mesure d'évaluer au regard des éléments d'appréciation dont elle dispose, de 6000 euros, toutes causes de préjudices confondus », ou encore que « la cour dispose des éléments d'appréciation suffisants pour évaluer le préjudice des consorts X à la somme de 30000 euros ».

L'ensemble des usagers et acteurs de la justice, aussi bien justiciables, experts et juges sont soumis de ce fait à une insuffisance de la jurisprudence en matière d'évaluation des dommages.

Il en résulte une difficulté à la fois pour la prévisibilité des décisions et pour l'uniformisation de leur contenu.

Le justiciable peut s'interroger sur le fait de savoir s'il sera indemnisé selon les mêmes principes d'évaluation pour un acte de concurrence déloyale commis à Paris ou à Lyon.

4. G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, p. 130; Crim. 3 nov. 1956, D. 1956.557, note R. Savatier.

5. G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, p. 126.

6. C. Boismain, *LPA* 22 févr. 2006, n° 39.

7. Paris, 25^e Ch., Sect. A, 7 juill. 2006, *SA établissements Roger Martinet*.

8. Paris, 15^e Ch, Sect. B, 17 mars 2006, *SA Sté générale*.

Cette situation de fait constitue un des axes de réflexion du groupe de travail. Sans vouloir calquer ou transposer en France les pratiques anglo-américaines, on peut observer que l'*Uniform Commercial Code* américain (Code de commerce uniforme) détaille à la fois les différentes catégories de dommages-intérêts et les méthodes d'évaluation qui leurs sont consacrées.

De ce fait, les juges américains sont tenus de détailler la manière dont ils ont déterminé le montant des dommages-intérêts qu'ils ont alloués. Il en résulte que les parties peuvent faire appel sur le seul fondement que la méthode utilisée est incorrecte⁹ et la Cour a pu indiquer que « le tribunal avait commis une erreur en calculant, sans justifier sa méthode, le montant du bénéfice dont avait été privée (la victime) »¹⁰.

On est donc aux antipodes du pouvoir souverain du juge. Mais on voit l'avantage d'une telle approche : tous les usagers et acteurs de la justice peuvent se référer à une jurisprudence de l'évaluation.

On peut donc en France regretter une absence doctrinale en matière d'évaluation. Pourquoi cette étape est-elle délaissée ? Parce qu'à la différence des pays anglo-saxons, elle est considérée comme appartenant uniquement au domaine du fait. En Grande-Bretagne notamment depuis l'arrêt *Ward c. James*¹¹ de 1966, l'évaluation des indemnités relève du domaine du droit et non plus du fait, domaine laissé au jury. Il en a été de même au Canada depuis les années 70 par des décisions qui ont exclu l'évaluation des dommages avec des formules du type « toutes causes de préjudices confondus ».

Ces observations ont conduit à suggérer que la Cour de cassation impose aux tribunaux et cours d'appel les trois exigences suivantes :

– ventiler de manière détaillée les indemnités correspondant à chacun des chefs de dommages constatés. L'évaluation globale « toutes causes de préjudices confondus » est en effet un procédé archaïque ;

– demander au juge du fond, ce qui commence à être la pratique actuelle, de répondre scrupuleusement aux conclusions des parties et notamment en ce qui concerne les méthodes d'évaluation employées ;

– lui demander également d'explicitier les circonstances de fait qu'il retient comme ayant eu une influence sur le préjudice et exposer clairement les méthodes et bases de calcul utilisées.

Il est possible de reprendre pour partie les propositions de Geneviève Viney et Patrice Jourdain en considérant que les méthodes d'évaluation constituent des questions que le droit doit annexer, car en la matière le droit et le fait ne peuvent être totalement distingués. En effet, une dissociation trop radicale entraîne l'absence d'uniformité des décisions, leur imprévisibilité et l'inégalité entre des justiciables.

En pratique, la Cour de cassation a su intervenir quand elle a cru bon de le faire

9. C. Boismain, *préc.*, p. 11.

10. US 2nd Court of appeal, *Lander v. Unum Life March*, 12-2002.

11. G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, p. 136 (1966) Q.B 273, 299-300.

notamment sur la prise en compte de l'érosion monétaire dans le calcul des indemnités, sur la possibilité d'allouer un capital comme rente et sur la question de la date à laquelle doit se placer le juge pour apprécier la réparation¹². Fait et droit se rejoignent quand cela paraît nécessaire à la Haute cour.

On peut considérer que l'évolution de la vie économique et sa complexité rendent ce contrôle de la Haute cour plus nécessaire, de manière urgente, pour ne pas rendre notre système judiciaire moins compétitif dans le contexte européen et mondialisé que nous connaissons aujourd'hui.

Il y a lieu d'exposer, tout d'abord, le rôle de l'assurance en tant qu'acteur de la réparation du préjudice économique. L'assurance est un système de mutualisation et les décisions judiciaires conduisent à des indemnités prises en charge par les compagnies d'assurance. Celles-ci équilibrent leurs comptes par les primes qu'elles perçoivent. Les décisions judiciaires doivent ainsi être examinées dans un contexte systémique puisque les décisions d'aujourd'hui constitueront les primes de demain.

Viennent ensuite les incidences d'une telle exigence pour l'organisation de la procédure de réparation des préjudices économiques à la lumière d'une comparaison avec la pratique des tribunaux britanniques.

Il sera traité, par ailleurs, de la gestion du contrôle par les cours d'appel et la Cour de cassation en précisant qu'il revient aux premières de détailler leurs motivations et à la Haute cour de vérifier que ce contrôle et la motivation qui l'accompagne ont été effectués.

Un cas particulier de préjudice économique étant constitué par les infractions au droit de la concurrence, une analyse de la réparation du préjudice économique liée à une atteinte au droit de la concurrence seront ainsi présentées.

Une dernière partie rend compte de réflexions concernant le concept de réparation intégrale. Ce principe quasi incantatoire existe depuis 1954, n'est pas d'ordre public¹³, et énonce que la réparation doit rétablir l'équilibre détruit par le dommage et replacer la victime dans l'état où elle se serait trouvée si l'acte répréhensible ne s'était pas produit.

Une conséquence de ce principe est le choix de la date du jugement comme date d'évaluation de la réparation.

Nous soulignerons, en outre, que ce principe présente dans son application des imperfections qui peuvent conduire aussi bien à une sous-réparation qu'à une sur-réparation. En effet, le remplacement d'un immeuble usagé par un immeuble neuf pour restituer une même valeur d'usage à la victime peut constituer une sur-réparation et l'absence de prise en compte des gains illégalement réalisés par l'auteur d'un préjudice dans le cas des fautes lucratives peut conduire à une sous-indemnisation de la victime.

Afin de fournir des repères et pour éclairer l'analyse, on proposera une typologie

12. G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, p. 66 à 135.

13. Ch. Coutant-Lapalus, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, thèse, PUAM, coll. « Institut de droit des affaires », 2002, p. 126, § 128 cité par J. Méadel, *LPA* 17 avr. 2007, n° 77.

des préjudices économiques et les problèmes spécifiques d'évaluation pour chacun d'eux.

La construction de cette typologie montre l'intérêt de rapprocher la vision juridique de l'analyse économique, à laquelle cette dernière ne doit pas rester étrangère.

Deux concepts économiques fondamentaux feront l'objet d'une analyse particulière : celui de coût d'opportunité, qui constitue une pierre angulaire de l'analyse économique des coûts selon lequel une ressource a, non seulement, un coût monétaire mais aussi un coût caché, constitué par le revenu que son utilisation dans le meilleur usage alternatif pourrait procurer : il s'agit d'un coût d'opportunité. Par ailleurs, un manque à gagner peut, à une date donnée, avoir été subi mais aussi continuer à l'être dans l'avenir. La composante future devra être anticipée et, à une date donnée, elle le sera avec les informations disponibles à cette date. C'est le propre d'une mesure *ex ante* par opposition à la mesure *ex post* réalisée après coup, c'est-à-dire une fois le préjudice réalisé. D'où l'importance de la date de l'évaluation.

Section I. LES ASPECTS ÉCONOMIQUES DE LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE ÉCONOMIQUE¹⁴

Une fois le dommage estimé, la réparation du préjudice économique implique généralement l'intermédiation d'une assurance. Nous verrons comment cette dernière fait face au défi de la réparation du préjudice économique avant de relever l'hypothèse particulière de la réparation du préjudice résultant d'une pratique anticoncurrentielle.

§ 1. L'ÉCONOMIE DE L'ASSURANCE ET SON INCIDENCE SUR LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE ÉCONOMIQUE

L'assurance est une industrie dont le cycle de production est inversé, puisque son prix de revient est connu après la vente du produit. Elle a donc besoin de prévisibilité et de sécurité pour atteindre et conserver durablement un équilibre économique indispensable au fonctionnement de toute entreprise. Cet équilibre économique est conditionné par une mutualisation suffisante du coût des sinistres. Cela implique que ce coût, répercuté sur la mutualité des assurés, soit supportable par celle-ci.

Le préjudice économique est bien évidemment l'un des risques couverts par

14. Partie présentée par P.-Y. Thiriez, directeur technique Sinistres, AXA France et V. Dupuy, direction technique Sinistres Responsabilité civile, AXA France.

l'assurance, et sa réparation est prise en compte dans le calcul de la prime. Il doit cependant rester aléatoire et déterminable tant dans sa consistance que dans son évaluation pour demeurer assurable. *A priori*, seuls les préjudices économiques dits dérivés, c'est-à-dire ceux résultant de l'atteinte à une personne ou à un bien, répondent à cette exigence de prévisibilité. À l'inverse, les préjudices économiques dits purs demeurent difficilement quantifiables, tant dans leur existence que dans leur montant ; c'est pourquoi ils relèvent plutôt des marchés financiers. À titre d'exemples, il reste peu envisageable, voire impossible, d'assurer la valeur d'un titre boursier pour se prémunir contre ses variations, ou de garantir par des mécanismes d'assurance le résultat économique d'une entreprise, en dehors de tout événement accidentel. De la même manière, certaines pratiques à l'origine de préjudices économiques purs apparaissent inassurables, en raison de leur caractère intentionnel.

Il n'en reste pas moins que l'économie de l'assurance joue un rôle majeur dans la réparation des préjudices économiques, tant par le jeu des mécanismes d'assurance directe que par la mise en œuvre des garanties de responsabilité civile. Les mécanismes d'assurance directe (en assurance de choses) peuvent, à l'évidence, constituer une approche de la réparation des préjudices économiques. Ils apparaissent néanmoins limités en raison du principe indemnitaire. Vue du côté de l'assureur de responsabilité civile, l'approche jurisprudentielle de la réparation du préjudice économique mérite d'être analysée, tout en fixant les limites à l'assurabilité de certaines situations de pertes financières.

A. LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE ÉCONOMIQUE PAR LE JEU DE L'ASSURANCE DIRECTE

Partenaires des particuliers comme des entreprises pour faire face aux aléas de leurs activités, les assureurs, par le jeu de l'assurance directe, ont développé des produits et des méthodes de réparation et d'évaluation des préjudices économiques. On se bornera ici à évoquer les situations de sinistres touchant à des activités économiques, en laissant de côté les mécanismes d'assurances accidents, invalidité, pertes d'emploi, destinées à des particuliers.

1. L'assurance des pertes d'exploitation

Utilité et objet. – Les contrats d'assurance de dommage permettent à une entreprise ou à un professionnel de se prémunir contre un certain nombre d'événements tels que l'incendie, le vol, les catastrophes naturelles, les actes de terrorisme, pouvant affecter leurs biens, immobilisations, stocks, etc.

En cas d'évènement garanti, ces contrats permettent à l'assuré de limiter ses pertes et de conserver son patrimoine. Toutefois, après le sinistre et en attendant la remise en état de l'outil de production, les frais généraux liés à l'activité vont continuer à courir, au risque d'affecter la pérennité de l'activité économique.

La garantie perte d'exploitation va permettre à l'entreprise de faire face à ces événements de façon à la replacer dans la situation dans laquelle elle se trouverait si le sinistre n'avait pas eu lieu. Cette indemnisation, limitée à une durée déterminée contractuellement, sera calculée en fonction de la perte de marge brute.

Les méthodes employées pour compenser les pertes subies constituent à l'évidence des mécanismes de réparation du préjudice économique.

Les mécanismes et les méthodes d'évaluation. – L'assureur garantit, au moment de la souscription, un capital correspondant à la marge brute prévisionnelle de l'entreprise assurée. Après la clôture de chaque exercice comptable et pour l'année d'assurance suivante, l'assuré détermine le montant de la nouvelle marge brute prévisible. En cas de sinistre, l'indemnité versée en exécution de la garantie des pertes d'exploitation correspondra strictement à la marge effectivement perdue (*lucrum cessans*) et aux frais réellement supportés (*damnum emergens*). La méthode d'évaluation des pertes d'exploitation répond aux mêmes principes que ceux applicables à l'indemnisation du préjudice économique résultant d'un fait engageant la responsabilité d'un tiers ou d'un cocontractant.

Deux méthodes de calcul peuvent être utilisées pour déterminer l'indemnité versée au titre des pertes d'exploitation :

- la méthode par différence consiste pour l'assureur à indemniser l'assuré de la totalité de sa perte de chiffre d'affaires, déduction faite des charges variables qui ne sont plus supportées, du fait de l'arrêt ou de la diminution de l'activité de production ;
- la méthode par addition résulte de l'adjonction au résultat d'exploitation des charges fixes.

Ces deux méthodes doivent, en théorie, aboutir à des résultats identiques.

La jurisprudence a récemment rappelé que ces méthodes sont exclusives l'une de l'autre, l'assureur ne pouvant indemniser simultanément une perte de marge brute et des charges fixes que la marge a pour fonction de financer (Civ. 1^{re}, 5 déc. 2000).

L'indemnisation des pertes d'exploitation comporte également la prise en compte des frais supplémentaires exposés par l'assuré pour redémarrer son activité. Il peut s'agir de frais de location de matériel ou de factures de sous-traitance. Naturellement, ces frais doivent résulter directement de l'évènement garanti et être justifiés tant dans leur principe que dans leur montant.

La situation de l'assurance des pertes d'exploitation en France. – La diffusion de la couverture des pertes d'exploitation a atteint en 2004 un taux de 57,5 % des risques couverts en assurance directe des entreprises. La progression de la diffusion est constante depuis dix ans puisque le taux de présence s'accroît en moyenne d'un point par an. Elle reste cependant assez peu souscrite par les professionnels, artisans, commerçants et professions libérales.

Pourtant, cette garantie souligne à l'évidence la place et l'intérêt de l'assurance des préjudices économiques puisqu'il apparaît que trois entreprises sur quatre non assurées en pertes d'exploitation disparaissent dans les deux ans qui suivent

un sinistre grave, alors que, moins d'une sur quatre disparaît si cette garantie est souscrite.

2. Les limites à l'assurance directe des préjudices économiques

Le principe indemnitaire. – Institué par l'article L. 121-1 du Code des assurances, le principe indemnitaire est d'ordre public. Dès lors, l'assureur ne peut pas prévoir une indemnité déconnectée du montant réel du dommage. Les dispositions du contrat doivent donc stipuler que l'assuré sera indemnisé en fonction de la perte qu'il a subie du fait de la survenance du sinistre.

La Cour de cassation exerce un véritable contrôle, d'une part, sur les clauses relatives à la détermination du dommage, d'autre part, sur l'évaluation de celui-ci. Cependant, ce principe est parfois mis en échec par la jurisprudence elle-même.

C'est le cas notamment en matière d'assurances cumulatives depuis que les juridictions exigent, pour appliquer le Code des Assurances en matière d'assurances cumulatives, qu'il y ait identité de souscripteur, alors que le texte même de l'article L. 121-4 du Code ne comporte pas une telle exigence.

Il apparaît certainement légitime de vérifier que l'indemnité ne pourra excéder le préjudice subi. Cependant, certaines situations devraient pouvoir justifier de recourir à des mécanismes d'évaluation forfaitaire du dommage.

Or, le caractère d'ordre public de ce principe interdit aux parties d'imaginer librement le mode d'évaluation de l'indemnité et ainsi le montant maximal forfaitaire qui pourrait être versé.

Les propositions de développement de l'assurance directe : la réparation forfaitaire. – Les difficultés et les coûts de détermination des préjudices notamment économiques peuvent constituer un frein au développement des garanties d'assurance. Certains secteurs économiques se révèlent également des segments trop étroits et constituent ainsi une limite à la mutualisation des risques.

Néanmoins, les besoins de financement des entreprises devraient justifier de pouvoir développer des produits instituant une garantie forfaitaire dans des conditions déterminées et encadrées pour éviter les risques de fraude à l'assurance.

Ainsi, en cas de sinistre, l'entreprise serait assurée de pouvoir faire face à certaines dépenses immédiatement sans qu'il soit procédé à une longue et souvent coûteuse phase de détermination de l'indemnité.

Enfin, pour conclure, mais cela vaut bien évidemment et en tout premier chef pour l'assurance de responsabilité, on ne soulignera jamais assez la place primordiale de l'expertise dans la détermination des préjudices économiques.

Bien entendu, en matière de détermination de l'indemnité revenant à l'assuré au titre des contrats pertes d'exploitation, l'expertise sera principalement, et hors hypothèse de contentieux, effectuée par l'expert désigné par l'assureur.

Cependant, la durée, l'impartialité et la qualité des expertises constituent, à l'évidence, des préoccupations que magistrats, experts, et assureurs partagent incontestablement. À cet égard, on ne peut que souscrire aux propositions du

rapport Magendie d'élaborer un système judiciaire rigoureux d'évaluation de la qualité et de la fiabilité des expertises. Hautement technique et d'une valeur ajoutée incontestable, l'expertise du préjudice économique ne peut et ne doit être confiée qu'à des professionnels qualifiés et expérimentés, dont un éminent représentant a orienté et accompagné notre groupe de travail.

B. LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE ÉCONOMIQUE PAR LES MÉCANISMES DE RESPONSABILITÉ CIVILE

1. Les règles applicables à l'évaluation

Que la responsabilité soit encourue par suite d'une inexécution contractuelle ou du fait d'un délit ou d'un quasi-délit, les contrats d'assurance de responsabilité garantissent les dommages économiques matériels et immatériels causés aux tiers.

Généralement, seuls les dommages immatériels consécutifs à un dommage matériel garanti sont couverts par le contrat.

Cependant, les contrats d'assurance responsabilité civile les plus récents comportent désormais la garantie des préjudices immatériels non consécutifs, comme notamment en matière de dommages informatiques. Les garanties sont délivrées et tarifées au regard de la prévisibilité de survenance du sinistre et en fonction des coûts habituellement observés. C'est pourquoi toute modification soudaine de l'environnement juridique, législatif ou judiciaire peut bouleverser du jour au lendemain l'économie du contrat d'assurance. Enfin, les choix judiciaires et sociaux du niveau de la réparation auront incontestablement une incidence sur le coût de l'assurance, et seront donc répercutés sur la mutualité des assurés.

Les principes applicables à la réparation du préjudice économique vont donc directement affecter le coût de l'assurance. Nous mentionnerons ici quelques points sur lesquels les principes de réparation applicables ont une incidence directe pour l'industrie de l'assurance. Nous verrons ensuite quelles situations de préjudice économique l'assurance ne peut, ni ne doit, accepter de prendre en charge.

Le principe de la réparation intégrale. – Applicable tant en matière contractuelle que délictuelle, le principe de la réparation intégrale impose, on l'a dit, de replacer la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu. Cette règle exclut autant l'appauvrissement que l'enrichissement de la victime. Néanmoins, si sur le plan théorique ce principe ne soulève aucune difficulté, sur le plan pratique son application par la jurisprudence apparaît parfois se soustraire à une analyse logique. En effet, l'interdiction de l'enrichissement de la victime est parfois mise en échec par la jurisprudence elle-même. C'est le cas notamment en matière de jurisprudence relative à l'exclusion de la vétusté dans la prise en compte de la valeur du bien détruit.

L'antinomie entre l'interdiction d'enrichissement de la victime et cette jurisprudence a d'ailleurs été soulignée par la doctrine ; selon Antoine Hontebeyrie, il résulte

de la jurisprudence que : « la prohibition de l'enrichissement [de la victime] n'a aucune existence autonome, mais procède de la finalité indemnitaire de la responsabilité civile, dont elle a pour objet d'assurer le respect. Ici réside l'explication de cette hiérarchie sur laquelle repose la jurisprudence défavorable à l'abattement (pour vétusté). »

On pourrait objecter que si cette hiérarchie est justifiée, l'exclusion de tout enrichissement de la victime devrait au moins conduire à l'admission du principe de mitigation et à la prise en compte de la situation réelle de la victime au jour du jugement. Or, on verra que dans ces deux hypothèses, la jurisprudence écarte les solutions qui permettent d'éviter un enrichissement fut-il indirect de la victime. Est-ce à dire que la responsabilité civile comporte implicitement une fonction punitive ?

Bien connue des systèmes de *Common Law*, l'obligation de mitigation impose à la victime d'un dommage de prendre les mesures nécessaires pour limiter son préjudice.

Cependant, ce principe a été explicitement écarté par la Cour de cassation dans deux arrêts rendus le 19 juin 2003, par la deuxième chambre civile. La Haute juridiction a en effet affirmé au terme d'un attendu de principe sans appel que « nul n'est tenu de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable ».

Si l'un des deux arrêts concernait le refus de recevoir des soins, situation pour laquelle la solution retenue est incontestable, l'autre portait sur une demande d'indemnisation d'un préjudice économique subi à la suite d'un accident.

Dans cette espèce, la victime qui possédait une boulangerie avait laissé périliter son fonds de commerce après l'accident alors qu'elle aurait pu le placer en location-gérance.

La Cour d'appel avait estimé que la perte de valeur du fonds était directement liée au comportement de la victime.

Cette décision fut censurée par la Cour de cassation au visa de l'article 1382, l'auteur d'un accident devant réparer toutes les conséquences dommageables.

C'est bel et bien une conception élargie du principe de réparation intégrale que la Cour retient pour prononcer la cassation. En effet, le comportement de la victime a pu, dans cette affaire, pour partie être à l'origine du préjudice qu'elle a subi. Cependant, la cour estime que ce comportement ne doit pas lui préjudicier lorsqu'il s'agit de mesurer l'étendue de son dommage.

Sur ce point, les auteurs de l'avant-projet de réforme du Code civil ont choisi une option opposée puisque l'article 1373 de cet avant-projet propose de faire figurer, pour la première fois en droit français, l'obligation de mitigation.

L'aspect partiellement punitif du principe de réparation intégrale. – On doit néanmoins souligner que la jurisprudence française en faisant le choix d'une conception étendue du principe de réparation intégrale comporte indirectement un aspect punitif et incitatif de l'action en responsabilité.

Cette volonté se fait jour également selon l'analyse que peut faire le juge de la situation de la victime au jour du jugement. Il sera souligné ultérieurement la date retenue et à retenir par le juge pour statuer sur les demandes. On peut d'ores et déjà

noter que certaines décisions tout en retenant la date du jugement pour évaluer le *quantum* du préjudice se placent au jour de la survenance du dommage pour en mesurer l'étendue.

Ainsi, dans un arrêt rendu le 21 décembre 2006, la Haute juridiction a-t-elle décidé pour prononcer la cassation de la décision d'appel que : « la circonstance que le conjoint survivant exerce depuis le décès une activité rémunérée n'est pas de nature à dispenser le tiers responsable de réparer entièrement le préjudice qu'il a causé, cette circonstance n'étant pas la conséquence nécessaire du fait dommageable ».

Le juge ne se place donc pas systématiquement à la date du jugement pour fixer le montant du préjudice.

Alors que, tous les théoriciens du droit s'accordent à considérer que tous les changements qui ont affecté la consistance du préjudice depuis son apparition doivent être pris en compte par le juge pour fixer son évaluation, il semble bien que la jurisprudence ne fasse pas automatiquement application de ce principe.

À l'évidence, la motivation qui conduit le juge de cassation à écarter, dans certains cas, la date du jugement pour déterminer le montant du préjudice se situe bien dans une démarche indirectement punitive.

C'est parce que l'auteur du dommage a privé la veuve des ressources de son époux en causant le décès que cette dernière a dû retravailler, cette circonstance ne devant pas bénéficier indûment à l'auteur du fait dommageable.

Cependant cette dissuasion a-t-elle encore un sens et surtout un quelconque effet alors que l'auteur du dommage est assuré ?

L'assurance ne doit-elle pas exclure de garantir certains types de comportements ainsi que toutes leurs conséquences si l'on veut que l'action en responsabilité conserve un effet dissuasif ?

2. Les limites à l'assurabilité

L'absence d'aléa et les faits intentionnels. – L'aléa est une condition nécessaire à l'existence même du contrat d'assurance. Cette exigence légale est non seulement indispensable à la formation du contrat mais elle doit perdurer pendant son exécution. En effet, l'assurance ne saurait être appliquée à un événement relevant de la volonté exclusive de l'assuré.

La frontière est cependant étroite entre faute intentionnelle et défaut d'aléa.

L'exclusion légale des pertes et dommages provenant de faute intentionnelle ou dolosive prévue par l'article L. 113-1 du Code des assurances, dispose qu'en aucun cas l'assurance ne peut s'appliquer à un événement relevant de la volonté exclusive de l'assuré.

Que dire des comportements à la frontière de l'aléatoire ?

La gradation de la disparition de l'aléa et/ou du fait intentionnel n'étant pas toujours aisée à établir, l'assureur préfère par principe exclure de la garantie les actes se situant à la frontière de l'intentionnel.

Il découle bien évidemment de ce qui précède que les pratiques anticoncurrentielles, cartel, atteinte aux droits des marques et aux brevets, ne sauraient être assurables en raison, d'une part, de leur caractère intentionnel et, d'autre part, de l'absence d'aléa qui risque d'affecter le contrat. Ces pratiques sont d'ailleurs exclues des garanties responsabilité civile des contrats d'assurance.

En outre, la nécessaire moralisation de la vie économique justifie qu'il en soit ainsi. Si ces risques devenaient assurables, il s'en suivrait une déresponsabilisation des entreprises et de leurs dirigeants.

L'insurabilité des amendes et de dommages-intérêts punitifs. – Il est par principe admis et non contesté que les amendes sont en droit français inassurables. Ce principe étant d'ordre public aucun contrat ne peut prévoir de prendre en charge ce type de condamnation.

Cette solution est parfois plus discutée en ce qui concerne les clauses pénales, et les dommages-intérêts punitifs.

Néanmoins, la clause pénale comme les dommages-intérêts punitifs constituent, pour une grande partie de la doctrine, des sanctions civiles proches de la peine privée par nature inassurable.

En outre, ces mesures sanctionnent à l'évidence des comportements à la limite de l'intentionnel.

Concernant l'introduction en droit français des dommages-intérêts punitifs, nous y sommes hostiles¹⁵. Rappelons que cette disposition, qui a cours dans les pays anglo-saxons, est contestée par de nombreux praticiens des mêmes pays.

Ils sont désormais plafonnés aux États-Unis dans de nombreux États fédérés. La réforme de la responsabilité médicale en discussion devant le Congrès prévoit de les limiter à 250 000 dollars.

Enfin, le système français de responsabilité permet à la victime de déclencher l'action publique et d'obtenir sur le plan civil une réparation équitable. Il n'est pas nécessaire que le juge civil dispose d'un arsenal de sanction similaire à celui dont dispose le juge pénal. Il faut laisser à l'action pénale le soin de poursuivre et de sanctionner ces pratiques délictueuses, l'action en réparation qui en découlera permettant à la victime d'être justement indemnisée.

Après avoir envisagé la manière avec laquelle les assurances appréhendent la réparation du préjudice économique, il incombe d'analyser une hypothèse particulière déclencheuse de la procédure. Comme souligné dans les propos introductifs, une pratique anticoncurrentielle peut engendrer un préjudice économique.

Les développements qui suivent seront consacrés à cette catégorie particulière de préjudice économique. Pour avoir une approche comparée des aspects économiques de la problématique, elle sera analysée à travers un regard croisé entre différentes pratiques des principaux pays européens.

15. Il s'agit d'une position exprimée par P.-Y. Thiriez et V. Dupuy et non d'une position unanime du groupe de travail.

§ II. LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE ÉCONOMIQUE NÉ D'UNE PRATIQUE ANTICONCURRENTIELLE¹⁶

La loi contre les restrictions de concurrence prévoit des dommages-intérêts en cas d'infraction de la loi (avant juill. 2005 la loi était plus restrictive sur la question qui avait le droit de demander des dommages-intérêts). En droit européen depuis les arrêts *Courage* et plus récemment *Manfredi*, celui qui a subi des dommages, suite à une infraction des règles européennes de la concurrence, peut réclamer « le préjudice économique » qu'il a subi.

Nous analyserons la nature des actions pouvant être engagées dans cette hypothèse avant de souligner les titulaires de cette procédure. Une étude du préjudice économique découlant d'une pratique anticoncurrentielle sera également proposée. Enfin, il incombera de présenter l'organisation du recours.

Les actions engagées en matière concurrentielle tendant à la réparation d'un préjudice économique nécessitent aussi une étude. Cette question sera envisagée par le prisme d'une étude comparée entre les différents États européens.

Dans le domaine de la concurrence, les États membres de la Communauté s'emploient à moderniser leurs structures juridictionnelles afin de prendre en compte l'obligation, pour les juridictions nationales, d'appliquer directement le droit européen de la concurrence dans les instances en réparation dont elles sont saisies¹⁷ et de définir les rapports entre les juridictions et les régulateurs nationaux.

Mais le Royaume-Uni et l'Allemagne viennent de réformer en profondeur les règles gouvernant l'existence et la portée de l'appel, ces réformes allant bien au-delà du strict domaine du droit de la concurrence, tandis que, devant les juridictions communautaires, le « principe de concentration », également consacré dans la procédure civile italienne¹⁸, impose aux parties d'invoquer tous les faits, moyens et preuves qui fondent et étayent leurs prétentions dès le début de l'instance, c'est-à-dire dès leurs premières conclusions.

