

LA TYPOLOGIE DES SURCOUTS ET PREJUDICES, ET LE CADRE DE LEUR INDEMNISATION

**Conférence organisée par
la Compagnie des Ingénieurs Experts près la Cour d’Appel de Paris**

Le 19 mai 2009

Intervenant :

Maurice Nussenbaum, expert Judiciaire agréé par la Cour de Cassation, professeur à l’Université Paris IX Dauphine, associé de Sorgem Evaluation

SOMMAIRE

I. Les différents composants de la notion de préjudice économique	3
1. Notions de préjudice économique	4
2. Le cas particulier de la perte de chance	10
II. Les instruments de mesure	13
1. La nécessité d’une approche économique de la mesure	14
2. L’approche économique atténue la frontière juridique entre coûts subis et gains manqués	18
3. Gains manqués et pertes de revenus	20
4. Gains manqués et perte de valeur d’un actif	21
5. Date de fixation des dommages	25
6. Nature des informations nécessaires pour quantifier le préjudice	29
7. Les problèmes spécifiques liés à la détermination de la situation normale	30
III. Le cas particulier du préjudice de contrefaçon	32
1. Champ couvert par les dommages en matière de contrefaçon	34
2. L’évaluation classique du préjudice	42
3. Les préjudices complémentaires : le préjudice de marque	46
Conclusion	58



I. LES DIFFÉRENTS COMPOSANTS DE LA NOTION DE PRÉJUDICE ÉCONOMIQUE

1. Notions de préjudice économique

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

1. La notion de préjudice économique (suite)

**Notion de préjudice économique :
Absence de catégorie spécifique en droit français**

On retient généralement la définition suivante :

Préjudice économique = préjudices liés à une activité économique de production ou de service (distincts de l'atteinte à une chose ou une personne ou consécutive à une telle atteinte).

Les deux notions essentielles :

- Coûts subis,
- Manque à gagner.

Trouvent à s'appliquer pour deux types de biens :

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

a) Pour les actifs de jouissance

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

b) Pour les actifs d'exploitation

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

Actifs d'exploitation

Usage normal :

Revenus normaux

-

Coûts normaux

=

profit normaux

Situation réelle :

Revenus réels

-

Coûts réels

=

Profits réels

Préjudice :

Différence de revenus

-

Différence de coûts

=

différence de profits

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

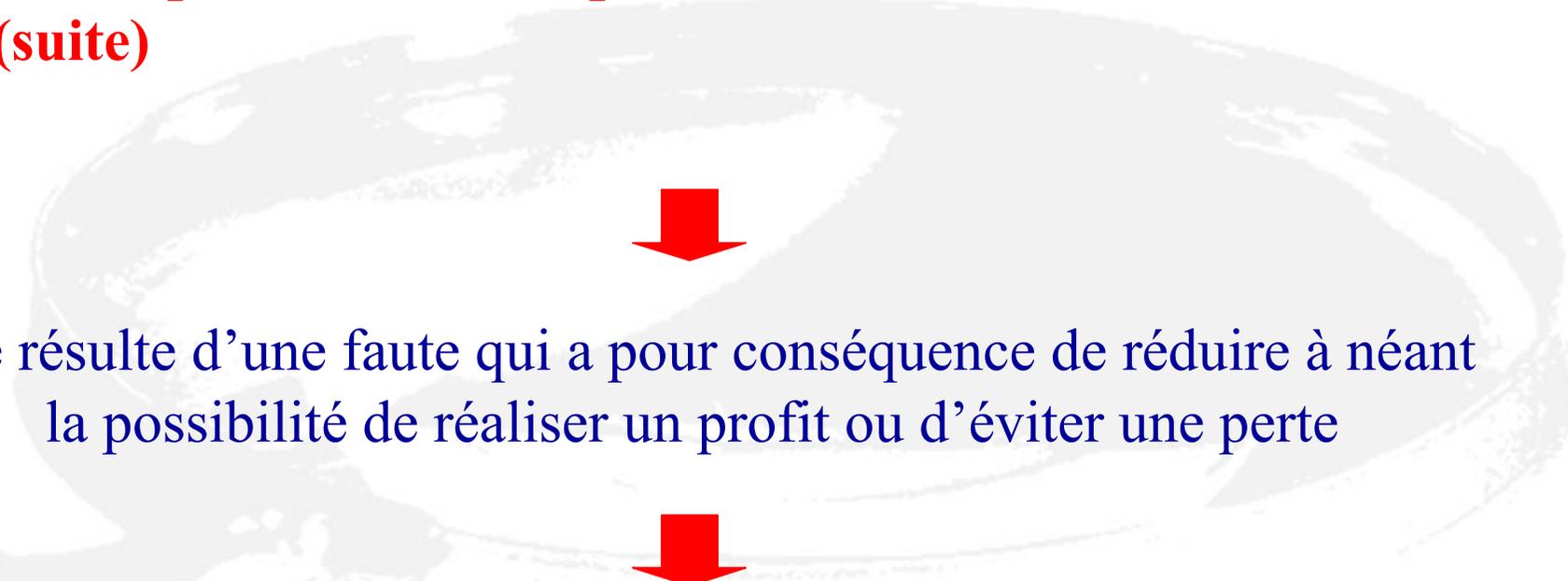
	Passé	Futurs
Pertes subies (damnum emergens)	❶ Coûts supplémentaires Destruction d’actif	❷ Coûts supplémentaires futurs
Manque à gagner (lucrum cessans)	❸ Perte de revenus passés	❹ Insuffisance de revenus futurs

