

COLLOQUE

"Dommages industriels

et

Préjudices économiques"

Jeudi 23 janvier 2003
au Grand Amphithéâtre
de la Maison du Barreau

organisé par les Compagnies nationales des

*Ingénieurs diplômés Experts près les Cours
judiciaires et administratives d'appel,*

Experts judiciaires en Gestion d'Entreprise,

Experts-Comptables Judiciaires,

Experts financiers et fiscaux.

"Dommages Industriels et Préjudices Economiques"

PROGRAMME

Introduction

Monsieur Guy CANIVET
*Premier président de la Cour
de cassation*

Le Cadre Procédural

Monsieur Emmanuel BINOCHÉ
*Premier vice-président du Tribunal
de Grande Instance de Paris*

Monsieur Jean-Pierre LUCQUIN
Tribunal de Commerce de Paris

La Vision des Avocats

Maître Françoise HECQUET
Avocat à la Cour

La Typologie des Préjudices

Monsieur Maurice NUSSENBAUM
*Président de la Compagnie Nationale
des Experts Financiers et Fiscaux*

Présentation de cas d'expertises
animée par

Monsieur Alain MARTIN
Président de la CNIDECA

Dysfonctionnements et Surcoûts

Monsieur Vincent FAVE
Expert judiciaire

Monsieur Pierre LOEPER
Vice-Président de la C.N.E.C.J.

Performances non atteintes et Gains manqués

MM. Philippe COCTEAU,
Bernard DROUIN et Jean-Luc DUMONT
Experts judiciaires

Déficience lors de l'installation et perte de chance

Monsieur Alain KARLESKIND
Président de la C.I.E.P.

Monsieur Jean-Yves ROSTOKER
Expert judiciaire

Produits défaillants et Préjudices commerciaux

Monsieur Bernard DENIS-LAROQUE
Expert judiciaire

Monsieur Maurice NUSSENBAUM
*Président de la Compagnie Nationale
des Experts Financiers et Fiscaux*

Madame Françoise RAUSCH
*Président de la Compagnie Nationale des
Experts Judiciaires en Gestion d'Entreprise*

TABLE RONDE DE CONCLUSION Quelles solutions pour améliorer l'expertise ?

MM. les Présidents LUCQUIN et BINOCHÉ

*Mmes et MM. les Présidents
des Compagnies Organisatrices
Rolande BERNE LAMONTAGNE
Françoise RAUSCH
Alain MARTIN, Maurice NUSSENBAUM*

Monsieur Marcel ANGENAULT
*Président de la Compagnie des Experts près
la Cour administrative d'appel de Paris.*

Présentation

Monsieur Alain MARTIN
Président de la CNIDECA

Mesdames, Messieurs, Chefs de Cour, Chers Maîtres, Chers Collègues,
Chers Confrères, Chers Amis,

Nous sommes très heureux de vous voir si nombreux aujourd'hui pour participer au colloque organisé conjointement par la Compagnie Nationale des Ingénieurs Experts, la Compagnie Nationale des Experts-Comptables judiciaires, la Compagnie Nationale des Experts financiers et la Compagnie Nationale des Experts en Gestion.

Monsieur le Premier président de la Cour de Cassation nous a fait l'honneur et l'amitié de bien vouloir présider ce colloque et ouvrir les travaux. Qu'il en soit ici remercié par vos applaudissements chaleureux et nourris.

Monsieur le Président, c'est à vous.

Introduction

Monsieur Guy CANIVET
Premier président de la Cour de cassation

Vos applaudissements trop bienveillants sont un pari sur les propos que je dois vous adresser. Je crains cependant de vous décevoir. Lorsque Monsieur Nussenbaum m'a proposé d'introduire votre colloque, j'ai beaucoup hésité. D'abord, parce que l'évaluation du préjudice industriel n'est pas mon activité quotidienne; appartenant à une juridiction dont la vocation exclusive est de dire le droit, ma pratique est malheureusement loin des réalités techniques. Ensuite, il faut reconnaître que la Cour de cassation a des relations paradoxales avec l'expertise. C'est précisément la seule juridiction de France qui n'ordonne jamais d'expertise et qui n'est, en principe, pas amenée à lire une expertise, sauf, de manière très partielle, s'il est prétendu que les termes en ont été dénaturés. Mais, néanmoins, c'est elle qui établit la liste nationale des experts et qui est donc, à ce titre, chargée d'opérer la sélection des meilleurs techniciens ou scientifiques, au plus haut niveau.

Eludant ce paradoxe, Monsieur le Professeur Nussenbaum a insisté pour que j'intervienne aujourd'hui en ouverture de vos travaux. Comme nos relations sont anciennes, amicales et qu'il est persuasif, je n'ai pas su lui résister, me plaçant ainsi, moi-même, dans la position de celui qui doit parler de ce qu'il ne connaît pas, c'est-à-dire d'un imposteur. Mes propos en seront d'autant plus brefs.

Cet avertissement étant fait, observons que la qualité de l'expertise, si telle est la finalité de votre réunion, est très intimement liée au crédit de la justice. Nous savons bien que dans toutes les matières techniques, l'exactitude du jugement dépend, pour l'essentiel, de la qualité des investigations techniques sur lesquelles il se fonde. Par conséquent, entre le juge et l'expert, il y a une étroite relation de coopération, de collaboration et une communauté d'intérêts, qui font que les uns et les autres sont liés par la recherche de la décision la plus adaptée, prenant en compte de la manière la plus clairvoyante les droits et intérêts respectifs des parties. Ils ne peuvent donc s'ignorer. Ils doivent réfléchir ensemble.

Je suis donc honoré de participer, à un tel niveau, à un colloque d'experts qui prennent le temps de réfléchir à leurs pratiques professionnelles.

En ce qu'elle est la condition d'une bonne justice, la qualité d'une expertise dépend, me semble-t-il, de trois éléments différents.

D'abord, en premier lieu, de la qualité de la méthode expertale, si vous permettez ce néologisme, qu'on a déjà utilisé par ailleurs, c'est-à-dire de la méthode de recueil des éléments pertinents et de confrontation des parties que met en oeuvre l'expert, pour l'essentiel, inspirée du principe du contradictoire dans le but d'impliquer les parties dans le mécanisme de découverte des réalités techniques qui sont à la base du procès. Cette méthode vous est bien connue, il n'est guère besoin d'y insister.

Le second élément est évidemment la qualification de l'expert. Du point de vue de l'institution judiciaire, elle implique une double responsabilité, d'abord la responsabilité de ceux qui établissent ces listes d'experts, aussi bien dans les cours d'appel qu'à la Cour de cassation, ensuite, celle du juge, lorsqu'il est confronté à un problème technique, de désigner le bon expert, c'est-à-dire celui qui est le mieux préparé, le mieux qualifié pour délivrer l'avis technique nécessaire à la solution du litige.

Le troisième élément d'une bonne expertise est la rigueur de la démarche de mise en place de l'expertise. Rigueur de la démarche du juge dans le choix de l'expert : la première condition d'une expertise de qualité, c'est d'en charger la personne la plus qualifiée, après avoir défini l'exacte mission. Ce travail juridictionnel, méthodique, est la base de la technique du jugement. Et il y aurait de grands avantages à ce que la définition de la mission soit faite en relation avec l'expert, pour bien préciser et formuler les questions sur lesquelles vont pouvoir porter les investigations. Mais la rigueur de la méthode d'expertise, c'est aussi le soin qui s'attache à la configuration de l'instrument d'expertise.

S'agissant du dommage industriel, sujet que vous avez choisi de traiter aujourd'hui, nous savons qu'il est à plusieurs composantes. Une composante technique, qui relève d'ingénieurs, une dimension comptable, qui mobilise des comptables, des aspects financiers, qui requièrent l'intervention d'experts financiers, enfin, souvent, une approche de gestion, qui nécessite le recours à des experts de gestion. Bien évidemment, chacune des expertises n'exige pas un collège composé de chacun des représentants de ces spécialités. La démarche la plus convenable consistera d'abord à établir la mission, ensuite à déterminer, au regard de celle-ci, les disciplines concernées, enfin, dans chacune d'elles, à réunir les experts appropriés dans un collège qui va, à égalité de participation de ses membres, composer une collégialité pluridisciplinaire.

Dans cette constitution du groupe d'experts, plusieurs solutions sont évidemment possibles. Vous les connaissez mieux que moi. J'aperçois parmi vous aujourd'hui de grands spécialistes de la technique de l'expertise et de la procédure qui, par leur approche commune, sont parfaitement placés pour en débattre. Les solutions vont du collège de plusieurs experts, avec éventuellement un chef de file, à la technique connue du sapiteur, lorsque certaines spécialités ne sont abordées qu'à la marge, ou sur des questions annexes, mais il me semble toujours préférable d'associer dans une démarche unique et une responsabilité partagée tous ceux qui ont à répondre techniquement à des demandes d'avis.

Ce collège d'experts étant en place, encore faut-il qu'il provoque en lui-même une dynamique de fonctionnement, que les experts contribuent chacun dans sa spécialité à un raisonnement commun et parviennent à un avis unique, intégrant et mariant tous les points de vue. La mise en oeuvre de ce travail en commun est une technique professionnelle, comment des experts appartenant à des disciplines différentes, répondant à des logiques, à des cultures diverses, peuvent-ils appréhender dans un langage commun le même phénomène ? C'est là un véritable pari. C'est de cela, me semble-t-il, dont vous allez discuter aujourd'hui en table ronde.

J'en ai trop dit. Je vais maintenant céder la parole à ceux qui doivent introduire ce colloque après moi, non sans vous avoir souhaité bon courage et pleine réussite dans votre réflexion.

.

Alain Martin

Merci Monsieur le Premier président. Je crois que vous êtes conduit à nous quitter assez rapidement.

Dans ces conditions, nous allons passer la parole à Monsieur Emmanuel Binoche, Premier vice-président du TGI de Paris , qui va nous parler de la procédure, c'est-à-dire comment faire pour obtenir cette collégialité à laquelle a fait référence Monsieur le Premier président.

Le cadre procédural

Présentation de Monsieur Emmanuel BINOCHE Premier vice-président au Tribunal de Grande Instance de Paris

Il est très difficile de prendre la parole après le Président Canivet. Mon propos va être de vous présenter le cas procédural, avec au fond à l'esprit l'idée pour certain d'entre vous, encore peut-être, qu'il s'agit de quelque chose d'assez contraignant et ennuyeux et qui, à la limite, serait de nature à vous gêner dans le cadre de vos travaux. Je voudrais essayer de présenter la procédure d'expertise un petit peu autrement et peut-être comme l'espèce de chance permettant à l'expertise de se dérouler dans les meilleures conditions possibles.

La régulation des conflits évolue, sous la double poussée de la construction du droit supranational et du modèle économique libéral, vers un mode de solution de type contractuel, ce qui conduit à assigner au Droit en général, et à l'intervention du Juge en particulier, un rôle accru.

Le développement, surtout en amont du procès, des modes alternatifs de solution illustre bien ce phénomène de contractualisation de l'espace juridique, mais c'est toute la dialectique procédurale qui prend de l'importance et, pour ce qui nous intéresse aujourd'hui, celle qui s'applique aux mesures d'instruction.

Ce rôle accru de la Justice met corrélativement en effet à sa charge l'obligation ardente d'une production de qualité, et ce dès la première instance, l'appel tendant de plus en plus souvent à apparaître, à côté du nécessaire recours à l'encontre d'une décision dont la réforme est recherchée, comme l'expression d'une insatisfaction : le lien généralement admis entre certains recours et la qualité, moins de la décision elle-même que de ses motifs, et donc de son degré d'efficacité, paraît le confirmer.

S'il est indéniable que l'appréhension de contentieux comme celui du droit de la concurrence conduit naturellement à un élargissement du champ de vision habituel, pour intégrer dans l'analyse les données économiques, peu de domaines échappent en réalité à la nécessité de cette ouverture : il est d'ailleurs significatif de constater avec quelle constance revient dans le droit des contrats et obligations le concept d'intérêt ; le litige, et l'expertise avec lui, s'inscrit le plus souvent dans un réseau complexe de relations socio-économiques, et sa solution aura bien souvent des conséquences sur les intérêts de tiers.

L'expert va donc avoir conscience de toucher, non plus tellement à des intérêts opposés, mais plutôt à des centres d'intérêts (1). (*concept avancé par M. le Professeur FARJAT - Université de Nice - Sophia Antipolis*)

C'est ce qui explique sans doute le succès de concepts que j'ose appeler "assouplissants", comme celui de loyauté, de proportionnalité, qui orientent parfois l'office du Juge davantage vers un arbitrage entre les intérêts que vers une solution tranchée en faveur de l'une des parties.

Il est dès lors facile de concevoir que l'approche de la procédure d'expertise ne peut qu'être de nature pragmatique, et que ce sont tous les acteurs du processus judiciaire qui sont conviés à jouer pleinement leur rôle afin que l'espace hautement stratégique de l'expertise réponde aux attentes, que ce soit lors de la définition de la mission (I), du choix du technicien (II) ou lors du déroulement de la mesure (III).

I - Définition de la mission

La Directrice de la Formation Continue à l'E.N.M. affirmait (*in la qualité de la Justice, p.117, ENM, Mission de Recherche Droit et Justice*) que "la formation a l'ambition d'être un outil de transmission d'un savoir, de savoir-faire et de *savoir-être*...".

En effet, l'approche procédurale va déterminer pour l'essentiel le caractère immédiatement opérationnel ou non de la décision.

Ainsi, tout dans les textes s'oppose à un dessaisissement du Juge, comme le rappelle l'article 153 du Nouveau Code de Procédure Civile.

Mais du fait de l'irrésistible développement de la juridiction du Président - les Référés -, c'est un magistrat, à Paris en tous cas, qui ordonnera la mesure d'instruction, et qui pourtant non seulement ne connaîtra pas le plus souvent de l'affaire au fond, mais encore n'en suivra pas le déroulement : ce qui manque donc le plus à ce décideur, ce sont les outils d'évaluation d'un processus engagé dont il n'aura pas la maîtrise.

L'expertise représente, dans l'esprit des textes, l'ultime mesure en cas de difficulté technique particulièrement complexe, après le simple constat et la consultation, pour aider le Juge dans sa prise de décision.

Le mode normal d'instruction, c'est donc l'échange entre les parties des éléments de preuve, et les parties ont la charge d'apporter leur concours à l'exécution de cette mesure d'instruction : l'approche pragmatique de la procédure conduit donc à insister particulièrement sur l'importance, en matière d'évaluation du préjudice économique, du soin avec lequel l'acte introductif détaillera les arguments, en particulier relativement à l'objet de l'expertise, étant rappelé la règle de bonne conduite de l'article 147 du Nouveau Code de Procédure Civile : choisir ce qui suffit pour la solution du litige, et se trouve être le plus simpleet pourquoi pas le moins onéreux (*M. Guy Canivet, Premier Président de la Cour de Cassation, Economie de la Justice et procès équitable, in JCP 14 Novembre 2001, doctrine p.2085*).

Ce souci de bonne gestion de l'expertise, d'"économie" de la mesure d'instruction, doit conduire aussi les conseils des parties à rassembler le plus tôt possible, et de la manière ordonnée qu'imposent les dispositions de procédure - établissement d'un bordereau -, les éléments documentaires nécessaires à l'expert.

La mission devra donc définir, avec le concours des parties, les limites de l'intervention du technicien, tant au niveau du champ de celle-ci que dans le temps, et ce aussi précisément que possible.

Mais pour parfaire ce qui serait bien difficile à réaliser dès la première audience, il pourrait sans doute être davantage fait recours à la faculté offerte par l'article 266 du Nouveau Code de Procédure Civile - la conférence - de préciser dans un deuxième temps le détail de la mission, comme le calendrier.

Sa mise en oeuvre apparaît plus simple lorsque c'est au fond que la juridiction est saisie, dans le cadre d'une gestion bien conçue de la Mise en Etat ; l'affaire est plus délicate pour le Juge du Contrôle des Expertises, qui n'est pas à l'origine des missions dont il surveille le déroulement.

Au Tribunal de Commerce, il resterait à définir les modalités pratiques de mise en oeuvre de cette pratique dans le cadre du système du Juge rapporteur...

Dans tous les cas, il est important que l'expert procède à une évaluation préalable de sa mission avec les parties, pour vérifier qu'elles la conçoivent bien de la même manière que lui-même l'appréhende.

Il me semble quoi qu'il en soit que le découpage en plusieurs phases de l'expertise, que la mission peut prévoir, est de nature à pallier le manque, pour les différents acteurs - avocat, juge, expert -, en outils d'évaluation de l'adéquation des opérations aux objectifs qui lui sont assignés.

II - Le choix de l'expert

La disposition de listes bien documentées au sujet du champ de compétence des techniciens représente d'abord un élément précieux, comme la possibilité pour orienter ce choix de disposer de "référénts" au sein des associations organisant leur activité, ou de s'adresser au Service des Expertises.

Ajoutons relativement à la nécessité de prévenir le soupçon de partialité, que la diffusion par le moyen traditionnel ou par celui des Nouvelles Techniques d'Information et de Communication (N.T.I.C.) des listes disponibles au sein des diverses Cours d'Appel pourrait être de nature à élargir les possibilités de choix ; l'information au sujet des compétences et disponibilités des experts circule en tous cas de façon trop artisanale, situation qui ne correspond pas à une bonne administration de l'expertise.

Ce choix de l'expert appliqué au domaine de l'évaluation des dommages industriels et économiques sera d'autant plus pertinent que le demandeur aura pris soin d'analyser de manière détaillée les divers chefs de préjudice ; ainsi, sera-t-il plus aisé d'opter entre la faculté de prendre l'avis d'un technicien adjoint à l'expert (*article 278 du Nouveau Code de Procédure Civile 4*), et celle de désigner un co- expert.

Car contrairement à ce que certains suggèrent, le choix de la première solution n'est pas toujours inopportun, car il permet, dans les missions d'importance moyenne, d'établir une hiérarchie entre ce qui est le principal objet de la mission et l'accessoire imprévu.

La désignation de plusieurs experts (dualité ou collègue) apparaît en revanche plus adaptée aux missions lourdes ; elle suppose toutefois une bonne estimation de la complémentarité des compétences respectives, ainsi que de leur capacité à réaliser un travail pluridisciplinaire, même s'il est dans certains cas envisageable de n'assigner aux deux experts la réalisation commune que d'une partie des opérations.

Cette évaluation préalable de cette aptitude présumée à travailler en équipe fait souvent défaut ; elle devrait être de manière pragmatique l'objet d'une concertation entre le Juge et les experts pressentis, avec autant que possible la coopération des conseils des parties.

Car dans le domaine qui nous intéresse, ce travail en commun entre le technicien chargé de la constatation des dommages, et l'expert-comptable ou financier chargé d'estimer les divers aspects du préjudice apparaît indispensable : comment en effet évaluer par exemple des pertes d'exploitation dues à des dommages affectant des matériels ou installations industriels sans examen de leurs performances ou de leur état d'obsolescence réels, et comment évaluer le coût de la réparation des dommages affectant ce matériel d'exploitation sans examen de la gestion du parc, de la politique de renouvellement, et du poids de ce stock sur les charges générales ?

III - Le déroulement de la mission

Il s'agit pour l'expert de définir ses différentes phases, et se demander si les développements de la mesure seront de nature à justifier une modification de son champ ou de son déroulement.

Il en ressort la nécessité de la mise en oeuvre effective d'une gestion de la mesure d'instruction, adaptée à l'enjeu, soit l'évaluation ici d'un préjudice économique.

Dans le cadre de cette *maîtrise d'oeuvre*, il y aura des études et travaux préparatoires, des consultations et remises de pièces préalables, afin de bien circonscrire le champ d'action, par l'établissement d'une sorte de cahier des charges des obligations respectives des parties et de l'expert, et la programmation concertée des opérations ; elle prévoira - en cas de désignation de co-experts, ou encore d'intervention de technicien adjoint - la répartition des tâches, leur coordination et leur suivi, les modes de

l'intervention des parties et de la prise en compte de leurs critiques, avant l'achèvement de ce processus par la prise de position, soit les conclusions.

L'expertise devra dans ce type de litiges être conduite avec savoir-faire, avec la préoccupation de l'adaptation constante aux enjeux du litige, qui peuvent évoluer et gauchir l'appréciation du préjudice.

Mme le Professeur Marie-Anne Frison-Roche précisait dans le cadre d'un ouvrage sur l'expertise (*L'expertise, Dalloz 1995*) que "le débat est encore plus impérieux pour la discussion du fait, toujours inédit..."
C'est particulièrement vrai dans le domaine étudié aujourd'hui, et cette réalité rend encore plus impérieux un pilotage pragmatique de l'expertise.

L'apport des N.T.I.C. dans le traitement de l'information soumise à l'expertise n'est pas à négliger, en ce qu'il peut sans aucun doute faciliter la gestion de l'expertise, dès lors qu'elles seraient bien exploitées.

L'assistance des parties dans ce type d'expertises par des conseils techniques doit d'abord être considérée comme un facteur potentiel d'amélioration de la qualité de l'expertise, permettant de donner un contenu à la contradiction.

L'obligation d'informer le Juge chargé d'assurer le contrôle de la mesure de l'état d'avancement de ses opérations (*article 273 du Nouveau Code de Procédure Civile*) avec la contrainte du respect du délai, conduira naturellement l'expert à vérifier la validité de son "process" et à l'observation s'il en était besoin d'un surcroît de rigueur dans la définition de priorités, l'organisation programmée des rendez-vous de l'expertise, etc...

Pour conclure, ma réflexion m'amène à resituer le thème d'aujourd'hui par rapport à l'économie globale ; dans celle-ci, il est courant de constater la part dorénavant prédominante des activités de services ; leur imbrication rend sans doute plus difficile la création de richesses.

L'Expertise, appliquée à l'évaluation des dommages d'ordre économique, elle-même activité bien particulière de services, doit répondre à une exigence particulière de qualité, dont la satisfaction sera la condition, sinon de la survie d'une entreprise, en tous cas souvent d'un maintien ou d'un retour à l'équilibre de son exploitation.

Votre mission est donc particulièrement exigeante, puisqu'elle conditionne la justesse de l'appréciation qui pourra être faite par le Juge du dommage.

Elle est de ce fait un facteur essentiel de crédibilité du recours à la Justice.

Alain Martin

Merci, Monsieur le Président, de cette présentation venant d'un haut responsable du TGI de Paris. Nous avons également une représentation du Tribunal de Commerce de Paris en la personne de Monsieur Jean-Pierre Lucquin.

Le cadre procédural

Présentation de Monsieur Jean-Pierre LUCQUIN Juge au Tribunal de Commerce de Paris

Tout d'abord, dans le cadre de cette intervention, je représente Monsieur le Président Joseph SUAREZ, empêché, nouveau Responsable des Juges chargés du contrôle des mesures d'instruction au Tribunal de Commerce de Paris ayant succédé à Monsieur le Président Roland SCHIFF.

Sur la question centrale de la co-expertise qui fonde ce Colloque, je ne peux que me limiter à faire quelques remarques dès lors que le Tribunal de Commerce aura à faire connaître sa position sur ce point.

Comme le savent de nombreux participants, le Tribunal de Commerce a déjà recours, cas par cas, à la désignation de tel sapiteur sollicité par l'expert en cours de mission et, dans le passé, notamment dans les affaires immobilières, à la constitution d'un collège expertal associant plusieurs experts.