En France, au-delà d'une spécialisation bienvenue des juridictions compétentes pour appliquer le droit national et européen de la concurrence, une telle modernisation ne semble pas avoir eu d'écho.

En droit de la concurrence, même, la modernisation des structures institutionnelles nationales, avortée en Espagne, a connu un faible écho en France, tandis que l'Allemagne se signalait par son audace. L'harmonisation des jurisprudences nationales et communautaires, en revanche, se fait pas à pas.

16. Partie présentée par C. Canenbley, avocat au barreau de Düsseldorf, R. Saint Esteben, avocat au barreau de Paris, cabinet Bredin Prat et par J. Riffault-Silk, conseiller à la Cour de cassation.

17. CJCE 20 sept. 2001, aff. n° C-453/99, § 29 et CJCE 13 juill. 2006, aff. n° C-295 à C-298/04, *Vincenzo Manfredi*, RLC sept. 2006. 659, obs. M. Chagny.

18. Rapport Magendie, *Célérité et qualités de la justice*, La Documentation française, 2005, p. 44 s.

Conséquence du principe d'autonomie procédurale consacré par le traité¹⁹, la diversité caractérise la modernisation institutionnelle engagée dans les pays européens.

L'Espagne s'appuyait sur une doctrine élaborée en 1993 par sa Cour suprême, doctrine dite *Campsa*, qui interdisait au juge national de se prononcer sur une demande en réparation fondée sur un grief de pratiques anticoncurrentielles en l'absence de décision préalable prise par l'autorité de régulation. Cette jurisprudence, qui ne distinguait pas selon qu'une telle action était fondée sur le droit national ou sur le droit européen de la concurrence, et se trouvait en opposition flagrante avec le principe d'effet direct du droit communautaire, a été abandonnée depuis²⁰ mais seulement lorsque le droit européen de la concurrence est en cause. Le projet de réforme qui devait mettre fin à cette dualité de régime en donnant compétence aux tribunaux de commerce déjà spécialisés en droit communautaire pour appliquer directement le droit national de la concurrence lorsqu'ils sont saisis d'actions civiles en réparation, a été rejeté fin 2006.

En Italie, un arrêt de la Cour suprême du 4 février 2005 a mis fin à une jurisprudence de 2002 selon laquelle le droit de la concurrence ne protégeait que les entreprises, et décidé que toute personne se prévalant d'un dommage résultant d'une pratique anticoncurrentielle peut désormais engager une action civile, observant que les particuliers sont aussi acteurs du marché. On relèvera toutefois la restriction apportée par la Haute juridiction italienne à l'exercice de ces actions, qui ne peuvent être portées que devant les cours d'appel, et non devant les juridictions du premier degré.

En France, le décret du 30 décembre 2005 déjà cité a désigné les juridictions spécialisées compétentes pour juger les affaires fondées sur le droit des pratiques anticoncurrentielles, soit huit juridictions consulaires et huit tribunaux de grande instance²¹, les recours contre leurs décisions étant portés exclusivement devant la cour d'appel de Paris. Mais aucune disposition n'organise l'articulation des procédures de régulation et de réparation fondées sur des pratiques anticoncurrentielles, les procédures de régulation et de réparation restant indépendantes sauf lorsque la décision de régulation émane des instances communautaires²².

La portée limitée de cette réforme contraste avec les dispositions du droit britannique, la réforme du *Competition Act*²³ prévoyant que par dérogation aux règles gouvernant l'autorité de la chose jugée (identité d'objet, de cause et de parties), les décisions prises par l'autorité publique nationale de régulation (l'OFT ou en appel, le CAT) auront également autorité de la chose « jugée » ou « décidée » sur les procédures en réparation ultérieurement engagées devant le juge civil.

En Allemagne, une réforme entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2005 innove en

19. *V. supra*.

20. Cour suprême espagnole, 10 juin 2000, *Disa*.

21. Bordeaux, Fort-de-France, Marseille, Lille, Lyon, Nancy, Paris et Rennes.

22. Art. 16 du règlement CE, n° 1/2003.

23. Art. 47 A (10), *Competition Act*, 1998.

reconnaissant une telle autorité de la chose « jugée » ou « décidée » non seulement aux décisions de régulation prises par les instances communautaires et nationales, mais également à celles des juridictions et des autorités de régulation étrangères²⁴.

Les décisions de la cour de justice dans les affaires *Delimitis*²⁵ et *Masterfood*²⁶, reprises dans l'article 16 du règlement n° 1/2003 du Conseil, posent le principe de l'application uniforme du droit communautaire. La règle posée par ces dispositions est claire : les juges nationaux ont l'obligation de se conformer aux décisions de la Commission et des cours européennes, si l'affaire a été portée devant elles.

L'arrêt rendu par la Chambre des lords (Royaume-Uni) le 19 juillet 2006, dans l'affaire *Crehan*, est particulièrement intéressant, en ce qu'il se prononce sur la portée de ces dispositions. On se souvient que M. Crehan, partie à un contrat de distribution de bière, contestait les dispositions de ce contrat au regard du droit européen de la concurrence alors qu'en droit interne anglais il n'aurait pu en attaquer la validité dès lors qu'il y était partie. Saisie à titre préjudiciel par la cour d'appel britannique de la question de savoir si les règles communautaires devaient s'appliquer malgré cette contradiction avec le droit interne, la CJCE avait rappelé, le 20 septembre 2001²⁷, au visa de l'effet direct du droit européen de la concurrence, que n'importe quelle violation aux dispositions du droit communautaire peut être poursuivie et qu'une action en réparation peut être formée devant les juridictions nationales par toute personne y compris un cocontractant, écartant de ce fait l'application du droit national anglais. À nouveau saisie de cette affaire, la cour d'appel avait infirmé la décision de la *High Court* qui déboutait à nouveau le demandeur, et décidé que la juridiction britannique ne pouvait que se conformer à la décision de la cour européenne et admettre les prétentions de M. Crehan.

C'est ce raisonnement que rejette la Chambre des lords, qui rappelle que la force obligatoire des décisions du juge communautaire — ou de la Commission européenne — n'a lieu d'être que lorsque ces décisions concernent le même litige entre les mêmes parties, le droit communautaire de la concurrence obligeant en pareil cas le juge national à ne pas contredire la décision déjà prise par la Commission. Mais elle ajoute que le juge national n'est pas tenu de suivre l'avis de la Commission si ces conditions ne sont pas réunies, l'avis de cette dernière étant alors, seulement, un des éléments « à prendre en considération ». En l'espèce, la Cour de Justice ne s'était pas prononcée sur le fond du litige et n'en avait pas la possibilité, ayant été saisie d'une question préjudicielle portant sur l'application de principe des dispositions du droit communautaire de la concurrence, conformément à l'article 234 du traité.

Cette analyse, que l'on ne peut qu'approuver, peut être rapprochée des dispositions du Code civil français relatives à l'autorité de la chose jugée, l'article 1351 de ce Code disposant que « l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a

24. Sect. 33(4) *GWB*.

25. CJCE 28 févr. 1991, *Delimitis*, aff. n° C-234/89.

26. CJCE 14 déc. 2000, *Masterfood*, aff. n° C-344/98.

27. Décis. *Crehan*, préc.

fait l'objet du jugement. Il faut pour cela que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles et contre elles en la même qualité ».

Il reste que les dispositions relatives à l'autorité de chose jugée, en droit interne, apparaissent plus restrictives que les règles posées par l'article 16 du règlement n° 1/2003 qui visent « des accords, des décisions ou des pratiques [...] qui font déjà l'objet d'une décision de la Commission » sans faire aucune mention d'une identité de parties, de cause et d'objet dans l'une et l'autre procédure. En l'espèce, la Commission européenne n'avait pas rendu de décision concernant spécifiquement les contrats de bière conclus par le fournisseur Inntrepreneur avec ses distributeurs, qu'il s'agisse de M. Crehan ou de toute autre partie. Si tel avait été le cas, et que la décision de la Commission eût été définitive ou approuvée par un arrêt des juridictions européennes, l'autorité de cette décision aurait dû sans nul doute s'imposer au juge national.

En Allemagne, l'affaire du cartel du ciment a été l'occasion pour la Cour supérieure de Düsseldorf, saisie de demandes en réparation à la suite de la décision de sanction prise par l'Office allemand des cartels *Bundeskartellamt* à l'encontre des membres de ce cartel, de se prononcer sur la portée de la réforme entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2005 et notamment sur la nouvelle section 33(4) *GWB*, qui prévoit que, dans les actions en réparation fondées sur une violation du droit national ou européen de la concurrence, le juge national est lié par la décision « définitive » de l'autorité de régulation.

Saisie d'une demande de sursis à statuer par les défendeurs, motif pris des recours qu'ils ont formés contre la décision de sanction prise par le *Bundeskartellamt*, la Cour supérieure de Düsseldorf a rejeté la demande dans un arrêt du 3 mai 2006, dès lors, précisément, que la décision de régulation n'est pas définitive du fait de ces recours. Certes, cette décision fait échec à d'éventuels recours dilatoires, mais on peut penser que demeure un risque de divergence entre l'analyse finale des régulateurs, et celle des juges chargés de la réparation.

Un tel risque ne pouvait-il être évité? La cour de justice, dans son arrêt *Masterfood*²⁸ avait expressément répondu à cette préoccupation en recommandant aux juges nationaux d'apprécier la possibilité d'accorder des indemnités à titre provisionnel pour atténuer les effets d'un sursis à statuer.

Ainsi, l'application du droit européen de la concurrence est l'occasion pour les juridictions nationales de mettre à l'épreuve l'efficacité et la cohérence des nouveaux dispositifs d'articulation de ce droit avec les règles de procédure qui leur sont propres.

Après avoir envisagé comment les différents États membres de la Communauté appréhendent les recours tendant à réparer un préjudice lié à une pratique anticoncurrentielle, il incombe d'étudier les fondements d'une telle action.

En France, comme au Royaume-Uni ou dans d'autres États membres, les actions

28. Décis. *Masterfood*, préc., pt 58.

en réparation d'un préjudice économique peuvent être engagées sur différents fondements (un fondement contractuel — l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un contrat de vente, de fourniture, de prestation, la rupture abusive ou brutale d'un contrat de distribution — ou quasi délictuel lorsqu'aucune relation n'a été préalablement nouée entre les parties). Ce dernier cas est celui des actions en réparation fondées sur un grief de concurrence déloyale ou sur celui de pratiques anticoncurrentielles.

A. EN DROIT FRANÇAIS

On sait, qu'en droit français, le principe consacré depuis la Révolution est la liberté du commerce et de l'industrie, et que lui fait écho la licéité de principe du dommage concurrentiel. Les actions en réparation d'un préjudice économique fondées sur une atteinte à la concurrence apparaissent ainsi comme des exceptions à ce principe général. Toutefois, l'existence d'une faute est loin d'en être un facteur commun, ainsi que peuvent l'illustrer quelques exemples.

Ainsi en est-il de la propriété intellectuelle (propriété industrielle, marques et brevets), où les actions en réparation sont fondées sur l'existence de droits privatifs spécialement protégés par la loi, qui confère un monopole d'exploitation ou d'utilisation au titulaire de ces droits pour une durée qu'elle détermine. La violation de ce droit privatif suffit à engager la responsabilité civile de son auteur envers le titulaire de ce droit, à l'exclusion de toute faute.

Tel est aussi le cas de la protection du marché, les actions en réparation engagées par les entreprises ou les consommateurs étant alors fondées sur l'existence de pratiques anticoncurrentielles affectant le commerce national ou intracommunautaire. Sont interdites les ententes, lorsqu'elles ont pour effet ou pour objet de fausser le jeu de la concurrence²⁹, et les pratiques unilatérales que constituent les abus de domination³⁰. Ces atteintes à la concurrence peuvent faire l'objet, en France, de sanctions quasi répressives prononcées par l'autorité de régulation générale que constitue le Conseil de la concurrence ou par la Commission européenne lorsque sont en jeu les échanges intracommunautaires. Elles peuvent aussi faire l'objet d'actions privées (*private enforcement*) en réparation ou en cessation de la part des victimes de ces pratiques, engagées en dehors de toute décision voire de toute action d'un régulateur, ou à la suite d'une telle décision, sur le fondement général de la responsabilité quasi délictuelle³¹ ou d'un texte spécifique au droit de la concurrence comme dans d'autres États européens.

Or le droit de la concurrence, droit marqué par des considérations d'ordre public et de protection de l'intérêt général, déroge au principe de la liberté contractuelle et aux règles de la responsabilité : l'exigence d'une faute fait place à la recherche du trouble concurrentiel, les atteintes mineures étant écartées, une pratique anticoncurrentielle pouvant être « rachatée » s'il en résulte un avantage pour la collec-

29. Art. L. 420-1 C. com., 81 CE.

30. Art. L. 420-2 C. com., 82 CE.

31. Art. 1382 C. civ.

tivité sans éliminer la concurrence sur le marché en cause (principe des règlements d'exemption par catégorie), l'effet cumulatif de contrats conclus par des acteurs économiques distincts pouvant être qualifié au regard du droit de la concurrence alors qu'un groupe de ces contrats considéré isolément ne serait pas critiquable au regard des mêmes textes³². Il s'agit en effet d'assurer la protection d'un marché et non plus d'organiser des relations entre personnes privées.

Il convient de citer encore les actions fondées sur une concurrence illégale : il s'agit des textes qui réglementent les relations commerciales et interdisent certains comportements souvent déloyaux afin de moraliser l'activité économique. Ces actions sont souvent assorties de sanctions pénales, mais peuvent faire l'objet d'actions civiles. On peut citer à cet égard, la revente à perte³³, la publicité de nature à induire en erreur³⁴, les ventes et prestations à la boule de neige³⁵, les fraudes et falsifications³⁶. Une action civile en concurrence déloyale peut également être exercée dans les conditions du droit commun, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, en réparation du préjudice résultant de telles pratiques.

La mise en cause de la concurrence déloyale reprochée à un acteur économique, enfin, repose sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, soit sur les règles de la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle : la charge de la preuve de la faute, comme celle du préjudice et du lien de causalité, incombent à la victime. La preuve de la faute ne requiert pas la démonstration d'un élément intentionnel, dès lors que l'agissement fautif se définit comme une pratique contraire, soit aux lois et aux règlements, soit aux usages du commerce : l'imprudence, la négligence suffisent. Elles ne peuvent se déduire de simples présomptions, mais peuvent être établies par un faisceau de présomptions. L'existence d'un rapport direct et étroit de concurrence n'est pas davantage requise, pas plus que celle d'une clientèle commune. L'action en concurrence déloyale se distingue en cela des actions fondées sur la violation de clauses de non-concurrence qui sont des obligations de résultat, leur sanction faisant fréquemment l'objet de stipulations prévues au contrat (liste de clients « réservés » au bénéficiaire de la clause, sanction pécuniaire forfaitaire en cas de violation de cette obligation...).

La jurisprudence française distingue quatre catégories principales de comportements déloyaux (confusion par imitation même non intentionnelle des signes de ralliement de la clientèle ou des produits, désorganisation par débauchage de salariés, par appropriation de savoir-faire, par création abusive d'une entreprise nouvelle dans des conditions susceptibles de détourner la clientèle et notamment en violation d'une clause de non-concurrence, dénigrement notamment par information malveillante sur une entreprise identifiable, agissements parasitaires par la reprise identique ou quasi identique des éléments ayant contribué au succès d'une entreprise.

Ces actions seront portées, selon le cas, devant les juridictions consulaires ou

32. CJCE 28 févr. 1991, *Delimitis*, préc.; égal. TPICE, 8 juin 1995, *Langnese Igloo*.

33. Art. L. 442-2 C. com.

34. Art. L. 121 C. conso.

35. Art. L. 122-6 C. conso.

36. Art. L. 213-1 C. conso.

devant les juridictions de droit commun que sont les tribunaux de grande instance. S'agissant des actions fondées sur les textes relatifs aux pratiques anticoncurrentielles, le décret du 30 décembre 2005 pris en application de la loi NRE du 15 mai 2001 a désigné seize juridictions — huit tribunaux de grande instance et huit juridictions consulaires — pour appliquer le droit de la concurrence, sous le contrôle de la cour d'appel de Paris devenue juge d'appel unique dans cette matière³⁷.

B. AU ROYAUME-UNI

En matière contractuelle, l'action en réparation d'un préjudice économique est également ouverte à la partie contractante en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution d'un contrat.

En matière délictuelle et quasi délictuelle (*torts*), l'action en réparation d'un préjudice économique n'est en principe recevable que si le demandeur justifie avoir également subi un préjudice corporel, aucune indemnisation ne pouvant être accordée lorsqu'il invoque seulement une perte financière.

Mais cette règle est assortie de nombreuses exceptions, qui couvrent les domaines précédemment évoqués du droit français et sont qualifiés d'*economic torts* :

- infraction aux dispositions légales applicables à la protection des brevets, aux règles de concurrence (*breach of statutory duty*) ;
- association civile illicite (*civil conspiracy*), par exemple, ententes anticoncurrentielles (v. *Crehan*) ;
- intervention illicite dans un contrat (*unlawful interference in a contract*) ;
- contrefaçon (*counterfeiting*) ;
- concurrence déloyale (*malicious falsehood*) ;
- dénigrement (*slander of goods*).

Au Royaume-Uni, les actions en réparation de préjudices économiques seront portées selon le montant de la demande, devant les juridictions ordinaires (*County Courts* et *Chancery Division of the High Court*). En droit de la concurrence, toutefois, le *Competition Appeal Tribunal* (CAT), juridiction d'appel des décisions rendues par l'*Office of Fair Trading* (OFT), a reçu, concurremment avec ces juridictions de droit commun, compétence pour statuer en premier ressort sur les actions en réparation fondées sur des décisions définitives des autorités publiques de régulation nationales (OFT, CAT) et communautaires (commission et juridictions européennes) constatant la violation des règles de concurrence, lorsqu'une partie en fait la demande.

La matière concurrentielle semble ainsi apparaître comme un secteur propice aux actions tendant à une réparation d'un préjudice économique. Après l'analyse des différentes typologies d'actions envisageables pour l'hypothèse d'espèce, il est remarquable de souligner les titulaires d'une telle action.

L'article 32 du Code de procédure civile énonce que l'action est ouverte à tous

37. La compétence judiciaire en droit de la concurrence datant de l'ord. du 1^{er} dec. 1986, le Conseil d'État connaissant du contrôle des concentrations.

ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé : il faut donc justifier d'une qualité et d'un intérêt à agir. Des règles comparables sont applicables dans les autres États membres.

Mais la liste des titulaires de l'action en réparation de préjudices économiques n'a cessé de s'étendre, en France notamment, pour des raisons tenant essentiellement à la recherche d'une protection de l'ordre public économique par une intervention dans ces litiges privés.

L'application de la règle ne fait pas difficulté lorsque la victime directe d'une pratique déloyale ou fautive porte son action devant la juridiction commerciale ou civile compétente. Mais qu'en est-il lorsqu'entrent en jeu une multiplicité d'acteurs et que le préjudice devient collectif, qu'il s'agit de protéger un marché ou de moraliser des pratiques commerciales ?

Les actions privées « individuelles » sont de règle dans les affaires de concurrence déloyale : l'action est ouverte à toute personne physique ou morale qui subit un préjudice concurrentiel, à l'exclusion des associations de consommateurs.

Les actions privées « collectives » sont également prévues dans la plupart des États membres, selon différents modèles dont aucun n'apparaît équivalent aux *class actions* ou actions collectives américaines, sauf peut-être au Portugal où a été instituée une action collective comparable du type *opt out*.

En France, des associations constituées pour regrouper les intérêts individuels de leurs membres peuvent engager des actions en représentation conjointe, à la condition qu'elles en aient reçu mandat exprès pour ce faire. Des associations représentatives d'intérêts collectifs peuvent également se voir conférer qualité et intérêt pour agir, mais uniquement si elles ont été dûment autorisées par la loi.

L'action de groupe introduite en droit français ne règle que très partiellement cette difficulté, puisqu'elle n'est prévue que pour l'application du droit de la consommation.

Au Royaume-Uni, des actions de groupe sont également recevables, dans des cas particuliers tels que les actions de trusts ou de fonds de pension. Dans ces affaires, les demandeurs sont répartis en « classes » disposant chacune de ses propres conseils juridiques.

Ce traitement des affaires intervient très fréquemment à la *Chancery Division* de la *High Court*. Il s'agit de *class actions* dans la mesure où les demandeurs sont répartis en catégories, mais chaque membre d'un groupe doit avoir manifesté sa volonté de s'y joindre, contrairement au système *opt out* américain.

Le modèle britannique se caractérise toutefois par une très grande flexibilité³⁸ : il est possible de se joindre au groupe après le jugement, sous réserve de l'autorisation du juge, et même pendant une certaine période de temps si une telle période a été spécifiée dans le jugement.

38. Art. 19-10 à 19-15, *Civil Procedure Rules* (CPR).

En droit de la concurrence, *The Consumer Association*, qui est une association agréée, peut engager devant le CAT, à la suite d'une décision de sanction prise par ce tribunal, une procédure aux fins de réparation du préjudice subi par les consommateurs, sous réserve de justifier d'un pouvoir donné par chacun de ceux qu'elle déclare représenter. Une procédure est actuellement pendante devant le CAT, engagée par cette association (*Football Shirts Litigation*).

Les actions civiles « publiques » ont été également prévues dans les législations de certains États membres, où le *Public Prosecutor*, ou encore l'*Ombudsman* a qualité pour engager une action en réparation fondée sur des pratiques anticoncurrentielles, au nom et pour le compte de personnes déterminées.

C'est le cas en France, où dans le domaine voisin des pratiques restrictives de concurrence, le législateur a récemment confié au procureur de la République territorialement compétent, ainsi qu'au ministre de l'Économie et au président du Conseil de la concurrence, le droit d'engager, pour le compte des victimes, des actions aux fins d'annulation de clauses contractuelles illégales ou abusives, les deux premiers pouvant aussi demander la répétition de l'indu et la condamnation de l'entreprise à payer une amende civile dont le montant peut aller jusqu'à 2 millions d'euros³⁹.

Ces dispositions font aujourd'hui l'objet d'une mise en œuvre plus fréquente, à l'initiative du ministre de l'Économie, et ont suscité plusieurs décisions de juridictions consulaires, ainsi qu'un arrêt de la cour d'appel de Paris⁴⁰.

Le calcul du préjudice et la forme de sa réparation peuvent en outre poser quelques difficultés. Son estimation est en effet difficile et relève largement du domaine des économistes. La loi permet ainsi au juge d'estimer le préjudice. Dans cette estimation, le gain tiré par l'infraction peut être pris en considération.

La Cour de cassation définit la réparation du préjudice économique en relevant que « les dommages-intérêts doivent réparer le préjudice subi par la victime sans qu'il en résulte pour elle ni perte, ni profit ». Le but de la « réparation » dans le sens propre du mot semble ainsi tout à fait légitime et nécessaire.

La réparation du préjudice économique peut prendre la forme de la dissuasion. En Europe (continentale), c'est l'État qui est en charge de poursuivre et de punir les cartels. Pour les personnes civiles les moyens procéduraux ne sont pas assez développés par la loi pour initier une procédure civile contre un cartel sans qu'il ait eu d'abord une condamnation par l'autorité publique. Or, ce ne sont que des *follow on procedures*, qui sont entamées par les « victimes » d'un cartel. Ceci est vrai pour l'Allemagne. Les *follow on procedures* n'attribuent rien à la découverte d'un cartel. La découverte se déroule et est traitée dans la procédure publique. La plupart des cartels sont découverts par la coopération d'un des membres du cartel (*whistle blowing*) qui demande (et reçoit) en contrepartie soit l'amnistie soit la clémence pour sa coopération. Comme cette coopération peut entraîner une *follow on* procédure en dommages-intérêts, il y a un risque considérable que le « cartelliste » renonce à la

39. Art. L. 442-6 III C. com. modifié par la loi du 3 janv. 2003.

40. Paris, 20 déc. 2006, ITM.

coopération. Plus les sanctions civiles sont sévères, moins le cartelliste sera incliné à coopérer, pour aider l'autorité « antitrust » dans son combat contre les cartels. Dans une étude sur l'« Exécution du droit de la concurrence par la voie privée » (sept. 2005), le *Bundeskartellamt* souligne qu'en cas de conflit, l'application du droit de la concurrence par l'autorité publique prime sur son application par la voie privée. Cette constatation a été faite dans le débat (initié par le Livre vert de la Commission européenne), concernant l'accroissement et la stimulation des procédures civiles (*private enforcement*) dans le but de renforcer le combat contre les cartels.

La réparation du préjudice économique liée à une pratique anticoncurrentielle peut en outre être envisagée sous un angle punitif. À titre d'exemple, il est intéressant de mettre en exergue les pratiques américaines. Cette procédure mérite réflexion, si on veut mettre la poursuite des cartels entre les mains des parties privées. Aux États-Unis, plus de 90 % des procédures contre les « cartels » sont des *private actions*. Or, si l'État veut garder le pouvoir et le droit de poursuivre et de punir les cartels (y compris des personnes privées qui agissent), une punition supplémentaire ne doit pas être imposée dans une procédure civile. Est ici en cause le principe constitutionnel : *non bis in idem*.

C'est à cause du principe *non bis in idem* que la défense *passing on* doit être acceptée par la loi et les juges. Sinon, le client d'un membre d'un cartel peut réclamer un préjudice économique, sans avoir « subi une perte ». Or, celui qui aurait réellement subi une perte (probablement le consommateur final) ne pourrait plus revendiquer « son préjudice » ; car accéder à sa demande mènerait à un « double dommage », que le défendeur devrait payer.

En plus, un « double dommage » aurait un caractère punitif, qui serait illégal dans une procédure de *follow on*. Pour exclure la défense de *passing on*, il faudrait « couper » le droit de demander des dommages-intérêts au niveau des acheteurs du cartel ce qui aurait pour conséquence, d'empêcher ceux qui ont finalement subi un préjudice, les consommateurs, d'entamer des procédures pour dommages-intérêts contre les « cartellistes ».

Le préjudice économique né d'une pratique anticoncurrentielle engendre ainsi quelques difficultés quant à l'angle à adopter pour sa réparation.

Liée au processus de réparation d'un tel dommage, la procédure utilisée à cette fin doit être manifestement étudiée.

Section II. LES ASPECTS PROCÉDURAUX DE LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE ÉCONOMIQUE

Cette analyse est effectuée dans le cadre général des préjudices économiques, non limité au seul domaine des pratiques anticoncurrentielles.

Comme toute action judiciaire, l'action en réparation d'un préjudice économique

nécessite le respect d'une procédure stricte. Nous soulignerons cette dernière par une approche comparatiste avant de mettre en avant le rôle du juge de cassation.

§ 1. LA PROCÉDURE DE RÉPARATION DU PRÉJUDICE ÉCONOMIQUE⁴¹

Conscient de l'impact transfrontière que peut entraîner un dommage économique, il est constant de dire que l'efficacité des actions judiciaires engagées pour la réparation des dommages économiques suppose l'efficacité et l'harmonisation des règles adoptées par les États membres pour la conduite de ces procédures. En effet, tant sur le déroulement de l'instance que sur la détermination du préjudice ou les voies d'appel, les États membres de la Communauté adoptent des procédures divergentes.

A. LE DÉROULEMENT DE L'INSTANCE DANS LES CONTENTIEUX ÉCONOMIQUES

On peut s'interroger sur la consécration, en droit français, d'un principe de loyauté analogue au *duty of fairness to the Court* connu du droit anglais. Contrairement aux procédures engagées par le ministère public pour la répression des infractions pénales, à celles que peut engager directement le ministre de l'économie pour la moralisation des relations commerciales, enfin à celles que mettent en œuvre les autorités administratives indépendantes pour la régulation des marchés placés sous leur contrôle, qui font intervenir des autorités publiques disposant de pouvoirs de saisine d'office, d'enquête, de coopération et de sanction, en un mot, se caractérisent par un régime autoritaire et centralisé que reflète une procédure de nature inquisitoire, les actions civiles de droit commun sont encadrées par un principe essentiel : le « principe dispositif », selon lequel les parties ont la maîtrise du procès tandis que le juge occupe une position d'arbitre passif dans ces procédures de nature accusatoire.

L'article 2 du Code de procédure civile énonce en effet que « les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent. Il leur appartient d'accomplir les actes de la procédure dans les formes et délais requis ».

S'agissant des pouvoirs du juge, l'article 3 du même Code énonce qu'il « veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires ».

Ces principes directeurs des procès civils sont généralement reconnus dans les États membres. Mais ils y font l'objet de nuances, ainsi que le montrent trois exemples tirés des modèles français, allemand et britannique.

41. Partie présentée par J. Riffault-Silk, conseiller à la Cour de cassation.

En France, s'il est vrai ainsi que l'observe le rapport Magendie, qu'en ce qui concerne le déroulement de la procédure et à la suite des réformes précitées il serait plus juste de dire que les parties ne « conduisent » plus la procédure⁴² mais la « diligente » sous l'impulsion et le contrôle du juge qui détermine le calendrier de la procédure et peut ordonner des mesures d'instruction, il reste qu'elles conservent la maîtrise du procès — ce sont elles qui déterminent le champ du litige⁴³, soit les faits portés à la connaissance du tribunal, et les demandes formées devant lui —, le juge se bornant à dire le droit au vu des éléments qui lui sont librement soumis par les parties.

Cette maîtrise a un revers : c'est aux parties que revient la charge de la preuve, le juge occupant un rôle passif d'arbitre dans les affaires civiles. Or les moyens légaux dont disposent les parties dans leur droit national, pour faire reconnaître leurs droits, peuvent s'avérer faibles, voire inadaptés dans des affaires complexes telles que les affaires ressortissant aux affaires économiques et au droit de la concurrence.