Il revient au juge de qualifier la nature du préjudice subi et d’orienter l’expert sur le champ des analyses à réaliser .

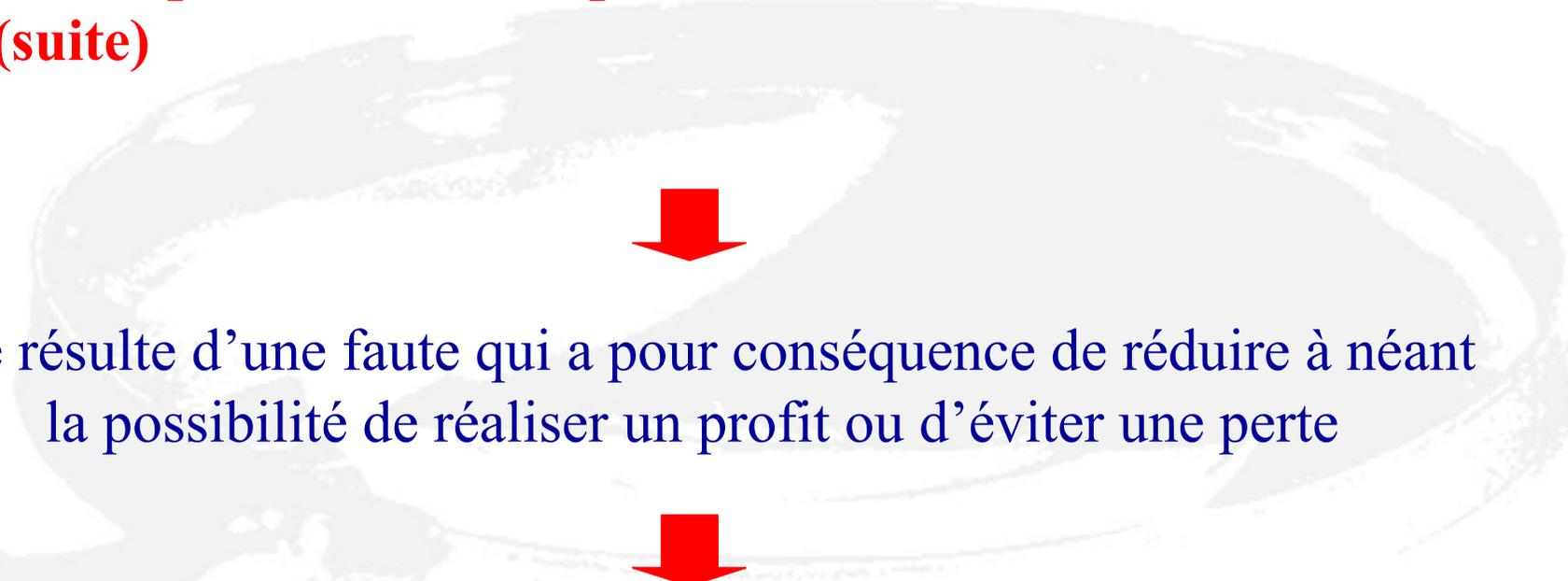
2. Le cas particulier de la perte de chance (loss of chance)

- Absence de définition juridique générale
- Elle est courante en matière délictuelle ou quasi-délictuelle.
- Mais elle peut être également utilisée en matière contractuelle.
Ex :
 - perte d'une chance de recouvrer l'intégralité d'une créance,
 - Perte d'une chance dans l'exécution d'une vente de titres

2. Le cas particulier de la perte de chance (loss of chance) (suite)



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



La notion s'applique donc aussi bien aux pertes (qui auraient
pu être évités) qu'aux bénéfices
(qui auraient pu être obtenus)