Mais la notion de co-expertise va plus loin puisqu'il s'agit, à la définition même de la mission, d'associer un expert industriel et un expert financier formant un tandem chargé de mener à bien l'expertise.

La démarche de Monsieur le Président BINOCHE se réclamant du pragmatisme apparaît bien comme une voie à explorer en s'interrogeant sur les différents aspects de cette question, notamment ceux de l'entente entre les deux experts, la définition du rôle et la responsabilité de chacun d'eux, la répercussion sur le coût de la mission.

Il conviendra aussi de s'interroger sur la taille des risques concernés ainsi que sur celle des entreprises en cause, la co-expertise semblant d'abord et essentiellement devoir s'appliquer aux grands risques industriels et financiers.

Alors voilà, je n'en dirai pas plus. Nous sommes, comme les intervenants, très sensibles à cette question car c'est une question de fond pour les mesures d'instruction. Cette question est ouverte dans votre débat. Elle sera aussi ouverte au Tribunal de Commerce de Paris, se situer dans ce pragmatisme et répondre à vos préoccupations ainsi qu'à celles des justiciables et de leurs conseils.

Alain Martin

Président Lucquin, merci beaucoup.

La parole est maintenant à la salle. Préalablement, je voudrais peut-être demander un petit approfondissement au Président Binoche qui nous a parlé de la conférence. C'est un usage jusqu'à présent très restreint. Est-ce que vous pouvez nous dire en quoi elle consiste ?

Le président Binoche

La conférence est prévue par l'article 266 du code de procédure civile et permet, lorsque le besoin s'en fait sentir, de provoquer une réunion pour aider à définir une mission précise et exacte. Je peux vous en rappeler les termes.

La décision initiale peut fixer une date à laquelle l'expert et les parties se présenteront devant les juges ou le juge chargé du contrôle, votre serviteur pour l'instant, ou Madame Linais au TGI de Paris, pour que soit précisée la mission et, s'il y a lieu, le calendrier des opérations. Donc, cette faculté ouverte par le code de procédure civile permet lorsque l'information du juge est succincte, comme c'est le cas de référé, de préciser un peu plus tard la mission, si c'est nécessaire.

Cette possibilité à laquelle je faisais allusion peut se heurter à certains obstacles, précisément lorsque ce n'est pas le juge ordonnateur, si j'ose dire, qui est saisi pour préciser la mission. C'est néanmoins une piste qu'effectivement pour ma part j'essaie d'explorer afin d'améliorer la définition des missions d'expertise.

Je peux vous dire aussi, sans répondre directement à la question, que bien entendu au tribunal de Paris nous essayons d'agir le plus possible en concertation au niveau des méthodes de l'expertise, au niveau de la définition des missions, de la désignation d'experts, etc.. en liaison avec ceux que j'appelle les ordonnateurs, c'est-à-dire les juges des référés, et voire même aussi avec les magistrats des chambres. Nous essayons donc par notre pratique et nos moyens, si je puis dire fonctionnels, de corriger cette spécialisation des tâches.

Alain Martin

Merci Président. Y a-t-il des questions dans la salle ?

Philippe Cocteau

Expert en électricité agréé auprès de la Cour de Cassation

Monsieur le Président, ma question porte sur la définition des missions. Je pense que la mission doit définir les buts à atteindre par l'expert, quelque fois sous la pression de certains conseils, et je pense qu'elle définit également les moyens à utiliser pour accomplir ladite mission. Je pense également que ceci va au-delà de ce qui devrait être défini dans une mission, c'est à l'expert en effet de choisir ses moyens et non pas au tribunal à les définir sous la pression des parties.

Le président Binoche

Il est certain que si le magistrat qui va définir la mission peut être dûment éclairé par une proposition qui lui est faite par telle ou telle partie, il est totalement maître de cette définition. Bien entendu, il aura à la préciser en fonction des éléments qui lui sont fournis et non pas de se la faire dicter.

Je ne pensais pas vraiment indispensable de préciser une telle évidence, mais puisqu'il faut répondre à votre question, je rappelle donc cette évidence pour répondre à votre question.

Ceci étant, pour compléter la réponse, on peut dire que, en ce qui concerne les magistrats de ce tribunal, comme dans d'autres d'ailleurs, tel Créteil, nous essayons d'aider la décision des collègues dans une approche effectivement collective de concertation, en élaborant des modèles d'expertises qui permettent d'embrasser les différentes catégories d'expertises classiques.

Mais, bien entendu, quand il s'agit d'expertises lourdes, comme celles que nous avons à étudier aujourd'hui, il va sans dire qu'une personnalisation de ces missions est indispensable et il semble que, dans nombre de cas, la seule solution envisageable c'est de renvoyer à cette conférence le soin de la préciser, car on voit souvent mal comment le faire d'entrée de jeu. J'espère avoir ainsi répondu à votre question.

Alain Martin

Nous remercions donc nos amis magistrats de tous ces exposés.
Une dernière question ?

Bernard Denis-Laroque
Expert, membre de la CNIDECA

Je voudrais poser une question au Président Binoche sur le fait qu'il a parlé d'extension de mission, éventuellement à la demande de l'expert. Comment est-ce compatible avec la nécessaire maîtrise que les parties ont le droit de garder sur la procédure ?

Le président Binoche

De toute façon, une mission est dans le cadre d'un débat contradictoire. Si l'expert estime être limité, compte tenu du développement de son expertise, il est évident qu'en premier lieu, il en parlera – me semble-t-il – aux parties lors de la réunion au cours de laquelle se fera jour cette difficulté. Les parties seront donc informées de ce qui paraît être un blocage au niveau du déroulement de l'expertise et, bien entendu, avant qu'une quelconque décision ne soit prise par le magistrat chargé du suivi de l'expertise, elles pourront intervenir et apporter leur point de vue quant aux pratiques même de l'extension ou de la réduction, toujours possible, mais relativement rare, quant aux principes même de cette extension et quant à sa portée.

Alain Martin

Merci, Président. Si vous avez encore d'autres questions, n'hésitez pas à les garder pour la Table Ronde où nous aurons de nouveau MM. les Présidents Binoche et Lucquin, du moins je l'espère.

Nous allons donc maintenant demander aux avocats d'exposer leur vision. Nous avons pressenti Maître Denys Duprey, malheureusement à l'arbitrage, pour nous présenter la vision des avocats, et qui s'est fait remplacer par Maître Françoise Hecquet, associée du même cabinet. Françoise, c'est à vous.

La vision des avocats

Présentation de Maître Françoise HECQUET Avocat à la Cour d'appel de Paris

L'évaluation du dommage industriel et du préjudice économique présente un intérêt majeur en ce qu'elle comporte pour l'avocat une composante stratégique évidente, qu'il soit en demande ou en défense.

Le plus souvent, l'expertise financière est confiée à l'expert technique désigné par le Tribunal et l'on ne peut que regretter le fait que l'examen des préjudices intervienne en toute fin d'expertise, après plusieurs années d'investigations consacrées à la recherche des causes et origines du sinistre.

Si l'expert technique est tout à fait compétent dans son domaine, voire pour faire l'addition des préjudices matériels, l'on constate qu'il n'est pas toujours armé pour appréhender des préjudices plus complexes, tels que les préjudices économiques.

Ainsi, faute de temps ou de compétence, animé par le souci de déposer son rapport pour en terminer dans les délais impartis par le Tribunal, l'expert ne sera pas toujours à même d'étudier de manière approfondie les dossiers au contradictoire des parties.

Dans d'autres cas, l'expertise financière aura lieu, confiée par l'expert technique à l'un de ses Confrères, spécialiste du domaine financier.

Bien souvent, l'on ne peut que regretter l'intervention tardive du spécialiste.

Il lui reste, de fait, peu de temps pour aborder un aspect tout aussi essentiel du dossier que peut l'être le volet technique, compte tenu de sa répercussion sur le débat judiciaire ou sur une possible issue transactionnelle du dossier.

Pour l'avocat, la problématique se pose différemment qu'il soit en demande ou en défense.

En demande, il s'agira d'aider son client à rapporter la preuve de préjudices tout aussi divers et difficilement quantifiables que sont les pertes de marchés, les pertes de rendement, la perte de la valeur de l'entreprise ou l'atteinte à l'image de marque.

Les conditions d'une réparation étant par hypothèse satisfaites, se présente la phase qui est matériellement la plus importante pour le client, à savoir la détermination des modalités de la réparation de son préjudice et de son quantum.

L'avocat se trouve, de fait, confronté à une difficulté qui est la suivante :

Comment conseiller son client afin qu'il puisse obtenir une réparation la plus proche possible du préjudice qu'il a subi, sachant que, pour le juriste, qui tente de se raccrocher à des notions et principes connus, la matière est gouvernée par le principe directeur de l'équivalence du montant de la réparation et du dommage ?

Il est tentant pour l'avocat de considérer qu'il a rempli sa mission lorsqu'au plan technique des éléments ont pu être réunis, lorsqu'ils permettent d'identifier les causes et origines d'un sinistre, plus encore lorsqu'ils concourent pour stigmatiser la ou les fautes commises par telle ou telle société adverse.

Hélas, et bien souvent le travail commence ou recommence car sans possibilité de construire son dossier en demande et de le soumettre à l'examen d'un expert judiciaire tout à fait compétent, cette première victoire n'est qu'un leurre.

Lorsque les enjeux sont importants et les sociétés pour lesquelles il intervient sont structurées, l'avocat pourrait s'attendre à disposer de facilités pour la constitution des dossiers.

Ce n'est pas toujours le cas, au contraire, car du fait des méthodes comptables utilisées certains préjudices complexes se trouvent paradoxalement difficilement quantifiables, d'où l'aide précieuse des experts intervenant en tant que conseils des parties.

A titre d'illustration, j'évoquerais une affaire dans laquelle je suis le conseil d'un industriel qui a mis sur le marché des appareils de sécurité équipés d'un composant, fournis par un autre industriel et destinés à être implantés mondialement dans des sites aussi divers que sensibles.

Il s'agissait en demande de démontrer l'existence d'un défaut de fabrication, certes aléatoire, mais généralisé, affectant l'ensemble des composants achetés au cours de la période considérée, de sorte que le retrait effectué se trouvait justifié.

L'expertise a commencé en 1997 et devrait s'achever au cours de ce premier trimestre, soit 6 années plus tard.

Il n'est venu à l'idée de personne, pas même du juge en charge du contrôle des expertises, de contester la durée des investigations techniques, ce d'autant qu'elles se trouvent justifiées en partie par des essais de vieillissement du composant dont on ne pouvait s'affranchir.

Il en est autrement pour la partie financière alors même qu'elle est tout aussi complexe et mérite un examen tout aussi attentif.

L'expert financier n'est cependant intervenu que plusieurs années après l'expert technique, de sorte qu'il perçoit moins bien certains aspects du dossier et doit faire l'effort de « rattraper son retard ».

C'est une difficulté pour lui et pour l'ensemble des parties.

En demande, et dans ce type de dossiers complexes où les préjudices se trouvent supportés par toutes les filiales d'un groupe, il est essentiel de faire valider une méthode de présentation du dossier, sachant que matériellement il n'est pas possible de produire toutes les pièces comptables et financières.

En défense, et même si les résultats techniques ne sont pas très satisfaisants pour son client, le succès du contradicteur peut se trouver considérablement amoindri par l'issue de l'expertise financière.

Ceci démontre tout l'intérêt du débat qui va s'instaurer.

A titre d'illustration, je citerai une affaire dans laquelle la responsabilité de mon client était malheureusement indiscutable.

Alors qu'il effectuait des travaux dans une usine de production de minerai, une erreur de manipulation a entraîné la chute d'une grue sur un rack comportant un ensemble de câbles alimentant l'usine.

Dans cette affaire, et alors même que les causes du sinistre étaient connues, alors même que la responsabilité de mon client était évidente, seul un expert technique avait été désigné par le Tribunal de Commerce.

Cet expert envisageait tout à fait de donner un avis sur les préjudices matériels, mais également sur les préjudices financiers comportant notamment des pertes de production alléguées par la demanderesse.

La première difficulté a consisté à lui faire admettre qu'il devait s'entourer d'un spécialiste, eu égard à la complexité du dossier.

Dans cette affaire, comme dans beaucoup de dossiers industriels, le préjudice ne se trouve pas réduit à l'accumulation arithmétique d'un ensemble de factures dont il faut vérifier l'imputabilité.

Les préjudices se traduisaient en effet par des pertes de production dont il fallait vérifier l'existence avant même de se prononcer sur leur quantum.

Il est apparu que l'expert financier ne se satisfaisait pas du dossier présenté par la demanderesse, qui a eu le plus grand mal à démontrer que le dommage lui avait causé un préjudice de l'ampleur de celui qu'elle alléguait.

Dans ce type d'affaire, l'avocat cherchera tout naturellement à exploiter au bénéfice de son client les failles qu'il perçoit dans les méthodes d'évaluation des préjudices économiques, en se raccrochant comme il le peut aux principes juridiques qui gouvernent la matière.

Le droit français, qui ne connaît pas de dispositions générales spécifiques au dommage, permet de tout indemniser ou presque, dès lors que la définition du dommage résultant de l'article 1382 du Code Civil est très large.

La Cour de Cassation formule également ce principe qui peut se réclamer de l'article 1149 du Code civil, en vertu duquel « *les dommages et intérêts dus au créancier sont en général de la perte qui l'affecte et du gain dont il a été privé...* ».

En dépit de ces règles bien établies, l'évaluation d'un préjudice purement économique demeure difficile à établir, ce qui permet à l'avocat de tout contester ou presque, dans l'absolu.

Ainsi s'agissant des pertes économiques, il est intéressant pour l'avocat d'essayer de démontrer qu'elles pourraient être exclues de l'indemnisation précisément en raison de leur caractère incertain et de la difficulté à en fournir une exacte démonstration, qu'il s'agisse de « *manque à gagner* », « *perte de profit ou de bénéfice* ».

Si le recours à la notion de perte de chance apparaît comme un moyen commode de détourner la règle car le principe est admis, il est aisé d'en contester l'existence et le quantum tant leur preuve est difficile à rapporter.

Ainsi, le préjudice, dont réparation est demandée, doit être une suite du fait qui l'a engendré. La condition est d'ailleurs formellement posée par l'article 1151 du Code Civil qui exige que « *les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention* ».

EN CONCLUSION : le paradoxe du chiffre

L'on perçoit ainsi toute l'importance pour l'avocat de l'expertise financière dans des affaires sensibles et d'importance majeure.

Dans ces dossiers, la possibilité pour son client de se voir imputer même un faible pourcentage des responsabilités peut se traduire par une somme considérable.

Une fois les difficultés techniques vaincues, l'on pourrait s'attendre à une plus grande simplicité s'agissant du chiffre, car l'on conçoit moins aisément, chez les non spécialistes du moins, les difficultés qui peuvent se poser .

L'avocat participant au volet financier de l'expertise est bien conscient de ce que l'évaluation d'un bien ou d'un droit n'est pas une chose aisée.

L'on conçoit cependant plus difficilement qu'il puisse s'instaurer des débats et qu'il ne soit pas possible de parvenir à un chiffrage exact permettant de quantifier en toute certitude les préjudices subis.

Si le sujet paraît complexe, comme peut l'être toute technique que l'on ne maîtrise pas soi-même, il est paradoxalement rassurant s'agissant de comptabilité et d'arithmétique.

C'est un aspect essentiel de l'expertise, car l'avis donné par l'expert, après un examen des dossiers des parties et des dires, sera le plus souvent suivi par les Magistrats, malgré les facultés qui leur sont laissées par les dispositions de l'article 246 du N.C.P.C.

L'on comprend ainsi tout l'intérêt que peut présenter une méthode d'évaluation adaptée au dommage qui permette d'appréhender l'étendue de la réparation aussi bien du préjudice principal que des préjudices dérivés ou accessoires.

Il est rare en effet que la méthode d'évaluation soit unique et indiscutable ; il est aussi exceptionnel que les diverses méthodes applicables conduisent à des résultats identiques ou simplement voisins.

L'avocat peut avoir le sentiment que l'évaluation n'est pas une science exacte, d'où l'importance de l'expert financier, qu'il intervienne comme expert judiciaire ou conseil des parties.

La pluralité des techniques permettant d'appréhender les préjudices laisse inévitablement la place à une part de subjectivisme, du moins pour les non-spécialistes.

L'on comprend ainsi toute la valeur de la qualité de l'expertise financière et du débat qui s'instaure.

L'avocat, plus que tout autre, mesure l'importance stratégique de l'évaluation des dommages industriels et des préjudices économiques et celle de l'intervention de ses spécialistes.

Alain Martin

Merci, Maître. Vous n'avez pas hésité à lancer le débat. Je vais peut-être demander si la salle a, dès à présent, quelques questions à poser.

Maître Christian Lambart
Avocat à la Cour d'appel de Paris

Je partage sans aucune espèce de réserve les avis exprimés par mon amie Françoise Hécquet.

Je voudrais, à titre un peu incantatoire ou invocatoire, m'adresser aux magistrats.

Nous sommes dans un domaine que vous avez choisi de débattre aujourd'hui, qui est celui du risque industriel. Nous sommes tous conscients du rôle du juge, qui est un rôle protecteur des parties. Mais je m'autorise à dire que dans le domaine du risque industriel, les parties sont majeures.

Elles sont responsables, elles sont conscientes de leurs droits, elles sont conscientes des risques qu'elles prennent lorsqu'elles vont devant le juge. Je pense qu'il faut que nous réfléchissions tous à ce que doit être l'office du juge, naturellement dans le respect des textes, dans le cadre des expertises qui vous sont confiées à vous, Mesdames et Messieurs les Experts, dans ce domaine du risque industriel.

Et quand je disais que je voulais m'adresser aux magistrats, avec le respect que je leur dois, mon propos un peu incantatoire ou invocatoire est une supplique que je leur adresse.

Faites confiance aux parties. Un certain nombre d'entre vous ont souligné, et je partage cet avis sans aucune espèce de réserve, l'importance du choix de l'expert à l'origine d'une mission que le tribunal va confier. Je crois que mes confrères ici présents ne me contrediront pas, lorsque je dirai, Messieurs les Magistrats, et nous le disons souvent à l'audience, que nous nous présentons devant vous fréquemment en vous suggérant le nom de l'expert, et nous avons constaté, et je m'exprime cette fois à titre personnel, le regret que, de plus en plus fréquemment, vous ne suiviez pas nos suggestions et même, le plus souvent, il vous arrivait de faire en sorte de ne surtout pas les suivre. Je vous confierai avec un peu de honte qu'il m'est arrivé, comme à certains de mes confrères, de volontairement suggérer un nom pour être à peu près certain qu'il ne soit pas désigné.

Ceci pour dire, au-delà de la boutade, que nous évoluons tous dans un microcosme du risque industriel qui fait que nous nous connaissons, que nous travaillons ensemble souvent depuis des années, que nous savons le plus souvent – et, permettez-moi cette audace, Messieurs les Juges – plus que vous puisque nous en sommes les praticiens pluriquotidiens, quelle est la qualité des experts qui sont sur vos listes, quels sont ceux qui sont le plus à même à nos yeux de pouvoir intervenir de manière efficace dans l'intérêt commun des parties, ce qui nous conduit très souvent à venir d'un commun accord vous dire : "Dans cette affaire, l'expert dont nous avons besoin, c'est Monsieur ou Madame Untel" ?

Et c'est là que je vous disais "faites nous confiance". Lorsque nous sommes unanimes à vous suggérer le nom d'un expert, ce n'est pas parce que unanimement l'expert en question nous rend des services, sauf peut-être à changer une date de rendez-vous quand on le lui demande. Les relations que nous avons avec tous les experts que vous désignez sont des relations parfaitement saines, et lorsque nous vous disons que tel expert est le plus approprié, c'est parce que nous en avons l'expérience. Et c'est tellement vrai, qu'il nous arrive indifféremment de nous trouver tour à tour dans des situations de demandeur ou de défendeur, et de vous suggérer les mêmes noms.

J'entends bien les objections pertinentes que vous faites, c'est-à-dire qu'il faut peut-être de temps en temps que nous renouvelions un peu les cadres, que ce sont les mêmes noms que nous vous suggérons parce qu'on les connaît, vous avez raison. Je crois qu'au stade de la désignation de l'expert, comme dans le cadre du déroulement de la mission de l'expert, il faut que vous fassiez confiance aux parties et à leurs conseils dans ce domaine du risque industriel. J'insiste sur ce point .

Lorsque vous évoquiez, Monsieur le Président, tout à l'heure la nécessité de contrôler les délais que vous impartissez aux experts, vous avez raison et les textes vous y invitent, mais le plus souvent nos affaires ont besoin de mûrir. Je n'ai pas dit de blettir. Nous avons besoin de temps, car vous savez mieux que quiconque que la plupart de ces dossiers ne viennent pas devant vous, que le rôle de l'expertise et le rôle de l'expert, conscient ou inconscient, c'est celui d'amener peu ou prou les parties à trouver le moment venu une solution qui sera le plus souvent une solution transactionnelle. Cela demande du temps. Or depuis quelques années, devant certaines juridictions, nous avons des contraintes qui sont imposées par les magistrats, et qui invitent d'une manière aimable, certes, mais néanmoins ferme les experts qu'ils ont désignés à respecter de manière impérative les délais, voire à refuser de leur accorder les prorogations de délais sur lesquelles les parties sont unanimement d'accord.

Pardonnez-moi, je vais m'arrêter, mais je vais faire écho à ce qu'a dit Françoise Hecquet sur le rôle, thème essentiel des débats d'aujourd'hui, de l'expert financier et de l'expert en matière d'analyse des préjudices.

Il est vrai, pour ces dossiers souvent très lourds en terme de conséquences dommageables, que l'expert technique est souvent seul désigné à l'origine. Cette circonstance le conduit soit à vouloir absolument conserver la mission dans son intégralité, au regard de l'évaluation des préjudices, quelles que soient les suggestions aimables que les parties leur font, soit à devoir être contraints de constater la nécessité de faire appel au concours d'un sappeur.

Je pense pour ma part qu'il nous appartient, à nous avocats, d'attirer votre attention dès l'origine de la procédure sur le fait qu'il serait préférable pour tout le monde que l'expert qui sera amené à analyser les préjudices participe aux opérations d'expertise techniques le plus vite possible. De toute évidence, analyser un préjudice, et ce n'est pas le Président Martin qui me contredira n'est pas l'avis ex abrupto tiré de la science que l'expert peut avoir. Cette analyse résulte de l'étude des pièces d'un dossier et de tout un contexte industriel dont il n'aura pas la connaissance nécessaire s'il intervient tout à fait à la fin d'une expertise souvent très longue, presque aussi longue que je le suis en ce moment. De surcroît, et pour en terminer sur le problème des délais, on sera arrivé à un stade de l'expertise où les parties et en particulier le demandeur qui piaffe dans l'attente de son rapport, mais aussi le juge du contrôle de l'expertise, vont être conduits à presser cette dernière partie de l'expertise et, pardonnez-moi d'être un peu brutal, non pas de la bâcler, mais de ne pas lui donner la possibilité de s'y consacrer suffisamment. Excusez-moi encore d'avoir été aussi long.

Alain Martin

Je crois qu'on peut vous applaudir effectivement. Ceci suscite quelques réactions.