Cette conception du rôle du juge n'est pas celle de l'Allemagne, où il lui est demandé de conseiller les parties et de leur indiquer, le cas échéant, dans une note les points de droit ou de fait sur lesquels il souhaite qu'elles s'étendent davantage. Cet aspect du rôle du juge a été récemment renforcé par une réforme intervenue en 2001 : le juge a désormais l'obligation d'attirer l'attention des parties sur les lacunes manifestes de leurs arguments et moyens de preuve, en fait et en droit, avant de rendre sa décision. Un tel conseil n'est pas concevable devant les juridictions britanniques, le juge pouvant seulement faire connaître aux parties lors d'une audience de procédure⁴⁴ que la demande n'a pas de fondement juridique.

On rappellera brièvement qu'en Allemagne, jusqu'en 1930, la procédure civile était dominée comme en France, par les parties. Le rôle du juge, et ses pouvoirs, ont été progressivement renforcés, ce mouvement allant de pair avec un renforcement de ses devoirs. Il faut noter aussi la nature particulière des rapports entre les juges et les avocats, moins formelle qu'en France. Il est ainsi légitime en Allemagne qu'un juge appelle au téléphone l'avocat d'une des parties pour attirer son attention sur une lacune de son raisonnement, sans se préoccuper, à ce stade, du contradictoire.

Qu'en est-il du Royaume-Uni ? Lord Denning avait défini en ces termes la règle accusatoire et le principe dispositif au Royaume-Uni⁴⁵ : « Dans le système de procès qui s'est imposé dans ce pays, le juge siège, écoute et détermine les problèmes soulevés par les parties ; il ne conduit aucune investigation ou examen au nom de la société comme cela se passe dans d'autres pays. C'est si fermement établi dans ce pays que le juge ne peut pas dans un procès civil appeler un témoin qui pourrait l'aider à éclairer certains faits. Il doit se satisfaire des témoins appelés par les parties. Ce sont donc les avocats qui appelleront les parties et le juge n'en fera rien. Le rôle du juge

c'est de s'en tenir aux preuves en ne posant des questions que quand cela est strictement nécessaire pour éclairer un point omis ou resté obscur ».

Mais la maîtrise laissée aux parties et la stricte position d'arbitre du juge, dans le modèle britannique, ont pour corollaire le devoir de loyauté (*duty of fairness to the Court*) qui incombe aux conseils des parties ainsi qu'aux experts qu'elles ont éventuellement choisis⁴⁶, devoir qui prime sur les obligations de ces professionnels envers leur client. S'il n'est pas demandé aux avocats d'être objectifs, la défense de leur client ne peut aller, par exemple, jusqu'à accepter que soit produite une liste de documents de preuve incomplète ce qui constituerait une manœuvre déloyale⁴⁷, une telle demande d'un client justifiant un refus de leur conseil de les assister plus avant.

On notera que le *duty of fairness to the Court* britannique n'est pas sans évoquer la proposition contenue dans le rapport Magendie, de l'institution d'un principe de loyauté processuelle, entendu comme un nouveau principe directeur de la procédure civile⁴⁸.

Dans l'ordre communautaire, le principe dispositif comporte une exception, bien que le principe d'autonomie procédurale laisse le soin à chaque État membre de décider, notamment, de la nature et de la composition des juridictions appelées à appliquer le droit de la concurrence, de la compétence et des pouvoirs donnés au juge dans le déroulement de la procédure — « l'office du juge » —, et de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire. Lorsque sont en cause les intérêts communautaires, cette autonomie est en effet encadrée par les principes d'équivalence et d'efficacité⁴⁹, également Crehan⁵⁰, et Manfredi⁵¹.

En l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire, pour autant que ces modalités ne soient pas moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (principe de l'équivalence) et qu'elles ne rendent pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité)⁵².

Il s'en suit que le juge national a l'obligation d'appliquer d'office le droit communautaire, cette obligation étant d'ordre public ainsi que l'a rappelé la cour de justice⁵³. Il incombe en effet aux juridictions nationales, par application du principe

46. V. *infra*, L'expertise.

47. V. *infra*, Le *disclosure*.

48. Rapport Magendie, préc., p. 36 s.

49. CJCE 10 juill. 1997, aff. n° C-261/95, *Palmisani*, § 27.

50. CJCE 20 sept. 2001, *Crehan*, préc.

51. CJCE 13 juill. 2006, *Vincenzo Manfredi*, préc.

52. CJCE 20 sept. 2001, *Crehan*, préc.

53. CJCE 14 déc. 1995, *Van Schijndel*, aff. n° C-430/93 et C-431/93, *Peterbroeck*, n° C-312/93, et en matière d'arbitrage, CJCE 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss China*, aff. n° C-126/97.

42. Art. 2 C. pr. civ., « les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent... » ; art. 3 C. pr. civ., « Le juge veille au bon déroulement de l'instance... ».

43. Art. 4 C. pr. civ.

44. *Case Management Conférence (CMC)*.

45. *Jones v. National Coal Board*, 1957.

de coopération énoncé à l'article 5 du traité, d'assurer la protection juridique qui en découle directement pour les justiciables.

À cet égard, si « le droit communautaire n'impose pas aux juridictions nationales de soulever d'office un moyen tiré de la violation de dispositions communautaires, lorsque l'examen de ce moyen les obligerait à renoncer à la passivité qui leur incombe, en sortant des limites du litige tel qu'il a été circonscrit par les parties et en se fondant sur d'autres faits et circonstances que ceux sur lesquels la partie qui a intérêt à l'application desdites dispositions a fondé sa demande [...]»⁵⁴, les modalités [procédurales prévues par le droit interne d'un État membre] ne peuvent être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne, ni rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire. Une règle de droit national empêchant la mise en œuvre de la procédure prévue à l'article 177 du traité doit, à cet égard, être écartée »⁵⁵.

Ainsi que l'ont souligné certains commentateurs⁵⁶, l'ordre public communautaire, selon ces décisions, apparaît plus contraignant pour le juge national que l'ordre public interne. En effet, le moyen de droit communautaire apparaît être mélangé de droit et de fait puisqu'il suppose l'affectation du marché intracommunautaire. Or, la latitude laissée au juge national d'appliquer d'office ou non un tel moyen, lorsque la règle en cause relève de l'ordre juridique national⁵⁷, devient une obligation si cette règle relève de l'ordre communautaire, le juge se trouvant alors tenu de soulever d'office les moyens de pur droit comme ceux mélangés de fait et de droit.

1. Le déroulement de l'instance, la recherche des preuves : liberté des parties sous le contrôle du juge *versus* obligation de *disclosure*

En dépit de réformes successives, les règles procédurales appliquées en France apparaissent sensiblement moins exigeantes que celles régissant les procédures civiles dans d'autres États membres, qu'il s'agisse de l'introduction de l'instance, de l'instruction de l'affaire ou de la place donnée à l'oralité à l'audience.

L'engagement de l'instance. — Depuis le décret du 28 décembre 1998⁵⁸, l'acte introductif d'instance doit contenir l'objet de la demande avec un exposé des moyens en fait et en droit et comporter la liste des pièces sur lesquelles se fonde la demande, lesquelles doivent être communiquées à l'autre partie en application du principe du contradictoire. Mais il n'existe ni pour le demandeur, ni pour le défendeur lors du dépôt de ses conclusions, ni ultérieurement par l'une ou l'autre partie lors du dépôt de nouvelles écritures, une obligation quelconque de déposer au greffe les pièces

54. Décis. *Van Schijndel*.

55. Décis. *Peterbroeck*.

56. G. Canivet et J.-G. Huglo, « L'obligation pour le juge judiciaire d'appliquer d'office le droit communautaire au regard des arrêts *Van Schijndel* et *Peterbroeck* », *J.-Cl. Europe*, avr. 1996, p. 1.

57. Art. 7, 12, 619 et 620 C. pr. civ.

58. Art. 56 C. pr. civ., pour l'assignation en général et art. 752 C. pr. civ., pour la procédure suivie devant le TGI, art. 855 C. pr. civ. pour la procédure suivie devant le T. com.

mentionnées sur le bordereau qui y est annexé. Dans la pratique judiciaire française, ces pièces seront, le plus souvent, communiquées ultérieurement à l'autre partie et ne seront remises à la juridiction de jugement qu'à l'issue des plaidoiries.

Toute autre est la règle de procédure allemande, les pièces invoquées au soutien des demandes, comme de la défense, devant être annexées aux actes de la procédure qui les mentionne. Ces règles sont celles-là même qui sont suivies devant les juridictions communautaires.

Les propositions de réforme suggérées par le rapport Magendie⁵⁹, de modifier en ce sens les règles de procédure françaises n'ont pas eu d'écho.

L'instruction de l'affaire. — La charge de la preuve incombe au demandeur. En matière contractuelle, c'est à lui d'établir l'inexécution du contrat. Dans le domaine délictuel ou quasi délictuel, il doit démontrer non seulement la faute — même non intentionnelle — constitutive d'une concurrence déloyale, ou encore la violation d'une règle de concurrence ou celle d'un droit privatif de propriété intellectuelle, mais aussi les deux autres éléments dont la preuve est requise en matière de responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle : le dommage et le lien de causalité.

Il n'existe pas en Europe de standard commun de preuve, analogue à la balance de probabilités adoptée dans les pays de *Common Law*. Mais tous les pays européens reconnaissent le principe de la libre évaluation de la preuve par le juge dans ce domaine, ainsi que l'étendue des moyens de preuve — orale ou écrite — admissibles, sous la seule réserve des deux conditions fondamentales suivantes : d'abord, que ces preuves n'ont pas été obtenues d'une manière illégale, ensuite, qu'elles ont pu être librement débattues devant le juge, le principe du contradictoire ayant été respecté. La difficulté paraît résulter, ici, de l'exigence d'un standard élevé de preuve, joint à la complexité fréquente des affaires économiques et à la faiblesse des moyens dont disposent les demandeurs dans la recherche des preuves. Or cette recherche est un point crucial dans l'établissement de la faute et dans celui du préjudice.

Contrairement aux règles applicables, en droit de la concurrence, au déroulement des enquêtes menées par les autorités publiques de régulation, prévoyant des peines d'emprisonnement et d'amende prononcées par les juridictions pénales dans le cas d'un obstacle mis délibérément à la conduite de l'enquête, les sanctions habituellement prévues en Europe, et notamment en France, soit des amendes civiles ou l'allocation au demandeur du montant de l'astreinte éventuellement prononcée à l'encontre de l'entreprise concernée, paraissent d'une faible efficacité.

Certes, dans le domaine particulier des pratiques anticoncurrentielles, l'institution de l'*amicus curiae* prévue par l'article 15 du règlement n° 1/2003 du Conseil et, en France, par les dispositions de droit interne⁶⁰ permettent à l'autorité publique de régulation, nationale ou européenne, d'intervenir devant les juridictions et au juge de lui demander son avis sur les pratiques anticoncurrentielles relevées dans les affaires dont il est saisi. Mais cette facilité pourrait se révéler d'une utilité relative, si

59. Rapport Magendie, préc., p. 42 s.

60. Art. L. 462-3 et L. 470-5 C. com.

l'opinion donnée au juge par ces autorités publiques se réfère uniquement aux documents qu'il leur a transmis. La jurisprudence française, qui permet au Conseil de la concurrence d'engager le cas échéant une enquête avant de formuler sa réponse, apparaît beaucoup plus efficace⁶¹.

Comme le note le rapport Ashurst à propos des actions en réparation engagées sur le fondement de pratiques anticoncurrentielles, le fait que dans la plupart des États membres les parties ne sont pas dans l'obligation de produire « toutes » les pièces intéressant l'affaire, et souvent ne seront dans l'obligation de communiquer des documents que lorsque l'autre partie aura réussi à identifier et à dénommer ceux qu'elle recherche, constitue une différence majeure entre les procédures continentales et anglo-saxonnes.

Cette divergence va bien au-delà du contentieux propre aux pratiques anticoncurrentielles, puisqu'elle caractérise l'instruction du procès civil, en général.

Les règles applicables au *disclosure* britannique concernent le principe de proportionnalité, les pouvoirs de contrôle du juge sur l'étendue de la communication de pièces.

Devant la *High Court*, le demandeur est d'abord tenu d'indiquer dans un document écrit (*claim form*) les faits et les moyens qu'il invoque au soutien de sa demande. Le défendeur doit lui répondre, chacun étant tenu de donner des informations précises sur les faits et sur le droit applicable.

Le *disclosure* (obligation de révélation), qui intervient dans un second temps, est automatique⁶². Chaque partie doit révéler dans un document écrit toutes les pièces intéressant l'affaire, y compris celles qui sont favorables à la partie adverse, en joignant à cette liste une déclaration de sincérité (*statement of truth*) signée⁶³. Cette liste comprend non seulement les documents actuellement détenus par la partie déclarante, mais aussi ceux qui ont pu être en sa possession antérieurement, les raisons pour lesquelles ils ne le sont plus devant figurer dans la déclaration de sincérité. La révélation des documents intéressant l'affaire a pour conséquence que la partie adverse dispose sur tous ceux que détient la partie déclarante, d'un droit de communication et d'un droit de copie⁶⁴. L'obligation de *disclosure* est toutefois tempérée par une règle de « recherche raisonnable » des documents intéressant l'affaire⁶⁵, et par un principe de proportionnalité⁶⁶ selon lequel la partie déclarante peut refuser, compte tenu de l'objet du litige, d'autoriser l'accès à tel document ou à telle catégorie de documents, à condition toutefois d'en indiquer les raisons dans la déclaration de sincérité accompagnant le document de *disclosure*. En cas de contestation, c'est au juge de décider s'il y a ou non lieu à communication des documents litigieux.

L'audience de procédure (*Case Management Conference*) se tiendra après ces

61. CE 13 janv. 1998, *Ugap-Camif*.

62. Art. 31 CPR.

63. Art. 31.10 CPR.

64. Art. 31.15 CPR.

65. Art. 31.7 CPR.

66. Art. 31.3 (2) b CPR.

communications d'informations et de pièces. Elle a pour objet d'identifier, au cours d'un échange entre les juges et les parties, les questions essentielles en litige, qui seront seules discutées lors de l'audience au fond, et ainsi d'éviter lenteurs et débats inutiles. Elle a également pour objet d'autoriser le cas échéant le recours à un expert.

En cas d'incident — le défendeur soutenant, par exemple, que certains documents n'ont pas été produits —, une audience est tenue au tribunal, à la suite de laquelle le juge peut ordonner à la partie en cause de produire le document en question. Cette décision peut faire l'objet de recours. Si le document n'est pas produit malgré l'absence de recours ou alors que l'injonction de communication a été confirmée en appel, le défendeur est en droit de demander au juge de radier l'affaire ou d'écarter les demandes correspondant aux pièces en cause, l'autre partie pouvant encore demander au juge un relevé de ces sanctions. La situation inverse peut se produire, le demandeur demandant que soient écartées les pièces produites par l'autre partie si elle n'a pas respecté les règles du *disclosure*⁶⁷. Une fausse déclaration peut être pénalement qualifiée et sanctionnée comme *contempt of Court*. En pratique, de tels incidents de procédures sont rarissimes.

On notera l'accent mis sur l'évolution récente des règles relatives au secret professionnel des avocats et juristes d'entreprise (*legal professional privilege*), qui couvre non seulement les documents au procès mais également les documents établis antérieurement par un avocat : les membres du Bar ne sont désormais autorisés à conserver certaines informations confidentielles reçues de leurs clients que si ces derniers y consentent, mais dans le cas contraire « la cour a le dernier mot ». Si le document est considéré comme substantiel, il devra être produit.

Ces règles de procédure ont fait l'objet de modifications sensibles devant le CAT juridiction d'appel de OFT, et juridiction de première instance lorsqu'il est saisi d'une demande en réparation sur le fondement de pratiques anticoncurrentielles relevées par une décision définitive d'une instance communautaire ou britannique. Dès leurs premières écritures, les parties doivent énumérer tous les documents sur lesquels elles se fondent. Le demandeur doit également communiquer les attestations de témoins et le cas échéant les rapports d'expertise déjà établis au soutien de sa demande et justifier du montant de dommages-intérêts sollicité, ces diverses productions étant accompagnées de déclarations de sincérité. Après l'échange de ces écritures et la communication des documents, intervient l'obligation de *disclosure*, le plus souvent ordonnée par le CAT. On notera que la procédure de *contempt of Court* n'existe pas devant le CAT, mais un refus de déférer à une injonction de la *High Court* prononcée à la demande du CAT est « certainement » un *contempt* ainsi qu'en a décidé la *Court of Appeal* [Décis. *Floe*], observant que le CAT n'a pas reçu lui-même un tel pouvoir de sanction ni même celui de radier l'affaire.

On notera que les règles américaines du *discovery* s'écartent sensiblement des règles du *disclosure* britannique. Lors de l'introduction de l'instance, tout d'abord, le demandeur n'est pas tenu d'exposer les éléments factuels sur lesquels se fonde la

67. Aff. *Michael Douglas & Catherine Zeta-Jones*.

demande, l'allégation d'une violation de la loi étant à ce stade suffisante. Dans une seconde étape de la procédure, le juge doit dire si la demande est recevable et autoriser le cas échéant l'engagement de la procédure de *discovery*. Dans le cas contraire, le demandeur s'expose à une action en réparation pour procédure abusive. Contrairement aux règles du *disclosure*, la procédure de *discovery* se caractérise par son caractère oral : le demandeur produit une liste des témoins qu'il souhaite interroger. Chacun de ces témoins, dont l'audition sera intégralement enregistrée, devra produire tous les documents qui lui sont demandés s'il les détient, y compris ceux qui sont favorables à l'autre partie. Ultérieurement, lors de l'audience au fond, les témoins seront interrogés par les conseils des parties au vu de ces éléments de preuve.

2. L'évolution des règles de procédure françaises : contractualisation du procès et principe de loyauté

En France, les règles de la procédure civile ne militent pas en faveur d'une intervention accrue du juge. Aux termes de l'article 146 du Code de procédure civile, « une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver. En aucun cas, une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve ». Les injonctions de communiquer prononcées par le juge, éventuellement sous astreinte, d'une utilité relative, sont également source de délais dans le déroulement de la procédure. Le juge peut néanmoins tirer les conséquences d'un refus de production.

S'agissant du déroulement de l'instance, l'instauration d'un principe de loyauté de la procédure civile a été recommandée par le rapport Magendie⁶⁸. Selon ce rapport, « [...] La loyauté est indispensable au déroulement de la procédure. Il n'existe pourtant pas de principe directeur de loyauté expressément visé dans le Code de procédure civile. Certains auteurs considèrent cependant qu'un réel principe de loyauté existe et se dégage des dispositions liminaires du Code de procédure civile. Ce principe découle, notamment, de l'obligation de ne pratiquer que des mesures "légalement admissibles", de communiquer les pièces en temps utile.

Henry Motulsky y voyait, quant à lui, une composante des droits de la défense. Un principe de loyauté est par ailleurs prévu en tant que tel dans le projet de l'*American Law Institut* et d'Unidroit concernant des règles transnationales de procédure applicables en matière de commerce international.

Qu'elle existe ou non en tant que principe, la loyauté est certainement une composante essentielle du procès civil.

Le respect de la loyauté processuelle devrait figurer explicitement au nombre des principes directeurs du procès pour mieux asseoir sa nécessité et servir de référent pour toutes les procédures et devant tous les juges ».

L'importance d'un tel principe, dans l'organisation des procédures civiles, est ainsi soulignée par la commission Magendie, dont la mission de réflexion avait trait

68. Rapport Magendie, préc., p. 35.

à la qualité et la célérité de ces procédures. Sa portée apparaît toutefois dépasser le cadre strict du « temps du procès ».

B. LA DÉTERMINATION DU PRÉJUDICE, L'EXPERTISE

L'expertise, accompagnée éventuellement de l'avis d'un spécialiste (« le sapiteur » en droit français) choisi par l'expert en raison de sa connaissance particulière du domaine concerné, est d'une grande valeur probatoire qu'elle soit ordonnée par le juge, ou produite par les parties. Peu fréquemment demandée par les parties dans les contentieux commerciaux, elle n'est habituellement ordonnée que dans des affaires plus importantes et/ou plus complexes.

Devant les juridictions françaises, la décision d'ordonner une expertise revient au juge des référés, puis au juge de la mise en état s'il a été désigné et ce jusqu'à son dessaisissement⁶⁹, enfin à la juridiction de jugement. Mais cette mesure d'instruction ne donne pas lieu à réouverture des débats dans le cas où cette dernière l'ordonnerait d'office, alors qu'elle n'a été débattue ni dans son principe ni dans son étendue. Dans la pratique, les experts ne sont pas davantage convoqués à l'audience pour répondre à d'éventuelles questions après dépôt du rapport.

Les règles britanniques sont différentes : le demandeur doit solliciter la permission du tribunal pour avoir recours à un expert sur les points qu'il énumère. L'autre partie pourra en faire de même. Chacun des experts, auxquels incombe, comme aux conseils des parties, une obligation de loyauté envers les juges⁷⁰, doit accompagner son rapport d'une déclaration de sincérité signée (*statement of truth*). Si les rapports déposés par chacun d'eux parviennent à des conclusions différentes, le juge peut leur demander, avant l'audience au fond, une déclaration écrite faisant le point sur leurs divergences et expliquant les raisons de ces divergences. Lors de l'audience, les experts seront interrogés par les avocats des parties. Dans les petites affaires (litiges portés devant les *County Courts*), un expert unique est habituellement désigné.

On notera que la pratique judiciaire allemande fait elle aussi une part importante à l'oralité de la procédure d'expertise : l'expert, désigné par le juge qui définit sa mission, est systématiquement convoqué à l'audience et questionné par les avocats autant que par le juge.

À ces différents égards, l'intérêt des propositions contenues dans le rapport Magendie⁷¹, d'une contractualisation de l'expertise à l'organisation de laquelle seraient associées les parties — choix de l'expert en concertation avec le juge, éventuel ajustement de la mission confiée à l'expert après un premier examen contradictoire de l'affaire entre ce dernier et les parties —, doit être souligné.

En droit français, il résulte de l'article 1149 du Code civil que « les dommages-intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il

69. Art. 771 C. pr. civ.

70. V. *supra*.

71. Rapport Magendie, préc., p. 97 s.

a été privé »⁷². En matière contractuelle, l'article 1150 du même Code prévoit que le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts prévisibles lors de la conclusion du contrat, sauf dol ou faute lourde assimilable au dol. Enfin l'article 1151 consacre la règle de la réparation intégrale du préjudice. Tout le préjudice, mais pas au-delà, ces dispositions excluant, par là même, la possibilité de dommages punitifs.

Ce droit à réparation naît dès la réalisation du dommage, et le jugement qui le constate n'a qu'un caractère déclaratif. Il en résulte qu'il est loisible à la victime — le créancier — de céder son droit à réparation à un tiers soit à titre gratuit, soit à titre onéreux.

Le dommage doit être direct et certain, et inclut les pertes subies et le gain manqué mais aussi, au-delà de ces dommages d'ores et déjà éprouvés, les pertes résultant d'investissements ou de charges devenus inutiles, les gains manqués pour l'avenir, la perte d'une chance, la perte d'image ou de réputation, le dommage moral. Chacun d'entre eux doit faire l'objet d'une évaluation précise à la date du jugement. Une somme forfaitaire n'est pas admise.

On remarquera que, si dans le domaine de la concurrence déloyale, le juge apparaît plus libéral pour admettre l'existence d'un préjudice en considérant qu'elle s'infère nécessairement du trouble concurrentiel causé à l'ordre public économique, cette présomption ne vaut que pour le principe de ce préjudice, et ne dispense nullement le demandeur d'établir son étendue.

La difficulté pratique d'évaluer avec précision quelle aurait été la situation du demandeur, si l'événement dommageable n'avait pas eu lieu, a conduit à admettre une méthode abstraite de calcul des dommages, prenant pour références soit les profits qui seraient réalisés dans le secteur concerné selon des conditions de compétition normales, soit un « montant raisonnable » chiffré souverainement par le juge.

Il convient enfin de souligner que le droit positif français, à l'inverse de la quasi-totalité des droits des États membres — seuls font exception le Luxembourg et la Pologne —, n'admet pas l'obligation pour la victime de réduire son propre préjudice, principe régulièrement réaffirmé par la Cour de cassation⁷³. Il prévoit en revanche une réduction des réparations dans le cas où le demandeur, par son fait, a contribué à son propre préjudice, à la condition que cette faute ait un lien direct et causal avec le dommage.

Selon les règles britanniques, en matière contractuelle, la demande ne pourra pas porter sur une exécution forcée du contrat, mais seulement sur une compensation par équivalent du préjudice causé par l'inexécution. Cette compensation doit correspondre à la perte raisonnablement prévisible subie par le demandeur (*the reasonably foreseeable loss*). Contrairement aux règles françaises de la réparation intégrale du préjudice, cette indemnisation sera calculée à la date de la violation du contrat, en raison

72. Art. 1149 C. civ.

73. D. 2003. 2326, note J.-P. Chazal; RTD civ. 2003. 716, obs. P. Jourdain; LPA 2003, n° 208, note S. Reifegerste; égal., D. Mazeaud, « La passivité de la victime, l'intérêt de l'auteur du dommage », D. 2004. 1346.

de l'obligation faite au demandeur de réduire son préjudice, et sera assortie d'intérêts jusqu'au jour du paiement, à un taux augmenté à partir du jugement.

Les préjudices susceptibles d'être indemnisés, en droit anglais, couvrent la perte de profits futurs s'ils sont certains (*loss of future profits*). Ils couvrent également la perte d'une chance soit la perte de l'opportunité de réaliser un profit (*loss of a chance*) : tel est le cas, par exemple, de la rupture d'un contrat de prestation comportant une clause d'intéressement aux profits futurs réalisés par le cocontractant auteur de la rupture, le préjudice comprenant la perte de ce « bonus » dont le montant doit être évalué.

Contrairement au droit français, le préjudice n'est jamais calculé à la date du jugement mais à la date du dommage. La perte d'image, l'atteinte à la réputation (*loss of reputation*) ne sont pas indemnisées sauf dans des cas particuliers comme le dénigrement. En revanche, le préjudice moral est aujourd'hui admis pour certaines affaires (voyages « mal » organisés dits *holiday cases*, mauvaise exécution de contrats de prestations photographiques pour un mariage *wedding photos cases*).

Les règles allemandes sont également restrictives en ce qu'elles n'admettent pas la réparation d'une atteinte à l'image ou à la réputation. Cependant la Cour fédérale allemande s'est montrée plus large dans une affaire récente (*Caroline de Monaco*).

En ce qui concerne la possibilité de dommages punitifs dans les affaires de profits dissimulés, on notera la possibilité en droit anglais d'ordonner, au-delà de la stricte réparation des dommages, la restitution des profits (*restitutionary damages*) lorsque le défendeur a réalisé des profits excessifs ou encore lorsque ces profits ont été dissimulés (*secret profits cases*). Il s'agira, par exemple, du dirigeant d'une société qui a détourné à son profit un contrat destiné à la société et devra restituer les profits reçus de l'exécution du contrat, ou d'un cas de corruption, la partie innocente percevant alors le montant de la somme reçue par le corrompu. Dans ces cas particuliers de profits dissimulés, les sommes allouées par le juge peuvent en outre correspondre à un multiple de ces profits.

C. L'APPEL, VOIE DE RÉFORMATION OU VOIE D'ACHÈVEMENT ?

Juger le jugement, ou juger le litige ? L'attachement français à un double degré de juridiction pour un examen de l'affaire en fait et en droit, que rappelle le rapport Magendie, se démarque du choix des juridictions communautaires de s'en tenir à un contrôle de légalité, déjà pratiqué par d'autres États membres, notamment au Royaume-Uni, et récemment adopté en Allemagne, le principe même d'un droit d'appel « absolu » ayant lui aussi été remis en cause.

1. Au Royaume-Uni

L'exercice d'une voie de recours contre les décisions de la *High Court*, depuis une réforme intervenue en 2005⁷⁴ impose désormais aux parties de demander l'autorisa-

74. Amendement n° 4 à l'art. 52.3 CPR.

tion de faire appel à la *High Court* ou à la *Court of Appeal*, quelle que soit la nature de la décision intervenue en première instance alors qu'auparavant une telle autorisation ne devait être demandée que si la décision ne portait pas sur le fond de l'affaire. C'est un appel sur les faits et le droit. Mais la cour d'appel n'examinera que les faits soumis à la juridiction de première instance, à moins que la cour n'autorise la production de nouvelles pièces indisponibles à ce premier stade. Dans ce cas, la *Court of Appeal* annulera la décision et renverra le plus souvent l'affaire à la *High Court* pour un nouvel examen, sans y procéder par elle-même. Si la *Court of Appeal* conserve l'affaire, elle exerce un contrôle restreint de légalité⁷⁵.

En ce qui concerne le CAT, un appel contre sa décision n'est possible qu'avec l'autorisation de ce tribunal ou avec celui de la *Court of Appeal*, et ne peut porter que sur des points de droit, sauf dénaturation des faits ou erreur manifeste.

2. En Allemagne

La réforme intervenue en 2001 a profondément transformé le rôle du juge de première instance et d'appel. L'appel était auparavant de pleine juridiction. Depuis, le juge d'appel ne contrôle que le droit. Le contrôle factuel est encore possible en cas d'erreur manifeste⁷⁶.

Le principe est que les parties ne peuvent plus invoquer de faits nouveaux, alors qu'auparavant ces faits nouveaux pouvaient être écartés seulement en cas de négligence. En outre, le juge ne peut reprendre les constatations de fait des premiers juges, sauf erreur manifeste d'appréciation. Ces règles nouvelles ont eu pour conséquence un plus grand effort des juges du fond pour les constatations de fait.

La cour fédérale de Karlsruhe exerce un contrôle restreint de légalité sur les décisions qui lui sont déférées. Mais il n'y a de recours possible que sur admission prononcée par le juge d'appel. En cas de refus, toutefois, la cour fédérale peut sur recours admettre sa saisine. Auparavant, si le montant du litige dépassait 30 000 euros, il n'y avait pas de restriction. Ces seuils ont été supprimés.