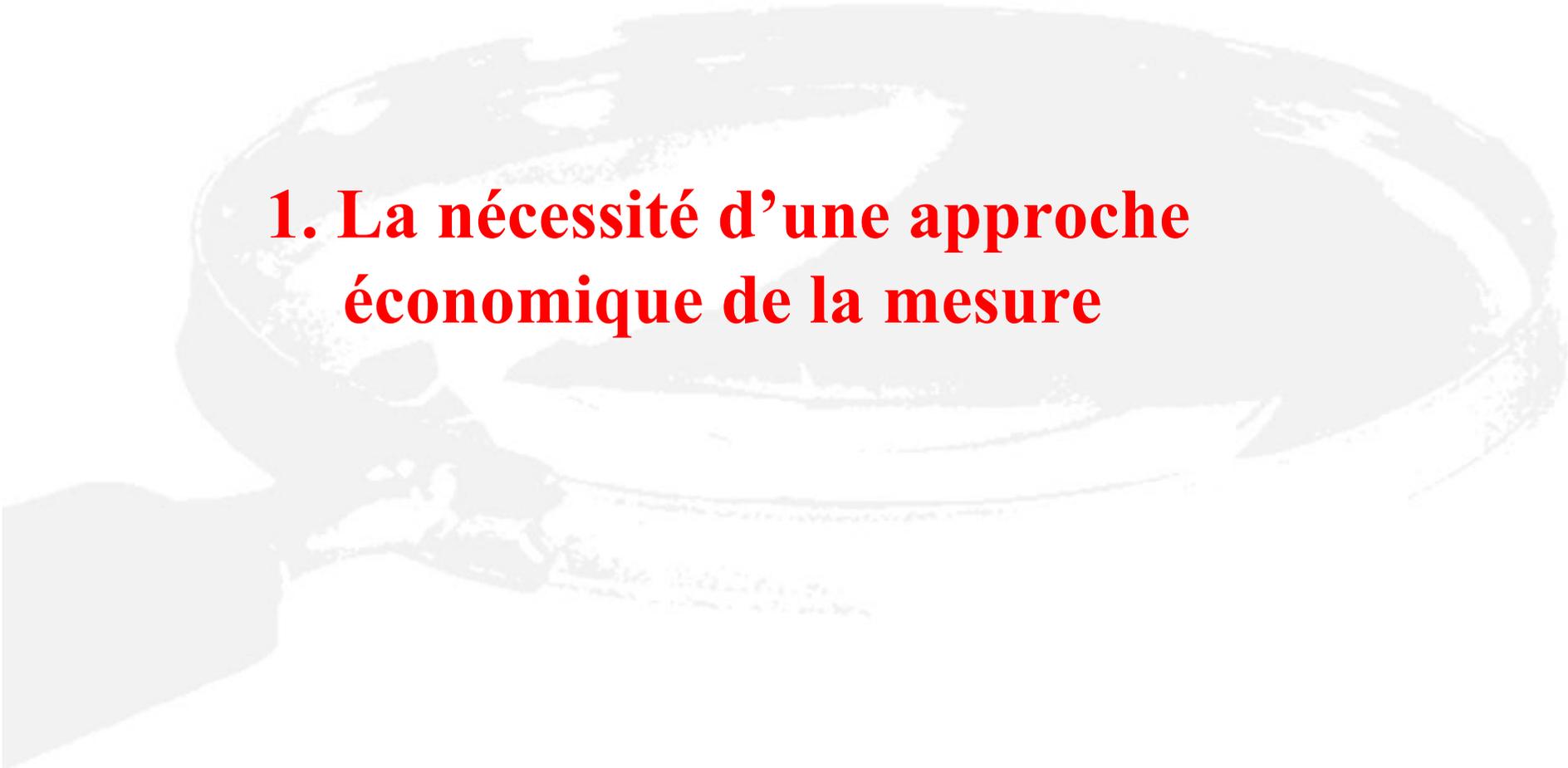
2. Le cas particulier de la perte de chance (loss of chance) (suite)

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

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

A hand holding a magnifying glass over a globe. The globe is centered in the background, and the magnifying glass is held in the foreground, focusing on the globe. The text is overlaid on the globe.

II. LES INSTRUMENTS DE MESURE

A hand holding a magnifying glass over a globe. The globe is the central focus, and the magnifying glass is positioned to enlarge it. The text is overlaid on the globe.

1. La nécessité d’une approche économique de la mesure

a) Les coûts subis doivent être analysés de manière économique et non pas comptable

- L'analyse économique permet d'analyser les effets des décisions économiques que ces effets soient ou non reflétés par la comptabilité .
- Elle porte aussi bien sur le passé que sur le futur anticipé
- C'est pourquoi elle s'applique aux préjudices qu'ils soient contractuels ou délictuels
- cependant les sources d'information sont de nature comptable et il peut y avoir des divergences d'approche entre l'analyse économique et les mesures comptables.

b) De fait les définitions de coûts sont distinctes entre analyse comptable et économique