François Bouchon **Expert judiciaire en Finance**

J'ai eu l'occasion de réfléchir sur tous ces problèmes et vais être légèrement provocateur à mon habitude. Je m'étonne que Maître Hecquet nous dise qu'elle reste un certain temps sans avoir une idée du montant des préjudices. Pratiquement il faut en avoir une idée pour faire une demande, et dans la demande on invoque un préjudice, et cette demande fixe la limite de l'imperium du juge, en raison de l'article 4 du NCPC et de la règle de l'ultra petita. D'autre part, un procès en demande, c'est un procès qui se gagne en trois manches. Première manche, on a le droit juridique à une indemnisation, deuxième manche, on détermine le montant de l'indemnisation et troisième manche, on arrive à se faire payer quand on y a droit. Et je ne vois pas pourquoi la deuxième manche ne pourrait pas se faire en même temps que la première.

Alain Martin

Cette question s'adresse donc à Maître Hecquet, si je comprends bien. Je crois que vous avez non seulement réfléchi à l'expertise, mais vous avez aussi écrit un livre récemment. Vous pouvez peut-être lui faire un petit peu de publicité. [Rires]

François Bouchon

C'est un livre qui s'intitule "L'évaluation des préjudices subis par les entreprises", qui est publié chez Litec et dont on me dit que, mis à part la bibliothèque de la place Dauphine, il est en rupture de stock parce qu'aucun libraire ne croit qu'un tel sujet puisse se vendre.

Alain Martin

Maître Hecquet, si vous voulez bien éventuellement répondre à Monsieur Bouchon.

Françoise Hecquet

Je pensais notamment à des dossiers de retrait de produits industriels où, lorsque l'expertise commence, on a naturellement une idée du montant que le client va pouvoir réclamer, mais après 3, 4, 5 ans d'expertise, confronté à la mise en œuvre du retrait, lorsque cela intervient sur un plan mondial, le chiffre avancé initialement n'est peut-être pas celui dont on sera en mesure de rapporter la preuve 5 ans plus tard.

Alain Martin

Je voudrais ajouter par expérience que l'évaluation du préjudice cinq ans après une première estimation voit celle-ci multipliée par cent, voire mille. La demande initiale, lors de l'introduction de l'instance, est parfois sans rapport avec le montant du préjudice final. Le Président Brisac voudrait ajouter un mot.

Michel Brisac

Expert agréé près la Cour de cassation

Oui, Maître Lambard, je voudrais aller dans votre sens, car je crois que la préoccupation est légitime et au fond on peut se demander pourquoi vous n'avez pas plus souvent satisfaction. Restons dans le domaine industriel. Ne serait-ce pas plus simple si vous étiez en mesure de dire au juge : "Tout le monde est là. Il n'y aura pas de nouvelle partie à l'avenir, car .." ? Bon, je ne vais pas raconter l'histoire de l'expertise avant 1970, mais ce qui est à l'origine de ce refus du juge, ce sont des bavures d'avant 1970 qui se sont nouées autour des ordonnances communes.

Je crois que si on pouvait trouver le moyen que le juge, à qui l'on dit "nous souhaiterions cette expert-là", sache qu'il n'y aura pas d'ordonnance commune et que c'est vraiment la totalité des parties qui est présente et qu'il n'y en aura pas une nouvelle qui risquerait de ne pas être d'accord, vous auriez peut-être plus souvent satisfaction.

Maître Lambard

Monsieur Brisac, je partage votre opinion, mais je pense que nous avons des moyens techniques que presque aucun d'entre nous n'emploie. Je livre à la réflexion des magistrats, puisque c'est eux qui ont la souveraineté de décider si ces acrobaties techniques, en application de dispositions du NCPC, sont susceptibles de prospérer. Mon opinion personnelle, c'est que si l'expertise et les conditions de nomination d'un certain nombre d'experts dans des missions de risques industriels, restent ce qu'elles sont en ce moment, les justiciables qui sont vos clients, Messieurs les juges, c'est-à-dire pour ne pas les nommer les assureurs et les gros groupes industriels, vont se détourner de l'expertise judiciaire et trouveront des voies parallèles, que d'ailleurs un certain nombre d'experts éminents, présents ici, ont imaginé et vers lesquels ils dévient avec une certaine habileté. Mais ce que je veux dire, c'est que nous avons dans les dispositions du code de procédures civile, la possibilité de lier le juge tout simplement par le dépôt d'une requête conjointe, mode de saisine prévu par les dispositions du NCPC, fort peu employé, je pense, d'une manière générale et encore moins dans vos domaines. Mais dès lors que le juge est saisi par une requête conjointe des parties, qui a pour objet de lui demander une expertise et de lui - pardonnez-moi cette expression - "dicter" une mission et de confier cette expertise à un expert dénommé, c'est un contrat judiciaire.

Francoise Hecquet

Cela se pratique beaucoup dans le Sud de la France.

Maître Lambard

Ce qui se pratique dans le Sud de la France est une véritable acrobatie. Ce n'est pas une requête conjointe. Un certain nombre de nos éminents confrères marseillais, que je ne nommerai pas mais qui se reconnaîtraient s'ils étaient là et pour lesquels j'ai la plus grande estime, ont pris la fâcheuse habitude, et en cela sont suivis de manière également fâcheuse par les juridictions du Sud de la France, de justifier d'une urgence plus ou moins prétendue pour obtenir la désignation de l'expert de leur choix et de la mission de leur choix.

Par la voie non pas d'une requête conjointe mais d'une ordonnance sur requête, procédure non contradictoire, ils obtiennent satisfaction. Une fois que l'expert a été désigné par une ordonnance sur requête, ils transforment cette procédure sur requête par une procédure de référé qui conduit le juge des référés cette fois, qui n'a plus sa casquette de juge des requêtes, à confirmer le cas échéant, c'est-à-dire neuf fois sur dix pour ne pas dire dix fois sur dix, la désignation en question et éventuellement modifier la mission sur la suggestion du défendeur qui, cette fois, est appelé contradictoirement.

Le propos que je tiens ne se rapporte pas aux ordonnances sur requête mais à la requête conjointe, mode de saisine comme une assignation prévue par le code de procédure civile qui lie le juge et qui, à défaut que nous nous trouvions dans un domaine qui relève de l'ordre public, doit le conduire à constater le contrat judiciaire entre les parties et donc à "judiciariser" la décision commune que les parties ont prise.

L'observation du Président Brisac est pertinente concernant le problème des ordonnances communes. C'est vrai que dans nos affaires, très souvent une procédure est engagée, et que l'on ne sait pas, lorsqu'elle démarre, de quelle manière elle va être étendue à un certain nombre d'intervenants dont l'existence même n'est pas soupçonnée, et en tout cas pas connue, au moment où l'affaire démarre. C'est-à-dire toute l'échelle contractuelle des sous-traitances ou autres qui ne sont pas concernées à l'origine par la procédure.

Ce que je livre à la sagacité de nos juges, c'est que dans l'hypothèse où la requête conjointe aurait conduit à une désignation dans les modalités que j'évoquais tout à l'heure, je ne vois rien, procéduralement, qui interdise au juge, fort de l'ordonnance ou du jugement qu'il aura rendu sur requête conjointe, de rendre commune cette ordonnance ou ce jugement à de nouveaux intervenants, exactement comme en référé dès lors qu'il est considéré que la requête conjointe n'est ni plus ni moins que l'un des modes de saisine contentieuse du tribunal.

Emmanuel Binoche

Maître Lambard, je pense que nous allons répondre par quelques mots à votre prestation incantatoire en vous rappelant que je crois y avoir déjà répondu. En vous disant tout à l'heure qu'il m'apparaissait que plusieurs expertises étaient subsidiaires dans mon esprit et que le jeu normal, c'était l'apport des arguments et des éléments de preuves par les parties, je crois avoir déjà répondu à votre inquiétude en vous indiquant que le jeu de la contradiction, pour moi, était l'essentiel. Le jeu de la contradiction que l'expertise ne suspend pas, à mon sens. Par conséquent, sauf cas raison particulière, je ne vois pas personnellement pourquoi, dès que l'expert est considéré comme compétent par les parties et également par le magistrat qui l'a désigné, on ne suivrait pas cet avis. C'est évidemment mon opinion personnelle. Il me semble qu'effectivement, à partir du moment où l'expert judiciaire se contractualise en quelque sorte de plus en plus, le juge ne peut plus ignorer que nombre d'expertises ne se traduisent jamais par des assignations au fond et que par conséquent les choses se terminent par un accord. Enfin, mon expérience à la propriété commerciale m'a appris qu'effectivement des missions données à un expert, d'accord avec les parties, ne posaient aucun problème particulier quant à l'office du juge. Voilà ce que je peux vous répondre.

Alain Martin

Merci, Président. Je crois qu'il faut continuer un petit peu sur ce sujet bien que nous soyons malheureusement en retard sur notre timing. Je voudrais que le Président Lucquin, qui représente le Tribunal de Commerce de Paris puisse s'exprimer, sachant que la plupart des sinistres industriels que nous avons sont traités par les tribunaux de commerce.

Jean-Pierre Lucquin

Maîtres, c'est un vrai sujet. A la fois pour vous et pour nous, surtout dans les affaires très lourdes, difficiles. Quand vous arrivez avec un nom d'expert, même quand les parties sont d'accord, nous allons soit entériner soit, au contraire, prendre un peu de recul et voir, cas par cas, si on peut donner satisfaction ou, au contraire, choisir un autre expert. Or, je vais bien sûr vous choquer un peu, vous défendez les droits de vos clients et défendeurs, et lorsque les parties sont d'accord, toutes les parties, nous avons peut-être l'impression de perdre un peu - je ne dis pas la maîtrise - de recul.

Alors, dans certains cas, vous êtes des experts reconnus sur la place, dans un domaine spécifique, avec des compétences pointues, et on aura donc du mal à trouver mieux. Dans d'autres cas, mais c'est un sujet délicat, nous allons faire des choix un peu, disons cote d'amour ou de préférence.

Je vois chez mes collègues, juges chargés des mesures d'instruction au Tribunal de Commerce de Paris, que c'est un véritable débat qui n'est pas clos. Chaque fois on a cette réticence, ou du moins cette inquiétude, plus morale que technique, parce que vous nous indiquez un certain nombre d'experts qui ont pignon sur rue, qui sont des spécialistes reconnus, et nous n'avons pas, nous les juges consulaires, les compétences techniques requises.

Donc, on fait confiance, c'est vraiment la solution, mais n'a-t-on pas fait une désignation un peu trop rapide, en perdant un peu de recul sur l'affaire ? Je pense que la question se situe aussi à ce niveau-là. Donc la question reste ouverte. Je comprends bien votre difficulté ainsi que celle des experts ici présents, mais il faut comprendre que nous avons aussi cette sorte de difficulté à résoudre. Voilà ce que je voulais ajouter.

Alain Martin

On va arrêter les questions parce que nous avons pris un peu de retard. Je vais passer la parole à Maurice Nussenbaum, que tout le monde connaît, diplômé des Hautes Etudes Commerciales, professeur agrégé d'Economie et président de la Compagnie des Experts Judiciaires Financiers, qui va nous parler de la typologie des préjudices. Nous allons donc entrer maintenant dans le vif du débat sur les méthodes d'évaluation.

La typologie des préjudices et de leurs problèmes d'évaluation

**Présentation de Monsieur Maurice NUSSENBAUM
Président de la Compagnie Nationale des Experts financiers et fiscaux**

Avant d'entrer dans le vif du débat, je voudrais rappeler, puisque ce colloque est une manifestation entre compagnies, que cette coopération a été initiée par des personnes dont j'aimerais rappeler la mémoire. Je veux parler de Robert Gandur; de Francis Payer et de Marcel Perronnet.

I. Nous allons examiner dans ce colloque différents types de préjudices dont la présentation détaillée va être exposée par la suite.

Ces préjudices se rattachent le plus souvent au domaine contractuel. Ils se caractérisent par des inexécutions totales ou partielles de prestations prévues ou bien par la livraison de matériels intervenant dans ces process industriels et ne fournissant pas, en totalité ou partiellement, les prestations prévues.

Dans ce cas, les performances contractuellement spécifiées ne sont pas atteintes, ce qui crée pour le client qui intègre ces matériels dans son processus de production des surcoûts et des manques à gagner.

Il peut également s'agir de défaillances lors de l'installation d'une usine ou d'un système industriel important qui rendra impossible la réalisation d'une activité.

Il peut aussi s'agir de préjudices relevant du domaine quasi-délictuel où une faute est commise par un tiers en dehors de tout contexte contractuel.

Il en résulte différentes catégories de préjudices qui se traduisent par les grandes catégories d'effets suivants :

soit des surcoûts pour mettre fin aux dysfonctionnements,
soit des manques à gagner ou des pertes de bénéfices qui pourront porter tant sur le passé que sur le futur,
soit encore des pertes de chance dès lors que du fait des déficiences constatées lors de l'installation, il ne sera pas possible de mettre en œuvre le projet prévu.

A côté de ces préjudices purement industriels qui ont en eux-mêmes des effets économiques, certains préjudices peuvent entraîner des pertes de parts de marché qui vont se traduire par une dévalorisation de certains actifs immatériels de l'entreprise tels que son image ou ses marques.

Ces différents types de préjudices soulèvent des questions méthodologiques communes sur lesquelles on va se livrer à quelques remarques introductives.

Tout d'abord, pour ce qui concerne les ingénieurs, il s'agit à la fois de caractériser les désordres, d'en déterminer l'origine et les conséquences matérielles et d'en imputer les responsabilités notamment lorsque différents intervenants ou contractants sont intervenus.

Pour ce qui concerne les économistes qu'il s'agisse des comptables, financiers ou gestionnaires, la question consiste à caractériser les conséquences économiques et financières du préjudice.

Pour ce faire, l'expert doit s'appuyer sur des systèmes d'information internes à l'entreprise qu'il s'agisse :

de la comptabilité générale ou analytique,

ou du système d'information marketing ou commercial tant de l'entreprise qu'au niveau de la branche d'activités industrielles ou commerciales.

La principale difficulté réside dans le fait que le préjudice constitue toujours une anomalie ou un accident pour lequel les systèmes d'information de l'entreprise n'ont pas été conçus :

La comptabilité analytique ne répond pas à la distinction coûts fixes, coûts variables, coûts directs dont on verra toute l'importance dans les exemples étudiés.

Les prévisions sur lesquelles s'appuient les calculs de manque à gagner futurs ne s'appuient pas toujours sur des systèmes d'information commerciales suffisamment précis et détaillés.

Les préjudices immatériels tels que l'atteinte aux marques et à la réputation de l'entreprise ne peuvent souvent pas s'appuyer sur des mesures fiables permettant la comparaison avant-après.

Le rôle de l'expert est d'analyser les faits et les arguments qui lui sont soumis tant en demande qu'en défense et s'appuyant sur les informations prouvées issues de ces différents systèmes d'information et cela compte tenu de leur imperfection.

C'est à l'expert de préciser le degré d'imprécision avec lequel une affirmation peut être établie.

II. Cela étant établi, venons-en à la problématique des difficultés telles qu'elles se posent pour l'expert économique

1.

Il existe tout d'abord une différence qui n'est pas seulement formelle entre les préjudices contractuels et quasi-délictuels.

1.1.

Dans le domaine délictuel, on utilisera une analyse que les Anglo-saxons appellent, l'analyse « but for ». Le préjudice est égal à la différence entre la situation de la victime sans les faits dommageables et sa situation réelle effective.

Les indemnités dues à la victime seront égales à cette différence.

1.2.

Dans le domaine contractuel, on parle plutôt de dommages liés à une attente insatisfaite. Le fait préjudiciable réside dans l'incapacité à assurer à la victime les prestations auxquelles elle était en droit de s'attendre.

Le préjudice est donc égal à la différence entre la situation qui aurait été celle de la victime si les attentes auxquelles elle pouvait légitimement prétendre du fait du contrat avaient été satisfaites et sa situation réelle.

L'indemnité prendra donc en compte les performances prévisibles découlant du contrat.

2.

Ces principes rappelés, comment définir ce qu'aurait été la situation normale en l'absence des faits litigieux dans le contexte quasi délictuel ?

Les conditions économiques auraient pu être différentes :

- prix de vente (du fait d'une modification des conditions concurrentielles)
- demande
- prix des inputs...

2.1.

Comment définir les conséquences des faits litigieux ? :

- hausse des coûts
- baisse des recettes
- baisse des résultats

2.2.

Comment caractériser les effets à la fois :

- dans le passé
- dans l'avenir : sur quelle durée ?

2.3.

Comment s'assurer du lien direct ?

N'y a-t-il pas d'autres causes susceptibles d'avoir provoqué les faits préjudiciables. En particulier, la baisse de part de marché était déjà observée avant les faits litigieux et s'est accentuée après le préjudice.

Il y a donc lieu de séparer ce qui relève directement du préjudice et ce qui se rattache à des faits extérieurs ou antérieurs.

2.4.

L'approche ne peut se réduire à la comptabilité, qui relève du passé ; elle doit permettre de projeter ce qui se serait passé à l'avenir en l'absence des faits litigieux.

L'expert doit pouvoir construire un modèle économique s'appuyant sur les performances industrielles du projet permettant de simuler ce que devrait être à la fois les résultats futurs normaux et ceux impactés par les faits.

3.

Pour le passé, comme pour l'avenir, les principales difficultés vont résider dans la définition des coûts et des recettes avec et en l'absence du préjudice.

Remarquons tout d'abord que la distinction entre coût subi et manque à gagner n'est pas sans ambiguïté car les dépenses subies dans le cadre d'une réparation ou d'une remise en état constituent un coût subi mais peuvent aussi générer un manque à gagner si elles donnent lieu normalement à une refacturation à un prix de marché :

- C'est ainsi que le préjudice peut se traduire à la fois par des coûts supplémentaires et du chiffre d'affaires perdu, entraînant soit une perte de marge, soit une perte de bénéfice.

- Concernant les coûts supplémentaires, il faudra identifier les coûts supplémentaires à travers les factures effectivement payées. La principale difficulté portera sur les coûts de personnels internes, notamment temps passé par le personnel à gérer le litige ou assurer les réparations.

Ce coût ne pourra être constitutif du préjudice que s'il représente ce que les économistes appellent un coût d'opportunité, c'est-à-dire en fait une perte d'opportunité.

Je souhaite insister sur ce concept tout à fait fondamental :

- Les coûts supplémentaires auraient-ils été de toute façon supportés (cas notamment du service juridique) ou bien auraient-ils pu être soit évités (travail temporaire) soit être mis en œuvre pour d'autres usages et facturés à des clients (cas des services réparations notamment).

- Dans ce dernier cas, le coût à prendre en compte ne sera pas un coût mais un prix de vente de marché (constitutif d'un prix de revient auquel s'ajoutera la marge normale perdue).
- Si ces ressources employées ne pouvaient donner lieu à facturation de manière quasi certaine parce qu'il n'existe pas de marché :
- Soit elles constituaient des charges fixes de structure pour la société (cas notamment des frais généraux),
- Soit elles constituaient des coûts variables fixes ou directs complémentaires (service d'entretien par exemple).

Dans le cas des charges fixes de structure, si aucune opportunité n'a été perdue du fait du préjudice, ces coûts ne seront pas intégrés dans le préjudice sauf si celui-ci dure trop longtemps car sur le long terme tous les coûts deviennent variables, c'est-à-dire évitables.

Dans le second cas, coûts variables ou fixes directs, ils feront partie du préjudice, car ils auraient pu, soit être évités, soit être utilisés pour d'autres emplois dès lors que le préjudice est suffisamment important pour mobiliser des ressources constituant des coûts fixes mais directs de manière significative sur une durée importante.

En conséquence, le test important est de voir si les coûts concernés :

- soit auraient pu être évités,
- soit être utilisés dans des emplois alternatifs et générer de ce fait des revenus ou des économies.

Dans les cas où les coûts supplémentaires auraient pu donner lieu à une facturation à des clients, ces coûts génèrent un manque à gagner.

Cette analyse sera illustrée dans plusieurs des exemples qui vous seront présentés.

4.

Faut-il prendre en compte une part de responsabilité encourue par la victime ?

Le droit français reconnaît la gestion en bon père de famille, c'est-à-dire selon des normes professionnelles établies.

La gestion anormale qui conduit à aggraver le préjudice peut conduire à restreindre les indemnités accordées.

De même, le droit anglo-saxon parle du devoir de réduction des dommages ou « mitigation » auquel doit satisfaire la victime.

La question peut être soulevée notamment quand une victime poursuit une exploitation devenue déficitaire du fait du préjudice au lieu de l'arrêter, aggravant ainsi un préjudice dont elle escompte l'indemnisation.

5. Le problème des causes multiples.

Le préjudice peut résulter de plusieurs causes dont une partie seulement sont fautives.

L'expertise doit parvenir à retracer les chaînes causes-effets mais des interactions sont possibles rendant l'analyse difficile et venant rompre le nécessaire lien direct entre fautes et dommages pour fonder la typologie des préjudices étudiés.

6.

Reste le problème de la perte de chance. Le préjudice est indemnisable « dès lors qu'est constatée la disparition de la possibilité d'un événement favorable encore que par définition la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine. »

Mais il faut que la chance soit réelle et sérieuse et l'on doit effectivement tenir compte pour sa réparation de l'aléa affectant la réalisation de la chance perdue, ce qui veut dire pour l'expert, la définition d'une probabilité de réalisation de la chance dont on évalue la valeur.

Mais attention, si la chance n'a pu être saisie et l'entreprise que l'on voulait mettre en œuvre n'a pu l'être, on n'a bénéficié, ni des revenus, ni des coûts nécessaires pour entreprendre le projet ou acquérir l'entreprise ;

La perte de chance est donc égale à la différence entre les revenus dont on aurait bénéficié et les coûts que l'on aurait subis.

Si le prix à payer pour entreprendre le projet était un prix de marché correctement évalué, c'est-à-dire égal à la différence espérée entre les revenus et les coûts, la perte de chance peut s'avérer inexistante.

Par contre, s'il s'agissait d'une opportunité particulièrement favorable, dont le droit d'entrée était particulièrement bas, la perte de chance peut revêtir une valeur substantielle.

Ainsi, si la perte de chance est effectivement indemnisable, la chance perdue n'a pas nécessairement de valeur.

7. Dernier problème : intérêt et actualisation

Attention à cette question délicate. L'indemnité est évaluée au jour du procès. Les pertes passées devront être ramenées à cette date par un jeu d'intérêt conventionnel ou légal mais les pertes futures devront également être ramenées au jour du procès par une opération d'actualisation qui consiste à reconnaître que des revenus futurs ont une valeur aujourd'hui amoindrie.

Le coefficient d'actualisation permet de passer du futur au présent. Il intègre un taux d'intérêt qui comprend, outre le taux légal, une prime de risque pour tenir compte des aléas dont sont entachés les revenus futurs.

Une justification de ces taux et primes de risque est nécessaire.

CONCLUSION

Les experts ont pour mission d'apporter à la justice l'art de la rigueur dans l'analyse des faits.

Nous allons voir à travers les cas qui vont être présentés si tous les experts donnent le même sens aux principes généraux ci-dessus énoncés.

Alain Martin

Je remercie Maurice pour ce brillant exposé, qui a récapitulé tous les chapitres que nous connaissons sur l'évaluation du préjudice. Une question peut-être ?

Une personne de la salle

Votre exposé a été très rapide. Je ne sais pas si à un moment vous parliez des faits aggravants. Le préjudice peut souvent être à l'origine d'un incident mineur qui, par suite d'une configuration où toutes les précautions n'ont pas été prises, de type gestion de père de famille à l'économie, surviennent alors des faits aggravants. Le préjudice qui était de 100 au départ va passer à 1 000. Est-ce que dans ce cas-là la responsabilité de celui qui est à l'origine du préjudice doit être de 10, de 100 ou de 1 000 ?