Aujourd'hui les missions de la cour fédérale consistent, en premier lieu, à éviter les contrariétés de décisions en unifiant la jurisprudence et, en second lieu, à faire évoluer le droit. Il s'en est suivi une augmentation de petites affaires posant des problèmes de principe. Globalement, le nombre d'affaires a beaucoup diminué, passant environ de 4 600 en 2002 à 3 600 en 2004.

Outre ce changement de la fonction juridictionnelle des juges d'appel et de la Cour suprême fédérale, le cœur de la réforme de 2001 porte sur le renforcement du rôle du juge unique en première instance et en appel, en matière civile et en matière commerciale, la collégialité étant devenue l'exception. Quelles sont ces exceptions ?

75. Art. 52-11 CPR.

76. Par ex. : interprétation manifestement erronée d'un contrat, conclusions manifestement erronées d'un expert.

Soit il s'agit d'une affaire complexe, soit le juge unique décide, en cours de procédure, le renvoi en formation collégiale.

3. En France

Il n'existe pas de restriction au droit d'appel, ni dans son principe, ni dans son étendue : il est ainsi loisible aux parties d'apporter de nouveaux éléments de preuve devant les juges d'appel, et même de former des demandes nouvelles si la partie adverse ne s'y oppose pas. En effet, le juge d'appel ne peut soulever d'office les dispositions de l'article 564 du Code de procédure civile.

Consulté par le Sénat en 2002 sur le fonctionnement de la justice en France, le Premier président Guy Canivet observait : « [...] Pour l'instant, la justice fonctionne à l'envers. [...] On pousse les affaires vers le haut, vers les cours d'appel et vers la Cour de cassation. On se dépêche de se débarrasser du litige puisqu'il existe une juridiction supérieure pour contrôler le jugement. Il faut en fait renverser la situation pour avoir, dès la première instance, une justice totalement explorée, bien rendue, et ne procéder ensuite que par contrôle de ce qui y a été fait »⁷⁷.

À cet égard, également, une évolution des règles — et des pratiques — françaises, et à tout le moins une meilleure prise en compte des réflexions déjà entreprises, seraient opportunes. Cependant, fort du constat du président Canivet, il nous incombe d'étudier le rôle de la Cour de cassation dans la matière liée à la réparation du préjudice économique.

§ II. LE CONTRÔLE PAR LA COUR DE CASSATION⁷⁸

Juge de la bonne application du droit, la Cour de cassation a pu être saisie de questions tendant à apprécier l'évaluation du préjudice. Sur ce point, elle effectue un contrôle particulièrement classique⁷⁹, se séparant d'ailleurs du Conseil d'État.

Cette étude proposera quelques pistes de réflexion en vue de la recommandation en la matière d'un contrôle renforcé du juge de cassation, qui pourrait comporter non seulement le contrôle de l'existence et du caractère suffisant de la motivation, mais aussi celui de la cohérence du raisonnement, fondé sur la nécessité pour les juges du fond d'exposer leur méthode d'évaluation et les postes de préjudice retenus, seul le chiffrage de chaque poste relevant, en dernière analyse, de l'appréciation souveraine des juges du fond.

77. Audition par la commission des lois du Sénat, mission d'information « Quels métiers pour quelle justice ? », 8 juin 2002.

78. Partie présentée par M. Guyomar, maître des requêtes au Conseil d'État et O. Matuchansky, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

79. Civ. 1^{re}, 7 juin 1988, *Bull. civ.* I, n° 180; Civ. 1^{re}, 11 oct. 1988, *Bull. civ.* I, n° 281; Civ. 3^e, 28 juin 2006, *Bull. civ.* III, n° 164.

Seront ainsi exposés, successivement, l'état actuel du contrôle exercé par le juge de cassation, les critiques qu'il suscite et les possibilités d'étendre et d'approfondir ce contrôle.

A. L'ÉTAT DU CONTRÔLE DU JUGE DE CASSATION

1. Devant la Cour de cassation

Les arrêts relatifs aux effets de la responsabilité sont généralement moins nombreux que ceux ayant trait au fait générateur ou au lien de causalité⁸⁰. Il demeure une règle particulièrement classique et, en apparence, parfaitement nette : les juges du fond sont souverains pour constater l'existence d'un préjudice et en déterminer l'étendue⁸¹, ainsi que pour apprécier les modalités de la réparation⁸².

La Cour de cassation est souvent si peu exigeante concernant la motivation qu'elle considère que les juges du fond justifient suffisamment l'existence du préjudice par la seule évaluation qu'ils en font⁸³ et que, « si la loi n'en ordonne autrement », ils ne sont pas tenus de préciser les éléments qui servent à l'évaluer⁸⁴ ni de s'expliquer sur la méthode d'évaluation qu'ils appliquent⁸⁵.

La situation est cependant plus nuancée qu'il n'y paraît et les hypothèses de contrôle assez nombreuses.

Le contrôle de la motivation. – Le pouvoir souverain des juges du fond ne les dispense pas de motiver leur décision, et l'existence de la motivation est contrôlée⁸⁶. Ce contrôle, au titre duquel il est notamment vérifié que les juges du fond ont précisé à quel titre et pour quel dommage ils allouaient une réparation⁸⁷, qu'ils ont effectué toutes recherches utiles à la solution du litige⁸⁸ et qu'ils ont répondu aux conclusions opérantes dont ils étaient saisis⁸⁹, et au titre duquel il devrait être vérifié d'une manière générale que les juges du fond ont apprécié l'existence et l'im-

80. P. Brun et P. Jourdain, *D.* 2006. 1935.

81. Civ. 1^{re}, 23 nov. 1966, *Bull. civ. I*, n° 522; Civ. 2^e, 5 déc. 1979, *Bull. civ. II*, n° 283; Civ. 3^e, 8 déc. 1981, *Bull. civ. III*, n° 206; Ch. mixte, 6 sept. 2002, *Bull. Ch. mixte*, n° 4; Civ. 3^e, 21 janv. 2004, *Bull. civ. III*, n° 10; Civ. 3^e, 22 juin 2005, *Bull. civ. III*, n° 136.

82. Civ. 1^{re}, 28 avr. 1986, *Bull. civ. I*, n° 107; Civ. 3^e, 10 janv. 1990, *Bull. civ. III*, n° 6.

83. Civ. 3^e, 15 févr. 1984, *Bull. civ. III*, n° 41; Soc. 12 mars 1987, *Bull. civ. V*, n° 156; Civ. 2^e, 20 janv. 1993, *Bull. civ. II*, n° 23; Ass. plén., 26 mars 1999, *Bull. civ.*, n° 3; Soc. 12 juin 2001, *Bull. civ. V*, n° 215.

84. Soc. 13 juin 1990, *Bull. civ. V*, n° 274; Soc. 17 janv. 1989, *Bull. civ. V*, n° 26.

85. En matière d'incapacité permanente partielle, Civ. 2^e, 21 déc. 2006, pourvoi n° 04-13.567, à paraître au *Bulletin*.

86. Par ex., Com. 27 janv. 1998, pourvoi n° 95-21.176; Soc. 27 nov. 2002, pourvoi n° 00-45.699; Civ. 1^{re}, 28 oct. 2003, *Bull. civ. I*, n° 213 : « Mais attendu que l'arrêt retient, à partir des évaluations auxquelles a procédé l'expert, une masse contrefaisante correspondant au nombre d'articles n'ayant pas pu être commercialisés et une marge moyenne perdue par cerf-volant; que la cour d'appel qui a répondu en les rejetant aux conclusions et moyen prétendument délaissés, a, hors toute dénégation du rapport de l'expert, statué par une décision motivée ».

87. Crim. 27 mars 1996, *Bull. crim.*, n° 141.

88. Civ. 1^{re}, 6 oct. 1998, *Bull. civ. I*, n° 275.

89. Com. 24 oct. 2000, pourvoi n° 98-11.580; Civ. 2^e, 11 sept. 2003, *Bull. civ. II*, n° 249.

portance du dommage « avant de pouvoir fixer le montant des dommages-intérêts pouvant [...] être alloué »⁹⁰, est cependant d'une faible intensité, puisque, ainsi qu'il a été indiqué, les juges du fond peuvent généralement se borner à donner une évaluation chiffrée du préjudice, le cas échéant tous chefs confondus, et sans avoir à s'expliquer sur chacun des chefs de préjudice⁹¹ ni même à en préciser les divers éléments⁹².

Les juges du fond peuvent en particulier retenir une évaluation expertale⁹³, sans qu'il leur soit imposé d'expliquer en quoi ils l'estiment convaincante.

Les juges du fond ne sont pas non plus tenus de justifier, par des motifs spéciaux, l'évaluation souveraine qu'ils font d'un préjudice dont seul le montant (et non l'existence) était contesté : la solution vaut tant à l'égard d'un préjudice moral⁹⁴ que d'un préjudice à caractère économique⁹⁵.

Sans doute est-il interdit aux juges du fond, d'une manière générale, de se borner à un simple visa des termes du litige et des demandes formulées par les parties⁹⁶, à un simple visa des faits de la cause ou de documents n'ayant fait l'objet d'aucune analyse^{97,98} ou à un motif d'ordre général tel que l'affirmation pure et simple du bien-fondé de la demande⁹⁹.

On ne s'étonnera donc pas que la jurisprudence fournisse, en matière de préjudice économique, de nombreux exemples de motivations échappant à la censure du

90. Com. 24 sept. 2002, *Bull. civ. IV*, n° 130.

91. Civ. 1^{re}, 16 juill. 1991, *Bull. civ. I*, n° 249.

92. Ass. plén. 26 mars 1999, préc.; Ch. mixte, 6 sept. 2002, préc.

93. Com. 24 oct. 2000, préc.

94. Civ. 2^e, 20 janv. 1993, préc.

95. Com. 19 oct. 1999, *Bull. civ. IV*, n° 174 : « Mais attendu que les quatre sociétés demanderesse à la nullité des marques frauduleuses ont présenté une demande groupée de dommages-intérêts, sans que les défendeurs à l'action y fassent objection; qu'ils ne sauraient dès lors utilement prétendre que, pour n'avoir pas procédé à une énonciation détaillant le préjudice subi par chacune des sociétés qui ne lui était pas demandée, la cour d'appel ne l'a pas évalué pour établir le montant de la condamnation prononcée ».

96. Civ. 1^{re}, 28 oct. 2003, préc.

97. Civ. 2^e, 3 mai 1985, *Bull. civ. II*, n° 91; Com. 18 juin 1985, *Bull. civ. IV*, n° 194; Civ. 2^e, 3 juill. 1985, *Bull. civ. II*, n° 132; Civ. 2^e, 4 févr. 1987, *Bull. civ. II*, n° 34; Civ. 2^e, 22 juin 1988, *Bull. civ. II*, n° 151; Civ. 2^e, 6 déc. 1989, *Bull. civ. II*, n° 216; Civ. 2^e, 9 janv. 1991, *Bull. civ. II*, n° 6; Com. 25 juin 1991, *Bull. civ. IV*, n° 231; Civ. 2^e, 20 nov. 1991, *Bull. civ. II*, n° 309; Com. 18 févr. 1992, *Bull. civ. IV*, n° 80; Com. 30 mars 1993, *Bull. civ. IV*, n° 123; Civ. 3^e, 20 déc. 1995, *Bull. civ. III*, n° 265; Soc. 1^{re} févr. 1996, *Bull. civ. V*, n° 38; v. aussi, pour des cas de références, jugées insuffisantes, à des pièces identifiées mais au contenu non relaté ou non analysé, Soc. 7 janv. 1988, pourvoi n° 85-45.448; Com. 4 mai 1993, *Bull. civ. IV*, n° 161; Civ. 2^e, 5 oct. 1994, *Bull. civ. II*, n° 189.

98. V. toutefois, pour des arrêts anciens particulièrement peu exigeants, Civ. 2^e, 12 mars 1986, *Bull. civ. II*, n° 37 : « Attendu qu'il est fait grief au jugement, qui, rejetant leur opposition, a condamné les époux Tran Van Oanh au paiement d'une certaine somme, de ne pas expliquer en quoi les pièces produites par la société permettraient d'accueillir la demande en paiement; Mais attendu que, motivant sa décision, le tribunal, après avoir relevé que les époux Tran Van Oanh avaient signé l'accusé de réception de la lettre de convocation, qu'ils avaient été avisés du renvoi de l'affaire et n'avaient pas comparu, retient que la société avait produit toutes pièces justificatives de sa créance s'élevant à la somme qu'il précise. D'où il suit que le moyen n'est pas fondé »; Com. 8 nov. 1988, pourvoi n° 87-13.259.

99. Com. 17 juin 1986, *Bull. civ. II*, n° 124; v. aussi, pour la pure et simple affirmation d'une conclusion de raisonnement non autrement explicitée, Soc. 8 juill. 1999, pourvoi n° 97-22.021.

juge de cassation, nonobstant leur caractère moyennement détaillé : ainsi, une cour d'appel qui relève les différents postes du préjudice subi par une partie apprécie ensuite souverainement le préjudice global par la simple évaluation qu'elle en fait¹⁰⁰; on citera dans le même sens un arrêt ancien, dont la solution pourrait probablement être reconduite actuellement sans modification substantielle : « Attendu que si, aux termes de l'article 1149 du Code civil, les dommages-intérêts sont en général de la perte que le créancier a faite et du gain dont il a été privé, les juges ont un pouvoir souverain d'appréciation pour les évaluer et en régler le montant; — Qu'en fixant approximativement, en l'état des faits de la cause, la durée du retard de la Mitidja imputable aux demandeurs et en allouant à Dambrung une somme unique tant pour la dépense de location et de magasinage de fûts complémentaires que pour le gain dont il a été privé par le fait du retard dans la livraison des marchandises qu'il avait achetées, l'arrêt attaqué n'a pas, dès lors, violé ledit article »¹⁰¹.

Le contrôle de l'application et de l'interprétation de la loi et le contrôle de la déduction par les juges du fond des conséquences légales de leurs constatations. — Un exemple classique est le contrôle de l'absence de méconnaissance des dispositions de l'article 4 du Code civil : les juges du fond entachent leur décision d'un déni de justice lorsque, au motif de l'insuffisance des éléments produits aux débats par les parties, ils refusent d'évaluer le montant d'un préjudice dont ils constatent pourtant l'existence en son principe¹⁰². Les juges du fond ne peuvent d'ailleurs pas non plus légalement allouer une indemnité de principe et doivent évaluer exactement le dommage qu'ils entendent réparer par l'allocation de dommages-intérêts¹⁰³. Pour sa part, la chambre criminelle considère « qu'une juridiction statuant sur la seule évaluation du dommage éprouvé par la victime d'une infraction, dommage dont l'étendue a été déterminée par une décision antérieure devenue définitive, ne peut, sans méconnaître l'autorité de la chose jugée, écarter, même partiellement, le principe de sa réparation »¹⁰⁴.

Ce contrôle de la violation de la loi, assimilable sous ce rapport au contrôle de l'erreur de droit par le Conseil d'État, permet à la Cour de cassation d'effectuer, essentiellement au regard de la vérification du caractère intégral de la réparation¹⁰⁵, un contrôle, véritable quoique partiel, de la méthode employée par les juges du fond pour apprécier le préjudice. C'est ainsi que sont contrôlés :

- l'absence d'une double indemnisation du même chef de préjudice¹⁰⁶;

100. Civ. 1^{re}, 23 nov. 1966, préc.

101. Civ. 1^{re}, 24 oct. 1893, DP 1894. I. 13.

102. Civ. 3^e, 6 févr. 2002, *Bull. civ.* III, n° 34; Com. 28 juin 2005, *Bull. civ.* IV, n° 148; Civ. 2^e, 4 janv. 2006, *Bull. civ.* II, n° 2; v. aussi, au visa de l'art. 1382 C. civ., Civ. 2^e, 17 mars 1993, *Bull. civ.* II, n° 118; et au visa conjoint des art. 4 et 1382 C. civ., Civ. 2^e, 24 mai 2006, *Bull. civ.* II, n° 132.

103. En matière de contrefaçon, v. Com. 29 juin 1999, pourvoi n° 97-10.740.

104. Crim. 20 nov. 1996, *Bull. crim.*, n° 415; Crim. 18 nov. 1998, *Bull. crim.*, n° 305.

105. Par ex., Crim. 20 juin 1990, pourvoi n° 86-92.598; Civ. 3^e, 31 mars 1999, *Bull. civ.* III, n° 81.

106. Par ex., Civ. 1^{re}, 16 mai 1995, *Bull. civ.* I, n° 207 : « Mais attendu qu'en décidant, d'une part, que l'indemnité due par l'assureur serait actualisée à la date de son paiement effectif, d'autre part, qu'elle porterait intérêts au taux légal à compter du 2 déc. 1986, date de l'assignation en référé, la cour d'appel, qui n'a pas procédé à une double indemnisation du préjudice, dès lors que l'actualisation compense la

- l'absence d'octroi, à la victime ayant seulement subi une perte, d'une indemnité réparatrice d'un gain manqué¹⁰⁷, ou d'une somme supérieure à la perte subie¹⁰⁸;
- l'absence d'évaluation de l'indemnité toutes taxes comprises si la victime est en mesure de déduire la taxe sur la valeur ajoutée¹⁰⁹;

dépréciation monétaire entre le jour où la créance est évaluée et le jour du paiement, tandis que les intérêts moratoires indemnisent seulement le retard dans le paiement, a légalement justifié sa décision ». V. précédemment, en sens inverse, Civ. 1^{re}, 14 janv. 1992, *Bull. civ.* I, n° 12; Civ. 3^e, 8 févr. 1995, *Bull. civ.* III, n° 39, dont la compatibilité avec la solution du précédent arrêt n'est pas certaine; v. égal. Civ. 1^{re}, 6 juin 2000, *Bull. civ.* I, n° 170; Civ. 1^{re}, 25 mars 2003, *Bull. civ.* I, n° 89; Civ. 3^e, 21 juin 2005, pourvoi n° 04-10.815; Civ. 1^{re}, 3 mai 2006, *Bull. civ.* I, n° 214 : « Attendu que l'arrêt attaqué a condamné l'EFSF à payer, outre une indemnité en réparation du préjudice spécifique de contamination, une indemnité au titre, du *pretium doloris* subi; qu'elle a ainsi réparé de ce dernier chef un préjudice qui avait déjà été indemnisé »; Civ. 1^{re}, 3 mai 2006, *Bull. civ.* I, n° 215.

107. Civ. 1^{re}, 20 nov. 1990, *Bull. civ.* I, n° 258 : « Attendu que, pour condamner les trois sociétés in solidum à supporter tous les dommages subis par les consorts Profit et résultant de vices cachés de la chose vendue, l'arrêt attaqué énonce que les agriculteurs en cause sont fondés à réclamer, d'une part, la réparation intégrale de la perte de leurs récoltes, telle qu'elle a été chiffrée par l'expert en 1977, mais réévaluée au jour de la décision en fonction de la variation de l'indice des prix à la consommation, ce qui représente une majoration de 125 % depuis 1977, et, d'autre part, la réparation de la privation du gain de leurs récoltes correspondant à l'intérêt des sommes chiffrées par l'expert, soit une majoration de 84 % du principal de leurs créances depuis 1977; /Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que la perte faite par les agriculteurs était, sauf justification d'un préjudice supplémentaire, de la valeur de la récolte à l'époque où elle a été perdue, valeur qui aurait dû augmenter leur patrimoine, la cour d'appel a violé » l'art. 1149 C. civ., Civ. 2^e, 19 oct. 2006, *Bull. civ.* II, n° 275, en l'état d'une explosion causée par une opération de ravitaillement en gaz liquide et ayant détruit un hôtel-restaurant, l'exploitant de celui-ci ne peut réclamer, en sus du coût de la reconstruction à neuf de son établissement, le montant d'une subvention qu'il devait précédemment percevoir en vue du passage de l'établissement dans une catégorie supérieure : « Mais attendu que la cour d'appel, ayant constaté que la subvention qui devait être attribuée à Mme X... était destinée à couvrir les frais de rénovation des chambres de l'hôtel, et qu'il allait être procédé à sa reconstruction à neuf, a pu en déduire, faisant une exacte application du principe de réparation intégrale, que la perte de cette subvention n'était pas génératrice de préjudice pour Mme X... ».

108. Com. 20 janv. 1998, *Bull. civ.* IV, n° 35 : « Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Musée Robert Keyaerts (le musée) a chargé la société Centre alarme protection (Sté CAP) d'installer différents systèmes de protection parmi lesquels un système de protection diurne des véhicules mis en exposition; que ce système d'un coût de 198 930,20 francs s'étant révélé totalement inefficace, le musée a demandé que la société CAP soit condamnée au paiement d'une installation de remplacement à laquelle il avait fait procéder pour un prix de 316 341,78 francs par une autre entreprise que la société CAP et au versement de dommages-intérêts en réparation de divers préjudices; /Attendu que, pour accueillir cette demande et condamner la société CAP à payer la somme de 406 006,57 francs comprenant le coût de l'installation de remplacement, l'arrêt retient que, pour obtenir la prestation à laquelle s'était engagée la société CAP, le musée est obligé de déboursier une somme bien supérieure à celle qu'il avait décidé d'engager en signant les devis de cette société et qu'il aurait choisi une autre technique de protection, un autre fournisseur ou décidé de mettre fin à son projet si son cocontractant l'avait informé sur les capacités de son matériel de détection; /Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé » l'art. 1149 C. civ.

109. Com. 29 nov. 1988, *Bull. civ.* IV, n° 329; Com. 18 juin 1991, *Bull. civ.* IV, n° 227 : « Attendu qu'en se déterminant par ces seuls motifs, sans rechercher, fût-ce en renvoyant les parties à faire trancher cette question préjudicielle par la juridiction administrative compétente, si la société Sogelco n'était pas en droit et en mesure de déduire le montant de la TVA payée par elle à raison des réparations du véhicule au titre des déductions de la TVA grevant les services nécessaires à son exploitation, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »; Com. 4 janv. 1994, *Bull. civ.* IV, n° 9; Civ. 1^{re}, 6 janv. 1994, *Bull. civ.* I, n° 2; Civ. 2^e, 8 nov. 1995, *Bull. civ.* II, n° 272; Civ. 3^e, 27 mars 1996, *Bull. civ.* III, n° 85; Civ. 1^{re}, 4 juin 1996, *Bull. civ.* I, n° 240 : « Vu l'article 1149 du Code civil; /Attendu que l'arrêt attaqué

– l'absence d'allocation de l'entier avantage perdu, en cas de réparation d'une simple perte de chance¹¹⁰; le contrôle de la motivation trouve également à s'appliquer et il s'apparente à un véritable contrôle de méthodologie, car il incombe aux juges du fond, sauf à priver leur décision de base légale, de ne pas fixer forfaitairement ni même globalement le montant de l'indemnité et au contraire de « préciser le montant de la réparation de la perte de chance », de manière que la Cour de cassation soit « en mesure de s'assurer que ce montant était inférieur à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si celle-ci s'était réalisée »¹¹¹ ou encore « d'une part, d'évaluer les différents chefs de préjudice invoqués par M. Sioly, d'autre part, d'apprécier à quelle fraction de ces préjudices devait être évaluée la perte de chance indemnisée »¹¹²;

– l'absence d'évaluation forfaitaire des dommages-intérêts¹¹³ ou de référence à un barème¹¹⁴ ou à une jurisprudence antérieure¹¹⁵, ce qui serait contraire aux dispositions de l'article 5 du Code civil;

a condamné l'Umibd, au profit de la société Somlec, au paiement d'une somme « outre TVA »; / Attendu qu'en statuant ainsi, bien que la victime fût une société soumise au régime de la TVA et comme telle habilitée à récupérer les sommes qu'elle décaisse à ce titre, la cour d'appel l'a indemnisée au-delà de son préjudice et violé le texte susvisé »; Civ. 3^e, 25 juin 1997, *Bull. civ. III*, n° 151; Com. 16 nov. 1999, *Bull. civ. IV*, n° 201; Civ. 3^e, 10 janv. 2001, *Bull. civ. III*, n°2; Civ. 1^{er}, 15 janv. 2002, *Bull. civ. I*, n° 9.

110. Com. 10 déc. 1996, *Bull. civ. IV*, n° 307; Soc. 7 mai 1998, pourvoi n° 95-41.585 : « Attendu qu'après avoir énoncé que le comportement déloyal de la salariée avait privé la société d'une chance de percevoir le montant de la commission qui lui était due sur la transaction immobilière, la cour d'appel a condamné la salariée à lui payer le montant intégral de cette commission; qu'en statuant ainsi alors qu'il doit être tenu compte dans la réparation du degré de probabilité de la chance ainsi perdue, ce dont il résulte que la somme allouée ne peut être égale à la totalité du gain espéré, la cour d'appel a violé » l'art. 1147 C. civ.; Civ. 1^{er}, 16 juill. 1998, *Bull. civ. I*, n° 260 : « [...] 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 »; Civ. 1^{er}, 18 juill. 2000, *Bull. civ. I*, n° 224 : « [...] déterminée en fonction de l'état de la victime et de toutes les conséquences qui en découlent pour elle, l'indemnité de réparation de la perte de chance d'obtenir une amélioration de son état ou d'échapper à une infirmité, ne saurait présenter un caractère forfaitaire »; Com. 18 déc. 2001, pourvoi n° 99-13.977; Civ. 1^{er}, 9 avr. 2002, *Bull. civ. I*, n° 116; Civ. 1^{er}, 2 juill. 2002, pourvoi n° 00-15.229; Com. 6 mai 2003, pourvoi n° 00-10.502; Civ. 1^{er}, 4 nov. 2003, pourvoi n° 02-17.063; Civ. 1^{er}, 7 déc. 2004, *Bull. civ. I*, n° 302 : « [...] déterminée en fonction de l'état de la victime et de toutes les conséquences qui en découlent pour elle, l'indemnité de réparation de la perte de chance d'obtenir une amélioration de son état ou d'échapper à une infirmité, ne saurait présenter un caractère forfaitaire ».

111. Civ. 1^{er}, 8 juill. 2003, pourvoi n° 01-01.080.

112. Civ. 1^{er}, 18 juill. 2000, préc.

113. Civ. 1^{er}, 2 avr. 1996, *Bull. civ. I*, n° 166; Civ. 1^{er}, 3 juill. 1996, *Bull. civ. I*, n° 296.

114. Sauf si le barème n'est que l'un des éléments d'appréciation du préjudice, Crim. 26 juin 1984, *Bull. crim.*, n° 243; et naturellement en dehors des cas où la loi elle-même renvoie à un barème, comme en matière d'indemnisation des victimes d'accidents ou de maladies d'origine professionnelle, v. art. R. 434-35 CSS.

115. Soc. 21 mars 1979, *Bull. civ. V*, n° 259 : « Attendu que pour accorder une indemnité de clientèle égale à deux années de commissions à Guéry embauché par la société à responsabilité limitée Rivière-Agerep (commercialisation de produits liquides : cognac, porto, armagnac, etc.) en qualité de

- l'absence de référence à l'équité¹¹⁶;
- l'absence de prise en considération de la gravité de la faute dans la fixation de la réparation¹¹⁷;
- l'évaluation du préjudice au jour où le juge a statué¹¹⁸;
- l'absence de déduction de la vétusté en cas de réparation d'un dommage aux biens¹¹⁹; la vétusté peut toutefois être exceptionnellement déduite dans les cas particuliers où le bien endommagé avait perdu toute valeur d'usage¹²⁰, et la Cour de cassation exerce à cet égard un contrôle assimilable à un contrôle de méthode¹²¹; l'interdiction de principe d'une déduction de la vétusté a pour fonction d'assurer une reconstitution à l'identique de la situation de la victime, qui par ailleurs ne peut réclamer d'être placée dans une situation meilleure que celle où elle se serait trouvée

VRP et licencié pour suppression de poste le 15 avr. 1969, l'arrêt attaqué, se fondant sur le rapport d'expertise qui énonçait que l'activité du représentant avait entraîné une augmentation en nombre et en valeur de la clientèle de la société de 53 % environ, a estimé que, conformément à la jurisprudence, il convenait de fixer à deux années de commissions le montant de l'indemnité de clientèle qui lui était due; /Attendu que la cour, en appliquant une règle forfaitaire sans rechercher l'importance du préjudice réel subi par Guéry, n'a pas donné de base légale à sa décision »; Civ. 2^e, 2 nov. 1994, *Bull. civ. II*, n° 216 : « Vu l'article 1382 du Code civil; /Attendu que l'arrêt, sans écarter l'existence d'un préjudice économique, en rejette l'indemnisation en se référant à une jurisprudence de la Cour de cassation; /En quoi la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision ».

116. Com. 16 avr. 1996, pourvoi n° 93-20.664 : « Vu l'article 12, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile; /Attendu que le juge tranche le litige conformément aux règles de droit applicables; /Attendu que l'arrêt, qui retient que les transporteurs doivent encourir la présomption de responsabilité de l'article 103 du Code de commerce, considère, par motifs propres et adoptés qu'un sixième de la responsabilité a été mis équitablement par les premiers juges à la charge de la société Cefal; /Attendu qu'en se fondant sur l'équité, la cour d'appel a violé le texte susvisé »; Civ. 1^{er}, 3 juill. 1996, préc.

117. Soc. 11 mars 1970, *Bull. civ. V*, n° 175.

118. Com. 2 nov. 1993, *Bull. civ. IV*, n° 380; Civ. 1^{er}, 6 oct. 1998, préc.; Civ. 3^e, 25 sept. 2002, *Bull. civ. III*, n° 170 : « Attendu que l'arrêt, accueillant partiellement la demande, condamne in solidum M. Jack, les sociétés MTL, les Mutuelles du Mans et la SMABTP au paiement de sommes majorées de la taxe sur la valeur ajoutée au taux applicable au jour de la réalisation des travaux de réfection; /Qu'en statuant ainsi, alors que les juges sont tenus d'évaluer le préjudice à la date à laquelle ils statuent, la cour d'appel a violé » l'art. 1149 C. civ.