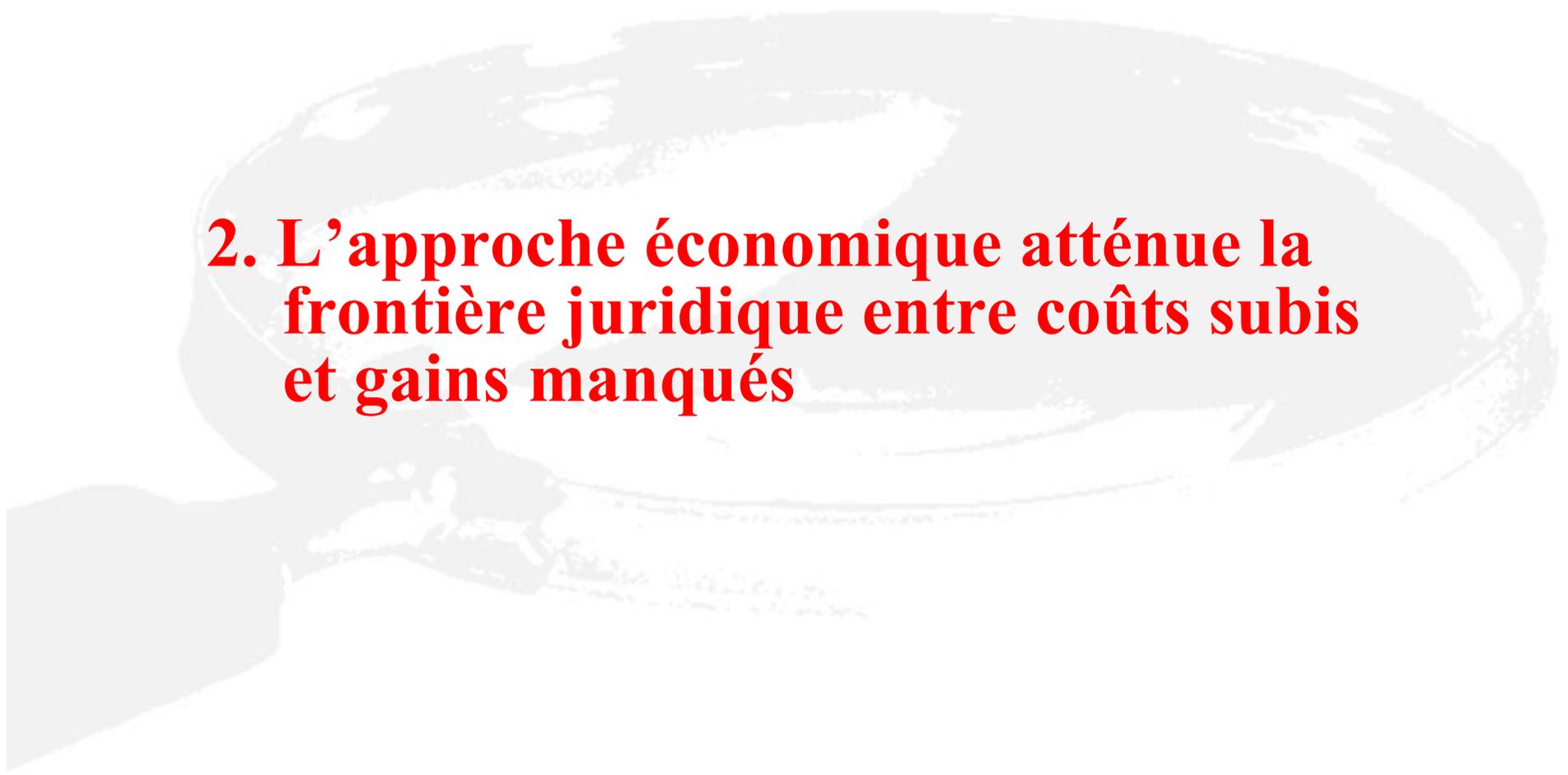
1. Les Coûts comptables sont liés à l'information comptable et sont analysés dans la comptabilité analytique, ils comprennent notamment :

- Coûts par nature ou par produit,
- Coûts fixes et coûts variables,
- Coûts directs et indirects.

b) De fait les définitions de coûts sont distinctes entre analyse comptable et économique (suite)

2. Les coûts économiques ont pour objet d'expliquer les décisions de production :

- Incluent des coûts ignorés par les comptables tels que les coûts d'opportunité ou coûts alternatifs.
- Excluent des coûts pris en compte par les comptables tels que les « Sunk costs » ou coûts passés comme les amortissements ou les dépenses passées non récupérables (qui n'influent pas sur la décision actuelle).
- Privilégient les types de coûts qui influent sur les décisions tels que les Coûts marginaux (ou coût incrémental) : variation du coût total pour une unité supplémentaire produite,
- Incluent la notion d'horizon : court terme ou long terme.



2. L'approche économique atténue la frontière juridique entre coûts subis et gains manqués

De manière générale, l’analyse économique prend en compte tous les coût supplémentaires que devra supporter la *victime pour restaurer sa situation*.

Dans certains cas, le coût subi est **un coût d’opportunité**, c’est-à-dire une perte implicite de revenus :

Ex : L’entreprise subit un préjudice qu’elle fait réparer par son service interne de réparation qui en réparant manque une prestation facturable :

- Le coût comptable de la réparation peut-être soit le coût variable soit le coût complet,
- L’analyse économique raisonne autrement : Le prix de marché de la réparation constitue un manque à gagner pour le service si la réparation se substitue à une vente facturable. Les économistes l’appellent coût d’opportunité .c’est à dire le coût résultant d’une perte d’opportunité.