Alain Martin

C'est un problème qui porte sur la responsabilité et non sur l'évaluation.

Maurice Nussenbaum

Je donnerai un avis spontané. Entre la faute initiale et le préjudice, est intervenue une cause nouvelle qui est les faits aggravants causés par la victime. Donc il n'est pas certain qu'on ait préservé le lien direct entre la faute et le préjudice et que cela mérite une indemnisation totale, mais je préférerais en effet me tourner vers le Président Binoche.

Emmanuel Binoche

Je pensais un peu à une autre approche : que l'événement accidentel soit le révélateur d'une gestion qui pouvait être adaptée avant la survenance de l'acte et s'est révélée insuffisante pour faire face à ce dommage avec toutes les initiatives qui doivent être prise en la matière.

Comment faire la part effectivement de cette gestion qui habituellement était suffisamment adaptée ? Ce n'est donc pas une réponse, mais c'est plutôt une question.

Alain Martin

Je vois que de nombreuses questions sont suggérées. Nous avons Maxime Monne et ensuite Monsieur Nicolet.

Maxime Monne (CNIDECA) Expert judiciaire

Il m'aurait semblé intéressant que le conférencier puisse montrer la différence entre un préjudice direct et un préjudice indirect, parce que dans un sens comme dans l'autre un préjudice indirect c'est quelque chose à prouver. C'est tout ce que je voulais dire.

Monsieur Nicolet (CNIDECA) Expert judiciaire

Je voulais juste faire une remarque : en général quand il y a soi-disant un phénomène aggravant, c'est-à-dire qu'on estime que l'organisation était bien juste au moment où l'incident s'est produit, il y a toujours des précurseurs, et l'analyse des précurseurs finalement vous montre que cette organisation n'était pas du tout adaptée, simplement on n'avait pas atteint un certain seuil, c'est tout.

Alain Martin

Encore une fois ceci porte sur l'analyse de la responsabilité et nous étions plutôt parti sur la difficulté du chiffrage lui-même.

Maintenant nous allons passer à l'illustration de cette typologie. Nous avons choisi 5 cas qui appartiennent à l'industrie. Ces cas sont issus de cas réels, mais ont été déformés, transformés, schématisés, de façon à illustrer plus rapidement les propos qui ont été jusqu'à présent présentés.

L'industrie est mal aimée, c'est pourtant le fer de lance de notre puissance économique et de nos exportations. La CNIDECA comprend deux collèges d'experts, ceux qui dépendent du Bâtiment et des Travaux Publics et ceux qui dépendent de l'Industrie. On fait appel à ces experts judiciaires lorsqu'il y a un litige sur le quantum ou sur la responsabilité, car sinon, effectivement, ce sont plutôt les assureurs et les industriels qui règlent leurs problèmes entre eux avec des experts d'assurances dont il faut souligner la compétence. Ces cas viennent généralement devant les tribunaux de commerce en 1^{ère} instance, ils portent sur des montants extrêmement importants et la responsabilité des experts est évidemment grande dans leur appréciation.

Je vais passer la parole aux deux experts, l'un de la CNIDECA, l'autre qui sera un expert du domaine économique. Pierre Loeper et Vincent Favé.

Vincent Favé, diplômé de l'Ecole nationale de la Direction civile, dont la spécialité est l'aéronautique, et la spécialité complémentaire est le système de détection et d'extinction automatique d'incendies. Vincent Favé est d'ailleurs président de notre entité Transports et Communications de la CNIDECA. Il est aussi le secrétaire général de la Compagnie des Ingénieurs Experts de Paris.

Dysfonctionnements et surcoûts

Présentation de Monsieur Vincent Favé Expert judiciaire

Je vais vous présenter les données d'un sinistre au cours duquel le prototype d'un compresseur de réacteur d'avion a été endommagé pendant des essais au sol sur un banc de simulation.

Nous appellerons les parties qui étaient au nombre de deux, le motoriste et l'équipementier.

Le motoriste est naturellement le fabricant du compresseur et l'équipementier l'industriel qui a fabriqué une pièce, en l'occurrence une carte électronique dite de comptage rapide, que le motoriste a monté sur l'automate du banc et a ensuite estimé être porteur d'un défaut de conception à l'origine du dommage.

Il s'est très rapidement avéré nécessaire que je m'adjoigne un expert assistant pour les problèmes d'automatisme et pour examiner cette carte de comptage rapide.

Au titre d'un contrat passé avec l'État, le motoriste avait fabriqué deux compresseurs identiques. Il s'agit de compresseurs de type haute pression monoflux axial destinés, selon lui, à faire partir d'un moteur prévu être monté sur avion à l'horizon 2010.

La nécessaire confidentialité de ce projet n'a permis de savoir ni quel était le marché visé, ni quel était le partenaire industriel éventuel du motoriste.

Le compresseur comporte plusieurs étages de stators et de rotors, les premiers étages de stator sont à calage variable, ils sont dits VSV pour Variable Stator Vane. Les positions angulaires de chacun de ces étages de VSV sont calculées par l'automate du banc d'essai en fonction de la vitesse de rotation du moteur et de la température de l'air. Le bon calage des VSV optimise le fonctionnement du compresseur. La vitesse de rotation est de l'ordre de 12.000 à 20.000 tours par minute.

Le compresseur au banc est entraîné par un moteur électrique qui reçoit ses ordres d'accélération ou décélération de l'automate.

La vitesse du compresseur est mesurée par une roue phonique dont le signal est recueilli par la carte de comptage rapide que nous avons évoquée plus tôt et qui est montée sur l'automate. Le compteur de la carte est lue quatre fois par seconde, et en cas d'écart par rapport à la valeur de la vitesse consigne, l'automate corrige la vitesse du compresseur.

C'est ainsi par exemple que si le compteur contient la valeur 2900 acquise en un quart de seconde, la vitesse du compresseur est de 2900×4 , soit 11600 tours par minute ; si la valeur consigne est 12000, l'automate donnera un ordre à accélérer au moteur électrique qui entraîne le compresseur, jusqu'à ce que sa vitesse atteigne cette valeur consigne.

Les paramètres mesurés au banc sur le compresseur prototype sont, vous l'imaginez, très nombreux, il s'agit essentiellement des pressions et température tout au long de la veine d'air du compresseur.

Lors d'un essai, le compresseur est très fortement endommagé Le motoriste demande l'assistance technique de l'équipementier fabricant de la carte de comptage rapide. Un technicien de l'équipementier se déplace et constate que des valeurs inattendues de la vitesse du compresseur pouvaient être prises en compte par l'automate du banc dans certaines configurations, c'est ce qui a provoqué une accélération non prévue du compresseur et un débattement rapide des VSV. De ce fait, le compresseur s'est trouvé à un point de fonctionnement, en vitesse et en calage des VSV, pour lequel il n'était pas conçu, il en est résulté des dommages importants.

C'est dans ces conditions que le motoriste a assigné l'équipementier, en alléguant un défaut de conception de la carte de comptage à l'origine du sinistre.

Nous avons tout d'abord obtenu la reconstitution du phénomène grâce à un piège qui a consisté en quelques lignes de programmation pour enregistrer les valeurs lues présentant un écart par rapport à la vitesse d'entrée. Ce piège a fait apparaître des valeurs lues inattendues, pour un signal d'entrée de 12.000 tours par minute, les valeurs 2.000 et 2.900 ont été isolées par le piège, au lieu des 3.000 normalement attendues, ces valeurs ont donc fait donc croire à l'automate que la vitesse du compresseur était de 8.000 tours par minute, ou de 11.600 tours par minute.

Ces valeurs lues inattendues apparaissent au moment de l'incréméntation de la valeur d'entrée, c'est ainsi que si la vitesse est légèrement inférieure à 12.000 t/min et en augmentation, le compteur contiendra la valeur de 2.999 en augmentation, la valeur de 2.000 est lue quand les trois premiers chiffres de poids faible sont déjà passés à 0 alors que l'addition de la retenue n'a pas encore été effectuée sur le chiffre 2 des milliers, et de même pour la valeur erronée de 2.900 au lieu de 3.000 où les deux chiffres de poids faible seulement ont été modifiés à partir de 2.999,

L'expert assistant en automatisme a expliqué qu'un compteur est principalement constitué d'un registre contenant la valeur courante. A chaque étage un circuit calcule la nouvelle valeur de l'étage en fonction de la retenue provenant de l'étage inférieur. Si cette retenue est nulle la valeur de l'étage reste inchangée. En binaire un tel étage se forme souvent autour d'un composant dit « bascule », ce nom venant de ce qu'à la suite d'une retenue entrante, la valeur bascule : de 0 elle devient 1 ou de 1 elle devient 0 et, dans ce dernier cas, le circuit génère une retenue qui est propagée vers l'étage immédiatement supérieur.

Un tel dispositif reproduit très exactement le procédé manuel qui élabore progressivement le résultat final à partir des poids faibles. Le résultat définitif n'est donc obtenu qu'après stabilisation et tout résultat intermédiaire est transitoire et probablement faux. Un bon exemple est celui de 2.999 que nous venons de voir. Si l'on ajoute 1, les résultats transitoires successifs (et trompeurs) sont 2.990, 2.900 et 2.000, juste avant de passer au bon résultat 3.000.

L'expert assistant ajoutait que le motoriste avait ignoré le problème particulier des valeurs transitoires aberrantes, problème inhérent aux compteurs en binaire pur. Plus généralement, il n'a pas intégré, dans le programme de l'automate, une gestion de la vraisemblance de la valeur d'entrée de cet automate.

A son avis, ces préoccupations étaient des éléments de base de l'état de l'art au moment de la conception du banc d'essais, et ce d'autant plus si l'on considère le niveau d'enjeu technico-économique.

L'occurrence de valeurs totalement erronées après lecture des registres de la carte de comptage rapide provoque, après traitement par le logiciel de l'automate, de brusques variations des ordres de position fournis par l'automate aux étages de VSV du compresseur.

Au moment de l'incident, ce mouvement inattendu des stators variables a détruit la laminarité de l'écoulement de l'air dans le compresseur, les rotors ont été soumis à des vibrations importantes qui ont eu pour conséquence des frottements et des pénétrations des ailettes dans les carters, ces contacts ont généré des incendies locaux et la destruction de nombreuses ailettes.

Je vous épargne la poursuite de l'étude technique du dossier sur l'état de l'art dans le domaine de l'expérimentation sur banc d'essai ainsi que dans le domaine de la régulation des moteurs sur avion.

La mission confiée par le Tribunal demandait également, *sauf à ce que les parties s'accordent sur le quantum des dommages, d'évaluer l'ensemble des préjudices subis, tant matériels qu'immatériels.*

Les pièces endommagées du moteur ont été examinées contradictoirement et le motoriste a fourni toutes les explications nécessaires sur la nécessité du rebut de certaines pièces et sur les modes de réparation des autres. Il s'agissait pour l'essentiel de dommages aux ailettes qui avaient été en contact avec les carters.

Il n'y a pas eu de commentaire défavorable des autres parties sur le processus technique de réparation du compresseur proposé par le motoriste.

Celui-ci a présenté son estimation des dommages matériels relatifs à l'incident qu'il a arrêtée à 4,7 M€. Ce coût de réparation est à rapprocher de celui des dépenses relatives à la fabrication des deux compresseurs qui était de 38,4 M€. Les fiches de temps passé sur le dossier de la réparation présentées par le motoriste montraient un total de 16.400 heures.

Ces chiffres sont élevés car il s'agit de prototypes ; pour information, la valeur d'un réacteur complet monté sur avion est de l'ordre de 5 M€ et celle d'un compresseur haute pression d'environ 1 à 1,5 M€.

Les experts aéronautiques ont très souvent dans leurs missions l'évaluation des préjudices matériels et immatériels. Ils sont par exemple habitués à l'évaluation des heures de vol perdues par une compagnie aérienne à la suite de l'immobilisation d'un avion sinistré.

Le cas présent sortait cependant de ce cadre habituel, il présentait la difficulté d'évaluer le coût d'une réparation faite à soi-même et ayant exigé plusieurs milliers d'heures de travail, aussi j'avais décidé de faire appel à un expert financier pour m'assister sur ce point précis de ma mission.

Je vous passe donc la parole, Confrère, pour que vous nous exposiez comment vous auriez procédé.

Alain Martin

Je vais faire un petit commentaire, car je ne suis pas sûr que la salle ait bien saisi l'exposé oral. En fait, il s'agit d'une question très simple. Vous avez un compteur de lecture qui fait des additions par retenues. Evidemment, quand vous lisez en cours de calcul le compteur, de 2999 vous passez à 3000, il va passer à 2990, et puis ensuite il va y avoir un autre zéro qui va arriver, ce qui va faire 2900, ensuite il va passer à 2000, puis à 3000. Donc si vous n'attendez pas que l'opération soit terminée, vous lisez et vous avez n'importe quoi. Comme vous avez un automate d'asservissement derrière qui vous gère un compresseur avec des puissances extraordinaires, le compresseur explose, simplement parce qu'il est mal géré.

En fait, il n'y a aucune défaillance d'aucune pièce dans ce cas particulier, c'est cela qui est amusant. C'est simplement une mauvaise compréhension entre l'équipementier et le constructeur, ce qui fait que vous avez 5 millions d'euros de dégâts. Et quant aux responsabilités, il est évident qu'elles sont particulièrement délicates et fonction de l'analyse extrêmement complexe que l'expert a dû faire, mais, encore une fois, on ne touche pas les responsabilités, les facteurs aggravants et les mauvaises compréhensions, les défauts de conseil, etc... Vous avez d'autres exemples sur des différences de mesures entre les Anglais et les Français qui ont des conséquences dramatiques.

Je vais passer la parole à Pierre Loeper, ancien élève de l'Ecole Polytechnique, Expert-Comptable, Commissaire aux comptes, vice-président de la Compagnie Nationale des Experts-Comptables Judiciaires, président de l'UCECAP, qui maintenant va essayer de vous présenter les difficultés d'évaluation qui apparaissent alors que nous sommes dans un cas peut-être simple, conformément à ce qu'a dit Monsieur Nussenbaum, c'est-à-dire que pour l'instant nous n'avons là que des surcoûts. Donc il suffit de mesurer.

Dysfonctionnements et surcoûts

Présentation de Monsieur Pierre Loeper Vice-président de la C.N.E.C..J.

Il n'y a pas beaucoup de difficultés puisque Alain Martin vous a dit qu'il fallait trouver 3 millions d'euros. Ceci étant, je n'ai évidemment pas été l'expert dans cette affaire et, quand on m'a confié cette partie de la présentation je n'ai pas trouvé cela fondamentalement simple et je me fais l'effet d'être ici le premier Indien de la tribu dont parlait M. Nussenbaum tout à l'heure, mais ce qui est à savoir c'est si nous mettons tous le même sens derrière les mots.

Nous voilà donc avec un sinistre constitué par la destruction temporaire d'un réacteur.

Ce sinistre pourra entraîner plusieurs types de préjudice :

le coût de la réparation

les conséquences pour l'entreprise de l'indisponibilité du réacteur pendant le temps de sa réparation

éventuellement l'atteinte à son image, vis-à-vis de ses clients, conséquence de l'accident.

Nous ne nous intéresserons ici qu'au premier chef de préjudice, **le coût de la réparation**, les autres devant être traités par les intervenants qui suivront.

Nous ne nous intéresserons pas davantage à l'imputation en termes de responsabilité, de ce sinistre. Celle-ci relève en effet du Juge seul, éclairé par les constatations et les raisonnements de l'expert ingénieur en ce qui concerne les causes du sinistre.

Que dire du coût de la réparation ?

Les choses semblent a priori simples : toutes les entreprises quelque peu structurées disposent d'une comptabilité dite analytique, ou encore par centres de coûts ou de profits, système d'information qui permet d'identifier et de mesurer les coûts engagés pour une opération donnée, en l'espèce la réparation.

Ces coûts (ou ces charges¹) peuvent être de plusieurs natures :

des coûts de matières (l'acier ou l'aluminium des composants),

des coûts d'énergie (électricité... ou les autres consommations : eau, gaz...)

des coûts de main d'œuvre (des différents ateliers qui vont intervenir)

des coûts d'encadrement

des coûts de bureau d'études

¹ J'emploierai indifféremment coût ou charge dans ce qui suit, un coût correspond à une charge, ou plus souvent à un ensemble de charges.

éventuellement une quote-part des frais généraux de l'entreprise, par exemple de son service juridique : il s'agit en première analyse de frais qui ne sont pas affectés à des productions de biens ou de services vendus aux tiers, et qu'il faut bien malgré tout couvrir par des produits, d'où leur affectation aux coûts de production, par des processus d'imputation directe ou de répartition.

3. Et là les choses deviennent moins évidentes.

En effet les parties en défense (celles qui risquent d'être reconnues responsables du sinistre ou encore leurs assurances) vont faire valoir que certains des coûts, comme ces quotes-parts de frais généraux, mais aussi les coûts de bureau d'études ou d'encadrement, voire les coûts de main d'œuvre, sont des coûts que l'entreprise devait supporter quoi qu'il arrive, qu'un sinistre soit survenu ou non.

Le préjudice serait alors limité aux seuls coûts de matières et d'énergie (ou encore les achats et les consommations).

Cela peut paraître, à l'opposé, particulièrement réducteur. Le demandeur fera en effet valoir que ses ateliers, son bureau d'études, ses cadres, son service juridique, sa direction générale etc..., auraient pu être utilement employés à autre chose qu'à procéder à la réparation ou à la gestion du sinistre. Ils ne sont pas là, dans l'entreprise, à attendre sans rien faire qu'un sinistre se produise, pour intervenir sur celui-ci.

4. Alors, il faut tenter de voir les choses d'un peu plus près et il convient de revenir sur ces coûts dont nous n'avons esquissé qu'une description.

Si nous les analysons, nous nous rendons compte que plusieurs types de classement peuvent être pertinents vis-à-vis de la problématique posée.

Premier type de classement : charges variables – charges fixes.

La notion de coût variable est définie par le Plan Comptable Général : "*Coût constitué seulement par les charges qui varient avec le volume d'activité de l'entreprise sans qu'il y ait nécessairement exacte proportionnalité entre la variation des charges et la variation du volume des produits obtenus.*"

Sont ainsi variables les achats de matières et les consommations (d'énergie ou autres).

Les charges fixes sont les autres charges qui permettent d'aboutir au coût complet, ce dernier étant, toujours selon le Plan Comptable Général, le "*Coût constitué par la totalité des charges qui peuvent lui être rapportées par tout traitement analytique approprié : affectation, répartition, imputation, ...*"

Sont ainsi fixes le bureau d'étude ou les frais généraux (fixes sauf toutefois par paliers car si ces moyens n'ont pas à être re-calibrés en fonction des évolutions quotidiennes de l'activité, en revanche des évolutions importantes et durables, par exemple le lancement de grandes séries de production, entraînent des re-dimensionnement de ceux-ci).

On voit tout de suite qu'on pourra **en première analyse** imputer au préjudice tous les coûts variables, car ceux-ci n'auraient pas été engagés s'il n'y avait pas eu de sinistre, et à l'inverse ne pas imputer les coûts fixes, dès lors qu'ils supportés par l'entreprise quoi qu'il arrive.

Mais nous avons aussi, cela ne vous a pas échappé, éludé le cas de la main d'œuvre d'atelier : car celle-ci est-elle fixe ou variable ? Certes les ouvriers et techniciens doivent être payés quoi qu'il arrive, mais il existe aussi des flexibilités : l'intérim, le chômage technique, la gestion des congés, les heures supplémentaires, les embauches en CDD ou, à la limite, les réductions d'effectif.

L'évaluation d'un préjudice pourrait ainsi dépendre (est-ce paradoxal ? nous y reviendrons) du fait que la main d'œuvre est uniquement composée de salariés de l'entreprise ou que celle-ci a fait appel à un volant d'intérimaires de telle sorte que les pointes d'activités (comme éventuellement ici la réparation du réacteur) seront effectués par ceux-ci (dont le coût relève alors des frais variables) ou encore, mais cela revient au même, par des salariés de l'entreprise retirés d'autres postes de travail auxquels on aura affecté en substitution des intérimaires.

Il faut donc chercher, au moins à titre complémentaire, un autre angle d'attaque.

On peut penser à une décomposition des coûts entre charges internes et charges externes (engagées pour la réparation), mais c'est se heurter à la même difficulté.

Il est encore possible, et cela semble plus efficient, d'envisager une décomposition des charges en charges directes et charges indirectes.

Le Plan Comptable définit les charges directes comme les "*charges qu'il est possible d'affecter "immédiatement", c'est-à-dire sans calcul intermédiaire, au coût d'un produit déterminé*" et symétriquement les charges indirectes comme les "*charges qu'il n'est pas possible d'affecter "immédiatement" ; elles nécessitent un calcul intermédiaire pour être imputées au coût d'un produit déterminé*".

Ainsi non seulement les achats de matières et les consommations, mais aussi la main d'œuvre que l'on pourrait qualifier "de production" sont-elles des charges directes. La notion est donc plus large que celle des charges variables.

Peut-on dire qu'à l'inverse les charges indirectes peuvent être en principe qualifiées de fixes. Ce n'est pas nécessairement évident et il y a lieu de procéder à une analyse de la nature de ces charges, car certaines peuvent présenter un caractère de charges variables ou partiellement variables (par exemple les heures supplémentaires du personnel du bureau d'étude). Il s'agira aussi pour l'expert de comprendre comment ces structures ont été touchées, ou mises à contribution, pour la réparation.

En définitive dans cette approche, le préjudice de coûts supplémentaires est égal soit aux charges directes, cette notion étant donc élargie par rapport à celle de charges variables, soit aux charges directes et à une quote-part (estimée variable) des charges indirectes.

5. Il faut donc choisir et force est de reconnaître que la pratique n'est pas unanime.

Certains se limiteront à une prise en compte restrictive : les seules charges externes ou les seules charges variables ; d'autres iront plus loin, retenant la notion de charges directes, voire majorées d'une partie de charges variables. Mais il semble en tout état de cause exclu de retenir les coûts complets.

Enfin au niveau de la main-d'œuvre directe, une approche, assez générale, consiste à la prendre en compte et ce même dans une démarche coûts fixes / coûts variables, avec en ce cas la sorte d'alibi intellectuel, si l'on me permet cette expression, de l'intérim, tel que celui-ci a été exposé plus haut.

Certains contrats d'assurance figent même ce point dans leurs stipulations contractuelles, en fixant à l'avance le fait que la main d'œuvre directe, ou une quote-part déterminée de celle-ci, sera prise en compte.

Comment s'y retrouver ?

Nous limiterons si vous voulez bien la problématique au choix entre les deux approches coûts fixes / coûts variables et coûts directs / coûts indirects, en l'étendant à la prise en compte éventuelle d'une quote-part de frais indirects.

Nous vous proposerons deux critères, certes imparfaits, mais qui peuvent guider – voire motiver – un choix.

Premier critère : l'importance de la réparation ou plutôt l'importance relative de la réparation par rapport aux autres coûts de l'entreprise.

Il est aisé de comprendre que si la réparation est marginale par rapport aux moyens dont dispose l'entreprise, son coût peut être légitimement traité de manière également marginale, en se limitant donc aux coûts variables ou encore aux coûts externes. La réparation n'occupe en effet que de façon assez négligeable les moyens fixes de l'entreprise. Ou encore, ce n'est pas ce type de sinistre qui guide la réflexion sur le dimensionnement des services de structure de l'entreprise.