119. Civ. 2^e, 8 juill. 1987, *Bull. civ. II*, n° 152; Civ. 2^e, 3 oct. 1990, *Bull. civ. II*, n° 183; Civ. 3^e, 9 janv. 1991, *Bull. civ. III*, n° 12; Civ. 3^e, 17 avr. 1991, *Bull. civ. III*, n° 118; Civ. 2^e, 14 juin 1995, *Bull. civ. II*, n° 186; Civ. 3^e, 19 juill. 1995, *Bull. civ. III*, n° 191 : « [...] la déduction d'un coefficient de vétusté sur la valeur du bien ne replace pas le propriétaire dans la situation où il se serait trouvé si le fait dommageable ne s'était pas produit »; Civ. 3^e, 6 mai 1998, *Bull. civ. III*, n° 91; Civ. 2^e, 5 juill. 2001, *Bull. civ. II*, n° 135; Civ. 2^e, 23 janv. 2003, *Bull. civ. II*, n° 20; v. aussi, pour le refus de la prise en compte d'un éventuel enrichissement sans cause du propriétaire du bien, Civ. 3^e, 9 oct. 1991, *Bull. civ. III*, n° 231; Civ. 3^e, 16 juin 1993, *Bull. civ. III*, n° 85 et 86.

120. Sur la question, v. A. Hontebeyrie, « Un cas d'enrichissement dans la responsabilité civile délictuelle : à propos de la vétusté dans l'évaluation du dommage aux biens », D. 2007. 675.

121. Civ. 2^e, 14 janv. 1999, *Bull. civ. II*, n° 14 : « Mais attendu que l'arrêt retient que l'usine était arrêtée depuis 17 ans, que les factures d'entretien du matériel depuis 1968 étaient de faible montant, que la remise en route de l'établissement par M. Eymeri après sa retraite prise à 65 ans n'était que pure hypothèse et que ce matériel ancien, amorti depuis longtemps, n'était assuré que pour un montant de 120 000 francs; /Que, de ces constatations et énonciations, la cour d'appel a pu déduire que l'indemnisation ne pouvait être opérée qu'en valeur vénale et non en référence à la valeur aléatoire d'un matériel d'occasion susceptible de remettre en état de fonctionnement une usine qui ne l'était plus depuis fort longtemps ».

sans le fait générateur de responsabilité : c'est ainsi que, selon la solution d'un arrêt déjà cité¹²², la personne ayant commandé un système d'alarme s'étant révélé totalement inefficace, peut seulement demander au responsable, à titre principal, le remboursement du prix versé, et non le prix d'un système de remplacement plus performant ;

- l'absence de contrariété à une loi spéciale de la mesure réparatrice décidée¹²³ ;
- le respect de la méthode d'évaluation imposée par une loi spéciale¹²⁴.

Au titre du contrôle de la déduction des conséquences légales, il est classiquement jugé que la concurrence déloyale entraîne, par elle-même, un préjudice devant être réparé¹²⁵ et souverainement apprécié par les juges du fond¹²⁶, même si, par ailleurs, la demande en réparation formée par la victime doit être rejetée si celle-ci n'apporte pas la justification de l'étendue du préjudice dont elle se prévaut¹²⁷ ou, à plus forte raison, s'il est prouvé qu'elle n'a pu subir aucun préjudice¹²⁸. La cohérence des solutions, s'il doit en être trouvé une, tient peut-être à ce que le préjudice nécessairement causé par les actes de concurrence déloyale peut avoir un caractère « seulement moral »¹²⁹.

Dans le même sens, il est jugé que le respect d'une clause de non-concurrence illicite cause nécessairement un préjudice au salarié¹³⁰.

Il faut cependant rappeler que, en analyse générale et nonobstant les solutions particulières qui viennent d'être exposées, les juges du fond ne sont pas liés par une méthode de calcul¹³¹ ni tenus d'exposer le détail de leur méthode de détermination

122. Com. 20 janv. 1998, préc.

123. Com. 25 avr. 1983, *Bull. civ. IV*, n° 123 : « Vu la loi des 2-17 mars 1791, ensemble la loi du 31 décembre 1964 ; /Attendu qu'après avoir relevé divers faits à l'encontre de la société Benoit et retenu que celle-ci avait porté atteinte à la marque « BMW », la cour d'appel a fait défense à la société Benoit d'utiliser de quelque manière que ce soit, à l'occasion de son activité commerciale, — même avec l'adjonction de mots tels que spécialiste, la marque précitée ; /Attendu qu'en prononçant cette interdiction totale, alors qu'elle ne pouvait interdire à la société Benoit d'utiliser, dans des conditions dépourvues de toute ambiguïté la marque « BMW », à l'occasion de l'achat, de la vente et de la réparation des véhicules de cette marque effectués selon des modalités licites, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

124. S'agissant de la majoration de rente consécutive à la faute inexcusable de l'employeur, *Civ. 2*, 21 déc. 2006, *JCP G. 2007. II. 10034*, note G. Vachet, à paraître au *Bulletin*.

125. Com. 22 oct. 1985, *Bull. civ. IV*, n° 245 ; Com. 3 juin 1998, pourvoi n° 96-10.167, Com. 14 juin 2000, *Bull. civ. IV*, n° 126 ; M.-A. Frison-Roche et M.-S. Payet, « Droit de la concurrence », *D. 2006. 426*, p. 341.

126. Com. 14 mai 1985, *Bull. civ. IV*, n° 148.

127. Com. 10 janv. 1989, *Bull. civ. IV*, n° 12 ; Com. 21 févr. 1995, *Bull. civ. IV*, n° 50 ; Com. 1^{er} juill. 2003, *Bull. civ. IV*, n° 115.

128. Com. 25 févr. 1992, *Bull. civ. IV*, n° 88 : « Mais attendu que si les faits de concurrence déloyale, générateurs d'un trouble commercial, impliquent l'existence d'un préjudice, il en est autrement lorsque la cour d'appel, analysant les éléments de preuve qui lui sont soumis, retient, comme en l'espèce, que lorsque la société STTH a effectué les travaux litigieux, la société SERTM était en sommeil depuis 1985 et avait saisi la juridiction compétente d'une requête en cessation d'activité ; qu'ainsi, à l'issue de recherches concernant la société SERTM, qui, du fait de l'arrêt de son exploitation, ne pouvait prétendre être en situation de monopole, et [...] la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

129. Com. 9 févr. 1993, *Bull. civ. IV*, n° 53 ; Com. 25 janv. 2000, pourvoi n° 97-19.809.

130. Soc. 22 mars 2006, *Bull. civ. V*, n° 120, *JCP G. 2006. I. 166*, n° 3, obs. crit. P. Stoffel-Munck.

131. *Civ. 2*, 23 nov. 1988, *Bull. civ. II*, n° 228.

de l'indemnité et qu'ils peuvent, sans que leur décision n'encoure la censure, procéder à une évaluation globale suffisamment justifiée par le seul chiffrage qu'ils en donnent¹³².

Le contrôle de qualification. — La Cour de cassation est en mesure de contrôler, en l'état des constatations des juges du fond, si un événement ou une situation a le caractère d'un préjudice¹³³ et quelles en sont la nature et la définition¹³⁴ voire les composantes légales¹³⁵, en particulier les composantes de la perte subie et du gain manqué¹³⁶, élé-

132. *Crim. 8* déc. 1993, *Bull. crim.*, n° 377 : « Attendu qu'en incluant expressément, dans l'évaluation de l'incapacité permanente partielle dont la victime reste atteinte, l'incidence professionnelle que ce dommage comportait, au lieu de procéder à l'appréciation distincte à laquelle prétendait la partie civile, les juges du second degré n'ont fait qu'user de leur pouvoir souverain d'apprécier, dans la limite des demandes des parties, la consistance du préjudice résultant de l'infraction ainsi que le montant de l'indemnité propre à la réparer » ; v. égal. Soc. 17 janv. 1989, préc. : « [...] les juges du fond, qui justifient l'existence du préjudice par la seule évaluation qu'ils en font, ne sont pas tenus de préciser les éléments qui servent à l'évaluer » ; Soc. 13 juin 1990, préc. : « [...] les juges du fond qui justifient l'existence du préjudice par la seule évaluation qu'ils en font ne sont pas tenus, si la loi n'en ordonne autrement, de préciser les éléments qui servent à l'évaluer ».

133. *V. Civ. 1^{er}*, 25 juin 1991, *Bull. civ. I*, n° 213 : « Mais attendu que l'existence de l'enfant qu'elle a conçu ne peut, à elle seule, constituer pour sa mère un préjudice juridiquement réparable, même si la naissance est survenue après une intervention pratiquée sans succès en vue de l'interruption de la grossesse » ; *Civ. 1^{er}*, 10 mai 2005, *Bull. civ. I*, n° 203 : « Attendu que les demandes de remboursement des améliorations apportées au fonds par le bénéficiaire d'un droit d'usage et d'habitation, à la suite de l'annulation de la convention établissant un tel droit, n'ont pas un caractère indemnitaire dès lors qu'elles procèdent de la nécessité, consécutive à cette annulation, de rétablir le patrimoine des parties à l'acte dans l'état où il se trouvait avant la conclusion de celui-ci » ; *Civ. 3^e*, 8 nov. 2006, pourvoi n° 05-16.948 : « [...] la restitution de partie du prix à laquelle un contractant est condamné ne constitue pas, par elle-même, un préjudice indemnissable permettant une action en garantie » (à paraître au *Bulletin*, *JCP G. 2007. I. 115*, n° 1, obs. P. Stoffel-Munck) ; v. égal., en matière de perte de chance, Com. 10 déc. 1996, préc. : « [...] en manquant à son obligation d'éclairer Mlle Chevalier sur les conséquences éventuelles de son choix d'effectuer des opérations sur le marché boursier à règlement mensuel la société de bourse a seulement privé sa cliente d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préjudice distinct de celui qui résulte des opérations qu'elle a effectivement réalisées ou fait réaliser ».

134. *Civ. 1^{er}*, 21 nov. 2006, pourvoi n° 05-15.674, « Attendu que seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable », à paraître au *Bulletin*, *JCP G. 2007. I. 115*, n° 1, obs. P. Stoffel-Munck

135. *Civ. 1^{er}*, 10 janv. 1990, *Bull. civ. I*, n° 10 : « Attendu qu'en admettant que la perte de la chance d'être « soigné efficacement » constituait seulement un préjudice moral, qui devait être réparé à l'exclusion d'un prétendu préjudice matériel, alors que cette perte était celle d'une chance d'éviter la mort et les divers préjudices en résultant directement, la cour d'appel a violé » l'art. 1149 C. civ. ; *Civ. 1^{er}*, 8 janv. 2002, pourvoi n° 00-11.646 : « [...] le moindre coût de réalisation que permet à l'occasion le procédé utilisé pour reproduire illicitement une œuvre est étranger au strict préjudice patrimonial de l'auteur » ; en matière de « préjudice spécifique de contamination » ; *Civ. 1^{er}*, 1^{er} avr. 2003, *Bull. civ. I*, n° 95, et déjà *Civ. 2^e*, 2 avr. 1996, *Bull. civ. II*, n° 88 : « [le] préjudice spécifique de contamination [...] n'inclut pas l'atteinte à l'intégrité physique ».

136. Com. 24 sept. 2002, préc. : « Attendu [...] que la cour d'appel, uniquement saisie d'une action en responsabilité civile, et qui se devait, par conséquent, d'apprécier l'existence et l'importance du dommage invoqué par les sociétés du "groupe" Legrand, consécutivement au manquement qu'elle a estimé avoir été commis par les gérants et dépositaires des fonds communs de placement auprès desquels les sociétés du "groupe" Legrand avaient souscrit des parts, a pu considérer [...] que le préjudice indemnissable des sociétés du « groupe » devait tenir compte de l'appauvrissement qu'elles avaient supporté à raison des pénalités fiscales par elles réglées » ; v. égal., pour un cas où les juges du fond avaient réparé

ments dont la prise en considération est notamment imposée par les dispositions de l'article 1149 du Code civil.

De même, et de manière plus exceptionnelle le juge de cassation a déjà exercé son contrôle sur l'aptitude d'une mesure décidée par les juges du fond à réparer un préjudice de la nature de celui qu'ils avaient mis en évidence¹³⁷.

Il s'agit d'un contrôle de qualification (et d'interprétation de la loi), classique pour le juge de cassation, mais la distinction est parfois ténue entre ce contrôle, qui peut être exercé conjointement avec le contrôle du lien de causalité¹³⁸, et un quasi-contrôle de l'existence même du préjudice, dont l'appréciation relève, en principe, du pouvoir souverain des juges du fond¹³⁹.

Il est particulièrement intéressant de relever la solution affirmée en matière d'indemnisation des agents commerciaux en cas de rupture de leur contrat.

Les dispositions de l'article L. 134-12 du Code de commerce, selon lesquelles « en cas de cessation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi », ne paraissent source d'aucune directive particulière pour le juge, de sorte que l'on aurait pu s'attendre à ce que la Cour de cassation s'en remette totalement à l'appréciation souveraine des

la perte subie mais négligé de réparer le gain manqué, *Crim. 11 oct. 2006, Dr. pénal*, 2007, 11, obs. M. Véron : « Vu les articles 2 du Code de procédure pénale et 314-1 du Code pénal ; /Attendu qu'il appartient aux juridictions du fond de réparer, dans les limites des conclusions des parties, l'intégralité du préjudice dont elles reconnaissent le principe ; /Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de procédure que Jean X..., exploitant un débit de tabac, était dépositaire d'un terminal de jeux de la société La Française des Jeux sur lequel il a reconnu avoir effectué des mises fictives lui ayant permis de percevoir des gains ; que le montant des sommes détournées a été évalué à 189 748,74 euros et qu'il a reversé 69 786,74 euros, correspondant aux gains indûment perçus ; /Attendu qu'après avoir déclaré le prévenu coupable d'abus de confiance, pour avoir utilisé le terminal de jeux à des fins autres que celles pour lesquelles il lui avait été confié, l'arrêt énonce, pour rejeter la demande de la partie civile qui sollicitait l'allocation de 119 963,98 euros, que la valeur du détournement est limitée aux gains produits par l'utilisation non conforme au contrat de mandat, que La Française des Jeux est mal fondée à présenter un compte incluant des mises inexistantes et qu'elle ne rapporte pas la preuve de ce que le prévenu n'aurait pas remboursé tous les gains obtenus frauduleusement ; /Mais attendu qu'en prononçant ainsi, alors que le préjudice était constitué par le montant des mises que Jean X... s'est abstenu de verser et qui ont conditionné la perception des gains, la cour d'appel a méconnu le sens et la portée du principe ci-dessus énoncé et des textes susvisés ».

137. Civ. 1^{re}, 14 mai 1992, *Bull. civ. I*, n° 138 : « Vu l'article 1382 du Code civil ; /Attendu que, pour ordonner la publication de la décision, l'arrêt énonce que cette « mesure est pertinente, en un domaine du droit de la consommation appelé à connaître un considérable développement » ; /Attendu que ce motif fait apparaître que la mesure ainsi ordonnée concerne l'intérêt collectif des consommateurs et qu'elle est étrangère à la réparation des préjudices en cause », qui étaient allégués par des personnes physiques et par une association de défense n'ayant toutefois pas pour objet de défendre l'intérêt collectif de tous les consommateurs.

138. Civ. 2^e, 19 oct. 2006, préc.

139. Par ex., Civ. 1^{re}, 5 févr. 1991, *Bull. civ. I*, n° 55 : « Mais attendu que les experts, après avoir souligné que « la survenance du syndrome de Wilderwanck dépend d'une prédisposition génétique mal définie et totalement indiscernable », ont émis l'hypothèse que l'irradiation subie par la mère avait pu augmenter très légèrement la probabilité naturelle d'anomalie ; que la cour d'appel a retenu exactement que ce rôle éventuel de l'irradiation, qui demeurait incertain, aurait pu constituer une cause concurrente de la malformation, mais ne caractérisait pas une perte de chance subie par Gilles X... ; qu'elle a ainsi, sans dénaturer les termes du rapport d'expertise, procédé à la recherche qui lui était demandée ».

juridictions du fond. Sans doute le préjudice est-il, en la matière comme dans les autres, évalué souverainement par les juges du fond d'après les circonstances de chaque espèce¹⁴⁰, certains arrêts prenant soin de relever le caractère concret et détaillé de l'évaluation avant de rejeter un pourvoi¹⁴¹.

Pourtant, au visa de ce texte, la Cour de cassation estime que « l'indemnité de cessation de contrat due à l'agent commercial a pour objet de réparer le préjudice subi qui comprend la perte de toutes les rémunérations acquises lors de l'activité développée dans l'intérêt commun des parties sans qu'il y ait lieu de distinguer selon leur nature »¹⁴² et censure les arrêts des cours d'appel qui excluent de l'indemnité certaines des sommes perçues par l'agent¹⁴³. Il semble ainsi exister, en la matière, un véritable contrôle de la méthode employée par les juges du fond : ce que les annotateurs de l'arrêt précité du 5 avril 2005 semblent avoir relevé sans étonnement particulier, indiquant que « la Cour de cassation se prononce sur le mode de calcul de l'indemnité de fin de contrat de l'agent commercial » ou qu'elle « contrôle les éléments constitutifs du préjudice, la détermination de son montant [étant] laissée » à l'appréciation souveraine des juges du fond¹⁴⁴ ou encore que « si l'évaluation du préjudice est appréciée souverainement dès lors qu'elle est suffisamment motivée, la détermination des composantes de ce préjudice, à savoir les éléments entrant dans le calcul du préjudice, est soumise au contrôle de la cour régulatrice »¹⁴⁵.

Il importe peu que l'exercice de ce contrôle soit motivé par le caractère d'ordre public des dispositions légales en cause, ou par l'existence d'usages professionnels fixant fréquemment la valeur de l'indemnité à celle des commissions acquises par l'agent pendant les deux dernières années de son mandat¹⁴⁶, ou par toute autre considération. Seul importe, au regard de la présente étude, que le contrôle soit possible et qu'il présente les caractéristiques d'un contrôle de méthodologie, à savoir que les juges du fond doivent appliquer un mode de calcul jurisprudentiellement défini et faire apparaître les postes de l'indemnisation qu'ils octroient, et que seul le chiffrage de chaque poste est classiquement abandonné à leur appréciation souveraine¹⁴⁷.

140. Com. 14 oct. 1997, pourvoi n° 95-16.937 ; Com. 19 mars 2002, pourvoi n° 98-23.419 ; Com. 25 mars 2003, pourvoi n° 01-15.507 ; Com. 23 avr. 2003, *Bull. civ. IV*, n° 55.

141. Com. 28 mai 2002, *Bull. civ. IV*, n° 91.

142. Com. 5 avr. 2005, *Bull. civ. IV*, n° 76, *JCP G.* 2005. II. 10102, note S. Rouquié, *D.* 2005. 1150, obs. E. Chevrier ; Com. 7 juin 2006, pourvoi n° 04-15.534.

143. Com. 5 avr. 2005, préc., rendu dans une espèce où l'arrêt d'appel était pourtant soigneusement motivé, ayant « relevé que la rémunération contractuelle de l'agent comprend cinq postes, dont un stipulant des commissions à la livraison, proportionnelles aux quantités livrées, destinées à rémunérer l'activité logistique, à savoir le stockage, le transport, la livraison et les tâches administratives correspondantes » ; Com. 31 janv. 2006, pourvoi n° 04-20.683.

144. S. Rouquié, note préc.

145. E. Chevrier, obs. préc.

146. Sur ces points, v., S. Rouquié, note préc.

147. Sur la question, distincte, du droit à commission de l'agent chargé d'un secteur géographique ou d'un groupe de personne déterminé, droit défini par des critères légaux et donnant donc lieu pour le juge de cassation à un contrôle classique de la violation de la loi, v. Com. 23 janv. 2007, *Bull. civ. IV*, n° 5.

La jurisprudence fournit d'autres exemples de contrôles similaires : ainsi, en matière de réparation du préjudice économique de la veuve d'une personne décédée des suites d'un accident ou d'une transfusion¹⁴⁸, ou encore de réparation du préjudice causé à un salarié par la violation d'une clause de garantie d'emploi¹⁴⁹, voire d'évaluation de la contrepartie financière d'une clause de non-concurrence¹⁵⁰.

On rappellera encore un arrêt déjà cité, énonçant une règle de droit qui n'est pas toujours respectée : « la cour d'appel, saisie d'une action en responsabilité civile [...] se devait, par conséquent, d'apprécier l'existence et l'importance du dommage invoqué par les sociétés du « groupe » L. avant de pouvoir fixer le montant des dommages-intérêts pouvant leur être alloué »¹⁵¹.

La Cour de cassation contrôle également les caractères légaux du préjudice et leur suffisante constatation par les juges du fond : certitude¹⁵², licéité, ou encore,

148. Civ. 2^e, 28 févr. 1996, *Bull. civ.* II, n° 55 ; Civ. 2^e, 21 mai 1997, *Bull. civ.* II, n° 155.

149. Au visa des art. 1134 et 1142 C. civ. : Soc. 27 oct. 1998, *Bull. civ.* V, n° 455 : « Vu les articles 1134 et 1142 du Code civil ; /Attendu qu'après avoir décidé que le licenciement de M. Schroeder était sans cause réelle et sérieuse et lui avoir alloué une indemnité à ce titre, la cour d'appel, tout en constatant que le contrat de travail comportait une clause de stabilité d'emploi pendant trois ans qui a été méconnue par l'employeur, a fixé à 15 ans le préjudice subi par le salarié de ce chef ; /Qu'en statuant ainsi, alors que la violation de la clause de garantie d'emploi oblige l'employeur à indemniser le salarié du solde des salaires restant dû jusqu'au terme de la période garantie, la cour d'appel a violé les textes susvisés » ; ou au visa des art. 1134 et 1149 C. civ. : Soc. 2 févr. 1999, *Bull. civ.* V, n° 49 : « Vu les articles 1134 et 1149 du Code civil ; /Attendu que, pour limiter à la somme de 40000 francs les dommages-intérêts alloués à M. Bichard en réparation du préjudice résultant du non-respect de la clause de garantie d'emploi, la cour d'appel énonce que la rupture anticipée du contrat de travail, sans motif réel et sérieux, ouvre droit pour le salarié à une indemnisation qui doit être évaluée en fonction du préjudice subi et non en application des dispositions de l'article L. 122-3-8 du Code du travail qui réglementent la rupture du contrat de travail à durée déterminée, que la garantie d'emploi accordée par la société Sodafit à M. Bichard avait déterminé ce dernier à engager son patrimoine personnel en faveur de la société et à prendre un risque important et que le non-respect de cette clause contractuelle a généré pour M. Bichard un préjudice qui, en l'espèce, sera évalué à 40000 francs ; /Qu'en statuant ainsi, alors que la violation de la clause de garantie d'emploi oblige l'employeur à indemniser le salarié du solde des salaires restant dû jusqu'au terme de la période garantie, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

150. Soc. 7 mars 2007, pourvoi n° 05-45.511 : « Mais attendu que la contrepartie financière de la clause de non-concurrence a pour objet d'indemniser le salarié qui, après rupture du contrat de travail, est tenu d'une obligation qui limite ses possibilités d'exercer un autre emploi ; que son montant ne peut dépendre uniquement de la durée d'exécution du contrat ni son paiement intervenir avant la rupture ; qu'il en résulte que la cour d'appel a, à bon droit, annulé la clause litigieuse ». L'annotateur indique que la Cour de cassation « propose, pour la première fois semble-t-il, une définition de la contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence » et que, malgré l'emploi du verbe « indemniser », « la somme versée n'a [...] pas vocation à réparer le préjudice du salarié mais à compenser l'obligation qui lui est faite de ne pas concurrencer son employeur ». À paraître au *Bulletin*, au *BICC* et au *R.*, égal. mentionné au D. 2007. 945, obs. A. Fabre.

151. Com. 24 sept. 2002, préc.

152. Civ. 2^e, 20 juill. 1993, *Bull. civ.* II, n° 274 : « Mais attendu que l'arrêt retient que le préjudice de M. X... comprend les troubles dans ses conditions d'existence entraînés par la séropositivité puis, s'il y a lieu, par la survenance du SIDA déclaré, et que de nombreux essais thérapeutiques en cours visent à retarder, voire à bloquer, le passage à la maladie ; /Que, de ces seules énonciations, qui relèvent de son pouvoir souverain d'appréciation, la cour d'appel a pu déduire, justifiant légalement sa décision, que le préjudice résultant de la survenance du SIDA n'avait pas un caractère certain et décider que le paiement de l'indemnisation afférente au SIDA déclaré serait subordonné à la constatation médicale de la maladie » ; Com. 25 févr. 2003, pourvoi n° 00-21.542.

en cas de réparation d'une perte de chance, caractère sérieux de la chance perdue¹⁵³.

Somme toute, on se trouve en l'état d'un contrôle moins restreint qu'on ne le pense parfois, et qui permet d'envisager un contrôle de méthodologie, d'ores et déjà pratiqué partiellement — les juges du fond n'étant à ce jour pas tenus, d'une manière générale, d'exposer leur méthode d'appréciation —, mais dont rien ne semble devoir interdire l'extension.

2. Devant le Conseil d'État

La question de la réparation du préjudice économique se pose différemment pour le Conseil d'État qui a historiquement eu à en connaître en qualité de juge du fond avant d'intervenir au titre du contrôle de cassation. Le Conseil d'État a défini un certain nombre de principes directeurs en la matière avant d'avoir à déterminer l'étendue de son contrôle de cassation.

a. Les principes directeurs de l'évaluation et de la réparation du préjudice économique

C'est d'abord comme juge du fond que le Conseil d'État a défini les principes directeurs de l'évaluation et de la réparation du préjudice économique. Certains de ces principes valent pour la réparation de l'ensemble des préjudices ; d'autres sont spécifiques au préjudice économique.

Les principes en facteur commun. — Il s'agit tout d'abord de la réparation intégrale du dommage. L'indemnité fixée par le juge a pour objet de réparer l'intégralité du préjudice imputable à la personne responsable du dommage¹⁵⁴. Mais la réparation ne peut excéder le montant du préjudice.

Vient ensuite la liberté d'appréciation du juge. Certes, le juge a l'obligation de déterminer l'étendue de la réparation¹⁵⁵. Mais pour l'évaluation du préjudice, le juge administratif jouit d'une autonomie totale. Disposant de pouvoirs inquisitoriaux, il peut ordonner toutes mesures d'instruction, notamment d'expertise, afin de disposer des éléments nécessaires à une correcte évaluation. Sous réserve de l'autorité de la chose jugée, le juge administratif n'est pas lié par l'appréciation du dommage faite par une juridiction judiciaire¹⁵⁶. La liberté d'appréciation du juge ne trouve de limites que dans la loi ou la volonté des parties. Le juge fait en effet applica-

153. Soc. 9 avr. 1998, pourvoi n° 96-19.055 : « Attendu que, pour faire droit à la demande d'indemnisation de M. Labourier au titre de la perte d'une chance de promotion professionnelle, l'arrêt attaqué se borne à énoncer que celui-ci peut prétendre à la réparation de ce préjudice, une telle promotion n'étant forcément qu'hypothétique ; /Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si les chances de promotion alléguées par l'intéressé avaient un caractère sérieux, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

154. CE 8 mars 1950, *Salgues, Lebon* 149.

155. CE 12 févr. 1971, *Cohen, Lebon* 130.

156. CE 16 mars 1962, *Cie d'assurances l'Urbaine et la Seine, Lebon* 182 ; CE 19 juin 1991, *Min. de l'Équipement c. Gaidet, Lebon* 1197.

tion des éventuelles stipulations contractuelles qui déterminent le montant du préjudice¹⁵⁷.

C'est au vu des pièces de chaque dossier que le juge évalue l'indemnité destinée à réparer le préjudice subi. Il peut porter une appréciation globale sur l'ensemble des chefs de dommages allégués¹⁵⁸. C'est toujours au demandeur de démontrer l'importance du préjudice qu'il a subi. Les indications qu'il apporte au juge permettent à celui-ci de procéder à une évaluation précise. En revanche, le juge peut recourir, en l'absence de justifications suffisantes, à une évaluation forfaitaire.

Lorsque le juge ne parvient pas à évaluer le montant du préjudice, il peut se borner à le définir sans l'exprimer en monnaie¹⁵⁹. Si le dommage est impossible à évaluer en l'état, le juge peut fixer un délai pour que les mesures nécessaires soient prises et surseoir à statuer sur le montant de l'indemnité jusqu'à l'expiration de ce délai¹⁶⁰.

Les principes spécifiques au préjudice économique. – L'évaluation du préjudice économique se fait de façon stricte. Le juge prend en effet en considération tous les éléments de nature à réduire ou compenser le préjudice.

La jurisprudence administrative témoigne de la grande variété des préjudices économiques susceptibles d'être indemnisés.

La première catégorie des préjudices recouvre l'ensemble des dommages causés aux biens (dépréciation d'actifs, perte patrimoniale...). Les mêmes règles s'appliquent à tous les dommages aux biens, mobiliers ou immobiliers et quels que soient l'origine des dommages et le fondement de la responsabilité. Si le bien est détruit, l'indemnité doit correspondre à sa valeur vénale. S'il n'est qu'endommagé, l'indemnité doit correspondre au coût des réparations.

S'agissant du dommage résultant de la perte ou de la détérioration d'un bien, l'indemnité ne peut excéder la valeur vénale de celui-ci à la date du dommage¹⁶¹. Le Conseil d'État refuse toute indemnisation fondée sur la valeur de remplacement¹⁶².

Pour déterminer la valeur vénale du bien endommagé, le juge administratif n'hésite pas à mener une véritable analyse économique.