A qui incombe la preuve de démontrer qu’une vente a été manquée par le service ? C’est une question de droit. Si la vocation normale du service réparation est de facturer ses réparations on peut penser que c’est au défendeur (règle plerumque fit).

Dans certains cas le coût subi est un coût d’opportunité qui constitue un manque à gagner

3. Gains manqués et pertes de revenus

- Il s'agit d'une appréciation in abstracto « du gain qui pourrait être raisonnablement attendu, eu égard au cours normal des évènements » (art. 252 du code civil allemand)
- Fonction des éléments suivants :
 - Prix moyens de marché.
 - Coûts normaux de production.
 - État de la demande et de la part de marché.

4. Gains manqués et perte de valeur d'un actif

- C'est le cas où à la suite d'une perte de revenus on subit en plus une dépréciation de certains actifs.
- ☞ Mais en fait, les 2 notions se recoupent, car la valeur économique d'un actif est liée aux revenus futurs :
 - valeur d'une entreprise = valeur des bénéfices futurs attendus :
cash flow net des dépenses d'investissement

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

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

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

Comment réparer de manière efficace le préjudice subi ?

La restitution des gains illicites.

- Le prix qui aurait ainsi été établi constitue un coût d'opportunité pour la victime (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.



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

**Usage illicite d'actif patrimonial (tel que le nom ou le savoir faire) :
c'est-à-dire la faute commise dans un but lucratif (suite)**



- La restitution (d'une partie) des gains illicites est donc assimilable pour l'analyse économique par la règle de la réparation intégrale.
- Elle l'est déjà dans certains cas (atteinte à certains biens – contrefaçon) avec la règle d'indemnisation plancher par la redevance implicite .

5. Date de fixation des dommages

- Le droit français : date du jugement ;
- Le droit considère que l'évaluation à la date du jugement permet d'assurer la réparation intégrale.



Valeur : naît au jour du préjudice

Quantum : déterminé le jour du jugement

La « valeur » détermine l'étendue du préjudice. Elle est définie au jour où le préjudice se produit.

5.1 Conséquence de cette définition

1. 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 »)

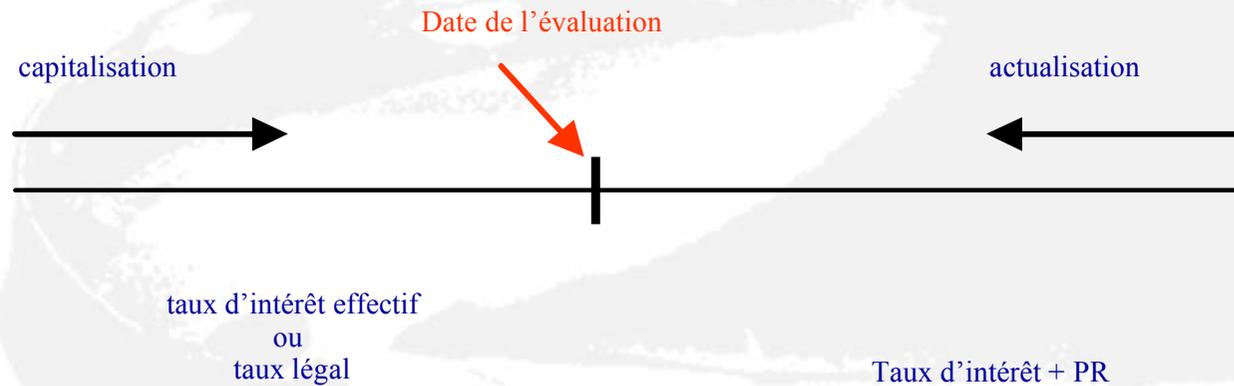
2. La victime pourra bénéficier d'un enrichissement du fait :
 - Soit de la variation de valeur de l'actif, objet du préjudice (par ex augmentation des réserves d'un gisement),
 - Soit de l'augmentation non attendue des flux de revenus.

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

5.2. L'actualisation des préjudices

- L'actualisation permet de ramener les revenus espérés dans l'avenir à une valeur aujourd'hui (taux sans risque + prime de risque).
- La capitalisation (au sens financier) au taux sans risque (taux légal) permet de ramener l'évaluation passée à la compensation aujourd'hui.
- Attention à la distinction entre capitalisation et addition des intérêts.
- Pour l'économiste, la capitalisation des intérêts s'impose.

5.2. L’actuation des préjudices (suite)



Le passé étant certain et le futur aléatoire, les taux applicables sont nécessairement différents : taux avec prime de risque pour l’actualisation et taux sans risque ou taux légal pour la capitalisation.