A l'opposé si l'importance relative est significative, alors il n'apparaît plus possible de négliger la consommation de frais fixes ou de coûts internes, et il devient justifié de retenir une notion de coûts directs, voire d'incorporer certains coûts indirects. A cet égard une analyse de ceux-ci s'impose.

Le second critère est du même type. Il s'agit d'examiner la durée de la réparation. Si celle-ci est courte, on pourra évoquer une réparation en temps masqué consommant en tous cas fort peu de frais fixes, ce qui incitera à une approche frais fixes / frais variables, voire, si c'est l'approche frais directs / frais indirects qui est adoptée, à ne pas retenir de frais indirects. Si, en revanche, la durée est longue l'expert s'orientera souvent vers l'approche frais directs / frais indirects et pourra considérer que la structure de l'entreprise ayant été durablement mise à contribution, une partie du coût de celle-ci doit être prise en compte.

Au cas présent, et pour en revenir au réacteur, il ressort des éléments disponibles au dossier que la réparation a duré environ 12 mois, ce qui est significatif et que son coût complet (coût qui ne sera pas retenu en tant que tel comme évaluation du préjudice, mais fournit une indication sur son importance) n'est également pas négligeable.

Dès lors il convient à mon avis de raisonner selon l'optique coûts directs / coûts indirects.

C'est donc en première analyse les coûts directs de réparation qui doivent être retenus, et en ce compris la main d'œuvre de production.

Il s'avère aussi que dans le système d'information de l'entreprise les coûts d'encadrement et certains frais d'étude sont classés en coûts indirects : la question se pose de savoir si une partie ne doit pas être prise en compte, soit que l'on remette en cause le classement des charges et que l'on considère qu'une partie des frais d'encadrement ou de bureau d'études aurait dû être regardée comme directe, soit encore que l'on considère qu'une partie de ces frais présente un caractère variable ou partiellement variable.

A cet égard l'analyse de l'expert ne peut être que relativement approchée. Il s'agit d'aboutir à une prise de position raisonnable et en tous cas suffisamment claire pour être bien comprise des parties afin que celles-ci puissent en débattre :

- une première fois devant l'expert,
- une seconde fois éventuelle fois éventuellement devant le Juge.

Au cas présent il me semble peu contestable que les structures de l'entreprise ont été mises à contribution et il convient donc de retenir l'affectation d'une quote-part de celles-ci. S'agissant en outre, en l'espèce, d'un litige entre deux industriels, l'expert avait la faculté de recueillir le point de vue de chacune des parties afin d'éclairer son choix qui comporte nécessairement, nous l'avons dit, un certain caractère empirique.

Avant de conclure il me semble nécessaire de revenir sur la règle générale qui veut que, en matière de surcoûts comme en d'autres, le préjudice s'apprécie in concreto, c'est-à-dire en prenant en considération l'organisation de l'entreprise.

Il s'agit en effet ici de savoir dans quelle mesure celle-ci, telle qu'elle est, a été pénalisée par la nécessité d'une réparation.

Ceci suppose aussi que l'entreprise a géré correctement son sinistre, c'est-à-dire a pris les dispositions adéquates en vue de réduire au maximum son préjudice.

Je vous proposerai, à cet égard, un exemple. Que penser d'une entreprise qui disposerait d'un atelier de réparation conséquent, suffisant en tous cas pour procéder aux réparations, ayant la disponibilité suffisante, et qui – peut-être pour obtenir une indemnisation maximale – choisirait de faire appel à la sous-traitance pour réparer les matériels endommagés ?

Qu'en penser, sinon que son calcul serait singulièrement biaisé. En effet, avant d'obtenir cette indemnisation, qui n'est pas acquise, car les parties en défense s'y opposeront, l'entreprise aura eu à supporter les coûts correspondants, et à ses risques.

Mais à l'inverse, si en bonne gestion du sinistre, elle fait appel aux moyens internes disponibles pour procéder aux réparations, serait-il logique de limiter son indemnisation aux seuls coûts variables : électricité, bleus de travail, éventuelles heures supplémentaires.

En définitive la problématique des surcoûts est moins simple qu'il n'y paraît et implique des choix : surcoûts calculés sur la base des seules charges variables ou externes, ou sur la base des charges directes, majorées éventuellement d'une quote-part de charges indirectes.

L'importance relative de la réparation de même que la durée de celle-ci peuvent, nous l'avons vu, être des guides.

L'expert devra aussi procéder, au niveau des coûts indirects, à une analyse de ceux-ci, et donc de l'organisation de l'entreprise, afin de bien identifier les contributions qui ont été demandées à chaque service pour la remise en état de l'installation endommagée.

Il n'est pas interdit enfin de soumettre au Juge une fourchette ou encore plusieurs approches, mais à condition d'expliquer clairement les choix qui les sous-tendent, afin de permettre à celui-ci, comme cela lui revient, de trancher.

Alain Martin

Merci, Pierre, pour ce brillant exposé. Tu as parfaitement répondu à l'attente qu'on peut avoir d'un expert. Cependant il y a deux observations à faire peut-être. La première : tu as dit, à juste raison, le prix de revient complet n'est certainement pas le bon chiffre. Cependant, c'est le seul chiffre qui soit précis puisqu'il est obtenu par une comptabilité analytique qui, dans ce cas, est effectivement d'une grande entreprise, donc très précis, c'est le seul chiffre que l'on a et c'est le seul chiffre qui n'est pas à retenir. Les autres ne sont que des estimations. Il me semble aussi que nous sommes un peu loin du coût d'opportunité qui avait été présenté par le Prof. Nussenbaum qui, lui, présume d'un gain manqué, donc d'une utilisation possible des moyens internes à d'autres fins productives, donc avec une marge supplémentaire, au-delà des coûts complets, et enfin tu nous a inquiétés parce que tu nous as dit qu'on pouvait alléguer, et que certains conseils pouvaient éventuellement le faire, qu'on n'avait à retenir que les seuls coûts externes, c'est-à-dire trois factures d'aluminium, une facture d'intérimaire - si tant est qu'il y en ait une - et une facture d'électricité. Evidemment, tu n'as pas retenu cette solution, mais il est évident que ces allocations pourraient être faites dans un cas concret et il ne faut pas se laisser embarquer dans un tel raisonnement. La parole est donc à la salle.

Serge Millerand expert de la Cour d'appel en Informatique

Cet exemple m'a particulièrement intéressé parce que dans le domaine informatique nous rencontrons ce genre de situation extrêmement souvent. J'ai bien suivi le raisonnement présenté, qui aboutit au fond à la conclusion que les ressources internes, qui ont été raisonnablement mobilisées dans l'entreprise pour faire face à la nécessité de réparation, doivent être comptabilisées et évaluées en terme de préjudice. Je crois néanmoins qu'il y a une difficulté à passer du bon usage que l'on accepte de la ressource interne mobilisée au coût interne équivalent.

Il me semble que s'il y a un préjudice subi par l'entreprise, le véritable préjudice ne se confond pas exactement avec le coût de ces ressources mobilisées, mais plutôt avec les conséquences qui résultent de leur détournement de leur usage habituel, et je conçois que ces réelles difficultés d'approche d'évaluation, nous y sommes confrontés quotidiennement. Mais retenons que sur le plan des principes, je crois que le véritable raisonnement, juste et équitable, consisterait à accepter ce point de vue sur les ressources internes, mais en chiffrant les conséquences de leur inutile ou exagérée mobilisation sur un objet qui n'était pas celui pour lesquelles elles étaient prévues. Alors, quel est votre avis sur, à la fois, cette vision du préjudice et sur les difficultés occasionnées ?

Alain Martin

Qui veut répondre ? Maurice ?

Maurice Nussenbaum

Moi, je veux bien répondre. Cela correspond aux deux textes que j'ai proposés. Le premier, ce serait de voir si les coûts auraient pu être évités et si on se limite à cela, ce sera uniquement des coûts variables qui seront à prendre en cause. Et le deuxième texte, c'est de voir si ces coûts supplémentaires subis auraient normalement été employés pour d'autres usages, donnant lieu notamment à des facturations et, dans ce cas-là, la perte subie par l'entreprise, par le détournement de ce que vous appelez le détournement des ressources, est bien effectivement un manque à gagner.

Pierre Loeper

Là, je suis assez d'accord et j'ai rencontré cette situation. Dans un premier temps, on dit : on a été forcé d'affecter des ouvriers à réparer le réacteur, c'est un coût sans aucune contrepartie, il faut me le rembourser ; dans un deuxième temps, mais à condition qu'il y ait des marchés, ces ouvriers auraient pu faire de la production, cette production aurait pu être vendue, j'aurais eu une marge, j'ai perdu cette marge. Dans notre organisation, cela tombe un peu dans le domaine des orateurs suivants. Mais sur le plan du principe, je partage tout à fait votre avis.

Serge Millerand **expert de la Cour d'appel en Informatique**

On rencontre alors, si l'on accepte le principe du raisonnement, la difficulté d'évaluation qui peut être tout à fait considérable. Parce que l'entreprise souvent a de grandes difficultés à pouvoir chiffrer la valeur économique et le revenu, la marge qu'elle aurait tiré de l'immobilisation normale des ressources.

Pierre Loeper

Oui, on tombe dans une autre difficulté avec ce que vous indiquez, c'est qu'il ne faut pas oublier, comme le dit François Bouchon, que c'est en principe le demandeur qui fixe le quantum de son préjudice et il peut fort bien arriver qu'il ne pense pas de lui-même à la subtilité que vous venez d'évoquer. Alors que se passe-t-il si, en cours de réunion, l'expert arrive à se poser honnêtement la question que vous posez ? On n'est pas forcément très à l'aise.

Alain Martin

Je vous propose d'accélérer de prendre maintenant la pause et de revenir après étudier les trois ensembles de cas dans le temps imparti.

Une personne dans la salle

Je voulais vous poser la question suivante. Je vais démarrer une expertise, nous allons avoir effectivement beaucoup de choses à comptabiliser. Est-ce qu'il est envisageable de demander aux parties très vite d'avoir pour chacune d'elles un expert-comptable ou un contrôleur de gestion, faire établir un relevé analytique où on prend les coûts directs etc., de le faire dès les premières réunions, de façon à mettre une comptabilité analytique dans le sinistre, de façon à ce qu'ensuite, les deux parties étant là, on peut peut-être mieux travailler ?

Pierre Loeper

Dans le cadre du contradictoire, jusqu'à la première réunion d'expertise, j'aimerais que les parties soient assistées par des experts-comptables et que la partie victime montre dès maintenant ses coûts. Moi, ça me paraît une excellente méthode. Au moins pour deux raisons. D'abord parce qu'on va sensibiliser de la sorte les parties sur leurs responsabilités dans l'établissement de leur demande, ensuite parce que, trop souvent, on voit qu'au moment où l'expert financier ou l'expert du chiffre arrive, les pièces comptables ont disparu. Elles ont été reclassées, perdues, sont à la cave, et on ne sait plus. Alors que si on fait ça trois mois après, on sait encore où elles sont, on les retrouve et on les met ensemble.

Alain Martin

Donc, je vous présente Monsieur Philippe Cocteau, ingénieur diplômé de l'Ecole Supérieure des Arts et Métiers, de l'Ecole Supérieure d'Electricité et de l'Institut de Contrôle de Gestion. Spécialisé en électricité, mécanique, automatisme et organisation industrielle, Philippe Cocteau est vice-président de la CNIDECA et va nous exposer le cas suivant relatif à des performances non atteintes.

Performances non atteintes **et gains manqués**

Présentation de Monsieur Philippe Cocteau
Expert judiciaire

Une société spécialisée dans la transformation des métaux utilise une puissance globale de 500 MVA.

Lorsqu'elle a décidé d'implanter son usine, elle a elle-même réalisé le cahier des charges de ses installations techniques et passé un contrat avec une entreprise en spécifiant qu'elle avait un besoin de 500 MVA et qu'elle désirait, pour cela, entre autres équipements, 6 transformateurs de 100 MVA, en précisant seulement que chaque transformateur devait pouvoir supporter une charge permanente de 10%.

Après 7 ans de fonctionnement dans des conditions supposées normales d'exploitation, un incident est survenu sur un des transformateurs et un expert a été désigné pour étudier les causes techniques du claquage du transformateur et le préjudice allégué par le demandeur. Compte tenu des premières observations faites, il a conseillé au demandeur de faire un examen systématique de tous les transformateurs, ce qui a entraîné un fonctionnement à cinq transformateurs pendant presque un an.

Dès le début de l'expertise l'expert a cherché à connaître les conditions d'exploitation réelles de l'installation.

Deux questions se posaient en effet en fonction du cahier des charges initial qui, pour une puissance nécessaire de 500 MVA, demandait 6 transformateurs de 100 MVA capable de fonctionner en permanence avec une surcharge de 10 %, soit à 110 MVA.

- **1 Pourquoi avoir demandé 6 transformateurs ?**
- **2 Pourquoi ne pas avoir demandé des transformateurs avec une puissance nominale de 110 MVA ?**

Les réponses qui ont été données à l'expert ont été les suivantes :

Initialement l'entreprise voulait garantir un fonctionnement à 500 MVA avec seulement 5 transformateurs en service, sachant qu'un transformateur pouvait être arrêté, ne serait-ce que pour des problèmes de maintenance, ce qui permettait par ailleurs de travailler avec 6 transformateurs en sous-charge (environ 83 % du nominal).

La surcharge permanente demandée pour les transformateurs devait être comprise comme une surcharge de longue durée. Il avait été en effet envisagé que deux transformateurs puissent être arrêtés et, dans ce cas, la puissance appelée devait pouvoir atteindre 440 MVA pendant le temps d'arrêt des transformateurs pour maintenir l'installation en état de veille en arrêtant la production.

L'analyse technique a permis de mettre en évidence des défauts sur les transformateurs.

Or, depuis la mise en service, les performances du process avaient été améliorées et permettaient, avec les mêmes équipements, d'augmenter la production de 10 %.

Cette augmentation avait été faite sans pratiquement demander l'avis du fournisseur des transformateurs, en se basant sur le fait que ces transformateurs, ayant une puissance nominale de 100 MVA, n'étaient utilisés qu'à 92 % de leur puissance nominale lorsque les 6 transformateurs étaient en service.

L'entreprise fonctionnait donc sur la base de 550 MVA avant l'apparition des désordres.

Pendant la réparation tournante des transformateurs, l'entreprise a demandé au fournisseur si elle pouvait faire fonctionner les 5 transformateurs en service avec la surcharge contractuelle de 10 %.

Le fournisseur ayant répondu qu'il était préférable de s'en tenir à 5% de surcharge, l'entreprise a donc fonctionné à 525 MVA.

Tout naturellement, à l'issue des opérations de réparation, l'entreprise a demandé à être indemnisée de son préjudice résultant de la différence de production entre 550 MVA et 525 MVA, alléguant que la possibilité de surcharge de 10 % était contractuelle.

Alain Martin

Merci, Philippe. Donc 6 ou 7 ans après, on imagine que le préjudice va être facile à évaluer et d'autre part assez faible. Qu'en penses-tu, Jean Luc ?

Je vous présente Jean-Luc Dumont, diplômé expert-comptable, diplômé d'études supérieures de Droit et Sciences Po, Commissaire aux comptes et expert-comptable américain. Il est aussi le vice-président de la Compagnie nationale des Experts financiers

Performances non atteintes et gains manqués

Présentation de Monsieur Jean-Luc Dumont sur le cas n° 1

Le rôle de l'expert économique vient non pas après, et c'est un point dont on pourra débattre tout à l'heure, mais plutôt en même temps que l'expert technique, donc à partir du désordre technique déterminé par un expert pour chiffrer le préjudice économique.

LES CONSEQUENCES DU DESORDRE TECHNIQUE ONT ETE DETERMINEES PAR L'EXPERT TECHNIQUE :

- Baisse de la production moyenne d'énergie de 5 %.
- Donc, baisse de la production moyenne annuelle de métal de 8 000 tonnes, soit environ 4 %.

LE ROLE DE L'EXPERT ECONOMIQUE : LE CHIFFRAGE DU PREJUDICE ECONOMIQUE

- Le principe de base : la perte de "marge sur coûts variables".
- Soit, la différence entre :
 - chiffre d'affaires manqué,
 - et coûts économisés (coûts variables).

LE CHIFFRAGE DU PREJUDICE ECONOMIQUE

- Au cas particulier : raisonnement assez simple
 - chiffre d'affaires manqué, car :
 - monoproduit
 - marché mondial
 - cours mondial
 - coûts économisés, car :
 - coûts variables purs : énergie, consommables
 - baisse marginale de la production, donc pas de conséquence susceptible de remettre en cause les coûts de structure (coûts fixes)
 - pas de conséquence sur les coûts de main d'œuvre (coûts semi-variables, voire fixes).

LE CHIFFRAGE DU PREJUDICE ECONOMIQUE EST SOUVENT PLUS COMPLEXE

- Chiffre d'affaires manqué, si :
 - activité multi-produits
 - prix différenciés
 - baisse importante de la capacité de production, entraînant des effets durables sur les relations avec la clientèle (rupture de stocks, ...)

- Coûts économisés, si :
 - frontière entre coûts variables et coûts fixes, difficile à définir sur :
 - main d'œuvre
 - frais généraux

LE CHIFFRAGE DU PREJUDICE ECONOMIQUE STRICTO SENSU EST-IL SUFFISANT ?

- Au cas particulier :
 - préjudice économique @ 10 M€
 - soit, le prix de l'équipement.

- Doit-on en rester là ?

- Les éclairages annexes possibles :
 - L'équipement était-il bien calibré ?
 - La marge de sécurité était-elle suffisante ?
 - Des mesures de secours pouvaient-elles être prévues ?

- En fonction de ces hypothèses :
 - Scénarios,
 - et chiffrage du préjudice économique dans chaque cas.

Alain Martin

Comme tu l'as fait remarquer, on voit que le préjudice résulte du fait que l'usine a passé sa production normale d'un niveau de 500 à 550. Les transformateurs sont devenus un goulot d'étranglement, ce qui n'était pas le cas au départ, mais néanmoins il y a un engagement contractuel de la surcharge de 10 % de façon assez permanente, qui a été signé 7 ans avant. Effectivement cela nous surprend lorsque par suite d'un petit écart de 5 % par rapport à l'engagement contractuel qui avait été pris au départ, on se trouve à devoir rembourser la totalité de la valeur de l'équipement qui a quand même été utilisé pendant 7 ans. C'est un cas intéressant, mais la méthode des gains manqués est indiscutable au cas particulier et ce raisonnement sur ce préjudice est indiscutable aussi. Néanmoins le résultat est paradoxal.

Merci, Jean-Luc. Donc, on va passer au cas suivant qui nous est proposé par Bernard Drouin, Ingénieur diplômé de l'Ecole Nationale Supérieure des Arts et Métiers, Professeur agrégé de Mécanique, Docteur d'Etat en Sciences Physiques. Ses spécialités vont de la mécanique aux systèmes hydrauliques, en passant par les vibrations d'ensembles mécaniques asservis ou non.

Performances non atteintes **et gains manqués**

Présentation de Monsieur Bernard Drouin **Expert judiciaire**

Le problème que je vais présenter est celui d'un transporteur qui a l'habitude de transporter des containers sur des wagons simples. Puis, l'idée lui est venue de "contacter un fabricant de wagon pour empiler les containers et diminuer les coûts de traction en transportant le double".

Pour ce faire, il y a un problème, il faut que les wagons passent sous les tunnels. Cette contrainte oblige à diminuer le diamètre des roues.

Une roue de wagon à simple étage est de 900 mm, donc on va être amenés à des roues de 700 mm. Traditionnellement, on change les essieux sur les wagons à simple étage tous les 15 ans. Voilà l'origine du problème : quand ces wagons aux essieux de 700 mm vont circuler, la période de changement des essieux va changer, parce qu'à l'usage on s'aperçoit que l'on use beaucoup plus rapidement des roues plus petites et qu'on est obligé de les changer tous les 4 ans au lieu de 15 ans. Donc 4 fois plus. De plus, à chaque fois qu'on les change, il va y avoir un arrêt d'un mois d'utilisation des wagons. Il faut donc un certain délai.

On peut aussi préciser qu'au point de vue technique, il n'y a pas eu d'étude de conception liée au diamètre des roues. En fait, il y a eu contact avec l'entreprise, tout le monde s'est mis d'accord et les parties ne contestent pas qu'on a été obligé de mettre des roues de 700 mm, ce qui est devenu un fait acquis. Je reviendrai après sur ce point.

Le propriétaire des wagons a donc assigné le constructeur en disant : "Vous me faites mes wagons, je suis obligé de changer les essieux 7 fois au lieu d'une fois, donc vous me devez le coût des essieux plus les coûts d'immobilisation associés". Réponse du constructeur : "Moi, je ne me suis pas engagé contractuellement concernant l'usure des roues".

La problématique est l'estimation du manque à gagner, au cas où le tribunal retiendrait qu'il y a eu faute du constructeur pour ne pas avoir averti que les roues s'useraient plus vite et alors le manque à gagner peut être retenu.

Etant entendu que cette usure des roues a surpris à la fois le constructeur et l'utilisateur des wagons. Et puis, les choses se compliquent en sachant qu'en fait si on change les roues de 900 mm tous les 15 ans, on les change tous les 8 ans quand elles font 750 mm.

Donc on n'a pas non plus de référence pour savoir quelle est la valeur du taux d'échange des roues qui est pour les wagons simples de un tous les 15 ans et tous les 4 ans pour les wagons à double étage. Le résultat est qu'on change 7 essieux pour chaque wagon au lieu d'en changer un seul, et, dans l'autre cas que j'ai cité, pour des roues de 750 mm, on en changeait 3, et nous devons faire face à une absence de référence historique.

Alors, avant de laisser la parole à mon confrère, je vais rappeler les données principales :

- le prix moyen d'un wagon à simple étage, c'est 100 000 €,
- quand il y a des double containers, c'est 150 000 €,
- le nombre de containers, c'est 4 et 8,
- le coût de traction, c'est identique,
- le nombre de changement d'essieux c'est ici 1 pour le premier type de wagons et 7 pour le second,
- le prix d'un essieu, c'est 1 000 €,
- le prix des essieux d'un wagon, c'est 4 000 quand il y en a 4,
- la facturation d'un wagon, c'est 50 € par jour pour l'un et 100 € pour l'autre,
- enfin, le changement des essieux coûte pour le premier type de wagons 4 000 €, alors que pour le second ça va être 28 000 €, d'où un différentiel de 24 000 €.

Notons, pour terminer, les coûts d'immobilisation associés, un mois à 50 €, c'est 1 500 € dans un des cas et 7 mois à 100 €/jon, c'est 21 000 € dans le second cas. Donc une perte ou un différentiel de 19 500 €. Et je vais redonner la parole à mon confrère.

Performances non atteintes et gains manqués

Présentation de Monsieur Jean-Luc Dumont sur le cas n° 2

LES CONSEQUENCES DU DESORDRE TECHNIQUE APPARAISSENT CLAIRS :

- Là où il faudrait normalement changer 1 fois le jeu d'essieux pendant la durée de vie du wagon,
- il faut le changer 7 fois.

LE PREJUDICE ECONOMIQUE EST RELATIVEMENT FACILE A CHIFFRER :

- Manque à gagner pendant la durée d'immobilisation du wagon (perte de chiffre d'affaires) : 19 500 €,
- Coût des changements supplémentaires d'essieux : 24 000 €,
- Total : 43 500 €, par wagon.