La valeur vénale est minorée, le cas échéant, de la valeur de l'usufruit dont un immeuble est grevé et majorée des frais de démolition de celui-ci¹⁶³. Un abattement pour vétusté est appliqué, le cas échéant, afin d'éviter que la remise en état ou le remplacement d'un bien ne donne lieu à l'octroi d'une somme excédant sa valeur

157. CE Sect. 7 nov. 1952, *Sté Schneider et Cie*, Lebon 500.

158. CE 18 nov. 1998, *Sté Les maisons de Sophie et époux Demirdjan*, Lebon 427.

159. CE 3 juill. 1962, *Min. de l'Intérieur c. Sté Le Crédit général industriel*, Lebon 498.

160. CE 12 mai 1956, *L'homme*, Lebon 284.

161. CE 29 oct. 1956, *Dame veuve Boisdron*, Lebon 399; CE 4 oct. 1972, *Dame veuve Peltier*, Lebon 812.

162. CE 1^{er} mars 1985, *Gaz de France*.

163. CE 22 mai 1946, *Épouse Aubert*, Lebon 146; CE 10 juill. 1972, *Delle Castelli*, Lebon 550; CE 8 juill. 1992, *Cne de Libourne*, Lebon 288.

vénale¹⁶⁴. De même, si l'état de vétusté a aggravé le dommage, une fraction de ce dernier est laissée à la charge du propriétaire¹⁶⁵.

En revanche, le calcul de l'indemnité n'est pas influencé par le fait que les travaux apporteraient une plus-value au bien¹⁶⁶.

S'agissant des dommages causés aux biens, l'évaluation est faite à la date où leur cause a pris fin et où leur étendue est connue¹⁶⁷. La date à retenir pour l'évaluation de la valeur vénale de bâtiments endommagés est celle où ces bâtiments doivent être regardés comme ayant été totalement sinistrés¹⁶⁸. Encore faut-il qu'il soit possible de procéder aux travaux de réparation¹⁶⁹. C'est ainsi que l'évaluation de l'indemnité due au propriétaire d'un château incendié en 1942 a été faite sur la base du coût de reconstruction en 1946, date à laquelle il a été considéré que les travaux étaient redevenus possibles¹⁷⁰.

Le propriétaire doit avoir, à la date de connaissance du dommage, la possibilité juridique, matérielle et financière de procéder aux travaux de réparation¹⁷¹. Sinon, l'indemnité est évaluée à la date à laquelle le juge statue¹⁷². Mais si le demandeur n'apporte pas la preuve de son impossibilité, qui lui incombe, l'indemnité est calculée à la date du dommage¹⁷³.

La perte de valeur vénale de terrains, qui n'appellent pas de travaux de remise en état, s'apprécie en revanche à la date du fait générateur du dommage¹⁷⁴.

Mais d'autres catégories d'atteintes à des intérêts privés sont susceptibles d'être indemnisées. La réparation couvre ainsi les pertes de fonds de commerce, les pertes de recettes ou les augmentations de charge.

S'agissant des fonds de commerce, la réparation porte sur l'ensemble de ses éléments corporels et incorporels ainsi que, le cas échéant, sur le coût de transfert dans un autre établissement¹⁷⁵. Si un nouveau fonds a été acquis, une indemnité de réemploi peut être attribuée¹⁷⁶.

Si les locaux et le matériel ont été conservés, l'exploitant ne peut prétendre qu'à l'indemnisation d'une perte de revenus¹⁷⁷.

Face à une perte de revenus provoquée par l'impossibilité d'entreprendre ou

164. CE 5 mars 1965, *Perrot, Lebon* 147.

165. CE Sect. 26 avr. 1978, *Rivière, Lebon* 191.

166. CE 1^{er} oct. 1976, *Min. de l'Équipement c. Sté des établissements Rière-Remolins*, Lebon 389.

167. CE Ass., 21 mars 1947, *Compagnie générale des eaux*, Lebon 122.

168. CE 8 déc. 1971, *Sté des établissements Pernod*, Lebon 753.

169. CE Sect. 28 nov. 1975, *Ville de Douai*, Lebon 603.

170. CE 8 janv. 195, 8 *Consorts de Batz de Tranquelléon*, Lebon 18.

171. CE 23 mai 1980, *Sté civile immobilière du Berry*, Lebon T. 833.

172. CE 13 avr. 1951, *Ouzeneau*, Lebon 188.

173. CE 4 mars 1970, *Dulac*, Lebon 161.

174. CE 24 juill. 1987, *Sté immobilière de Verneuil-Vernouillet*, Lebon 285.

175. 27 nov. 1974, *Amouzegh*, p. 595; CE 4 oct. 1989, *Luciotti*, Lebon T. 931.

176. CE 4 mars 1970, *Dulac*, Lebon 161.

177. CE 29 mai 1974, *Min. de l'Aménagement du territoire, de l'Équipement, du Logement et du Tourisme c. Reyboz*, Lebon 326.

l'obligation d'interrompre une activité, le juge doit évaluer un manque à gagner. Les chiffres retenus sont souvent forfaitaires¹⁷⁸.

La perte de recettes peut correspondre à des salaires, des bénéficiaires commerciaux ou non commerciaux, des revenus agricoles mais aussi des pertes de clientèle¹⁷⁹, des pertes de loyer ou des limitations de prix de vente. L'indemnité est calculée en tenant compte de la perte de recette subie mais aussi des charges qui n'ont pas été exposées du fait de l'absence ou de la réduction d'activité¹⁸⁰.

Lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande, sur le fondement de l'article R. 541-1 du Code de justice administrative, la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de la procédure d'attribution, il appartient au juge des référés de vérifier d'abord si l'entreprise était ou non dépourvue de toute chance de remporter le marché. Dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité. Dans la négative, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre. Il convient ensuite de rechercher si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le marché. Dans un tel cas, l'entreprise a droit à être indemnisée de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre qui n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique¹⁸¹. Mais la réalisation par une entreprise, après qu'elle a été irrégulièrement évincée d'un marché, d'un chiffre d'affaires sur d'autres marchés est sans incidence sur l'évaluation du manque à gagner résultant de cette éviction irrégulière. Par suite, alors même que l'entreprise engageant l'action en responsabilité aurait vu son chiffre d'affaires progresser au cours de la période postérieure à l'éviction illégale qui l'a frappée, la collectivité publique à l'encontre de laquelle l'action en responsabilité est engagée ne saurait se prévaloir de cette circonstance pour contester le droit de l'entreprise à l'indemnisation de son manque à gagner¹⁸².

S'agissant des augmentations de charge, la réparation doit prendre en considération l'ensemble des sommes exposées inutilement¹⁸³. Ainsi pour la réparation du préjudice subi par la compagnie Air France à raison de la fixation illégale par Aéroports de Paris des redevances d'atterrissage des avions cargos, il a été procédé à une évaluation en fonction de la charge qui aurait été la sienne si un taux unique de redevance avait été appliqué à toutes les compagnies quel qu'ait été leur tonnage de jauge atterrie¹⁸⁴.

178. CE 4 juin 1969, *Dame Simeoni*, *Lebon* 979; CE 8 mai 1974, *Ardoise*, *Lebon* 1166; CE 22 mai 1974, *Charrois*, *Lebon* 297.

179. CE Sect. 28 févr. 1986, *Entreprise Blondet*, *Lebon* 55.

180. CE 9 févr. 1968, *Min. de la Construction c. Sté des magasins réunis de Flers*, *Lebon* 106.

181. CE 18 juin 2003, *Gpt d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe, Sté Biwater et Sté Aqua TP*, *Lebon* T. 865.

182. CE 27 janv. 2006, *Cne d'Amiens*.

183. CE 17 juin 1983, *Min. de l'Environnement et du Cadre de vie c. SCI Italie-Vandrezanne*, *Lebon* 267.

184. CE 28 juill. 2000, *Compagnie nationale Air France*.

b. Le contrôle de cassation

Le contraste est saisissant entre la part prise par le Conseil d'État dans la définition des principes directeurs qui viennent d'être rappelés et la grande marge qu'il laisse, en qualité de juge de cassation, aux juges du fond dans l'évaluation et la réparation du préjudice économique. L'essentiel est en effet laissé à leur appréciation souveraine. La fonction régulatrice du juge suprême est toutefois exercée au travers du contrôle de la motivation des arrêts, de l'erreur de droit et de la dénaturation.

L'appréciation souveraine des juges du fond. – Le plein contentieux de la responsabilité fournit matière à des appréciations quantitatives non réglementées en ce qui concerne le *quantum* de la responsabilité des différentes parties en cause et le montant de la réparation correspondant aux différents chefs de préjudices.

Le partage de responsabilité et l'évaluation de l'indemnité sont déterminés souverainement par les juges du fond. Ils échappent au contrôle du juge de cassation¹⁸⁵. Dans ses conclusions sur la décision de 1992, le commissaire du gouvernement, Gilles Le Chatelier, s'est précisément appuyé sur la jurisprudence de la Cour de cassation pour proposer au Conseil d'État de laisser ces questions à l'appréciation souveraine des juges du fond¹⁸⁶ : « l'opération par laquelle [le juge du fond] évalue la part de responsabilité respective de chacun des auteurs constitue bien une appréciation souveraine des faits dans laquelle n'entre, sauf exception, l'application d'aucune règle de droit. La Cour de cassation refuse ainsi de manière constante de contrôler le partage de responsabilité effectué par le juge du fond entre les différents coauteurs du dommage¹⁸⁷. Il n'en serait, en revanche, selon nous, pas de même, pour l'appréciation consistant à vérifier si le comportement de la victime par son caractère fautif a pu être de nature à exonérer la responsabilité du maître de l'ouvrage. En effet, il s'agirait alors d'une question d'imputabilité qu'il vous faudrait contrôler dans la ligne de ce que vous avez jugé en matière de garantie décennale des constructeurs¹⁸⁸, la Cour de cassation se livrant pour sa part à ce type de contrôle¹⁸⁹. De même les questions ayant trait à l'évaluation du montant du préjudice subi relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond, un contrôle de ce type d'opérations ne pouvant être réalisé que par un examen complet des pièces du dossier qu'il n'appartient pas au juge de cassation d'effectuer. Dans ce cas encore, la Cour de cassation refuse de se livrer à un tel contrôle¹⁹⁰ ».

De même, le juge du fond se livre à une appréciation souveraine insusceptible d'être discutée en cassation lorsque, accordant une indemnité au maître de l'ouvrage sur le fondement de la garantie décennale, il fixe le pourcentage de l'abattement

185. CE Sect. 26 juin 1992, *Cne de Béthoncourt*, *Lebon* 268; CE 14 déc. 1998, *La Poste c. Gaz de France*, *Lebon* 478.

186. V. égal. CE 25 nov. 1994, *Ville de Nanterre*.

187. Civ. 2^e, 2 mars 1966, *Bull. civ. II*, n° 284; Civ. 2^e, 12 juin 1969, *Bull. civ. II*, n° 204; Ch. mixte, 28 janv. 1972, *Bull. Ch. mixte*, n° 1.

188. CE Sect. 19 avr. 1991, *SARL Cartigny*, *Lebon* 163.

189. Civ. 2^e, 8 janv. 1966, *Bull. civ. II*, n° 36; Civ. 2^e, 27 avr. 1966, *Bull. civ. II*, n° 486.

190. Civ. 2^e, 14 févr. 1962, *Bull. civ. II*, n° 196; Civ. 2^e, 7 mars 1962, *Bull. civ. II*, n° 275.

devant être appliqué au coût des travaux de réfection pour tenir compte de la vétusté de l'ouvrage au moment de l'apparition des désordres¹⁹¹.

S'agissant des mesures d'instruction, le juge de cassation refuse de contrôler les appréciations souveraines qui conduisent les juges du fond à user ou non des facultés que lui ouvrent les textes. Il en va ainsi de l'appréciation du caractère frustratoire d'une expertise¹⁹² ou du refus d'ordonner une expertise pourtant sollicitée¹⁹³.

Les contrôles exercés par le juge de cassation. – Face à la large part laissée à l'appréciation des juges du fond, le Conseil d'État, juge de cassation, n'est pas démuné de tout contrôle. Il est en effet susceptible d'intervenir à trois titres : en contrôlant le caractère suffisant de la motivation des arrêts ; en censurant les erreurs de droit commises par les juges du fond ; en sanctionnant la dénaturation des faits.

Le contrôle de la motivation. – Ce contrôle est relativement distendu. Quand il traitait ces questions comme juge d'appel, le Conseil d'État utilisait des formules telles que « le tribunal n'a pas une évaluation inexacte » ou, après évocation, « il sera fait une juste appréciation ».

En cassation, le Conseil admet le caractère suffisamment motivé de telles rédactions¹⁹⁴.

Il arrive toutefois au Conseil d'État de censurer des motivations insuffisantes. Tel est le cas si, eu égard à l'argumentation du demandeur, le juge d'appel ne justifie pas suffisamment sa décision de réduire les indemnités allouées¹⁹⁵.

S'agissant de l'utilisation des travaux d'expertise, la jurisprudence évolue vers une plus grande exigence de motivation. Le juge administratif ne peut se contenter d'endosser le rapport d'expertise. Il doit justifier dans quelle mesure il s'en approprie les conclusions.

En qualité de juge de cassation, le Conseil d'État exige une motivation suffisante sur ce point : « Considérant d'une part que, contrairement à ce que soutient la commune de Roquebrune-Cap-Martin, la cour administrative d'appel a suffisamment motivé son arrêt et ne s'est pas contredite en ce qui concerne la méthode suivie par l'expert et la précision de ses travaux ; que la cour, qui n'a pas suivi toutes les recommandations du rapport, a ainsi mis le juge de cassation à même de contrôler les raisons pour lesquelles elle a estimé que le rapport n'était pas entaché de vices le rendant inexploitable dans sa totalité »¹⁹⁶.

191. CE 10 juill. 1996, *Consorts Charvier*.

192. CE 22 mars 1993, *CHR de Brest c. Mme Fraboulet*.

193. CE 16 nov. 1993, *SCI Les Jardins de Bibémus* ; CE 12 avr. 1995, *Consorts Preisler*.

194. CE 9 juill. 1997, *CPAM de Maubeuge*, *Lebon T.* 1039.

195. CE 12 nov. 1997, *Chargois* : « En se bornant à relever dans son arrêt « qu'il résulte de l'instruction que, comme le soutient France-Télécom, le tribunal administratif a fait une évaluation excessive du préjudice subi par l'intéressé en le fixant à 100 000 francs » et que « dans les circonstances de l'espèce il sera fait une juste appréciation de la somme due à M. Chargois en ramenant de 100 000 à 50 000 francs la condamnation prononcée par le tribunal », sans aucune indication des éléments qui le conduisaient à modifier l'évaluation du préjudice, la cour administrative d'appel de Paris n'a pas suffisamment motivé sa décision eu égard à l'argumentation développée par M. Chargois devant elle ».

196. CE 17 juin 2005, *Sté au service du développement*.

Le contrôle de l'erreur de droit. – Comme l'écrivent les auteurs de l'ouvrage *Le Conseil d'État, juge de cassation*¹⁹⁷ : « La fixation du montant des réparations dues par les collectivités publiques obéit au schéma suivant de contrôle du juge de cassation : en principe, appréciation souveraine des juges du fond mais contrôle, par exception, d'éventuelles erreurs de droit ». Le Conseil d'État contrôle ainsi, au titre de l'erreur de droit, la rectitude des règles utilisées par les juges du fond pour calculer le montant de la réparation. Le juge de cassation vérifie, dans le cadre de sa fonction disciplinaire, le respect des règles de fond qui gouvernent l'évaluation du préjudice.

Ont été ainsi censurées les erreurs de droit commises par les juges du fond à n'avoir pas assuré la réparation intégrale du préjudice¹⁹⁸ ou s'être trompés sur le point de départ des intérêts¹⁹⁹. De même, commet une erreur de droit, la cour qui inclut les dépenses relatives à la réfection de l'ouvrage public lui-même dans le montant de l'indemnité versée en réparation du préjudice subi du fait de l'aménagement de l'ouvrage²⁰⁰. Commet également une erreur de droit la cour qui, pour calculer l'indemnité due par le département, déduit la somme déjà versée en exécution du jugement du juge judiciaire du montant total du préjudice subi, alors que cette indemnité doit être calculée en déduisant la somme déjà versée de la seule part du préjudice imputable à l'administration compte tenu du partage de responsabilité²⁰¹.

En revanche, il n'y a pas erreur de droit à procéder à une évaluation globale de l'indemnité au titre de préjudices distincts après avoir apprécié le bien-fondé des différents chefs de préjudices²⁰². Pas davantage de censure du raisonnement des juges du fond qui ont appliqué un abattement de vétusté à des matériels considérés comme des déchets de ferraille²⁰³.

La dénaturation. – Alors que la Cour de cassation se borne à censurer la dénaturation des pièces du dossier, le Conseil d'État contrôle en outre la dénaturation des faits.

Le juge de cassation censure la dénaturation des pièces du dossier commises par les juges du fond pour écarter l'indemnisation d'un chef de préjudice²⁰⁴. La décision *Société Hostellerie du château de Nyer*, du 17 juin 2005, est particulièrement éclairante sur l'étendue du contrôle exercé par le Conseil d'État : « Considérant qu'en limitant l'indemnisation accordée au titre des seuls troubles commerciaux à une somme de 10 000 euros, après avoir relevé que la baisse de chiffre d'affaires intervenue en 1997 était au moins partiellement imputable à l'impossibilité pour la société de garantir à son principal client la disposition des lieux plus d'un an à l'avance, la cour n'a pas

197. J. Massot, O. Fouquet, J.-H. Stahl et M. Guyomar, *Le Conseil d'État, juge de cassation*, 5^e éd., Berger-Levrault, 2001, p. 257.

198. CE 30 juill. 1997, *Mme Mendès*, *Lebon T.* 1040.

199. CE 22 nov. 1996, *Centre hospitalier général de Neufchâteau c. Brenier*, *Lebon T.* 1162.

200. CE 22 juin 1998, *Ville de Saint-Étienne*.

201. CE 17 mai 2000, *Département de la Dordogne*.

202. CE 2 févr. 1996, *Mme Luizzi*, *Lebon T.* 1131.

203. CE 24 nov. 1994, *Ville de Nanterre*.

204. CE 17 mai 2006, *Mme Chevrier*.

entaché son arrêt d'une contradiction de motifs; qu'en affirmant que la société requérante ne produisait aucun document à l'appui de ses allégations relatives à l'engagement de frais de publicité et de commercialisation la cour n'a pas dénaturé les pièces du dossier; considérant, en revanche, qu'en écartant également pour le même motif l'indemnisation des travaux et aménagements réalisés par la société dans le château, alors que celle-ci avait produit son bilan pour l'année 1997 d'où ressortait un montant de 744 008 francs (soit 113 423,29 euros) au titre des immobilisations corporelles, dont 339 621 francs (soit 51 774,89 euros) au titre des constructions réalisées, la cour a entaché son arrêt de dénaturer sur ce point [...] ».

Mais la dénaturer est également susceptible d'affecter le partage de responsabilité²⁰⁵ ou le montant de l'indemnité. On peut ainsi envisager que les juges du fond se livrent à une appréciation du préjudice suffisamment déraisonnable pour constituer une dénaturer.

Mais les exemples jurisprudentiels relevés attestent de l'absence de dénaturer dans l'évaluation du préjudice²⁰⁶.

En conclusion, le contrôle de cassation exercé par le Conseil d'État est très proche de celui de la Cour de cassation dont il s'est directement inspiré. Toutefois, le contrôle de la dénaturer des faits, que n'exerce pas le juge judiciaire, offre au Conseil d'État la possibilité d'un contrôle complet de l'appréciation souveraine des juges du fond.

B. LES CRITIQUES

Elles ont été formulées par des auteurs importants et reprises par plusieurs thèses récentes.

Les professeurs Geneviève Viney et Patrice Jourdain montrent ainsi que la Cour de cassation « resterait parfaitement dans son rôle en se réservant un contrôle de motivation permettant de vérifier que les juges du fond mettent réellement en œuvre le principe de l'équivalence entre la valeur du dommage et celle de la réparation » et que la discrétion dont fait preuve le juge de cassation dans l'exercice de ce contrôle « laisse planer un doute sur son effectivité »²⁰⁷. Ces auteurs considèrent même que la Cour de cassation favorise l'absence de motifs, dès lors que ce sont les motifs exprimés qui encourent le plus souvent la censure²⁰⁸, et suggèrent en conséquence que le contrôle des motifs exprimés soit doublé d'un véritable contrôle de l'insuffisance des motifs « obligeant le juge à exprimer les raisons qui l'ont conduit à fixer l'indemnité au montant qu'il a retenu »²⁰⁹. En effet, « l'absence de motivation

205. CE 12 déc. 2003, SOFIM.

206. CE 10 juill. 2006, *Sté nationale des Chemins de fer français*; CE 17 juin 2005, *Sté au service du développement*; CE 13 nov. 2002, *Min. de l'Équipement, des Transports et du Logement c. Sté Hélicopter et autres*; 22 oct. 1999, *M. et Mme Giacinto*.

207. G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, n° 61, p. 125.

208. G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, n° 63, p. 129.

209. G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, n° 64, p. 133.

en cette matière favorise la négligence et l'arbitraire des juges et [...] provoque, par là même, une très grande inégalité entre les justiciables »²¹⁰.

Les conséquences de l'insuffisance du contrôle exercé sur le caractère intégral de la réparation « sont dans l'ensemble très négatives [...] une grande inégalité quant à l'évaluation des mêmes préjudices entre les différents ressorts juridictionnels. Or si le même préjudice vaut 10 à Dijon et 20 à Paris, on peut douter de la signification réelle du principe de réparation intégrale mis en avant pour justifier les deux évaluations »²¹¹.

Selon le président Jean-Pierre Dintilhac, « chaque juge doit avoir conscience que l'indépendance dont il jouit ne lui est accordée ni pour son confort, ni pour lui permettre de faire prévaloir ses convictions personnelles ou son point de vue et que chaque usager de la justice, grâce à son office, doit faire l'objet, à situation égale, d'une égale application de la loi, conformément à l'un des principes qui fondent notre République »²¹².

D'autres auteurs regrettent « cette forme de contrôle très formelle [qui] semble contestable du point de vue de son effectivité [...] la cohérence du droit de la réparation gagnerait à ce que la Cour de cassation effectue un contrôle plus substantiel de l'adéquation des dommages-intérêts »²¹³.

La modestie du contrôle du juge de cassation rend en réalité purement théoriques certaines directives jurisprudentielles pourtant très importantes, telles que l'interdiction pour les juges du fond de recourir à un barème²¹⁴ : la possibilité, pour les juges du fond, de se référer à un barème parmi d'autres éléments d'appréciation peut ainsi ouvrir la voie à une référence quasi exclusive ou abstraite au barème²¹⁵,

210. G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, n° 66, p. 135.

211. G. Viney, « L'état du droit », in *La réparation du dommage corporel*, *Gaz. Pal.*, 2007, 50.

212. J.-P. Dintilhac, « La nomenclature et le recours des tiers payeurs », in *La réparation du dommage corporel*, *op. cit.*, p. 57.

213. L. Reiss, *op. cit.*, n° 358, p. 278.

214. L. Reiss, *op. cit.*, n° 464, p. 340 : « [...] tant que les juges du fond resteront discrets sur la méthode de détermination des dommages-intérêts [...], rien ne s'oppose, en réalité, à ce qu'ils aient précisément recours à des règles établies à l'avance, telles que des barèmes ».

215. Crim. 26 juin 1984, préc. : « Attendu que, pour déterminer l'incapacité permanente partielle subie par Marie Isabelle Guimber en raison des lésions consécutives à l'accident dont Aaron, reconnu coupable de la contravention de blessures involontaires et de contravention au Code de la route, a été déclaré entièrement responsable, la juridiction du second degré, après avoir analysé les conclusions du rapport médical dans lesquelles l'expert désigné fixe à 5 % ladite incapacité, relève qu'interprétant ces conclusions par une lettre adressée au président du tribunal de police, ce praticien indique que « la réparation du dommage reposant sur des bases différentes en droit commun et en accident du travail, l'incapacité permanente partielle peut être appréciée dans une tranche de 5 % à 30 % »; /Attendu que la même juridiction énonce ensuite « qu'en retenant le taux le plus favorable pour la victime, soit 30 %, le premier juge n'a pas fourni les éléments permettant de justifier son appréciation; qu'il résulte du barème fonctionnel indicatif des incapacités en droit commun, tel que paru dans le Concours médical du 19 juin 1982, que l'incapacité permanente partielle résultant d'une splénectomie sans complication, telle qu'en l'espèce, peut être évaluée à 10 %; qu'il convient de retenir ce taux »; /Attendu qu'en procédant ainsi, la Cour d'appel ne s'est nullement prononcée par voie de disposition générale et réglementaire, mais a, au contraire, tenu compte des données concrètes de l'espèce, auxquelles elle s'est expressément référée; que, d'autre part, l'évaluation, qu'elle a souverai-

possibilité, semble-t-il, largement utilisée dans la pratique des juridictions, du moins en matière de réparation du préjudice corporel²¹⁶. Selon la formule pudique d'un auteur, « il y a donc une certaine infiltration de l'abstrait dans l'appréciation du dommage, justifiée par l'utilité des indications qui peuvent être tirées de l'expérience passée et par la volonté du juge de ne pas se montrer arbitraire »²¹⁷. Il semble plutôt que le risque d'arbitraire procède d'une trop faible exigence de motivation, comme l'ont montré les professeurs Viney et Jourdain.

De même, comme déjà indiqué, le principe de réparation intégrale perd beaucoup de son effectivité²¹⁸, car aucune vérification ne peut être faite à cet égard en l'état d'une évaluation non justifiée et non détaillée et censée tenir lieu de justification tant de l'existence du préjudice que de son étendue. On ne s'étonnera pas que le président Dintilhac ait pu dire par ailleurs que le principe de la réparation intégrale était une « utopie constructive »²¹⁹. Comme le montrent les professeurs Viney et Jourdain :

« [...] l'examen des droits étrangers révèle que ce problème n'est pas résolu partout de la même façon et que la part du droit en matière de calcul des indemnités est même de plus en plus importante dans certains systèmes juridiques.

« En Angleterre, par exemple, l'arrêt *Ward contre James* a marqué un tournant en ce domaine puisqu'il a retiré au jury, pour la réserver aux seuls juges professionnels, la possibilité d'évaluer les dommages-intérêts sauf dans des cas très exceptionnels. Or, lorsqu'il rendit cette décision en assemblée plénière de la cour d'appel, lord Denning la justifia explicitement par le besoin de cohérence et de comparabilité des allocations. On peut donc considérer que désormais, en droit anglais, l'évaluation des indemnités relève du domaine du droit.

« Une évolution encore plus marquée en ce sens s'est produite au Canada. En effet, alors que, jusqu'à la fin des années 1970, le calcul des dommages-intérêts était fait selon des méthodes empiriques et variables selon les juridictions, la Cour suprême du Canada a rendu en 1978 trois arrêts essentiels, connus aujourd'hui sous le nom de "trilogie" qui ont complètement modifié la situation, au moins pour le dommage corporel. Le but commun de ces décisions, qui depuis ont été complétées par d'autres, a consisté à "formuler une série de règles qui ont maintenant force de loi" et qui obligent "les tribunaux inférieurs à suivre une méthodologie plus rigoureuse et plus scientifique". Ces décisions ont été suivies par les juridictions de toutes les provinces

nement opérée, du préjudice éprouvé par la partie civile, échappe au contrôle de la Cour de cassation ».

216. T. Vasseur, « La base de données jurisprudentielles », in *La réparation du dommage corporel*, op. cit. p. 39; aussi P. Brun, « Synthèse », *La réparation du dommage corporel*, op. cit., p. 69, qui estime que la question du recours aux barèmes ne se pose qu'à l'égard des conséquences extrapatrimoniales du dommage corporel.

217. L. Reiss, op. cit., n°357, p. 277.

218. G. Viney et P. Jourdain, op. cit., n° 61, p. 125; C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, préf. Y. Lequette, Dalloz, 2005, n° 414.

219. J.-P. Dintilhac, préc., p. 55.

du Canada, y compris au Québec. Elles ont ainsi contribué à rationaliser l'évaluation des indemnités en donnant des directives très précises aux juges qui ne peuvent plus désormais évaluer "toutes causes de préjudices confondus" comme ils le faisaient couramment auparavant, et qui doivent motiver leurs décisions de façon minutieuse et justifier le montant de l'indemnité allouée pour chaque chef de préjudice, sous le contrôle de la Cour suprême »²²⁰.

En définitive, « les dommages-intérêts devraient être soumis à un contrôle plus substantiel de la Cour de cassation. Un tel contrôle permettrait une vérification effective et plus pertinente que celle qui a cours de *lege lata*. Il entraînerait, tout d'abord, une motivation plus explicite des décisions judiciaires, tout à fait nécessaire à la vérification du caractère approprié de la réparation en l'espèce. Ensuite, elle permettrait une meilleure intelligibilité de la jurisprudence »²²¹.

C. LES POSSIBILITÉS D'ÉLARGISSEMENT ET D'APPROFONDISSEMENT DU CONTRÔLE

Il est parfois considéré que, comme l'expose le président Bernard Stirn, « pour le préjudice moral, quelle qu'en soit la nature, l'indemnité allouée présente nécessairement un caractère forfaitaire »²²², voire que pour les préjudices moraux et corporels, l'exigence d'équivalence quantitative qui fonde la règle de réparation intégrale « n'a pas de pertinence »²²³. Les mêmes affirmations doivent valoir pour l'appréciation du préjudice causé par un abus du droit d'ester en justice²²⁴. Il est au demeurant jugé que la condamnation à payer des dommages-intérêts, pour procédure abusive, n'est pas afférente au fond du litige et ne tranche pas une partie du principal²²⁵.

Le préjudice économique, à la différence de tels chefs de préjudice, doit pouvoir se prêter à une appréciation beaucoup plus fine, précise et ventilée, sans qu'il en résulte pour les juges du fond un surcroît de travail de nature à les submerger.