6. Nature des informations nécessaires pour quantifier le préjudice

≠ { **Pertes subies** : documents comptables + estimation
Manque à gagner : importance de la définition de la situation normale de référence



- Nécessité de disposer d'une information économique et comptable analytique fiable
- D'où le problème de l'accès aux preuves (discovery ?)

7. Les problèmes spécifiques liés à la détermination de la situation normale

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



Sa définition est d'abord d'ordre juridique car il s'agit de dire ce qui se serait passé en l'absence de faute.

Seule sa mesure relève de l'expertise.

7. Les problèmes spécifiques liés à la détermination de la situation normale (suite)

Méthodes possibles :

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



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



III. LE CAS PARTICULIER DU PRÉJUDICE DE CONTREFAÇON

La loi du 29/10/07 de lutte contre la contrefaçon, qui transpose la directive 2004/48/CE du 29/04/04 relative au respect les droits de propriété intellectuelle, aborde les différents domaines de la contrefaçon :

- Dessins et modèles (Chapitre 1),
- Brevets (Chapitre 2),
- Semi conducteur (Chapitre 3),
- Obtentions végétales (Chapitre 4),
- Marques (Chapitre 5),
- Propriété littéraire et artistique (Chapitre 6).

Une caractéristique commune : atteinte à des droits privés.

1. Champ couvert par les dommages en matière de contrefaçon

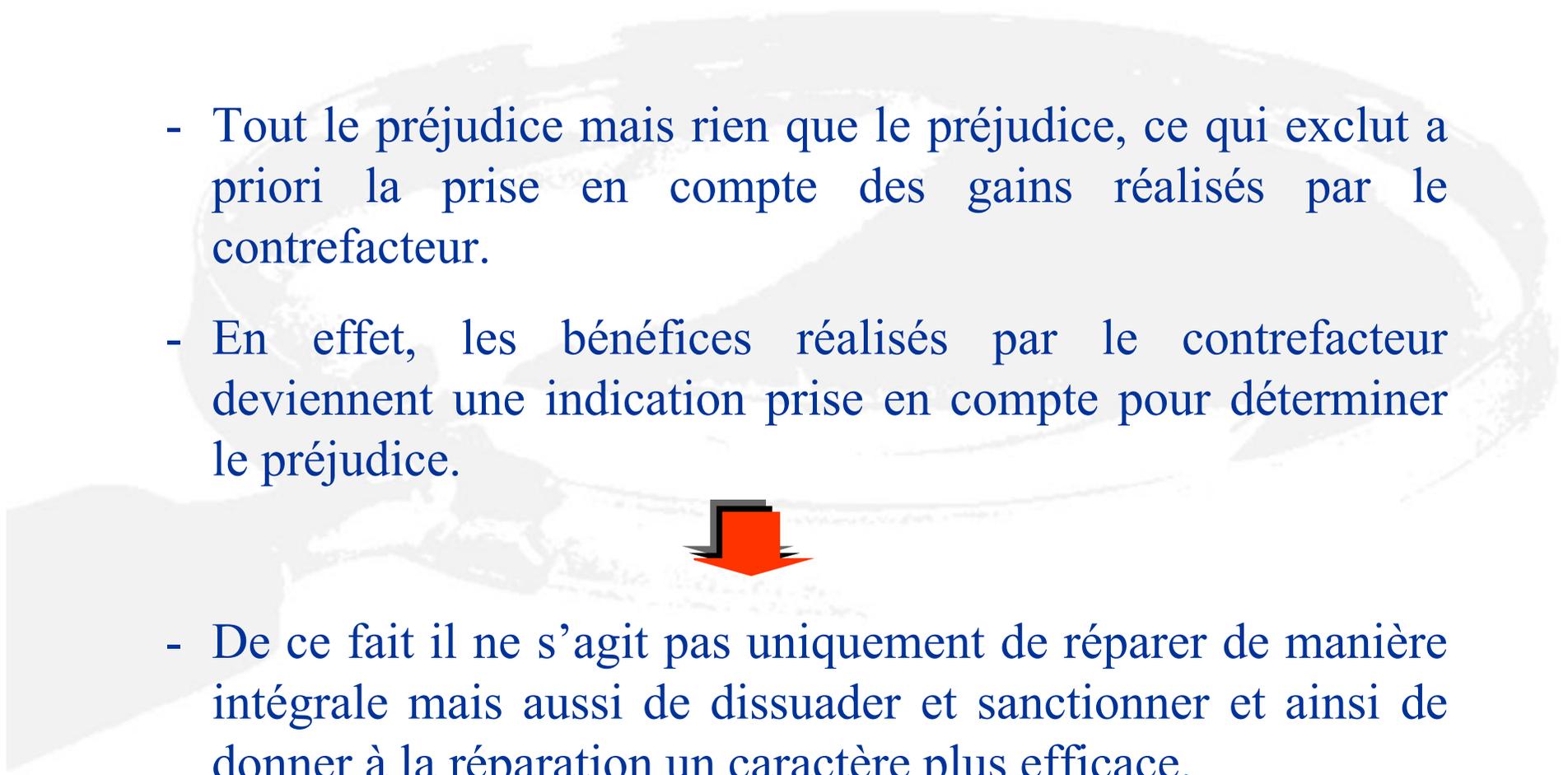
1.1. Les dommages et intérêts prévus par la loi du 29/10/07 prennent en compte pour chaque domaine de la contrefaçon

- les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée,
- Les bénéfices réalisés par le contrefacteur,
- et le préjudice moral causé au titulaire du fait de l'atteinte.