Doit-on en rester là ? Le préjudice économique direct de 43 500 € ne doit-il pas être analysé au vu des gains de productivité par les nouveaux wagons à double plateau ?

En fait l'entreprise facturait ses prestations au container. Avec un wagon à double plateau, elle facturait exactement le double, utilisant l'un ou l'autre en fonction des disponibilités.

Pendant la période de durée de vie d'un wagon, le gain de productivité permis par les wagons à double plateau sont de 547 500 €, égal au chiffre d'affaires d'un wagon à simple plateau.

Le surcoût, sans parler de réactualisation, d'investissement et d'exploitation est de 93 500 €, c'est-à-dire 43 500 € de préjudice direct lié au changement d'essieux, immobilisation et surcoût des essieux, plus le surcoût d'investissement, puisqu'un wagon à double plateau coûte 50 000 € de plus. Donc 93 500 €, ce qui nous donne un gain net de productivité théorique pendant la durée de vie du wagon de 454 000 € hors actualisation. C'est 10 fois plus que le préjudice direct.

Donc là, c'est une interrogation pour savoir si lorsqu'on a une mission, il ne faut pas aller un peu plus loin et analyser le préjudice direct eu égard au gain de productivité induit. Il s'agit de 100 wagons, ce qui fait donc 4,3 millions.

Alain Martin

Nous avons donc bien compris qu'au cas particulier nous avons un référentiel absent, il n'y a pas de rendement garanti, ce n'est donc pas contractuel.

Ainsi, c'est par rapport à l'état de l'art que l'expert technique aura à s'exprimer et on s'aperçoit qu'entre deux investissements d'une rentabilité extrêmement importante pour le deuxième, nous avons des gains et des coûts. Evidemment le demandeur n'allègue que les inconvénients sans présenter les gains qu'il a.

Effectivement, il peut y avoir une anomalie sur les essieux, mais, par ailleurs, l'ensemble est quand même rentable. S'il avait été informé, aurait-il fait ce choix ? Economiquement, il ne l'aurait vraisemblablement pas fait, mais néanmoins il a passé commande malgré un défaut d'information. Cela pose un certain nombre de problèmes et, encore une fois, ce n'est pas parce que le préjudice est facile à calculer au cas particulier en gain manqué que la responsabilité est facile à établir, en particulier par rapport aux performances non atteintes.

Nous avons deux cas différents. L'un avec des performances contractuelles, l'autre avec des performances non contractuelles, mais on a un référentiel général.

Y a-t-il des questions dans la salle sur ces deux cas qui sont assez particuliers ?

Maxime Monne **Expert**

Si j'ai bien compris la position de l'utilisateur était basée sur le fait qu'un wagon équipé de roues plus petites durerait moins longtemps, que les roues de petit diamètre s'usaient plus rapidement que les roues de grand diamètre ? Avait-il le Certificat d'Etudes ?

Bernard Drouin

Ce que dit l'utilisateur : "J'ai des wagons, actuellement je change les essieux une fois tous les 15 ans, c'est-à-dire comme le wagon est censé durer 30 ans, une seule fois dans la durée de vie, alors que là, je les change 7 fois plus". Et il ajoute : "Moi j'ai contacté le fabricant. Il m'a dit qu'il me mettait des roues de 600". Mais il en convient dans l'expertise que si on met des roues supérieures à 700 mm, on ne passe plus sous les tunnels.

Maxime Monne

S'il avait mis des roues de 100 mm, il aurait usé son truc en une semaine. C'est un idiot.

Bernard Drouin

C'est lié à la notion de référence. Il est bien évident que l'usure des roues n'est pas la même en fonction du diamètre. Et par exemple pour des roues de 900 mm, il faut changer les essieux tous les 15 ans, alors que pour des roues de 750 mm, on va les changer tous les 8 ans. Mais ici, on est arrivé à 4 ans. Donc on extrapole la courbe de façon très importante en disant qu'on a beaucoup plus de changements pour un diamètre de roue légèrement plus petit.

Attention, quand on dit que c'est normal, on ne sait pas quel devrait être le taux. Parce qu'il n'y a pas eu d'étude de conception et on a simplement construit des wagons avec des roues de 650 ou de 700 sans faire des études poussées pour dire comment vont se comporter les roues. Et ces roues ont certaines anomalies que n'ont pas les autres roues de diamètre supérieur.

Cédric Fischer

Avocat

J'ai l'impression que dans ce cas intéressant on a mis un peu les wagons avant la locomotive, c'est-à-dire que l'on se pose la question d'un préjudice avant de se poser quand même la question du manquement et du manquement fautif, car là réside la question.

Quelle est la nature du manquement fautif ? On pourra savoir alors s'il y a, ou pas, un préjudice.

C'est souvent la difficulté de nos affaires. On vient en référé demander un expert pour chiffrer un préjudice avant même de savoir s'il y a ou s'il n'y a pas faute, s'il y a eu des obligations contractuelles ou non, s'il y a un manquement à un devoir de conseil. En l'espèce, votre cas est typiquement dans cette situation où, avant même de savoir s'il y a préjudice, la question est la nature de la faute. Si on s'engage sur un gain de productivité par rapport à un wagon à un seul étage, il est évident qu'il y a un gain de productivité et pas de préjudice. En revanche si on s'engage dans telle ou telle limite, là il peut y avoir un préjudice.

Bernard Drouin

Dans ce cas-là, le constructeur a dit : "Moi, je vous vends des wagons, mais je ne me suis pas engagé au fait que les essieux s'useraient plus vite". D'ailleurs les deux sont surpris. Le constructeur ne pensait pas que les essieux allaient s'user si vite.

Alain Martin

Il est vrai, Maître, que dans la plupart des cas les experts sont désignés pour examiner à la fois la nature des fautes ou des anomalies alléguées et le préjudice. Mais avant même que le tribunal ne prenne position sur l'existence ou non d'une faute, l'expert doit quand même donner son chiffrage au cas où le tribunal retiendrait.

Ce que dit l'expert : "Au cas où le tribunal retiendrait une faute ou un défaut de conseil, par exemple, je suis obligé de donner une évaluation." Dernière question ?

Monsieur Brisac

Expert agréé près la Cour de cassation

On peut ne pas encore savoir ce qu'on va faire. Des hommes, une usine, tertiaire, grosse installation informatique à l'intérieur. Un défaut de sol. Il faut faire des travaux. Deux solutions. Première solution : 90 chances sur cent pour que ça marche. Ca vaut 100. Il y a 10 % de cas où il va falloir arrêter l'installation informatique à cause des vibrations. Deuxième solution, totalement sûre. Ca coûte 150. C'est clair. Il appartient à l'expert de citer les deux et le maître d'ouvrage devra choisir s'il fait 100 ou 150. La variable, c'est que dans ce cas-là, l'installateur de l'installation informatique avait oublié de prévoir ce qu'on appelle dans le milieu un "back up", c'est-à-dire un basculement possible et instantané de l'installation, et s'il y a un ennui, il y a une autre installation qui prend la relève spontanément. Il ne l'avait pas prévu, ce n'était pas obligatoire, ce n'est pas une banque.

Est-ce qu'on risquait d'avoir un juge qui, 2 ou 5 ans après, dit "il y a une part de responsabilité pour n'avoir pas prévu...". C'est pour cela que je prends cet exemple. Il ne suffisait pas de faire le calcul, le juge appréciera, car il fallait à ce moment-là prendre la décision de faire 100 ou 150 de travaux. Et les deux étaient parfaitement liés. Il fallait que les parties se mettent d'accord pour mieux répondre, eux, hors du juge, aux conséquences de l'absence de back up pour connaître le montant des travaux qu'ils engageaient.

Alain Martin

C'est très intéressant, mais il faudra reprendre ce problème lorsque nous feront un autre colloque relatif au Bâtiment et Travaux Publics. Autre question ?

Question de la salle

Oui, pour Jean-Luc Dumont. Tout à l'heure on a parlé de surcoûts et on a dit que les surcoûts pouvaient aller un peu au-delà des coûts variables. Là, on a parlé des coûts érudables, on va retirer du chiffre d'affaires les coûts érudables pour calculer la marge perdue. Est-ce qu'il ne serait pas normal qu'il y ait une certaine cohérence entre les coûts érudables et les surcoûts ? C'est-à-dire que l'on retienne la même nature de coûts, quand on dit on a eu des coûts supplémentaires ou des coûts érudables. En tout cas, ce serait plus simple.

Jean-Luc Dumont

Je ne vois pas bien le distinguo entre surcoût et coût érudable. Je suis d'accord pour retenir que ce soit cohérent.

Question de la salle

Quelquefois dans les surcoûts on met telle nature de coût qui va un peu au-delà des coûts variables. Quand vous mettez des coûts érudables en disant que ce sont des coûts qu'on n'aurait pas eus si on n'avait pas eu de chiffre d'affaires, ne faut-il pas être homogène ?

Jean-Luc Dumont

Au cas particulier, non, parce que a posteriori on est la contrepartie d'un gain manqué. Donc ce sont les coûts qui ont été effectivement économisés dans la mesure où le chef d'entreprise a eu un comportement prudent et avisé, c'est-à-dire qu'il a pris des mesures normales pour ne pas laisser courir des frais fixes, des frais de bureau d'études, etc... Au cas particulier, on n'avait pas beaucoup de points puisqu'on était en perte marginale de production, donc tout fonctionnait comme avant. Dans notre cas, l'analyse doit porter sur les coûts qui ont été effectivement économisés, sous réserve que le chef d'entreprise ait eu un comportement de chef d'entreprise prudent et avisé. Je crois qu'il n'y a pas forcément de corrélation entre la perte de gain et le préjudice que tu chiffrais tout à l'heure.

Monsieur Guibert
Expert financier

Je me demande si on n'est pas en train de revenir, en rebondissant sur le commentaire de notre ami avocat, sur la problématique de l'obligation de moyens et l'obligation de résultats, et répondre a priori sur cette notion d'obligation de moyens / obligation de résultat. S'il n'y a pas d'obligation de résultat, il n'y a pas de préjudice. Il y a bien une obligation de moyens qui a été répondeuse puisqu'on a fabriqué des wagons avec des essieux qui roulent et par conséquent les moyens ont été donnés de telle façon qu'on puisse transporter 4 containers au lieu de 2, et s'il y a une obligation de résultat en revanche il y a peut être à ce moment-là un manque à gagner par rapport au résultat. Dès lors que l'obligation de résultat n'est pas contractuelle, je ne vois pas où est le préjudice.

Bernard Drouin

Je souligne que même s'il y a une obligation de résultat, on ne sait pas physiquement quel est le taux de changement d'essieux qui n'est pas le même, qui devrait être le bon taux.

Monsieur Guibert
Expert financier

Sauf qu'une obligation de résultat se valorise contractuellement dans un contrat. Et donc tant qu'on n'a pas valorisé par écrit les obligations de résultat, je ne vois pas comment nous pouvons nous substituer au contrat pour valoriser cette obligation.

Alain Martin

Merci à tous trois. Je crois que nous allons passer au cas suivant. C'est Alain Karleskind, ingénieur diplômé de l'Ecole Supérieure d'Agronomie Africaine, de l'Ecole Supérieure d'Application des Corps gras, Docteur de l'Université de Paris en Chimie, dont la spécialité est la Chimie industrielle organique ou minérale, qui voit ses applications en alimentation, en pharmacie, dans l'industrie, les peintures, les solvants et l'environnement. qui va nous exposer le point de vue du technicien. Il est aussi président de la Compagnie des Ingénieurs Experts de Paris après avoir été un des brillants membres du Bureau de la CNIDECA.

Alain Karleskind

Je vais vous traiter d'un problème de plomberie. En fait, non, non, non ! Je vais vous traiter d'un problème de chimie ; parce que de la plomberie on passe maintenant fréquemment au domaine de la chimie.

Déficience lors de l'installation et perte de chance

**Présentation de Monsieur Alain KARLESKIND
Président de la C.I.E.P.**

Le sujet qu'il m'a été donné de traiter porte sur un problème de plomberie.

Il me conduit, en préambule, à formuler deux remarques rapides :

- une de caractère sémantique ;*
- l'autre, sur les rubriques expertales.*

plomberie

Ce terme - définissant l'industrie de la fabrication des objets en plomb et par extension les travaux de tuyauteries, dont de distribution d'eau - est une bonne image de la permanence du passé.

En effet, il n'est plus réalisé depuis longtemps de canalisation de distribution d'eau en plomb susceptible d'initier des plombémies. Ces dernières par des intoxications chroniques, notamment chez des enfants, ont été identifiées pouvoir provoquer des retards de développement intellectuels et donc aussi des pertes de chance « mon enfant aurait pu être polytechnicien ». Ce sujet particulier - existant - ne constitue cependant pas l'objet de mon exposé, pas davantage celui de considérer que tous les polytechniciens, notamment ceux présents dans cette salle, ont été abreuvés dès leur enfance avec de l'eau minérale et continuent à en boire.

Mon objet sur ce point est de faire part d'une réflexion :

- le terme « plomberie » est à juste titre chargé d'une connotation dangereuse mais surtout aujourd'hui il est inadapté pour traiter de la distribution d'eau ;*
- faut-il parler de tuyauteur ? Le terme existe. Il fait néanmoins un peu turfiste ou délit d'initié. Il pourrait être parlé de génie sanitaire.*

Je vous laisse la libre réflexion. Ce n'est en fait pas un problème d'Expert mais de chambre syndicale.

RUBRIQUE EXPERTALE

Le problème de l'exemple que je vais donner relève de la distribution de fluide, d'eau froide et chaude sanitaire et donc au regard de la terminologie ci-dessus évoquée de plomberie.

Il est aussi un exemple de l'évolution des matériaux dans l'industrie du bâtiment.

Mais, il est aussi un exemple alors que la nouvelle organisation des rubriques expertales est assez verticale, de l'existence d'une nécessaire organisation transversale car le problème à l'origine du litige n'est pas, comme une première approche permettait de l'envisager du domaine de l'installation mais de celui du produit et plus précisément de ses matériaux de constitution et donc de la chimie.

L'EXEMPLE OBJET DE MON EXPOSE

LES FAITS

Malgré l'existence des règles d'assurance qualité, de la conscience professionnelle, mais aussi compte tenu du départ évident des compétences de certaines des entreprises, du coût du bel ouvrage et de celui de la main d'œuvre, notamment spécialisée, il est de plus en plus difficile de disposer d'installations sanitaires :

- parfaitement alignées ;
- bien coudées et ajustées .

Une entreprise a eu l'idée il y a quelques années (25 ans) de proposer, des raccords permettant une jonction souple entre l'alimentation générale des immeubles et habitations et les installations sanitaires, libérant ainsi des contraintes d'alignement, d'ajustement.

LE PRODUIT

Le produit :

- relevant d'un procédé breveté ;
- bénéficiant d'un avis technique du CSTB datant de 1974, et donc ayant fait l'objet d'essais mécaniques, de vieillissement ... ;

constitue un tuyau flexible de raccordement :

- de dimension
- de diamètre

variables, préfabriqué.

Il est à base :

- d'un tube en caoutchouc d'une épaisseur de 4 mm assurant le transport du fluide (étanchéité) ;
- d'une tresse métallique assurant la solidité (résistance à la pression) ;
- de raccord fileté sous la forme d'embouts sertis.

L'entreprise pour le fabriquer achète le tube de caoutchouc et assure :

- la fabrication de la tresse autour du tuyau de caoutchouc ;
- le sertissage des raccords sur l'ensemble du tuyau protégé.

L'idée a été envisagée, outre son emploi en plomberie avoir d'autres applications dans le génie climatique et le chauffage, y compris dans le chauffage solaire.

Dans le droit fil de l'exploitation de ce concept correspondant à la disposition d'un matériau conciliant, à l'origine axée sur une simplification du travail, cette société a eu l'idée de le promouvoir comme un outil de parade, voire de remèdes aux conséquences de certaines grandes catastrophes naturelles et de leurs effets, dont ceux des séismes.

L'immeuble, les murs se fissureront peut-être mais la liaison souple de la jonction des sanitaires à la distribution générale restera.

Forte de cette idée, l'entreprise part vers la gloire au pays du soleil levant.

Elle dispose d'un contrat - suite à une exposition au Japon en 1984 - avec un promoteur immobilier. Après des essais (d'une durée de six mois), elle fait l'objet d'un référencement, par recommandation auprès de cinq installateurs. Plusieurs centaines de flexibles sont ainsi montés dans les salles d'eau d'une centaine d'habitations.

L'entreprise approvisionne le tuyau de caoutchouc auprès d'un manufacturier réalisant dans le cadre de relations existantes depuis 1975 :

- la préparation du mélange des constituants ;
- la vulcanisation avec un peroxyde au cours des opérations de mélange ;
- la production du caoutchouc
- et le façonnage des tuyaux par extrusion fabriqué sous la forme de couronne de différents diamètres et de différentes longueurs.

Le mélange comporte un élastomère du type d'un caoutchouc de synthèse à base d'EPDM (éthylène propylène diène monomère) et des charges (noir de carbone, oxyde de zinc ...) de nature usuelle. L'élastomère et la formule du mélange sont fournis par un industriel de la chimie des polymères.

Le raccord flexible doit répondre à des spécifications :

- mécaniques et dimensionnelles;
- d'usage : température, de pression relevant en France des indications du DTU 60.1 soit une température de 60°C sous une pression de 1,8 bar, correspondant à des conditions un peu moins sévères que celles préconisées au Japon : 60 à 80°C sous 5 bars ;
- d'alimentarité.

Cette dernière particularité correspond à l'aptitude du produit et du caoutchouc en particulier, à ne pas atteindre aux qualités organoleptiques, chimiques de l'eau transportée et relève de la constitution (des éléments) de la formule.

Sur ce point, le Japon dispose d'une réglementation particulière (JWWA – Japan Workers Water Association) dont un test dit au permanganate.

L'adaptation de la formule à cette dernière exigence pour des problèmes de transmissions d'information, d'examen et d'agrément des échantillons a été lente.

LES DESORDRES

Les désordres ont été constatés en 1986, dans les quatre mois ayant suivi l'installation des raccords flexibles. Ils ont concerné environ deux cents raccords installés sur les six / sept cents alors installés.

Les désordres relèvent de l'effet dit du noyau de cerise et du syndrome de l'éruclation, inopinée et incontrôlée, en un mot, suite à ces images, physiquement d'un fluage.

Dans les faits, ce fluage s'est traduit par l'observation :

- de défauts d'aspect ; le caoutchouc migrant entre les éléments de la tresse ;
- de défauts d'étanchéité se produisant en plusieurs stades au niveau des embouts sous la forme :
 - ✓ de suintement, de fuites légères ;
 - ✓ de fuites drastiques, suite au dégagement - déboîtement - du tuyau de son embout.

Ces fuites ont initié des dégâts d'eau et ont conduit au changement des raccords flexibles.

LA CAUSE DES DESORDRES

Si l'étude des fabrications pour le Japon a démarré en 1981, ce n'est qu'en 1984 que l'homologation a été obtenue, la formule définitivement conçue et la production démarrée en 1985.

Elle s'est traduite par l'emploi d'un élastomère du même type et de la même origine, que celui prévu au départ, cependant d'un grade différent pour satisfaire aux exigences spécifiques d'alimentarité.

Mais la réalisation des opérations de fabrication et plus précisément de sertissage avec cet autre élastomère s'avérant plus difficile, il a été procédé par le manufacturier à une modification d'un additif de plastification, par remplacement d'une huile de vaseline par une cire de polyéthylène.

Cette modification s'est faite sans essai de convenance significatif : les essais ayant été réalisés à la température ambiante au lieu de la température d'usage de l'ordre de 80°C.

Compte tenu des recommandations d'exécution drastiques des mesures d'instruction de Monsieur le Président chargé du contrôles des Expertises au Tribunal de Commerce, la Mission pour sa partie technique pouvait être considérée terminée.

Néanmoins, l'Expert technique a eu à démontrer la cause certaine des désordres.

La démonstration de la cause des désordres s'est avérée assez lourde et a nécessité :

- afin de confirmer l'hypothèse d'une mauvaise formule, la fabrication de plusieurs types de caoutchouc chez le manufacturier (préparation et réalisation des mélanges, vulcanisation et formage des tubes) et ensuite la fabrication de raccords flexibles ;
- afin de reproduire les désordres à partir des échantillons fabriqués et prélevés lors des opérations d'Expertise, en particulier au Japon, la réalisation d'un banc d'essai

et d'entreprendre d'une part des essais conduits dans les conditions normales d'usage et dans des conditions accélérées et d'autre part des analyses afin d'identifier dans les raccords défailants la présence de l'élastomère et du lubrifiant coupables.

L'exécution proprement dite de la mission

L'exécution de la Mission dans son interface technico-économique, en particulier pour sa partie traitant de la constatation des désordres, a conduit à un déplacement sur les lieux au Japon.

Il doit être noté un certain nombre de points généraux et particuliers ayant trait, à l'époque, à cette partie du litige :

- la nature du produit a priori particulièrement adapté aux besoins locaux de matériaux antisismiques mais en fait s'étant révélé plus intéressant pour des problèmes de qualité et de coût de main d'oeuvre ;
- le caractère spécial des marchés au Japon, il y a 15 / 20 ans, généralement assez fermés :

- le Japon exportant déjà des motos en utilisait peu ;
- le Japon exportant des machines à calculer mais établissant les notes d'hôtel dans le Japon profond avec des bouliers chinois ;
- le caractère étonnant du contexte de la firme japonaise, importatrice des tuyauteries, objet de désordres, qui était exceptionnellement dirigée par une femme.

Et tout ceci indépendamment du caractère folklorique du déroulement contradictoire de l'Expertise - constituant un souvenir assez impérissable - conduisant à voir l'irruption dans les habitations japonaises (de petites dimensions) des Experts, des représentants des Parties, soit une douzaine de personnes, pour certains du format du Président de la CNIDECA, tous en chaussettes, s'introduisant laborieusement dans les salles d'eau pour s'agenouiller péniblement sous le lavabo (installé plus bas que nos propres sanitaires), sous les yeux ébahis des propriétaires en kimono, animé d'un mouvement permanent de salutations.