Les réflexions conduisent à trois pistes permettant un élargissement et un approfondissement du contrôle de cassation : une exigence accrue de motivation des juges du fond; un effort souhaitable de typologie; une justification renforcée de l'utilisation des travaux d'expertise.

220. G. Viney et P. Jourdain, op. cit., n° 66, p. 136; toutefois L. Reiss, op. cit., n° 389, p. 295, montrant que si la distinction du fait et du droit n'est pas inconnue du droit anglais, elle n'y est que « résiduelle ».

221. L. Reiss, op. cit., n° 464, p. 341.

222. Rép. resp. puiss. publ., V° « Évaluation du préjudice », 1999, n° 63; v., en ce sens, Civ. 1^e, 28 févr. 1962, *Bull. civ. I*, n° 131 : « Mais attendu que, le préjudice moral éprouvé par Benoît ne permettant pas une évaluation précise, la cour n'a fait qu'user de son pouvoir souverain d'appréciation en fixant à 200 000 francs l'indemnité représentative du dommage subi par Benoît ».

223. L. Reiss, op. cit., n° 434, p. 324.

224. Civ. 3^e, 15 févr. 1984, préc.

225. Civ. 2^e, 26 oct. 2006, *Bull. civ. II*, n° 289.

1. Une exigence accrue de motivation des juges du fond

Il a été indiqué que, selon la Cour de cassation, les juges du fond n'ont pas à s'expliquer sur chacun des chefs du préjudice qu'ils réparent²²⁶ ni même à en préciser les divers éléments²²⁷ et que « les juges du fond qui justifient l'existence du préjudice par la seule évaluation qu'ils en font ne sont pas tenus, si la loi n'en ordonne autrement, de préciser les éléments qui servent à l'évaluer »²²⁸. La réserve de l'ordre de la loi est de nature à fournir techniquement un point d'application au contrôle : rien n'empêcherait le juge de cassation d'estimer, dans l'exercice de son contrôle d'interprétation et d'application de la loi, que les dispositions des articles 1147, 1149 et 1382 du Code civil et celles de tous les autres textes fondant des régimes de responsabilité, obligent d'une manière générale les juges du fond à préciser tant les diverses composantes du préjudice qu'ils entendent réparer que les éléments qui leur servent à évaluer ce préjudice.

Le cas d'ouverture de défaut de base légale, du moins tel que l'entend et l'applique la Cour de cassation, est également un outil technique puissant : en retenant que les juges du fond auraient dû s'expliquer sur certains éléments de fait, la Cour de cassation indique que ces éléments étaient de nature à être pris en considération dans l'appréciation concrète du préjudice que l'espèce donnait à réparer²²⁹. Quoique l'approche soit plus casuistique qu'en cas de contrôle de la violation de la loi, le contrôle s'apparente à un contrôle de méthodologie.

Les professeurs Viney et Jourdain estiment que « la difficulté provient de ce que, dans ce domaine, le "fait" et le "droit" sont intimement mêlés, ce qui oblige à des distinctions assez subtiles. Cependant, il serait, à notre avis, tout à fait simpliste et

226. Civ. 1^{re}, 16 juill. 1991, préc.

227. Ass. plén., 26 mars 1999, préc.; Ch. mixte, 6 sept. 2002, préc.

228. Soc. 13 juin 1990, préc.

229. Civ. 1^{re}, 15 nov. 1994, *Bull. civ. I*, n° 334 : « Vu l'article 1149 du Code civil ; /Attendu que les dommages-intérêts dus au créancier de l'obligation inexécutée sont de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé ; /Attendu que pour rejeter la demande de la société Polytektim, fondée sur la perte des bénéficiers dont elle estimait avoir été privée du fait du défaut de réalisation d'une vente d'immeuble, l'arrêt attaqué énonce qu'elle ne saurait se faire indemniser d'un préjudice éventuel né de la perte de bénéfices escomptés ; /Attendu qu'en statuant ainsi, sans s'expliquer sur les éléments produits par la société Polytektim pour faire valoir les gains dont elle avait été privée du fait de la non-réalisation de la vente, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » ; Civ. 1^{re}, 6 oct. 1998, préc. : « Vu l'article 1149 du Code civil ; /Attendu que les dommages-intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé ; /Attendu que, pour condamner *in solidum* les sociétés Maison de l'Orangerie et Paracelsus Klinik France à payer à MM. Fabi, Ciupa, et Thierry, la somme totale de sept millions cent soixante-quatre mille quatre cent un francs et vingt-neuf centimes (7 164 401,29 francs), au titre de leur préjudice matériel et financier à la suite de la résiliation de la convention du 2 mai 1979, l'arrêt attaqué, rendu après cassation, retient au titre du préjudice financier une somme de 5 050 000 francs, après avoir déduit une somme de 7 410 000 francs, correspondant à "la valeur en capital des nouvelles conditions d'exercice de la radiothérapie" par les médecins dans une autre clinique, dite Clinique de la Roseaie ; /Attendu qu'en se déterminant ainsi sans rechercher, comme elle y était invitée, si le nouveau contrat liant les médecins à cette clinique n'avait pas été rompu rapidement par celle-ci, et si cette rupture n'avait pas une incidence sur la valeur ainsi déduite, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

inexact de prétendre que l'évaluation des indemnités relève en bloc du domaine du "fait" et qu'elle est entièrement étrangère à l'emprise du "droit" »²³⁰.

Il n'y a donc pas d'obstacle théorique insurmontable à une extension du contrôle — lequel ne concernera toutefois que l'exposé de la méthode d'appréciation des juges du fond et ne pourra naturellement aller jusqu'à une vérification du chiffrage de chaque poste de préjudice.

Des explications des juges du fond sur chacune des étapes successives de leur raisonnement apparaissent indispensables, si l'on veut éviter tant les décisions justifiées par la seule émission d'un chiffrage de l'indemnité, dont il est difficile de considérer qu'elles sont motivées de manière effective, que les décisions qui prennent soin de préciser les éléments constitutifs du préjudice réparé puis se contentent d'une évaluation globale non détaillée²³¹.

Il est fort heureusement des espèces dans lesquelles les juges du fond fournissent une motivation plus soignée, dont portent trace des décisions du juge de cassation qui n'en réaffirment pas moins le caractère souverain de l'appréciation ainsi portée²³².

230. G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, n° 66, p. 135.

231. Civ. 1^{re}, 23 nov. 1966, préc.

232. V. par ex., Civ. 2^e, 5 déc. 1979, préc. : « Mais attendu que c'est par une appréciation souveraine de la réalité et de l'étendue du préjudice allégué qu'ayant relevé que Lafond n'avait pas été attaqué directement et, en se référant expressément aux imputations contenues dans les assignations des consorts Pignatell, qu'un dommage ne pouvait résulter de la demande en nullité de l'acte de vente au motif "qu'il est patent ou flagrant que la venderesse était incapable", le tribunal a, sans encourir les critiques du pourvoi, retenu que la preuve du préjudice invoqué par Lafond n'était pas rapportée » ; Civ. 2^e, 8 juill. 1987, préc. : « Mais attendu que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'apprécier le montant du dommage que la cour d'appel énonce que l'expert a justement calculé la durée d'immobilisation consécutive aux avaries du moteur et à la remise en état de ce moteur » ; Com. 24 mars 1992, *Bull. civ. IV*, n° 126, « Mais attendu qu'après avoir retenu à juste titre, que la contrefaçon faisait subir un préjudice à M. Vandel, auteur des modèles, et un préjudice différent, à la société Vandel France, exploitant de ces modèles, et que chacun de ces deux préjudices devait être réparé séparément, la cour d'appel n'a pas méconnu l'objet du litige en écartant la demande de confusion de préjudices présentée par M. Pierre Vandel, et faisant usage de son pouvoir souverain d'appréciation, en fixant le montant de la réparation de celui subi par M. Vandel par application au chiffre d'affaires obtenu au moyen des produits contrefaits par la société Grosfillex, qui ne s'opposait pas à cette méthode de calcul, d'un pourcentage représentant le montant de la redevance à laquelle l'auteur des modèles aurait normalement pu prétendre » ; Com. 2 nov. 1993, préc. : « Mais attendu que la cour d'appel, qui a recherché les éléments du préjudice subi par la société NBF du fait de la rupture du contrat sans se référer à des règles établies à l'avance et qui a procédé à l'évaluation de l'indemnité allouée à cette dernière au titre du gain dont elle avait été privée en raison de l'inexécution des travaux et fournitures qu'elle devait prendre en charge, n'a fait qu'assurer la réparation intégrale de ce préjudice en l'estimant au jour où il s'était produit et en l'actualisant au jour de sa décision en fonction de l'évolution d'un indice » ; Civ. 3^e, 21 janv. 2004, préc. : « Mais attendu qu'ayant relevé, d'une part, que s'il n'y avait pas eu de désordres, la société Eurobail disposerait dans son patrimoine d'une valeur au moins égale aux réparations nécessaires et, d'autre part, qu'après la liquidation de sa locataire "Dépôt-Vente 42", la société Eurobail ne pouvait plus disposer d'un immeuble en état d'être loué puisqu'il se révélait dangereux pour les utilisateurs, que l'acharnement des défendeurs à contester les conclusions du premier expert avait abouti à la désignation de trois autres experts, le dernier rapport ayant été déposé le 15 nov. 1998, que, jusqu'à cette date, il était absolument impossible pour la société Eurobail de louer le local et de solliciter une provision pour effectuer des travaux qui auraient

Dans l'ordre judiciaire, une telle appréciation détaillée paraît seule conforme à la nécessité d'un examen effectif par le juge de la cause qui lui est soumise — donc seule de nature à garantir l'effectivité de l'accès au juge et le respect de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'appréciation détaillée est au demeurant consubstantielle à la notion même de pouvoir souverain. Comme le montre un auteur : « L'exercice du pouvoir souverain des juges du fond postule la recherche *in concreto* de l'équivalence. Dans son office de réparation du dommage, le juge doit établir une équivalence entre un dommage qui présente le plus souvent un aspect qualitatif et une quantification monétaire. Pour cela, le juge doit rechercher dans chaque espèce qui lui est soumise la mesure de la compensation adéquate. L'appréciation du dommage a donc lieu *in concreto* »²³³. La ventilation des chefs de préjudice serait donc indispensable pour que puisse être discerné, dans les décisions des juges du fond, ce qui relève de la perte subie et ce qui relève du gain manqué²³⁴, donc pour que soit respectée la règle légale dont s'inspirent, notamment, les dispositions de l'article 1149 du Code civil.

Saluant les exemples anglais ou canadien comme « un progrès considérable », les professeurs Viney et Jourdain souhaitent que la Cour de cassation française s'en inspire « pour renforcer son contrôle en formulant des exigences plus fortes quant aux méthodes d'évaluation utilisées par les juges du fond. Cet effort devrait, à notre avis, porter sur plusieurs points :

« 1) Avant tout, la Haute juridiction devrait, de toute évidence, imposer aux tribunaux et cours d'appel une ventilation détaillée des indemnités correspondant à chacun des chefs de dommage constatés. L'évaluation globale « toutes causes de préjudice confondues » nous paraît en effet un procédé archaïque qui favorise l'arbitraire et empêche un véritable contrôle de l'application du principe de réparation intégrale. Aucun progrès sérieux en faveur de la rationalisation des évaluations ne pourra être réalisé tant que cette pratique n'aura pas été clairement condamnée. [...]

été prématurés compte tenu des investigations en cours et de la contestation toujours vive sur les responsabilités, la cour d'appel, sans être tenue de répondre à de simples allégations, a caractérisé l'existence de chefs de préjudice distincts ainsi que le lien de causalité entre les désordres et la perte de loyers, et, sans excéder la réparation intégrale du préjudice, a souverainement évalué son montant en adoptant le mode de calcul qui lui est apparu le meilleur » ; Civ. 3^e, 22 juin 2005, préc. : « Attendu qu'ayant relevé que, du fait des troubles de voisinage, et aux termes du rapport d'experts judiciaires critiqués par les parties de manière peu convaincante, le préjudice de l'Hôtel Prince de Galles était, en pourcentage du chiffre d'affaires estimé perdu relativement peu au-dessus de la normale, mais s'appliquait à des montants nettement plus conséquents, et que, pour le préjudice subi par l'Hôtel Queen Elisabeth, les pourcentages estimés de pertes de gains, 11 et 34 % et la baisse des taux d'occupation, étaient significatifs, la perte anormale étant caractérisée, la cour d'appel, qui n'était pas tenue, dans les rapports entre l'entrepreneur principal et le maître de l'ouvrage, de procéder à des recherches sur les troubles pouvant éventuellement provenir de sous-traitants, et qui a statué en se fondant sur des estimations de pertes de gains, a exactement retenu, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, que les troubles graves subis par les hôtels du voisinage engageaient la responsabilité de plein droit non seulement de la société Hôtel George V, mais également de l'entreprise chargée d'exécuter les travaux, et, sans accorder le plein des demandes, a souverainement déterminé le montant de la réparation du préjudice ».

233. L. Reiss, *op. cit.*, n° 356, p. 275.

234. L. Reiss, *op. cit.*, n° 427, p. 320.

« 2) Une autre exigence à laquelle la Cour de cassation devrait, à notre avis, toujours tenir la main fermement, c'est l'obligation de répondre scrupuleusement aux conclusions des parties. Il nous paraît en effet inadmissible que les juges du fond puissent se dispenser d'examiner les méthodes d'évaluation qui leur sont proposées. Sans doute n'est-il pas question de leur dénier le droit d'écarter ces méthodes, mais nous estimons qu'ils devraient alors toujours expliquer les raisons de ce rejet et de l'adoption d'un autre procédé.

« 3) Enfin il nous semble que, de façon plus générale, la Cour suprême devrait exiger des juges du fond qu'ils s'expliquent sur toutes les circonstances de faits qui ont pu avoir une influence sur l'étendue du préjudice et qu'ils exposent clairement la méthode et les bases de calcul qu'ils ont utilisées pour évaluer l'indemnité. En effet, la seule manière de vérifier que le principe de la réparation intégrale a été réellement respecté consiste à contraindre les juges du fond à cette motivation minutieuse. En négligeant de le faire, la Cour régulatrice tolère implicitement les très nombreuses entorses que les juges apportent à ce principe. En outre, elle encourage la négligence et l'arbitraire des juges, alors qu'une attitude plus stricte permettrait d'introduire plus de cohérence et de discipline dans ce domaine de l'évaluation des indemnités, si important à la fois pour les victimes et pour les débiteurs d'indemnités.

« Nous pensons en définitive, qu'en se montrant plus exigeante en ce qui concerne la motivation des évaluations, la Cour de cassation ferait œuvre utile car elle favoriserait l'émergence de règles d'évaluation plus précises, ce qui permettrait aux victimes comme aux assureurs de mieux connaître l'étendue de leurs droits et de leurs obligations et, par conséquent, les inciterait à transiger, tout en fournissant aux magistrats, dans les cas où aucune entente n'est possible, des bases plus sûres pour fixer le montant des indemnités »²³⁵.

Selon un autre auteur, en matière d'obligation de non-concurrence illicite : « La jurisprudence n'a pas encore pris position sur les directives de détermination de la valeur d'exécution d'une obligation de non-concurrence illicite, et donc nulle, en se retranchant derrière le pouvoir souverain des juges du fond. Toutefois, si ces derniers sont souverains pour les opérations d'évaluation — de valorisation, dit-on souvent —, ils doivent pour cela appliquer une base de calcul — une équation — qui fait l'objet d'un contrôle de la part de la Cour de cassation. En d'autres termes, la Cour de cassation peut — doit ! — déterminer les variables, et les juges du fond doivent y substituer des équivalents monétaires »²³⁶.

Dans l'ordre administratif, une motivation plus explicite des différents chaînons du raisonnement ainsi que des appréciations de fait permettrait au juge d'être mieux compris des justiciables. Cet effort de pédagogie répond à un louable souci de transparence. Il est en revanche moins nécessaire au regard du contrôle exercé par le juge

235. G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, n° 66, p. 137 s.

236. A. Pinna, « La mesure du préjudice consécutif à l'exécution d'une obligation de non-concurrence illicite », JCP G. 2006. I. 192, n° 11.

de cassation, le Conseil d'État pouvant recourir à la dénaturation des faits qui remplit, dans certaines hypothèses, le rôle d'une soupape de sûreté.

2. Un effort souhaitable de typologie²³⁷

Une voie d'évolution serait l'utilisation, par les juges du fond, de nomenclatures, au vu desquelles le contrôle de cassation s'exercera plus aisément.

Des nomenclatures des postes de préjudices ont été proposées, en matière de dommage corporel, par les rapports du professeur Yvonne Lambert-Faivre²³⁸, publié en juin 2003, et du président Dintilhac²³⁹, publié en juillet 2005²⁴⁰. On relève également que, selon l'article 25 de la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007, le recours subrogatoire des tiers payeurs ne pourra désormais s'exercer que poste par poste sur les seules indemnités qui réparent des préjudices qu'ils ont pris en charge²⁴¹.

a. La perte éprouvée et le gain manqué

Il est classique, en doctrine, de proposer des typologies du préjudice patrimonial reposant sur une distinction entre la perte éprouvée et le gain manqué²⁴². Ainsi, le professeur Philippe Le Tourneau illustre la perte éprouvée notamment par les exemples suivants : amoindrissement de la valeur vénale d'un bien détérioré ou détruit, perte d'un droit, dépenses ou investissements effectués en pure perte, déchéance du terme d'un prêt à raison d'un accident, accroissement de charges financières, perturbation de l'activité d'une entreprise; et le gain manqué par les exemples suivants : contrefaçon privant le titulaire d'un brevet de la redevance qu'il aurait été en droit d'exiger pour autoriser l'exploitation, amoindrissement du rendement d'une terre à raison de l'implantation d'une usine polluante, baisse de chiffre d'affaires entraînée par la fausse annonce de la mise en liquidation judiciaire d'une entreprise²⁴³.

Le professeur Maurice Nussenbaum, au cours des travaux du présent groupe de réflexion, a lui-même proposé une « typologie des préjudices économiques », qui devrait pouvoir fournir aux juges du fond, aux experts et aux parties une base de travail parfaitement opérante et complète.

La fonction de la responsabilité civile étant de « rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et à replacer la victime dans la situation

où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu »²⁴⁴, le professeur Nussenbaum distingue entre deux types de situations normales, auxquelles le fait générateur de responsabilité a apporté une perturbation : celle où la victime avait la possession et la jouissance d'un bien ou d'un actif patrimonial n'engendrant pas de revenus, et celle où elle utilisait un actif d'exploitation engendrant des revenus. Le préjudice tient, dans le premier cas, à la perturbation dans l'usage, ou la destruction partielle ou totale de l'actif, dans le second, à une atteinte aux revenus normaux du fait de la faute.

Dans le cas des actifs de jouissance, le préjudice sera apprécié à travers les coûts de remplacement ou de remise en état. Il peut y avoir conflit entre les deux notions, l'indemnité correspondra au plus faible des deux, s'ils sont conjointement possibles et en tout état de cause au coût de remise en état si le remplacement est impossible.

Lorsque l'indemnité correspond au remplacement, il peut en résulter un enrichissement pour la victime notamment lorsqu'un immeuble usagé est remplacé par un immeuble neuf. Le droit civil applique ici le principe de réparation intégrale en privilégiant la valeur d'usage par rapport à la valeur vénale. On a noté que les tribunaux administratifs ainsi que les assurances avaient une approche différente en prenant en compte la vétusté pour déterminer les dommages.

Pour les actifs d'exploitation, l'indemnité correspond à la fois aux coûts supplémentaires subis et au manque à gagner. C'est ainsi que l'on peut distinguer les préjudices économiques par nature et par domaine.

b. Une typologie en quatre catégories

En faisant une répartition par nature économique, on distingue quatre types de préjudices économiques : les coûts subis, les gains manqués, la perte de chance et la dépréciation d'un actif ou la perte patrimoniale. Pertes subies et gains manqués se déclinent eux-mêmes sur le passé et sur le futur à partir de la date de survenance des faits dommageables ; on distingue pour le passé :

- des coûts supplémentaires d'exploitation, de remise en état ou de remplacement d'actifs endommagés ou détruits ;

- des revenus ou gains manqués.

Et pour l'avenir :

- des coûts supplémentaires à venir ;

- des insuffisances de revenus futurs ou encore des gains manqués futurs.

Les gains manqués doivent s'analyser comme la différence entre les revenus manqués et les coûts économisés, et il incombe donc aux juges du fond de prendre en considération ces derniers²⁴⁵.

244. Formule jurisprudentielle classique rappelée par L. Reiss, *op. cit.*, n° 394, p. 299, et les réf. citées.

245. Sur ce point, v. égal. L. Reiss, *op. cit.*, n° 406, p. 307 : « Dans ce dernier cas — qui présente les plus grandes difficultés d'évaluation —, l'évaluation du préjudice est faite en prenant en considéra-

237. Partie présentée par M. Nussenbaum, professeur à l'Université Paris-Dauphine (Paris IX), expert agréé par la Cour de cassation.

238. <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/034000490/0000.pdf>

239. www.justice.gouv.fr/publicat/rapport/nomenclprejcopo/nomenclprejcorporels.htm

240. Sur la question, v., C. Lienhard, « Réparation intégrale des préjudices en cas de dommage corporel : la nécessité d'un nouvel équilibre indemnitaire », *D.* 2006. 2485.

241. P. Casson, « Le recours des tiers payeurs : une réforme en demi-teinte », *JCP G.* 2007. I. 144.

242. Par ex., L. Reiss, *op. cit.*, p. 303 à 325.

243. P. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 6^e éd., Dalloz, 2006, n° 1505 s., p. 412 s.

Une distinction par domaine des différentes catégories de préjudices économiques peut-être retracée dans le *tableau* suivant qui permet de prendre conscience de la grande variété des situations rencontrées susceptibles de conduire à des préjudices économiques.

N1 Activité	N2 Domaine	N3 Problématique spécifique
	Concurrence	Cartels Abus de positions dominantes (Accès à des facilités essentielles, économie des réseaux, abus de la fixation du prix)
	Entreprises en difficultés / Procédures collectives	Date de la cessation des paiements Situation irrémédiablement compromise Soutien abusif d'une banque Faute de gestion des dirigeants
	Contentieux commerciaux	Préjudice économique résultant de l'inexécution d'un contrat Concurrence déloyale/parasitisme Atteinte à l'image de marque Rupture abusive de pourparlers Produits défectueux
	Banque et marchés financiers	Faute dans le devoir de banquier Taux usuraires Manipulation de cours / délit d'initié Opérations sur dérivés
	Fiscalité	Prix de transfert Prix de cession de sociétés et/ou d'activités
	Propriété intellectuelle	Contrefaçons de marques et brevets Contrefaçons de logiciels Contrefaçons de produits
	Fusions acquisitions	complément de prix (earn out) et ajustement de prix
	Organismes publics/réglementaires	Recours contre / défense d'une décision d'un Etat (France ou Autres) Recours contre / défense d'une décision des organismes de contrôle (Commission Bancaire, Commission de Contrôle des Assurances) Recours contre / défense d'une décision de l'AMF Recours contre / défense d'une décision de la Commission Européenne Recours contre / défense d'une décision du Conseil de la Concurrence

tion le chiffre d'affaires non réalisé pendant l'interruption de l'activité. Déduction est faite du chiffre d'affaires des frais professionnels qui auraient grevé ce chiffre d'affaires si le matériel n'avait pas fait l'objet d'une interruption ».

L'évaluation des préjudices doit s'appuyer sur un système d'information adapté ce qui n'est pas toujours le cas car le système d'information comptable ne correspond pas aux catégories économiques résultant de l'analyse des préjudices.

Le premier exemple de difficulté pour réconcilier les analyses économiques et comptables est celui de la détermination des valeurs. Cette notion présente plusieurs facettes : valeur d'usage ou valeur d'échange (valeur vénale) peuvent être très différentes pour les actifs de jouissance. Pour les actifs de production destinés à générer des revenus, la notion essentielle est constituée par la valeur d'usage, qui est reflétée par les revenus futurs attendus vers laquelle doit tendre la valeur vénale dans des conditions normales de marché. Par rapport à ces notions économiques, l'information comptable peut se limiter à celle d'une valeur nette comptable résultant de conventions qui ne correspondent pas nécessairement aux réalités économiques de marché.

L'autre notion constitutive des préjudices, celle de coût subi, fait elle-même l'objet d'analyses économiques complexes. Les coûts doivent être distingués en fonction de l'horizon (court terme ou long terme), de leur caractère fixe ou variable ou encore incrémental. Le coût subi n'est pas nécessairement reflété par la comptabilité puisque l'analyse économique privilégie au titre du coût subi le concept de coût d'opportunité qui correspond au revenu qui pourrait être obtenu d'un actif dans le meilleur emploi alternatif. Ainsi des locaux vides appartenant à l'entreprise ont un coût d'opportunité égal à leur valeur locative alors qu'au plan comptable, ils ne coûtent rien.

Cette analyse du concept de coût d'opportunité montre que les notions de prix, de coûts et de revenus sont interdépendantes. En effet, les coûts sont déterminés par les prix des facteurs de production et peuvent eux-mêmes être analysés à partir des revenus que procureraient les actifs considérés. Ainsi le coût subi par un client pour une réparation est équivalent au prix facturé par un service réparation, qui lui-même dépend des coûts des facteurs de production. De ce fait, le coût subi peut, dans certains cas, être assimilé à un manque à gagner. (C'est le cas de l'entreprise disposant de son propre service de réparation.)

À l'ensemble des catégories de préjudices économiques énumérées précédemment, il convient d'ajouter la perte de chance, qui constitue une catégorie juridique particulière et qui bien que ne bénéficiant pas d'une définition juridique générale est d'application courante tant en matière délictuelle ou quasi délictuelle que contractuelle.

Ce préjudice résulte d'une faute qui a pour conséquence de réduire à néant la possibilité de réaliser un profit ou d'éviter une perte. La chance perdue doit être un préjudice certain. Sa conséquence, étant aléatoire, la victime ne peut récupérer l'intégralité de la conséquence favorable. L'indemnité est limitée au produit de la valeur de ce que l'événement heureux aurait procuré par la probabilité de réalisation de l'événement favorable (valeur de l'événement favorable x probabilité de réalisation).

Le manque à gagner peut être également constitué d'une perte de valeur d'un actif. C'est notamment le cas de la perte de valeur d'un savoir-faire du fait de sa divulgation. Un tel actif appartient au patrimoine de l'entreprise.

La perte de valeur d'un actif peut être considérée comme une atteinte à la valeur du patrimoine, mais dans le cas d'un actif d'exploitation, la valeur étant liée aux revenus futurs que cet actif peut générer, l'atteinte à la valeur ne peut être appréhendée qu'à travers la perte prouvée d'une capacité à générer des revenus dans l'avenir²⁴⁶.

La réparation des préjudices est gouvernée par le principe de réparation intégrale : tout le préjudice, rien que le préjudice.

Ce principe connaît de nombreuses difficultés d'application notamment dans le cas des fautes lucratives où l'auteur du dommage s'enrichit du fait de l'utilisation induite d'un actif appartenant à la victime comme c'est le cas pour la divulgation ou l'utilisation illicite d'un savoir-faire appartenant à autrui.

Le droit à restitution des gains illicites n'est pas consacré par le droit français (il existe cependant une proposition dans le projet de réforme Catala du Code des obligations, art. 1371). La loi de lutte contre la contrefaçon (du 29 oct. 2007) a cependant intégré la prise en compte, pour fixer les dommages-intérêts, des bénéfices réalisés par le contrefacteur, sans aller jusqu'à définir un droit à restitution.

La victime a cependant été privée d'une négociation : celle qui aurait conduit soit à en refuser l'usage soit à fixer le prix d'un tel usage non souhaité.

Le prix, qui aurait ainsi été établi et dont la victime a été privée, constitue un coût d'opportunité pour elle (c'est-à-dire le revenu non perçu d'un usage alternatif).

Le prix aurait été fixé au niveau qui aurait rendu inintéressant ou dissuasif l'usage illicite.

Ainsi, la restitution des gains illicites n'est pas en contradiction avec le principe de réparation intégrale dès lors que la réparation porte sur le gain auquel la victime avait potentiellement droit.

c. La date de fixation du dommage

Elle résulte d'un choix juridique : le droit français consacre la date du jugement alors que la *Common Law* privilégie l'évaluation à la date où surviennent les dommages.

Cette notion n'est pas dépourvue d'ambiguïté car la valeur qui détermine l'étendue du dommage est fixée au jour où survient le dommage et c'est seulement le *quantum* qui est déterminé au jour du jugement. Si la distinction est conceptuellement claire, son application n'est pas simple car elle repose sur une quasi-fiction : la distinction entre la substance du préjudice et son *quantum*.

Cette définition de la date est lourde de conséquence puisqu'en droit français la victime sera indemnisée de l'aggravation du dommage entre sa date d'occurrence et le jugement si cette aggravation n'est pas de son fait (absence de *duty to mitigate*). Elle pourra de ce fait bénéficier d'un enrichissement du fait de la variation de valeur

246. Les décisions des tribunaux ne suivent pas toujours cette analyse. Dans l'affaire *Sté VF Diffusion c. Sté Chantelle SA-CA Paris*, 27 sept. 2000, la cour a considéré que la divulgation du savoir-faire entraînait nécessairement une perte de valeur patrimoniale indépendamment de la preuve d'une perte de revenus futurs.

de l'actif, objet du préjudice (par ex., augmentation des réserves d'un gisement) ou de l'augmentation non attendue des flux des revenus.

Le juge peut cependant retenir une date différente de celle du jugement :

- si le créancier a refusé une offre raisonnable de réparation formulée par le débiteur ;

- si le cours des marchandises indemnisées a chuté au jour du jugement ;

- si le bien s'est déprécié après le dommage (terrain devenu non constructible).