Ce mode d'évaluation constitue une avancée du droit quant à la réparation des préjudices car il consacre plusieurs notions économiques essentielles :

1. Ce n'est pas uniquement le préjudice subi qui est pris en compte (manque à gagner) mais aussi le bénéfice réalisé par le contrefacteur.
2. Le préjudice moral causé est considéré comme un préjudice distinct.
3. la partie lésée peut demander à titre d'alternative une indemnité égale aux droits qu'elle aurait perçus si elle avait consenti un droit d'utilisation.

1.2. On s'éloigne ainsi de la réparation intégrale considérée de manière étroite comme :

- Tout le préjudice mais rien que le préjudice, ce qui exclut a priori la prise en compte des gains réalisés par le contrefacteur.
 - En effet, les bénéfices réalisés par le contrefacteur deviennent une indication prise en compte pour déterminer le préjudice.
- 
- 
- De ce fait il ne s'agit pas uniquement de réparer de manière intégrale mais aussi de dissuader et sanctionner et ainsi de donner à la réparation un caractère plus efficace.

Encore faut-il démontrer que les bénéfices réalisés résultent directement de la faute, ce qui est une difficulté puisque le contrefacteur peut disposer de moyens de production plus importants ou d’un marché plus large que le titulaire des droits.

1.3. Le préjudice moral est considéré comme un préjudice distinct

Nous avons eu l'occasion de dire que le préjudice moral de la personne morale doit être considéré comme une atteinte à des actifs incorporels de l'entreprise tels que image ou réputation et constitue de ce fait une atteinte patrimoniale qu'il importe d'évaluer :

- En effet si on fait de ce préjudice une catégorie à part, on a du mal à l'apprécier et on risque en s'en remettant au juge, sans évaluation préalable, de subir les effets de l'aléa judiciaire,
- Si on le considère comme une catégorie de préjudice normal , on s'astreint à justifier la demande de manière contradictoire (car les tribunaux sont de + en + réticents face à des demandes non justifiées).

1.4. La réparation alternative par la redevance implicite

Nous avons déjà proposé cette approche pour le préjudice d'image de marque (réf. La semaine juridique – déc. 1993).

On ne peut que se réjouir de voir qu'elle est consacrée par le législateur pour l'ensemble des contrefaçons .

La difficulté de mise en œuvre :

- établir le CA détourné (ce qui renvoie au problème de la détermination de la masse contrefaisante),
- Justifier le taux de redevance : comparables, répartition de bénéfices.

1.4. La réparation alternative par la redevance implicite (suite)

Comme il a été indiqué précédemment :

- L'usage illicite d'un actif patrimonial est rémunéré par le revenu que le propriétaire pouvait en attendre.
- Comme l'usage a été illicite et n'a pas été négocié, il a de ce fait perturbé la stratégie du propriétaire.
 - Cela autorise à demander le plafond des redevances envisageables ou encore une redevance majorée (cas des brevets) (ex. Charles Laffitte / Piper Heidsieck CA Paris du 3/2/2006)

1.4. La réparation alternative par la redevance implicite (suite)

Quel taux de redevance acceptable pour la victime ?

- Il est égal au maximum entre la redevance établie par comparaison potentielle et les profits effectivement perdus par la victime.
- Mais comme le droit d'utiliser l'actif n'aurait pas été donné par la victime, ce taux doit aussi être dissuasif pour l'utilisateur. Il faut pour cela rendre l'usage du droit détourné non rentable ce qui sera théoriquement réalisé en fixant le prix au niveau défini par la condition précédente
- La loi permet-elle d'aller jusque là ?

2. L'évaluation classique du préjudice

- Définir la masse contrefaisante,
- Le profit que la victime aurait réalisé sur les ventes si elle avait pu les réaliser c'est-à-dire la marge perdue par la victime,
- Les préjudices complémentaires tels que l'atteinte à l'image de marque ou la perte de part de marché temporaire ou définitive.

2.1. La masse contrefaisante

- Problème majeur : l'accès à l'information, le problème des saisies contrefaçons.
- La nécessité d'une forme de « discovery » limitée : obliger le défendeur à communiquer tout ce qui se rapporte au litige pour permettre une évaluation réaliste des dommages.

2.2. La part de cette masse qui aurait été normalement produite et commercialisée par la victime

- Nécessité de prouver que la victime aurait disposé des moyens de produire et distribuer les produits concernés ;
- Le problème du différentiel de prix :
 - Prix différent (élasticité)
 - Prix dérisoire (avilissement de la marque).