PRODUIT

- Procédé de fabrication breveté
- Bénéficiant d'un avis technique
- Conformité en France au DTU 60-1 (60°C - 1,8 bars)

➤ TUYAUTERIE FLEXIBLE DE RACCORDEMENT

<i>Descriptions</i>		<i>Fonctions</i>
▫ Un tuyau de caoutchouc ⁽¹⁾	- ➔	Etanchéité
▫ Une tresse métallique ⁽²⁾	- ➔	Mécanique
▫ Des embouts sertis avec raccord ⁽³⁾	- ➔	Liaison / montage

(1) approvisionné

(2) et (3) fabriqué

AVANTAGES : MATERIAU « CONCILIAANT »

Flexibilité	➔	Absence de contrainte (d'alignement)
	➔	Anti-sismique
	➔	Peu de main d'œuvre
Facilité de mise en place	➔	Pas de main d'œuvre qualifiée

USAGES

Distribution d'eaux froides et chaudes sanitaires

▫ Circuits :

- ✓ chauffage
- ✓ refroidissement
- ✓ chauffage solaire

➤ **L 'OBJECTIF**

▫ **Création d'un marché japonais**

➤ **CONCRETISATION**

▫ **Création d'une filiale**

▫ **Ouverture sur un marché difficile :**

- **Participation à une exposition en 1984**
- **Contacts avec un constructeur/promoteur immobilier japonais en 1985 :**
 - ✓ **10 / 12ème du marché de l'immobilier**
 - ✓ **1000 habitations / an (individuelle / collective)**

* 2/4 flexibles par habitation

- **Référencements chez cinq installateurs 1985 :**

- ✓ **Salle de bains**
- ✓ **Cuisine pré-montée**
- ✓ **100 habitations installées***
- ✓ **7000 flexibles livrés**

LE TUBE CAOUTCHOUC

- **Une formule (recette) du** —————> **Fournisseur d'élastomère**

✓ **composition :**

- **un élastomère**
- **des charges : noir carbone, oxyde de zinc...**
- **des additifs dont un lubrifiant**

✓ **spécifications :**

- **aptitude à délivrer un produit alimentaire spécifique à la réglementation japonaise (JWWA)**
- **caractéristiques mécaniques**

- **Une fabrication du** —————> **Manufacturier**
(mélange, formage, vulcanisation)

LES DESORDRES

▫ Nature :

- ✓ Dessertissage (Dégagement de l'embout)
- ✓ Exudation (Suintage du caoutchouc dans la tresse)

} FLUAGE

▫ Motifs du fluage :

- ✓ Perte de résistance du matériau
- ✓ Incidence de la température, de la pression, du temps

▫ Effets :

- ✓ Perte d'étanchéité, fuites, dégâts d'eau
- ✓ Remplacement

CAUSE DES DESORDRES

- Lente et épisodique mise au point d'une formule afin de respecter la législation alimentaire japonaise
- Modification de deux éléments de la formule
 - ✓ élastomère
 - ✓ agent de lubrification
- Absence de contrôle

Alain Martin

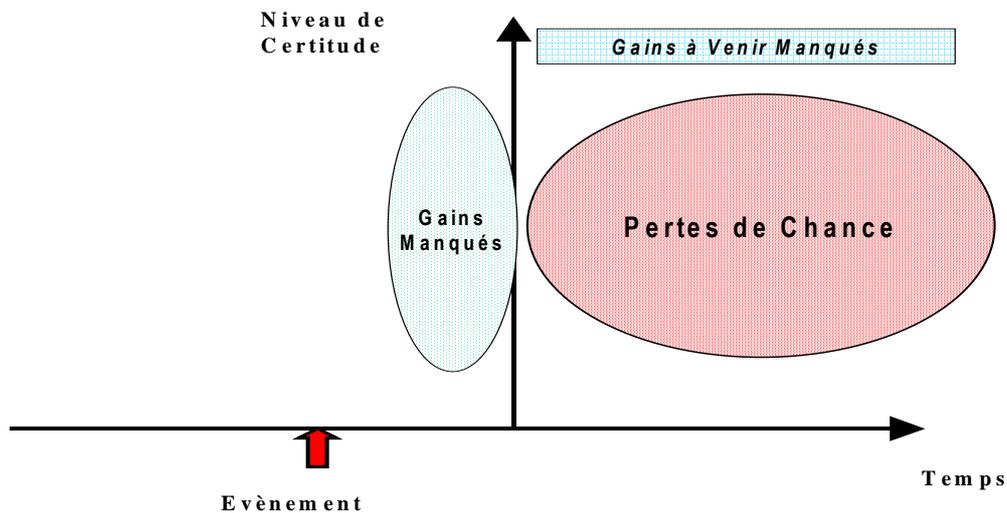
Maintenant, c'est donc Jean-Yves Rostoker qui va prendre la parole. JYR est diplômé de SupdeCo, un diplôme d'études comptable supérieur et surtout un MBA de Columbia University de New York. Jean-Yves est secrétaire général de la Compagnie Nationale des Experts en Gestion et je voudrais d'abord, en fonction de votre degré d'appréciation de la qualité de la logistique, que vous l'applaudissiez, car c'est lui qui a tout organisé et en particulier toute la logistique de notre colloque .

Déficience lors de l'installation et perte de chance

Présentation de Monsieur Jean-Yves ROSTOKER Expert judiciaire

Merci, Alain, de cet exposé limpide qui me laisse maintenant devant la question clé : Combien ?
Préalablement, je rappelle que nous sommes dans le domaine des préjudices industriels.

Le schéma simplifié ci-après nous permet de poser le problème. Il montre le type de préjudice en fonction de l'échelle des temps et du niveau de certitude.



Les désordres sont survenus à l'instant T. Nous sommes plusieurs mois plus tard. L'entreprise a déjà supporté les premières conséquences de la situation et a pris un certain nombre de décisions. Cela se situe dans le cadre du passé et, donc, des certitudes.

La société a déjà perdu du chiffre d'affaires, des marges et un bénéfice dont le montant est incertain. Ce sont les gains manqués déjà étudiés.

L'entreprise a consacré ses ressources, son savoir-faire pour réaliser une véritable implantation, développer un volume d'affaires, prendre une place sur le marché et en retirer des bénéfices substantiels.

Ceux-ci sont bien évidemment aléatoires, incertains dans le temps, incertains dans le quantum et constituent la perte de chance .

Le préjudice à estimer a son origine dans le volume d'affaires non réalisable mais s'exprimera soit en terme de bénéfices soit en terme de flux de trésorerie perdus. L'incertitude s'étend donc aussi à la capacité bénéficiaire de l'opération.

Voilà donc posé le problème de fond

Un préjudice économique important et réel, dont les données quantifiées sont incertaines, combiné à de l'aléatoire dans une période future.

Revenons maintenant à nos apprentis samourais.

Une PME dynamique, spécialisée sur son marché depuis plus de 20 ans, qui connaît et maîtrise son produit. Depuis plus de 15 ans, elle exporte en Belgique tout d'abord, - plus facile à comprendre que le Japonais -, en Allemagne et, depuis 8 ans, elle a implanté une filiale en *joint venture* aux Etats-Unis, qui intègre maintenant une unité de production.

Comme les vraies *success stories* sont rarement parfaites, la recette n'a pas bien fonctionné en Angleterre ni en Italie.

L'étude des notes internes de l'entreprise et des comptes rendus de voyages, sont significatifs de la qualité de l'analyse stratégique faite par la société et de l'adéquation de son produit aux besoins du marché japonais.

Ils ont été brièvement cités tout à l'heure par Alain Karleskind.

Flexibilité, facilité de mise en place, produits antisismiques et enfin une étude du marché prometteuse peuvent rendre euphorique tout industriel français.

Les chiffres sont éloquentes :

1,5 million de logements tous les ans,
100.000 maisons individuelles,
128 millions de m² résidentiels,

sans compter les locaux commerciaux et industriels,
C'est un vrai *jack pot*.

Aucun produit similaire n'est actuellement présent sur le marché, excepté un flexible pour chaudières, peu installé en raison de son prix très élevé.

Le produit est protégé par un brevet, a obtenu l'homologation nécessaire et bénéficie donc d'une certaine prime d'innovation pour pénétrer ce marché, réputé difficile, avant d'être éventuellement copié.

Tels sont les premiers ingrédients à analyser et qui montrent l'existence d'une situation favorable et donc d'une chance.

Faut-il encore, comme l'exigent à juste titre les arrêts de la Cour de cassation, que ces chances soient caractérisées comme "réelles et sérieuses" ?

Pour ce faire, il nous faut déterminer quels sont les facteurs clés de succès pour réaliser un tel projet et savoir si l'entreprise maîtrise ou dispose de ces facteurs clés.

Il s'agit d'une analyse stratégique relativement classique pour apprécier les forces et faiblesses de l'entreprise, sa capacité à intégrer sa courbe d'expérience, l'adéquation du produit au marché, et la faire porter sur les principaux domaines de l'entreprise, commerciaux, financiers, techniques et humains.

Il ne s'agit pas en expertise judiciaire de faire concurrence à des firmes comme McKinsey ou Boston Consulting Group, et cette analyse doit se limiter aux besoins de la mission.

Elle est indispensable, même de façon succincte, pour apprécier et caractériser la perte de chance, mais également son amplitude, dont pourront alors être déduites les limites dans lesquelles va se situer le préjudice.

Dans ce domaine industriel, la parfaite collaboration entre l'expertise technique et économique s'impose.

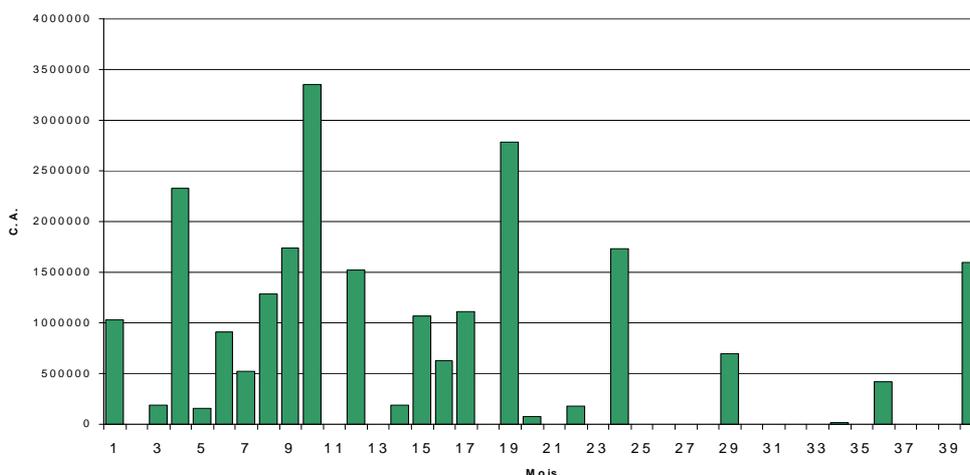
Retournons donc maintenant au pays du Soleil Levant et à notre étude de cas pour noter la présence de plusieurs de ces facteurs clés positifs.

- Lors des salons professionnels et des visites sur place, le produit a suscité un intérêt certain et il est bien sûr homologué.
- La société a prouvé par son implantation aux États-Unis sa capacité à s'adapter à un environnement différent et à des marchés qui ont leurs propres règles et habitudes.
- Le marché japonais n'est pas hermétique puisque trois autres PME dans des domaines similaires y sont déjà distribuées.
- Un fabricant et distributeur japonais, de taille comparable à la société française, est prêt à s'associer dans une *joint venture* et son produit, le robinet, est complémentaire.
- Enfin, la stratégie d'implantation d'une filiale de distribution en partenariat, devant être transformée en unité de fabrication, est valable puisque cette approche est une réussite sur le continent américain.

Cette étape nous a permis donc de valider et de caractériser la perte de chance, mais également d'en définir certaines limites, liées entre autres à la taille du distributeur japonais, sa part de marché et les ressources des deux partenaires.

L'implantation au Japon va fonctionner pendant plusieurs mois, comme l'indiquent les chiffres d'affaires mensuels en progression, jusqu'au moment où vont apparaître les premiers désordres.

CA distributeur Japonais - Par Mois



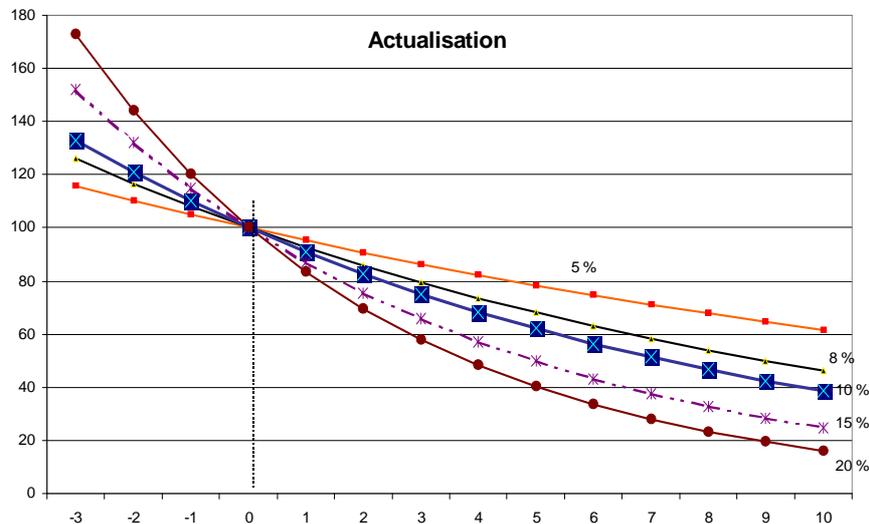
La perte de chance est donc bien réelle et parfaitement caractérisée.

Pour notre exemple, deux cas de figure pourraient se présenter.

L'entreprise, devant les difficultés commerciales et leurs conséquences économiques, décide de se retirer définitivement de ce marché. Son préjudice repose sur les investissements réalisés et, d'autre part, sur les bénéfices escomptés, en y intégrant le facteur temps.

Il n'est pas inutile ici de rappeler l'importance du facteur temps dans l'évaluation du préjudice. Le tableau ci-joint montre qu'un bénéfice de 100, actualisé à 10% dans un horizon de 5 ans ne vaut plus que 60.

De fait, le choix du ou des taux d'actualisation, taux de rentabilité interne de l'entreprise ou taux des marchés, aura un impact important sur le montant du préjudice.



Pour l'entreprise, le choix stratégique de retrait définitif serait significatif d'une faiblesse ou d'un manque de cohérence à long terme de sa stratégie, et donnerait éventuellement matière à prendre cette faiblesse comme un facteur de réduction du montant du préjudice.

En réalité, l'entreprise a géré sa crise, confirmé ses choix, réclamant la durée - 6 à 8 ans - pour retrouver sa position sur le marché.

Cette décision met en lumière trois éléments clés.

La capacité de l'entreprise à vouloir gérer la crise, à ne pas considérer le désordre comme une fatalité ... et en demandant aux autres d'en payer le prix.

En second, ce choix confirme la cohérence de la stratégie et crédibilise la demande même si, en d'autres circonstances ou d'autres technologies, on pourrait considérer cela comme de l'entêtement.

En troisième lieu, il ne s'agit plus d'une demande de préjudice floue avec une combinaison de plusieurs facteurs aléatoires, puisqu'on se rapproche d'une situation de "gain manqué", **mais dans le futur.**

Dans notre étude, quatre types de préjudices seront allégués.

- Les pertes subies, remplacements de flexibles, etc...
- Les surcoûts, induits par une nouvelle homologation, la relance commerciale, l'augmentation de capital de la filiale,
- une perte d'image,
- et – bien évidemment – la perte de chance réduite à 16 millions de francs.

Après élimination de certains coûts enregistrés en France et au Japon, et en considérant que les surcoûts induits comme globalisés et intégrés dans la perte de chance, une première partie de préjudice sera limitée à un montant proche d'un million de francs.

La perte de chance, elle, va se déduire dans son principe le plus simple par la différence à un horizon déterminé, 8 à 10 ans, entre deux situations futures, celle avec désordre et celle sans désordre.

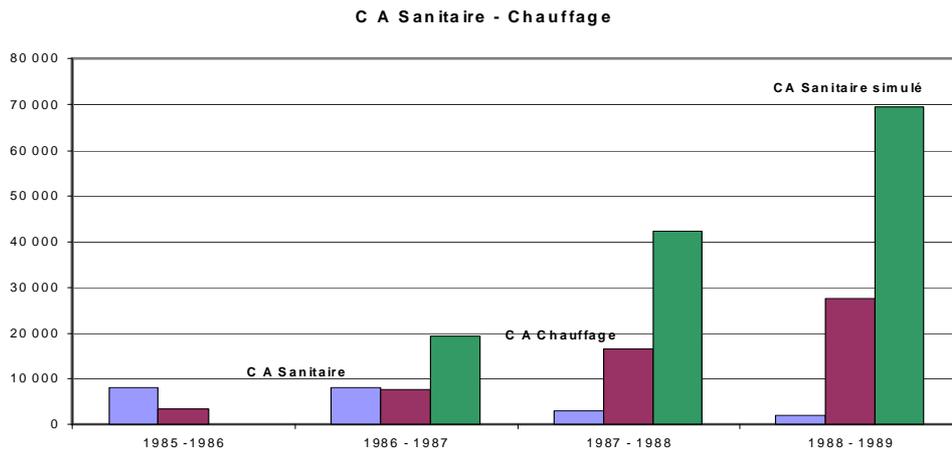
Nous sommes donc dans un domaine d'estimation prévisionnelle ou de *business plan* classique, et retrouvons alors des notions qui nous sont familières :

- chiffre d'affaires,
- marge,
- coût variable,
- investissement complémentaire et ... bénéfice.

Avec une marge d'erreur réaliste, une partie importante de ces données peut être extrapolée de l'existant, telle que les taux de marge ou les coûts commerciaux, par exemple. Certaines de ces données sont des variables indépendantes – le chiffre d'affaires - et d'autres, les variables dépendantes – les coûts de distribution par exemple - qui se déduisent des premières

L'incertitude principale repose donc sur le chiffre d'affaires. Aucune règle générale ne peut s'appliquer et chaque cas est un cas d'espèce. En l'occurrence, nous pouvons disposer ici de deux éléments de référence.

Le premier concerne le Japon, où l'entreprise a attaqué le marché du sanitaire et du chauffage. Or les désordres ne concernent que le marché du sanitaire nous laissant comme "réfèrent" le taux de croissance du marché du chauffage.



La deuxième référence est la filiale américaine où, même si le marché est différent, l'évolution des taux de croissance et taux de marge peut servir pour établir un prévisionnel réaliste.

Le résultat de la société américaine indique des progressions de chiffre d'affaires stabilisées aux alentours de 30 % après la troisième année, des marges relativement stables et des pertes sur les trois premiers exercices correspondant au prix d'entrée sur le marché.

A partir de ces deux modèles, seront estimés les chiffres avec et sans désordre. Leur différence est une perte de chiffre d'affaires qui s'établit dans le temps et mérite pour notre évaluation d'être actualisée, ce qui en l'occurrence nous donne sur le tableau ci-joint une perte de 806 millions de yens de chiffre d'affaires actualisé.

Retraité par les coefficients de marge et des coûts prévisibles, on dégage ainsi l'estimation du bénéfice perdu. Ce bénéfice inclut cependant en partie des pertes qui ne sont pas dues directement au désordre, mais au coût du ticket d'entrée sur le marché japonais.

Ce coût sera estimé en comparaison avec l'implantation américaine qui a généré des pertes pendant ses trois premiers exercices. Nous pourrions ainsi en estimer le préjudice final.

La perte de chance s'est alors établie aux alentours de quelques millions de francs.

Dans ce cas une des dimensions de la part de chance a été occultée. C'est l'analyse de la probabilité de succès.

L'analyse des facteurs clés de réussite que nous avons ébauchée doit permettre de l'estimer et, dans notre cas, à considérer la perte comme quasi certaine.

En fait, les chances de succès sont la résultante de cette analyse des composantes ou des facteurs clés de succès, analyse qui pour chaque cas d'espèce sera différente.

Pour conclure, je voudrais simplement souligner quelques règles de bon sens utiles à notre démarche dans notre économie actuelle. L'un des rôles de l'expertise va être de déterminer et limiter le champ des incertitudes.

- Les taux de croissance mirifiques ne durent jamais ;
- Le résultat est toujours fonction d'investissements judicieux ;
- Une révolution technologique ne s'impose pas au marché en quelques mois ;
- La création ou le développement d'un chiffre d'affaires ou d'une activité a toujours pour corollaire des coûts additionnels.

Par contre, l'évolution technologique, la globalisation des marchés et le développement de la concurrence vont, sans nul doute, accroître les cas de perte de chance.

Alain Martin

Merci, Jean Yves.

Nous allons passer au cas suivant et accélérer le processus pour des raisons de temps.

Nous avons maintenant Bernard Denis-Laroque, ancien élève de l'Ecole Polytechnique, de l'Ecole Nationale Supérieure de Télécommunications, qui a fait le CPA, dont les spécialités sont la télécommunication, l'audiovisuel et la communication. Il va nous parler d'un cas un peu schématique de façon à ce nous puissions présenter rapidement les deux autres préjudices économiques et commerciaux.

Produits défectueux et préjudices commerciaux

Présentation de Monsieur Bernard DENIS-LAROQUE Expert judiciaire

J'ai anonymé la plupart des noms de sociétés parce que le cas est récent. Il s'agit d'Alcybiade.

Les différents noms et lieux ont été changés pour respecter la confidentialité.

Alcybiade, Société anonyme française (franco-américaine pour être précis), est un grand fabricant mondial de produits électroniques pour l'équipement des ménages et des téléviseurs de haut de gamme depuis 1990.

Depuis juillet 2000, elle commercialise une nouvelle famille de produits, la famille TO 3TV. Elle commercialise ces produits auprès de distributeurs dans le monde entier qui les vendent sous leur propre marque, ou sous la marque Alcybiade.

Le cœur du produit pour le traitement numérique d'image est un ASIC, circuit intégré à haut degré d'intégration, acheté à deux fournisseurs : ST Microelectronics et à sa filiale danoise, Alcybiade Micro-Systems (AMS). Cette dernière en sous-traite la fonderie à trois sous-traitants : un belge, Microcomposants NV et deux asiatiques, Tonkin (à Shenzhen) et S.O.R. (à Singapour)

Courant novembre 2000, des pannes ont été constatées au niveau de certains téléviseurs livrés à un distributeur Malais. Très rapidement, les mêmes dysfonctionnements sont apparus chez d'autres gros distributeurs de produits Alcybiade, notamment dans les Antilles françaises et en Amérique latine.

Un mois après les premiers problèmes, certains téléviseurs malais présentant des dysfonctionnements ont été retournés à la société Alcybiade afin que cette dernière puisse procéder à des analyses. Le résultat de ces analyses conclut à une défectuosité des ASICS fournis par AMS et fondus par Tonkin, à Shenzhen.

L'expertise judiciaire a fait apparaître que le défaut de l'ASIC résultait d'un concours de circonstances improbable.

Rappelons rapidement ce qu'est un ASIC : c'est un composant carré de quelques millimètres sur lequel sont implantés des centaines de milliers de transistors à raison de trois par micron environ. Au-dessus de ces transistors se trouvent des éléments métalliques qui assurent les connexions entre eux et avec le monde extérieur. Cela ressemble à des circuits imprimés multicouches, en beaucoup plus petit. Il y a cinq à vingt couches de connexions métalliques séparées entre elles par des couches de diélectrique.

La fabrication de ces choses est délicate. Le marché très concurrentiel tire les prix vers le bas et conduit les « fondeurs » -c'est ainsi qu'ils s'appellent- à une innovation technique permanente. D'où une forte concurrence, et une séparation entre le métier de fondeur et celui de concepteur et de fabricant de micro-composants.

Tonkin utilise comme diélectrique pour séparer les différentes couches métalliques un nouveau polymère inventé par Dow Corning à faible constante diélectrique. Ce polymère, facile à mettre en œuvre a à peu près toutes les qualités. Mais il a un défaut, théoriquement pas dramatique, il a tendance à fixer l'humidité dans certaines conditions.

Ce diélectrique Dow Corning est employé par Tonkin pour séparer les unes des autres les couches métal, celles de circuiterie,. Ce procédé est extrêmement performant mais il n'est qualifié que pour des ASICS purement numériques.