La règle du droit français ne s'appuie pas sur l'analyse économique pour laquelle seuls les revenus raisonnablement attendus au moment du préjudice devraient être indemnisés avec prise en compte de l'érosion monétaire,

Les revenus réels observés *a posteriori* (qu'ils soient supérieurs ou inférieurs) ne peuvent être considérés comme ceux qui étaient anticipés au jour du dommage (sauf si celui-ci s'est poursuivi jusqu'au jour du jugement).

Les événements aléatoires survenus entre la date du dommage et celle du jugement sont donc sans lien direct avec le dommage.

En faire bénéficier la victime revient à supposer qu'elle n'aurait pas modifié le cours des affaires jusqu'au jugement (gain certain ou perte de chance ?).

La règle française est dictée par la volonté de ne pas faire bénéficier l'auteur du dommage d'un effet d'aubaine.

Il s'agit de protéger la victime : l'indemnisation ne s'appuie pas sur la valeur anticipée du bien ou des revenus attendus au moment du dommage (elle n'est pas une évaluation *ex-ante*). En ce sens, elle s'avère :

- non fondée économiquement lorsqu'il s'agit de perte de revenus ;

- imprévisible et entachée d'arbitraire (par suite d'une modification de la date).

d. L'actualisation

La nécessité d'estimer les dommages au moment du jugement conduit à ramener des revenus ou des coûts futurs à une valeur actuelle. S'agissant de sommes par définition plus ou moins aléatoires, l'actualisation consiste à définir un équivalent actuel correspondant à la somme qui, placée à un taux comprenant non seulement un taux sans risque (OAT, par ex.) mais également une prime de risque plus ou moins importante selon le caractère aléatoire des sommes futures, donnera la somme attendue future.

Cette opération d'actualisation ne doit pas être confondue avec la capitalisation de sommes constatées dans le passé. Ces dernières étant déterminées et connues, leur valeur actuelle s'obtient en les affectant d'un taux de rendement ne comportant pas de prime de risque (par ex., le taux légal).

e. La nature des informations nécessaires à l'évaluation du préjudice

La nature des informations diffère selon les types de préjudice.

Les coûts subis dans le passé peuvent être recherchés dans la comptabilité avec les réserves signalées plus haut quant à la fréquente inadaptation de l'information comptable à la mesure des préjudices.

Par les manques à gagner, le préjudice se déduit d'une comparaison entre une situation réelle et une situation normale qui est par nature spéculative.

Il importe de décrire ce qui se serait passé en l'absence de préjudice : à quoi aurait eu droit la victime ? Cette définition si elle est proposée par l'expert, doit faire l'objet d'un contrôle du juge.

Il existe des méthodologies économiques pour définir la situation normale : il peut s'agir de comparaison avec d'autres situations ou sociétés non affectées, des références à des invariants pré-existants tels que la part de marché ou encore l'application de théories économiques (comme le duopole de Cournot en situation d'oligopole pour déterminer des prix ou des répartitions de marché).

Les typologies économiques des préjudices rejoignent les distinctions effectuées par la jurisprudence, judiciaire comme administrative. Ces catégories ne doivent toutefois pas être utilisées avec dogmatisme ou rigidité. Le professeur Nussenbaum ne manque d'ailleurs pas lui-même de mettre en garde contre de possibles recouvrements des différents types de préjudices, et de souligner que la détermination de ce qu'aurait été la situation normale, si le fait générateur de la responsabilité n'était pas survenu, est le plus souvent « spéculative par nature », même si dans bien des cas on parle d'une indemnisation *in concreto*, l'indemnisation octroyée demeure une projection contenant nécessairement une part d'abstraction importante²⁴⁷.

Le travail de typologie des préjudices économiques ne peut constituer, tout au plus, que des *guide lines* ou des standards qui sont d'utiles repères pour le juge sans être pour autant directement opposables car l'effort de typologie ne peut conduire à la construction de barèmes.

f. Le type de contrôle de la Cour de cassation souhaité par le groupe de travail

Le groupe de travail considère que le juge de cassation pourrait, dans certaines hypothèses, imposer aux juges du fond de caractériser quels types de préjudices économiques sont concernés dans chaque affaire dont il a à connaître. Ainsi, pour un actif ne procurant pas actuellement de revenu, la perte de valeur doit être contrôlée par le juge à travers la démonstration soit d'une perte de revenus futurs et potentiels et/ou une perte de valeur de revente avérée. S'agissant de la perte d'une chance, le champ de contrôle du juge comprend non seulement la justification de l'existence d'une chance perdue mais également :

247. C. Grate, *op. cit.*, n° 428.

- la valeur des coûts susceptibles d'être économisés en l'absence de préjudice,
- la valeur du projet ou des revenus s'ils avaient été réalisés et obtenus, et la probabilité d'occurrence de l'événement favorable.

La motivation des décisions des juges du fond pourrait alors s'aligner sur les exemples de motivation détaillée et rigoureuse mentionnés *supra*²⁴⁸.

3. Une justification renforcée de l'utilisation des travaux d'expertise sous le contrôle effectif du juge

Le recours à l'expertise soulève des difficultés particulières.

Il est naturellement légitime, le juge ne pouvant être omniscient²⁴⁹. Par ailleurs, le juge apprécie souverainement la force probante de l'expertise, même lorsqu'elle est obligatoire. Cependant, comme le montre le professeur Philippe Le Tourneau : « les juges du fond, souvent aux prises avec un rôle chargé et un agenda qui ne l'est pas moins, peuvent avoir la tentation de "trop faire confiance" aux techniciens, en leur demandant plus que ce que la loi leur permet de donner et en ayant tendance à suivre un peu trop aveuglément les conclusions de leur rapport, surtout dans les matières de grande technicité, comme la génétique [...] ou l'informatique [...] »²⁵⁰.

Ainsi que l'expose encore un auteur : « Encore faut-il que les juges motivent leur décision. En effet, ils peuvent soit homologuer purement et simplement le rapport, soit s'en écarter en tout ou partie, auquel cas ils doivent motiver leur jugement, à peine d'encourir la censure de la Cour de cassation. Celle-ci contrôle l'absence de contradiction dans la motivation de la décision des juges du fond et l'absence d'investigations personnelles des juges du fond. En outre, les juges du fond doivent tenir compte des faits postérieurs au dépôt du rapport d'expertise. Enfin, le rapport d'expertise ne peut être utilisé par le juge qu'à l'occasion de l'instance à laquelle il se rapporte. [...] La pratique laisse apparaître que désormais, le rôle de l'expert est devenu déterminant et qu'il y a, dans une certaine mesure, un « glissement de plume de l'expert du fait au droit ». En effet, le juge se contente souvent d'exercer un simple contrôle de régularité sur l'expert, qui, finalement, décide. Il peut s'approprier l'avis d'un expert qui a excédé sa mission. Dans ce binôme, le juge serait « l'expert du droit à côté de l'expert du fait » mais une telle répartition des tâches semble particulièrement complexe puisque fait et droit sont intrinsèquement liés. Cette situation est d'autant plus délicate que le recours à l'expertise a lieu dans tous les domaines du droit privé, en particulier dans ceux du droit bancaire et financier et du droit de l'entreprise. Or, ces domaines présentent un vaste champ d'application, puisqu'il s'agit de celui de l'évaluation du dommage économique. [...] En définitive, il s'avère que la nécessaire prééminence du juge sur l'expert peut être sauvegardée au moyen de deux procédés. Le premier a trait à la définition de la mission de l'expert : la pré-

248. En particulier, Com. 24 mars 1992, préc.

249. L. Reiss, *op. cit.*, n° 335, p. 260.

250. P. Le Tourneau, *op. cit.*, n° 1513, p. 415.

cision dans cette définition permettra à l'expert de tirer des conclusions efficaces tout en disposant des moyens nécessaires à la recherche d'une réponse pertinente. Or, si la mission est trop vague, l'expert ne pourra pas conclure efficacement, et si elle est définie de manière trop restrictive, elle l'empêchera de parvenir à un avis satisfaisant. /Le second découle du strict respect du décret n° 1231 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le Code de procédure civile, selon lequel l'expert est dans l'obligation d'informer le juge de l'avancement de ses opérations et des diligences par lui accomplies »²⁵¹.

On ajoutera que la « nécessaire prééminence du juge » ne peut être assurée qu'en l'état d'une motivation effective, par laquelle le juge expose les raisons qui l'ont conduit à faire sien l'avis de l'expert, à l'écartier ou à le moduler. La tentation peut exister, pour les juges du fond, d'appliquer une décote, par ailleurs non justifiée, à l'évaluation proposée par l'expert, et de donner ainsi l'impression d'avoir porté une appréciation effective sur le travail du technicien : cette méthode, qui, en l'état du droit positif, n'entraîne pas la cassation des décisions dont elle est le support²⁵², paraît critiquable car on est alors en présence, en réalité, d'un simulacre de motivation.

La vérification par les juges du fond de la méthode de l'expert, comme la vérification par le juge de cassation de la méthode des juges du fond, paraissent résolument possibles. Un arrêt récent l'atteste indirectement, même s'il a trait à la faute et non au préjudice. Dans l'espèce concernée, la responsabilité d'un collègue d'experts, à l'arbitrage de qui avait été confiée l'évaluation de parts sociales à l'occasion d'une cession, était recherchée par le cédant à raison d'irrégularités et d'erreurs de méthode ayant, selon lui, conduit à une sous-évaluation de ces parts : pour rejeter le pourvoi formé contre l'arrêt ayant débouté le cédant de sa demande de réparation du préjudice consistant dans la différence entre la valeur véritable des parts et le prix fixé, la Cour de cassation a, dans l'exercice de son contrôle, estimé que les juges du fond n'avaient pas commis d'erreur de droit en excluant toute faute dans la méthode de calcul adoptée par l'expert²⁵³. Sans doute les techniciens concernés étaient-ils des

251. L. Reiss, *op. cit.*, n° 337 et 338, p. 263 et 264.

252. Civ. 3^e, 1^{er} déc. 1999, pourvoi n° 98-13.438 : « Mais attendu [...] qu'ayant relevé que les copropriétaires avaient subi un trouble de jouissance important depuis l'ouverture du centre appelé "Gymnasium" jusqu'au mois de décembre 1994, date à laquelle, d'après les conclusions d'un rapport d'expertise judiciaire au 1^{er} juin 1995, les nuisances sonores avaient disparu, à l'exception d'un seul appartement qui n'était pas celui de Mme Pichon, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de s'expliquer sur les éléments de preuve qu'elle écartait, a légalement justifié sa décision de ce chef sur l'indemnité pour troubles de jouissance de Mme Pichon, en retenant souverainement qu'il y avait lieu de fixer plus justement à une somme moindre, et jusqu'en décembre 1994 seulement, l'évaluation de ce préjudice retenu par le tribunal pour un montant supérieur ».

253. Com. 6 févr. 2007, pourvoi n° 05-21.271 : « Mais attendu qu'ayant retenu que lorsque les experts ont procédé à leur mission de valorisation de la société INA, les résultats des sociétés cotées pour l'exercice 1996 n'étaient pas connus, en sorte que seuls des résultats estimés ou probables pouvaient être retenus pour le calcul des ratios PER et relevé que la SARL Fabricants indépendants ne rapportait pas la preuve qu'en juin 1996, le marché de la bourse de Madrid prévoyait un PER autre que 11,50 pour ce type d'entreprise, la cour d'appel a pu en déduire, sans encourir le grief du moyen, que le choix de ce chiffre par le collègue d'experts ne constituait pas une faute ».

experts évaluateurs désignés par voie contractuelle : on ne voit pas, toutefois, que l'examen par les juges du fond de la méthode de calcul du technicien ne puisse pas s'exercer également sur le travail d'un expert judiciaire, de sorte qu'il doit être possible, pour le juge de cassation, d'imposer une telle vérification aux juges du fond, qui seraient tenus d'expliquer précisément en quoi le travail de l'expert emporte ou non leur conviction ou doit être retenu en partie. En cela pourrait consister un contrôle de cassation équilibré de la réparation du préjudice économique.

En conclusion, il apparaît que le contrôle du juge de cassation doit parvenir à concilier trois impératifs de nature différente.

Tout d'abord, doit être recherchée une plus grande transparence des raisonnements tenus par les juges du fond. C'est un enjeu de premier ordre vis-à-vis des justiciables qui doivent être mis à même, par une motivation plus détaillée des arrêts, de comprendre les ressorts de la solution donnée à leur litige. Mieux comprises, les solutions seront mieux acceptées.

Les juges du fond doivent également s'attacher à fonder leur raisonnement sur une véritable analyse économique du litige. Le recours à des typologies et la justification de l'utilisation des travaux d'expertise devraient permettre au juge de mieux étayer ses solutions. C'est une nécessité, au-delà des litiges particuliers qu'il tranche, compte tenu de la responsabilité sociale et économique du juge.

En élargissant et en approfondissant son contrôle, le juge de cassation doit contribuer à ce que ces objectifs soient atteints. Il ne doit pas pour autant oublier de tenir compte du caractère supportable de ses exigences vis-à-vis des juges du fond. Il n'est de contrôle efficace que s'il ne fait pas peser une charge impossible sur les juridictions du fond.

C'est tout l'enjeu, pour la Cour de cassation comme pour le Conseil d'État, de parvenir à un juste équilibre entre ces trois impératifs.

Section III. LES LIMITES THÉORIQUES DE LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE ÉCONOMIQUE²⁵⁴

Il n'existe pas dans la loi, ni même en doctrine une définition du préjudice économique²⁵⁵. Cela tient au fait qu'en droit français, tout préjudice est réparable pourvu qu'il soit direct et certain ; par conséquent, il n'y a pas, en droit, d'intérêt autre que descriptif à distinguer différentes catégories de préjudice. Le droit français est bâti sur un principe général de responsabilité pour faute, une théorie générale de la responsabilité, à la différence d'autres systèmes juridiques²⁵⁶. En droit anglais, au contraire,

254. Partie présentée par L. Aynès, professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I).

255. V. not., G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, qui au verbum *Préjudice*, ne mentionne pas le terme « économique ».

256. V., G. Viney, in *Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 563 s.

il n'existe pas un principe de responsabilité pour faute aussi général que le principe français. Sauf en matière contractuelle, ou en présence d'une faute intentionnelle, le préjudice économique n'est pas réparable. Il est donc essentiel de définir cette notion car elle fixe les limites du préjudice réparable : il s'agit du *pure economic loss*, qui s'identifie à la perte pécuniaire indépendante de toute atteinte à la personne ou aux biens de la victime²⁵⁷. Par ricochet, si l'on peut dire, cette notion anglaise a suscité des études comparatives en France, qui soulignent qu'en dépit de la généralité du principe de réparation intégrale, une certaine hiérarchie entre les préjudices personnel et économique apparaît au fil des décisions et des lois récentes²⁵⁸. À ce stade, on peut donc s'attacher à une définition large du préjudice économique : un préjudice consistant en une perte financière, qu'elle soit indépendante de toute atteinte à la personne ou aux biens (*pure economic loss* ; par ex., préjudice résultant de l'inexécution d'un contrat de fourniture ou de transport ; préjudice résultant d'une violation du droit de la concurrence ; perte de la chance de conclure un contrat valable ; perte de la chance de réclamer une garantie...), ou consécutive à un dommage à la personne ou aux biens²⁵⁹.

À l'imprécision de la notion de préjudice économique, à l'absence même de pertinence d'une telle catégorie juridique, s'ajoute l'imprévisibilité totale de la méthode d'évaluation d'un tel préjudice. Cela tient à plusieurs facteurs :

- le plus important est sans doute la règle française suivant laquelle l'évaluation des dommages-intérêts n'est pas une question de droit, mais de fait ; par conséquent, les juges du fond sont souverains²⁶⁰. Même si le contrôle de la Cour de cassation va croissant, il se limite à la suffisance des motifs ; pour le reste, les juges du fond sont libres, qu'il s'agisse de la sélection des chefs de préjudice ou de la méthode d'évaluation. Revient dans de nombreux arrêts la formule suivante : « le juge justifie l'existence du dommage par la seule évaluation qu'il en fait sans être tenu de préciser les éléments ayant servi à en déterminer le montant » ou encore : « les juges du fond apprécient souverainement les divers chefs de préjudice qu'ils retiennent et les modalités propres à en assurer la réparation intégrale ». Bien plus, on a montré que moins le juge du fond en disait, plus sa décision était à l'abri de la censure²⁶¹ ;

- la seconde raison tient au désintéret traditionnel de la doctrine française à l'égard de ce type de question. Autant les conditions de la responsabilité ont été abondamment traitées et discutées, autant l'évaluation du préjudice est presque totalement passée sous silence²⁶² ;

- seul le préjudice corporel, sous l'influence de la sécurité sociale et de l'assu-

257. Sur la différence entre le droit anglais et le droit français, v., L. Reiss, *op. cit.*, n° 215-279.

258. Ch. Lapoyade Deschamps, « La réparation du préjudice économique pur en droit français », *RTD civ.* 1998.367-381.

259. Par ex., immobilisation d'une installation ; perte de marchés liés à une dégradation de la productivité ; perte de clientèle à la suite d'une contrefaçon.

260. T. Ivainer, « Le pouvoir souverain des juges du fond dans l'appréciation des indemnités réparatrices », *D.* 1972. Chron. 7.

261. G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, n° 63 s.

262. V. cep., A. Pinna, *La mesure du préjudice contractuel*, thèse, Panthéon-Assas (Paris II), 2006.

rance, a donné lieu, ici ou là, à la confection de barèmes statistiques. Mais le dommage matériel, et plus encore économique, reste à la remorque.

Cela est d'autant plus regrettable, que les règles juridiques gouvernant la matière sont aujourd'hui encore si générales qu'elles ne peuvent constituer une véritable méthode d'évaluation. En premier lieu, le principe de la réparation intégrale du dommage, qui impose au juge ou à l'arbitre un « diagnostic rétrospectif », une reconstitution d'un passé qui n'a pas eu lieu, souvent hasardeuse et influencée en fait par la gravité de la faute ou la considération pour la victime, est constamment énoncé de la manière suivante : « le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de remplacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit »²⁶³ : l'objectif est clair ; mais rien n'est dit de la méthode. Le principe débouche traditionnellement, en second lieu, sur la règle suivant laquelle le *quantum* des dommages-intérêts doit être fixé d'après la valeur du dommage au jour où le juge statue²⁶⁴. Mais cette règle connaît elle-même des exceptions et des corrections peu cohérentes. Enfin, s'agissant de la perte de chance, dans laquelle se réfugie souvent le juge français hésitant sur la certitude du dommage, la seule règle de droit est que « 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 »²⁶⁵. Pour le reste, souveraineté des juges du fond.

Peut-on en rester là ? Une méthode d'évaluation est-elle possible ? Doit-elle faire l'objet d'un contrôle ? Jusqu'à quel point ?

Autant de questions cruciales à l'heure de l'harmonisation communautaire.

Section IV. OBSERVATIONS ET CONCLUSION²⁶⁶

À travers cette étude ont pu être développés différents points fondamentaux concernant la réparation du préjudice économique. Ainsi, nous avons pu comprendre les problèmes de saisissabilité de la notion de préjudice économique au regard de l'assurance et de l'assurabilité de ce dernier ou de ce risque. C'était un point de passage nécessaire, non pas tellement parce qu'il peut y avoir quelques liens entre la responsabilité et l'assurance, mais parce qu'il s'agit d'une notion unique, approchée sous des angles différents : celui pour le juge, de la partie ou de l'expert qui réparent, et celui de l'assureur qui prévoit, anticipe et évalue les risques.

263. Civ. 2^e, 28 oct. 1954, *JCP* 1955. II. 8765, et, en matière contractuelle, Civ. 3^e, 6 mai 1998, préc.

264. V. sur ce principe, G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, n° 66-85.

265. Civ. 1^{re}, 16 juill. 1998, préc.

266. Partie présentée par D. Tricot, président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation.

Cette étude permet ensuite de révéler la nécessité d'appréhender la problématique en ayant conscience du droit matériel communautaire. Les préjudices économiques liés à des pratiques anticoncurrentielles doivent, par exemple, être envisagés par le prisme national mais également européen.

L'étude du contrôle de la réparation du préjudice économique concerne le traitement de la question par les deux juridictions suprêmes françaises. Il en résulte que ce dernier est assez similaire entre le Conseil d'État et la Cour de cassation.

On peut en outre prendre conscience de la distinction fondamentale entre le préjudice subi par l'économie et le préjudice subi par une victime. Ces dernières sont aussi disparates. Elles peuvent être directes, indirectes ou viser les consommateurs (l'analyse de l'action de groupe devrait alors être menée).

Une articulation est en effet nécessaire entre l'analyse de ces divers préjudices sur le point de savoir dans quelle mesure le préjudice indirect subi par un consommateur ne se confond pas avec l'atteinte au marché et le préjudice fait à l'économie, et dans quelle mesure le préjudice subi par la victime directe ne doit pas lui-même empiéter sur l'autre qui donne lieu à des analyses précises, circonstanciées, motivées aussi bien de la Commission européenne que du Conseil de la concurrence, par exemple.

Le droit civil français a le grand défaut de mépriser l'argent. Sur ces questions, la doctrine française a été d'un silence aussi évident que la réflexion comptable ancienne ou que la pratique judiciaire.

L'évaluation des fonds de commerce en est un exemple pertinent. Les anciens ouvrages étaient d'une simplicité remarquable concernant les techniques d'évaluation : une simple multiplication du chiffre d'affaires fiscal. La jurisprudence de la chambre commerciale en matière de droit d'enregistrement obligeant l'administration à fournir des modèles de comparaison admissibles peut également être citée. La jurisprudence n'exige pas une stricte identité de situation mais demande des éléments de comparaisons pour entrer davantage dans une analyse comparative des fonds de commerce.

Un autre exemple peut être pris dans le contentieux des clauses de garantie de passif. On peut souligner le lien indissociable entre la vente des parts de société et les clauses de garantie de passif. Cette difficulté d'évaluation du préjudice économique se pose également concernant l'évaluation des parts de société.

Il faut noter que cette problématique n'est pas un problème strictement français. Ainsi, la chambre commerciale a-t-elle été saisie du problème de l'octroi de mer. Ce dernier est imposé aux commerçants de la Guadeloupe et de la Martinique pour faire entrer des marchandises dans l'île et les vendre. La Communauté européenne a condamné cette taxe et exigé sa suppression. Cependant, face à la difficulté liée au remboursement des sommes versées par les contribuables, la Cour de justice des communautés européennes a appliqué la théorie d'enrichissement sans cause, théorie *sui generis* car autonome par rapport à la notion consacrée en droit national. La Cour de justice a cependant édicté une limite au remboursement. Elle a en effet constaté que si le contribuable a répercuté la taxe, il ne pouvait obtenir restitution.

Il incombe de rappeler, par ailleurs, l'arrêt du 6 février 2007 de la chambre commerciale. En l'espèce, s'opposaient un vendeur et un acheteur de parts sociales qui avaient, conformément à l'article 1592 du Code civil, confié la détermination du prix de cession à l'arbitrage d'un collège d'experts. Les parties s'étaient accordées par avance pour admettre que lorsque les experts auront dit le prix ce dernier sera le prix de la vente rendant ainsi cette dernière parfaite. La Cour de cassation a pu souligner que si, d'après le Code civil, la vente ne pouvait être remise en cause qu'en cas d'erreur grossière des experts, leurs responsabilités pouvaient être engagées du simple fait de leur emploi professionnel et non pas seulement en cas de faute grossière de leur part.

Cet arrêt avait fait l'objet d'un accueil retentissant — et inquiet — dans la profession. Saisie d'affaires similaires, la Cour de cassation a pu confirmer sa position qui se situe dans le cadre d'un contrôle de la méthodologie.

Connaissant les thèses des professeurs Viney et Jourdain consacrant un contrôle dans le détail des motifs d'évaluation du préjudice par la Cour de cassation, on ne peut cependant que lever l'objection constatant que, par ce moyen, la cour se muerait en juge du fond, faisant courir de surcroît le risque d'une multiplication des recours.

On se doit de rester sensible à ce constat comme juge du droit ou du fait puisque pour les citoyens sanctionnés, la sanction doit être cohérente par rapport à d'autres, même si elle n'est pas équivalente.

Les juges du fond ne refusent d'ailleurs pas ce rôle. Ainsi, lorsque la cour d'assises et son jury ont retenu la culpabilité d'un accusé, c'est seulement la cour — les magistrats professionnels — qui rend l'arrêt dit « civil » et fixe les indemnités dues aux victimes.

Notons qu'en revanche, la trilogie canadienne obligeant les juges à s'expliquer sur chacun des chefs de préjudices est certainement un exemple à suivre. Il risque cependant d'entraîner une discussion sur la date d'évaluation du préjudice.

Il faut aussi s'interroger sur les méthodes de réparation économiquement les plus justes et juridiquement les moins difficiles.

Se référant à la pyramide inversée qu'évoquait le Premier président Guy Canivet (corrélation entre l'augmentation des contrôles de la Cour de cassation et la désresponsabilisation des juges du fond), il incombe de trouver d'autres pistes. À titre d'exemple, on peut citer le régime des agents commerciaux. Ces derniers sont bénéficiaires d'un statut légal organisant une indemnisation égale à deux années de chiffre d'affaires lorsque leur statut est rompu en vu de réorganiser leur circuit de distribution.

Ce régime consacré par la Cour de cassation et unanimement approuvé par la doctrine a cependant perturbé très gravement l'équilibre financier d'une entreprise qui avait revu un peu imprudemment tout son circuit de distribution au point que la bourse de New York s'en soit inquiétée face aux résultats de cette entreprise. Bilan : système simple, système brutal.

En cas de concurrence déloyale, la Cour de cassation a édicté une règle établissant qu'une fois la faute de la concurrence déloyale établie, le lien de causalité avec

le préjudice était corrélativement présumé (dont le caractère réfragable ou irréfragable n'a pas été précisé). Cependant, la dispense accordée à la victime d'établir le lien de causalité ne l'exonère pas d'établir le montant de son préjudice. À défaut, elle ne percevra aucune indemnisation. Il faut souligner ici l'ignorance des victimes. Lorsqu'on interroge les tribunaux de commerce, ces derniers la soulignent, de même que la défaite des experts devant l'évaluation.

Ce constat peut cependant changer. Prenons l'exemple du préjudice corporel soumis ou non au recours de la sécurité sociale. La Cour de cassation a statué sur cet assujettissement, une chambre mixte ayant précisé que le préjudice d'agrément était soumis au recours des organismes sociaux.

L'ensemble de ces propos conclusifs révèle l'importance de la précision et de la définition des notions. La Cour de cassation en a conscience et paraît d'autant plus engagée que l'arrêt de l'assemblée plénière du 7 juillet 2006 a précisé que, de façon générale, il incombe aux demandeurs de présenter, dès l'instance relative à la première demande, l'ensemble des moyens qu'ils estiment de nature à fonder leur demande. La demande originaire doit ainsi porter sur l'intégralité des prétentions au titre de la réparation, ce qui implique une certaine... responsabilité.

Les exigences de transparence, de clarté, de crédibilité et d'effort pour les juges sont ainsi légitimes. Ces trois vœux sur l'exigence des motivations devraient pouvoir être exaucés, mais comment ?

Il faut que la Cour de cassation montre l'exemple. Mais, elle ne peut le faire en cassant systématiquement les décisions du fond lorsque les divers éléments du préjudice économique ne sont pas présentés par les juges. Par cette sanction, les parties et les juges ne sont en effet pas incités, si on ne leur donne pas de méthode. On pourrait alors très bien utiliser une pratique que la Cour de cassation a mis au point : la fiche de méthodologie²⁶⁷ pour aider les cours d'appel ou, de façon plus générale, ce qui a été conçu pour la loi de sauvegarde.

La Cour de cassation a en effet rendu deux arrêts d'interprétation de la loi de sauvegarde en se fondant sur une fiche de méthodologie.

La définition des concepts s'avère ainsi chose primordiale. Nous avons, à travers cette étude, tracé quelques pistes sur la détermination, les composantes et les approches du préjudice économique individuel.

Les méthodes d'évaluation du préjudice doivent également être précisées. Sur cette question, le Conseil d'État et la Cour de cassation s'opposent notamment sur la prise en compte de la vétusté. Le Conseil d'État en tient en effet compte, à la différence du juge civil. Ainsi, si une personne a un entrepôt lui permettant d'avoir une activité industrielle et que ce dernier est détruit, la reconstruction s'avère nécessaire. Pour pouvoir reconstruire à neuf, des subsides sont indispensables. Si dans l'immédiat une telle allocation est nécessaire, un amortissement prolongé peut être bénéfique. Ne serait-il pas concevable que la personne reçoive immédiatement la somme d'argent nécessaire pour reconstruire en espérant une situation *in bonis* ?

267. Publiée sur le site de la Cour de cassation.

Il faudrait aussi essayer de définir les procédures d'évaluation permettant aux parties de préciser leurs demandes, aux juges du fond de les cerner et aux experts d'être mieux guidés. Sur ce point, les propositions de suivi de l'expertise et d'échange au cours de cette dernière méritent d'être approfondis. Cela suppose à coup sûr de faire appel systématiquement à des experts formés à ce genre de méthodes.

La Cour de cassation peut montrer la voie à suivre en attendant les réactions de la pratique, celle des professionnels du chiffre ou celle des professionnels du droit. Une collaboration entre tous permettrait de mettre en place un système construit.

L'expertise est un domaine très exigeant. Si on connaît, dans cette dernière, le principe du contradictoire, on voudrait à tout moment que l'expert pratique la contradiction comme un juge, comme si l'expertise était un procès dans le procès avec toutes ses exigences. Le principe du contradictoire s'applique à l'expertise mais observons que ce principe a des exigences très particulières dans le procès permettant à l'inverse une conduite plus souple de cette dernière.

Il y a là toute une méthodologie à inventer.

La réparation du préjudice économique est sans doute l'occasion de le faire.