2.3. Le profit que la victime aurait réalisé sur les ventes perdues

- Il s'agit essentiellement d'une marge additionnelle sur coûts variables,
- Les frais de personnels additionnels peuvent être très limités,
- Des coûts directs supplémentaires : publicité, promotion sont pris en compte.

3. Les préjudices complémentaires: le préjudice de marque

- L'avilissement de la marque : la marque devient moins distinctive si les produits peuvent être copiés.

La marque est un signe de reconnaissance constitué de différents attributs

Elle se caractérise par :

- sa singularité : les valeurs qu'elle s'approprie,
- le caractère positif qui lui est conféré par ses valeurs.

Une analyse stratégique de la marque pourra être nécessaire pour montrer que le préjudice a :

- modifié la singularité de la marque en lui faisant perdre certains de ses attributs spécifiques,
- porté atteinte à sa positivité.

Toute atteinte sérieuse à sa réputation ou à son image va modifier ses caractères singuliers et positifs

Le préjudice ainsi constitué doit :

- être démontré
- et évalué par ses effets.

L'atteinte à l'image se mesure par des études marketing qualitatives et quantitatives.



Elles doivent permettre d'établir le caractère raisonnablement certain du préjudice (p. ex. l'effet benzène).

Le préjudice causé par l'atteinte à l'image doit être évalué par ses effets :

- Ventes perdues (passé ou futur) analyse identique que pour le cas précédent.
- Baisses de prix : ce préjudice est distinct de la perte de volume.
- Coût de publicité supplémentaire pour corriger les effets doit être apprécié de manière différentielle.
- Dépréciation des investissements passés.
- Dépréciation de la marque.

En pratique, il existe deux approches pour apprécier le préjudice d'image :

a. La dépréciation de la valeur de la marque

- Nécessite d'abord de prouver la dépréciation à l'aide d'enquêtes ;
- Nécessite l'évaluation financière de la marque avant et après à partir des flux de revenus futurs qui lui sont attachés.

Avantages :

- Mesurer directement la perte de valeur patrimoniale induite par le préjudice.

Inconvénients :

- études parfois lourdes ;
- hypothèses de développement parfois aléatoires.



Peu applicable dans un contexte judiciaire

b. Evaluer les investissements en développement et en communication anéantis par le préjudice (cas notamment de la contrefaçon et de l’imitation)

L’idée de base :

Définir le “taux de pollution” généré par le préjudice sur la clientèle du demandeur.



Pour en induire le taux de dépréciation accéléré de ces investissements.

Le degré de pollution de la marque doit être mesuré par enquête (méthode avant / après) et est appliqué notamment aux dépenses suivantes :

- mise au point
- référencement (amortis sur 10 ans)
- publicité (sur 5 ans)

Méthode suggérée par M. Toporkoff

Des enquêtes devront mesurer les changements intervenus dans les domaines suivants :

- Originalité ou au contraire banalisation de la marque et des produits.
- Qualité perçue dégradée
- Valeurs de distinction associées à la marque et aux produits.

Les conditions d'application de cette approche :

La nécessité d'établir un lien direct entre le fait dommageable et son impact sur l'image du produit.



Implique de définir :

- La ou les clientèles visées par nature et zones géographiques,
- Le questionnaire à administrer sur un échantillon représentatif pour analyser :
 - sa connaissance du produit,
 - sa connaissance des faits qui ont porté atteinte à l'image,
 - l'impact du préjudice sur l'image du produit ou de la marque.
- Les investissements supportés et le préjudice subi.

Condition :

- nécessité d’avoir une étude “avant” pour comparer avec “l’après”.



D’où la nécessité pour les entreprises ayant des marques fortes de suivre leur marque à l’aide de bilans d’image.

➤ La perte de parts de marché.

Provisoire (a) ou permanente (b)

- a. C'est une perte de résultat sur une certaine durée,
- b. C'est une dépréciation du fonds de commerce, nécessité d'outils précis de mesure.

CONCLUSION

L'évaluation des préjudices comprend deux composantes complémentaires : définition et choix des méthodes d'une part et mesure d'autre part.

Si la mesure relève du fait, la définition appartient au juge qui devrait pouvoir :

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

CONCLUSION (suite)

- Le principe de réparation intégrale a montré ses limites dans de nombreux domaines et notamment en matière de contrefaçon car il conduit à une réparation insuffisante: difficulté de réunir les preuves, non prise en compte des effets induits.
- La solution ne réside pas dans le relâchement des règles de preuve mais dans l'élargissement des modes de détermination des dommages et intérêts comme le sont les restitutionary damages ou l'application du taux de redevance majorés.
- Les tribunaux sensibilisés par les méfaits de la contrefaçon ont souvent une attitude punitive. Pourquoi ne pas la formaliser en élargissant l'application du principe de réparation intégrale ?