En effet, sous l'effet de la température et de l'humidité sa constante diélectrique augmente fortement. Ce diélectrique intermétal n'est pas la partie noble de l'ASIC, qui est plutôt le substrat de silicium dopé qui contient les transistors eux-mêmes. De ce fait, les concepteurs d'ASICS ont un peu tendance à le considérer comme un simple isolant et à ne considérer que ses caractéristiques dimensionnelles (précision de l'épaisseur de la couche) au détriment de ses caractéristiques électriques fines comme sa permittivité. Or c'est cette permittivité qui varie avec l'humidité

Cela n'avait apparemment pas d'importance parce que ce milieu ne fixe pas les molécules d'eau quand il est à une température inférieure à une trentaine de degrés, et il a la propriété intéressante de ressuer les molécules d'eau dès qu'il est porté à une température de 80°C, température qu'un ASIC normal dépasse largement en fonctionnement. Donc, si le téléviseur fonctionne régulièrement et dans des conditions standard, l'ASIC fixe peu de molécules d'eau et les éjecte dès qu'il est mis en fonctionnement, parce qu'il chauffe. Mais quand on est en pays tropical (température et hygrométrie ambiantes élevées), le diélectrique de l'ASIC se charge plus vite de plus d'humidité et l'ASIC sort des tolérances. Quand on allume alors le téléviseur, le dysfonctionnement de l'ASIC est détecté et le téléviseur s'éteint aussitôt. L'ASIC ne monte donc pas en température.

Quand le diélectrique a une constante trop élevée, il rend le circuit trop lent pour lui permettre d'effectuer les opérations de traitement du signal vidéo à la cadence imposée par l'horloge du téléviseur.

Le dysfonctionnement est donc apparu en premier en Malaisie, pays tropical s'il en fut, puis dans les DOM-TOM français, où Alcybiade fait de gros chiffres d'affaires, mais il a progressivement gagné tous les pays, y compris d'Europe du nord.

La variation des temps de propagation des signaux au sein de l'ASIC désorganise son fonctionnement. On voit un événement postérieur se produire avant un événement qui aurait dû lui être antérieur. Pour parler shadok, en attendant plus longtemps on voit arriver un événement qui s'est produit plus tôt que si on l'avait attendu moins longtemps... Ce qui est évidemment très ennuyeux.

La société Alcybiade a fait évaluer son préjudice comme suit.

Les appareils TO3TV Tonkin, comme les appelle Alcybiade, doivent être réparés pour échanger la carte de circuit imprimé supportant cet ASIC Tonkin par une carte équipée d'un ASIC d'une autre provenance.

Le nombre d'ASICs Tonkin livrés a été de 1 320 676 (relevé des factures) entre le 20 septembre 2000 et le 29 novembre 2000.

C'est à la mi-novembre 2000 qu'Alcybiade a cessé d'installer les ASICs Tonkin dans les téléviseurs TO3TV.

107 464 composants non encore montés dans des téléviseurs ont été renvoyés à Alcybiade Micro-Systems.

Les autres composants ($1\ 320\ 676 - 107\ 464 = 1\ 213\ 212$) étaient montés sur des téléviseurs qui étaient alors :

- En stock chez Alcybiade
- En stock chez les distributeurs
- En service chez les utilisateurs finaux.

Alcybiade possède deux usines où peuvent être faites les modifications :

- Angers
- Hagondange,

étant ici précisé que l'usine d'Angers a été vendue au groupe Philips le 1^{er} juillet 2001.

Pour savoir si un téléviseur était équipé d'un ASIC Tonkin ou non, Alcybiade a mis en place des tests électriques à Angers. Le coût a été estimé au temps passé par les personnels correspondants. 1 555 400 téléviseurs ont subi le test. La durée du test a été mesurée à 45 secondes (0,0125 heure). Compte tenu des coûts horaires de l'usine d'Angers, ces vérifications ont coûté 2 999 978 Francs.

Mais ces tests, simples, se sont révélés inefficaces. Alcybiade a donc dû se résoudre à ouvrir tous les appareils et à changer ensuite l'ASIC s'il s'agissait d'un ASIC Tonkin (heureusement, c'est écrit dessus).

Ces tris ont été effectués à Angers (directement, puis, après la vente à Philips, sous-traités à cette dernière), chez Meissier, un autre sous-traitant d'Alcybiade, et à Hagondange. En tout, 2 285 177 téléviseurs ont été triés parmi lesquels 39 554 par Meissier, 523 123 à Hagondange, 1 173 469 par Alcybiade à Angers, 542 948 par Philips et 6 083 dont les documents disponibles ne permettent pas de savoir où ils ont été triés.

La méthode du produit du coût horaire par la durée unitaire du tri (47 mn 10'') conduit à évaluer le coût total du tri à 37 101 697 F.

Une fois les appareils triés, il a fallu remplacer l'ASIC Tonkin par un autre. On en a trouvé 243 545 dans les stocks d'Alcybiade. Le coût d'un ASIC est de 45,93 F. Le coût de la réparation (temps passé x nombre d'appareils) ressortait en moyenne à 30,59 F. Les changements d'ASIC ont donc représenté un coût de 18 636 063 F.

A cette époque, de nombreux distributeurs retournaient leurs stocks à Alcybiade suite aux défauts constatés. Ces stocks en retour ont fait l'objet d'une procédure de tri identique. D'autres ont été traités directement par les distributeurs ou leurs sous-traitants.

Nous n'entrerons pas dans les détails, fastidieux, parce qu'ils concernent chaque distributeur individuellement. Au total :

Tests électriques	1 019 812
Retours de stocks	22 191 678
Echanges de produits	35 606 300
Indemnités contractuelles	9 353 736
Participations d'Alcybiade aux frais générés	<u>1 399 166</u>
	69 570 692

Enfin, les appareils déjà en service et retournés par les utilisateurs finaux.

La réparation doit être effectuée dans des centres agréés Alcybiade qui sont au nombre de 24 dans le monde 1 040 015 postes ont été retournés ou vont l'être (Alcybiade n'a pas procédé à un rappel systématique). L'évaluation est faite sur la base des factures de ces centres agréés

148,50 F de réparations et 59,10 F de frais de transport et de manutention.

Au total :

215 907 193 F.

Alcybiade excipe donc d'un préjudice de :

stocks d'Alcybiade	58 737 738	<u>F</u>
stocks des distributeurs	69 570 692 F	
retours sous garantie	<u>215 907 193 F</u>	
TOTAL des éléments matériels de préjudice direct	344 215 623 F	

Depuis cette date, Alcybiade a constaté une disparition quasi-totale de sa marque dans les produits vendus au client final dans les pays tropicaux et un net désintérêt du public pour sa marque dans les autres pays. En revanche, les produits vendus sous les marques de distributeurs n'ont apparemment pas été affectés.

Il apparaît également que les distributeurs qui vendaient Alcybiade sous leur marque propre ont majoritairement été compréhensifs puisque seuls 24% d'entre eux représentant 17% du chiffre d'affaires d'Alcybiade sous marque de distribution ont revu à la baisse, voire annulé le niveau de leur collaboration avec Alcybiade.

Alcybiade a fait ordonner une expertise limitée à la détermination de l'origine des désordres. Elle a annoncé en cours d'expertise son intention de solliciter une extension de la mission à l'évaluation du préjudice, mais n'a pas concrétisé cette intention.

Alain Martin

Merci, Bernard.

La parole est maintenant à Françoise Rausch

Françoise Rausch que beaucoup d'entre vous connaisse a une Maîtrise de Lettres, elle est diplômée de l'Institut de contrôle de gestion, elle a un certificat de marketing de Columbia University à New-York, diplômée de l'Institut des Hautes Finances. Elle est Présidente de la Compagnie Nationale des Experts Judiciaires en Gestion d'Entreprise.

Elle va nous présenter l'estimation de la perte de marché sur ce cas.

Produits défaillants et préjudices commerciaux

Présentation de Françoise RAUSCH Expert judiciaire en Gestion d'Entreprise

Le cas, présenté par Bernard Denis-Laroque, illustre parfaitement les conséquences pour une entreprise qui peut avoir la commercialisation d'un produit défectueux, que ce soit au niveau de sa présence sur le marché (atteinte à son Image de Marque, dégradation de ses parts de marché), qu'au niveau de sa croissance et de son développement.

1. L'évaluation d'éventuels préjudices subis par l'entreprise, notamment au niveau de l'évolution de sa position sur son marché, nécessite une approche économique et marketing, car elle suppose d'inscrire l'entreprise dans son environnement en analysant les événements et les résultats du passé, mais également en donnant son avis sur l'avenir.

Bien évidemment, cet avis aura un caractère plus aléatoire et incertain.

Cependant, je souhaite ici reprendre les propos du Président Draï, alors Premier président de la Cour de cassation, sur le devoir de l'Expert :

"Même lorsqu'il se trouve dans l'impossibilité de réunir des éléments de preuve totalement incontestables, l'expert se doit d'aider le Juge à prendre sa décision ; c'est en tant que spécialiste d'une profession qu'il est consulté, et c'est en cette qualité qu'il doit émettre son avis, tel que son expérience le lui suggère.

Néanmoins, dans une telle situation, le devoir de l'expert est d'exposer clairement et pas à pas le cheminement qui l'aura conduit à ses conclusions, de sorte que le Juge puisse participer au développement des raisonnements qui les justifient."

2. L'analyse de l'environnement économique et de ses perspectives, la définition du marché peut s'avérer une mission complexe.

Dans le cas présent, le marché pertinent concerne-t-il le marché global du téléphone ou, plus restrictivement, celui du téléphone portable ?

Une analyse fine du marché est extrêmement importante pour mesurer la performance du demandeur sur ledit marché.

On considère qu'appartiennent à un même marché les produits et ceux qui lui sont substituables pour satisfaire une même demande, et qu'il y a lieu de prendre en compte les éléments suivants pour définir ce qui est le marché pertinent :

- Analyse de la demande.
- Nature du produit ou de la prestation.
- Condition technique d'utilisation.
- Coût d'usage ou d'une disposition.
- Analyse des concurrents et de leur stratégie.

C'est une véritable étude marketing.

Considérant ce qui précède, nous pouvons, dans le cas Alcybiade, définir le marché comme pertinent, comme celui des téléphones portables exclusivement.

Un autre exemple de définition de marché est celui du traitement des produits amyliacés où le demandeur, pour calculer l'évolution de sa part de marché, excluait, sur certaines périodes, certains intervenants et voyait sa part de marché évoluer de façon négative entre 1998 et 1999, passant de 60,4 % à 5,6 %, ce qui lui permettait de justifier sa demande.

La réalité étant toute autre, puisque la société voyait sa position progresser de 18% sur la même période, et n'avait donc pas subi de détérioration suite au sinistre subi.

Nous pouvons le constater dans ce cas, la mission de l'Expert n'est pas seulement une analyse de données chiffrées, mais elle est surtout de comprendre l'activité du demandeur et de l'évolution de son marché. C'est une mission plus globale et synthétique.

3. La seconde étape nous conduira à analyser l'évolution de la position du demandeur sur son marché, en nous basant sur les éléments statistiques du passé, en appréciant la cohérence des objectifs de croissance par rapport aux résultats passés et aux stratégies de développement mises en place pour assurer sa progression.
4. Mais le point essentiel de cette étape est de déterminer si l'évolution négative de la position du demandeur ou son retrait du marché est directement la conséquence de la défaillance du produit ou si elle est liée à des éléments extérieurs. Il y a lieu de déterminer le caractère direct du préjudice.

La justification du lien de causalité est souvent complexe et demande des analyses exhaustives.

5. A titre d'exemple : un constructeur de matériels lance une nouvelle génération de machines en 1993, qui s'avère connaître des problèmes techniques. Il doit engager un lourd programme de modifications et de rappel qui entraîne une forte baisse de ses ventes dans les deux années qui suivent, car il rencontre également de grandes difficultés pour mettre le produit au point.

Au moment où il relance le produit, un nouveau concurrent arrive sur le marché avec un produit plus performant.

Il semble évident que pour les années 1994 / 1995, la baisse de part de marché est directement liée à la non performance du produit, mais qu'à partir de 1996, ce n'est plus le cas.

En effet, une analyse des concurrents nous a permis d'identifier un nouvel intervenant.

Le Demandeur n'a pu retrouver la position préalablement au lancement de produit considéré.

Il y a lieu de rechercher et de proposer au Magistrat des hypothèses de croissance, en l'absence d'un produit défaillant, mais en présence d'un nouvel intervenant sur le marché. Ce qui suppose, de la part de l'expert une approche prospective et nous sommes plutôt dans le domaine de la perte de chance où les estimations sont les demandes plus spéculatives.

Est-ce que la baisse de part de marché était inéluctable avec l'arrivée de ce nous concurrent ou non ?

6. Dans l'analyse de la demande de l'entreprise, il y a lieu de s'assurer que l'évaluation de préjudice, liée à la baisse d'activité ou perte de ventes, est cohérente avec les capacités de production de l'entreprise et les capacités d'absorption du marché.

Reprenons le cas de la société traitant les produits amylacés. Elle évaluait des volumes de pertes de vente qui n'étaient pas compatibles avec ses capacités de traitement et de production durant la période donnée.

En effet, pour réaliser les ventes telles que stipulées dans la demande, il était nécessaire de passer la production de 50 tonnes / h à plus de 60 tonnes / h (cadence jamais atteinte par l'usine de traitement).

7. La baisse d'activité et l'évolution des ventes ne sont pas nécessairement suffisante pour établir le préjudice.

C'est la perte de marge, liée à la baisse de volume, qui est à prendre en compte.

Cette approche peut être nuancée pour les activités qui reposent sur des technologies de pointe et qui ne sont pas immédiatement rentables.

En ce qui concerne le calcul du gain manqué, il y a jurisprudence constante de la Cour de cassation qui oblige à estimer ce qui aurait été gagné en l'absence de dommages. Ceci suppose une démarche spéculative, mais elle doit aboutir à des évaluations fiables.

L'évaluation de la perte de chance a, quant à elle, un caractère plus incertain, plus aléatoire.

En fait, l'évaluation de préjudice, liée à des baisses de parts de marché, est une mission complexe qui repose notamment sur :

- L'analyse objective des faits.
- L'appréciation de l'environnement économique actuel et futur.
- L'existence d'une relation causale entre le produit défectueux, le sinistre et le préjudice.
- L'identification de conséquences tangibles et chiffrables.

Préjudice commercial résultant de la perte de part de marché

UNE APPROCHE MARKETING ET ÉCONOMIQUE

Définir le marché pertinent

ANALYSE DE LA SUBSTITUABILITÉ

- ◆ Nature des produits ou prestations
- ◆ Conditions techniques d'utilisation
- ◆ Coût d'usage ou de mise à disposition
- ◆ Environnement réglementaire
- ◆ Qualification de la demande
- ◆ Stratégie des offreurs

Évaluer la baisse de part de marché

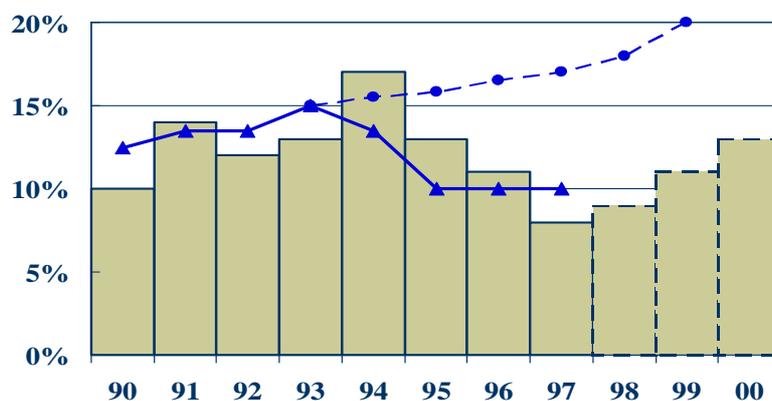
- ◆ L'analyse du passé
- ◆ L'appréciation des objectifs de croissance (si existants)
- ◆ L'évaluation de l'impact éventuel des parts de marché, de la perte de production, des annulations de commandes...

Donner les éléments d'appréciation sur les liens de causalité

IDENTIFIER SI DES ÉVÉNEMENTS EXTÉRIEURS ONT PU PERTURBER LE MARCHÉ

- ◆ Nouveau produit substituable
- ◆ Nouveau concurrent
- ◆ Défaillance dans le circuit de distribution du demandeur
- ◆ Changement du cadre réglementaire
- ◆ Caractérisation du prix
- ◆ Changement de stratégie des concurrents

Exemple



S'assurer de la cohérence entre la demande et les capacités de l'entreprise ou du marché

- ◆ Analyse de la demande en volume par rapport
 - ⇨ aux capacités de production de l'entreprise,
 - ⇨ aux capacités d'absorption du marché

Analyse du préjudice

- ◆ Évaluation de la perte de marge liée à la baisse de volume résultant de la perte de part de marché
 - ⇨ gain manqué
 - ⇨ perte de chance
- ◆ Analyse des coûts des actions commerciales pour recouvrer ses parts de marché.

Mission complexe

- ◆ Analyse objective des faits
- ◆ Appréciation de l'environnement économique
- ◆ Identification du lien de causalité
- ◆ Évaluation financière de la demande.

Alain Martin

On va passer maintenant la parole à Maurice Nussenbaum qui va conclure sur ce cas. Il va peut être nous décrire un peu comment il apprécie une atteinte à l'image de marque, qui est aussi un type de préjudice allégué assez souvent.

Produits défaillants et préjudices commerciaux

Présentation de Monsieur Maurice NUSSENBAUM

Je vais parler de l'atteinte à l'image de marque. J'aurais pu aussi bien parler de la valeur de la marque, car dans le cas que l'on a évoqué, on perd finalement à la fois la part de marché et la marque. Avant de parler de l'atteinte à l'image de marque, d'abord un petit rappel sur ce que c'est que la marque.

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)

Tableau de l'analyse stratégique (résumé)

SOURCES DE VALEUR	CRITERES
Valeur du marché	Croissance Volatilité Sensibilité
ST1	
Valeurs de marques (consommateur)	Notoriété Singularité Positivité
Position relative	Part de marché Résistance / concurrence Résistance / distributeurs
Leviers de la marque	Fidélité Déclinabilité Diversifiabilité Internationalité Séparabilité
Capacité de l'entreprise	Techniques Marketing Financières
Valeur de la marque ST2	

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 :

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 :

- ◆ Etudes parfois lourdes
- ◆ Hypothèses de développement parfois aléatoires

Peu applicable dans un contexte judiciaire

Evaluer les investissements en développement et en communication anéantis par le préjudice

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 en image.

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

- ◆ Mise au point du produit visé
- ◆ Dépenses de référencement
(amortis sur 10 ans) (grande distribution)
- ◆ Dépenses de publicité (sur 5 ans)

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

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

ATTENTION AUX EFFETS DE LA FISCALITE

L'indemnisation doit rétablir la victime dans la situation nette qui aurait été la sienne sans préjudice.

C'est pourquoi l'indemnité est le plus souvent calculée avant impôt dès lors qu'elle va être imposable chez la victime.

Mais il faut tenir compte de la fiscalité différentielle des flux de revenus et des moins values à long terme.

Alain Martin

Je voudrais d'abord que vous m'ôtiez un doute. Dans le cas présenté par Bernard Denis-Laroque, vous avez des téléviseurs vendus en Malaisie, qui d'un seul coup ne se sont plus du tout vendus. Il y a donc une perte de marché et une perte de marque, mais pas double emploi. Il y a une seule valorisation. Et en fait on pourrait dire que ou bien on définit la perte totale de la marque puisqu'on ne vend plus rien et que ça vaut un certain prix, ou bien on dit qu'on a perdu la totalité du marché, c'est la même chose et ça vaut le même prix. Au cas particulier, on ne vend plus un seul téléviseur en Malaisie, et ce qu'on appelle perte de marché ou perte de marque, c'est la même valeur de la déperdition du fait de ce marché ou de cette marque localement. Qu'en pensez vous ?

Maurice Nussenbaum

Oui, parce qu'il faut bien voir qu'une marque ne prend de valeur que par la part de marché. Donc, s'il n'y a plus de part de marché, il n'y a plus de valeur de marque. Mais, en même temps, il peut y avoir une distinction des deux. Par exemple, si l'entreprise continue de vendre des téléviseurs, mais sous des marques distributeur, elle ne perd pas complètement sa part de marché mais elle perd sa valeur de marque.

Jean Louis Foussé

Expert en gestion d'entreprise

On n'a pas différencié les pertes irrécupérables et définitives des pertes temporaires. Par exemple une marque, on peut peut-être la remonter, donc il ne doit pas y avoir forcément le même traitement.. Un choix de méthodologie est forcément nécessaire dans le calcul, parce que va-t-on jusqu'à l'infini sur 100 ans qui est la durée de vie de la société ?

Françoise Rausch

Mais il y a les surcoûts pour redresser.

Jean Louis Foussé

Oui, mais lorsqu'il n'est plus possible de redresser du tout ? Est - ce la mort totale de la marque ?

Maurice Nussenbaum

Quand ce n'est plus possible de redresser, c'est la mort totale de la marque

Question de la salle

Je voulais poser une question sur l'autre cas concernant la perte de chance. Comment peut-on prendre en compte l'évolution des technologies ? Parce que, par exemple, on a montré un tuyau qui est fait avec des tresses d'acier. Qui dit que dans 3 ans, c'est encore le même type de tuyau qui sera utilisé ou peut-être n'y aura-t-il plus du tout de marché pour ce type de tuyau ?

Françoise Rausch

Cet événement est lié à la maturité des produits, à l'arrivée de produits nouveaux et produits innovants. La perte de chance en dépend. C'est-à-dire que l'entreprise aura perdu une chance parce qu'affaiblie pendant une période où elle aurait pu, peut-être, développer ses parts de marché, ses volumes et son activité jusqu'à l'arrivée d'un produit plus innovant et là ...

Alain Karleskind

... pas forcément plus innovant, mais fabriqué comme il devait l'être, c'est-à-dire que l'incident a fait progresser la démarche technologique.

Alain Martin

On va s'arrêter là pour ce cas. J'invite Monsieur Marcel Angenault, président de la Compagnie des Experts près la Cour administrative d'appel de Paris, à nous rejoindre. Pierre Loeper, représentant Madame Berne Lamontagne nous fait part de son commentaire.

Pierre Loeper (pour Madame Berne Lamontagne)

Brièvement, étant donné l'heure, d'abord pour vous demander d'excuser Rolande Berne Lamontagne qui a dû partir et que je vais suppléer.

Il existe à notre avis un certain nombre d'avantages à une désignation d'un collège expertal par rapport à la désignation d'un expert avec sapiteur. Mais il existe peut-être aussi des inconvénients, et d'autres personnes plus qualifiées que moi pourront le dire autour de cette table. En ce qui concerne les parties, il peut être avantageux pour elles de connaître dès le début les experts qui seront en charge du dossier. Il va être aussi avantageux que, dès le début, ils rencontrent les experts d'assurance qui accompagnent le demandeur ou le défendeur. Plus généralement le défendeur, mais également le demandeur.

En ce qui concerne la procédure expertale et les délais, il peut être avantageux que les dossiers soient communiqués contradictoirement à tout le monde en même temps et éviter ainsi une deuxième communication aux experts économiques, s'ils sont désignés après les experts techniques. De même, les réunions d'expertise peuvent être communes. De plus, le demandeur peut être amené à formuler, quitte à le modifier ensuite mais plus rapidement et plus tôt dans l'expertise, sa demande financière. Enfin, par rapport à un sapiteur, les conclusions de l'expert financier co-expert seront discutées devant lui, sans nécessité d'être présentées par l'expert principal.

En ce qui concerne les experts, il est clair que notre responsabilité est plutôt plus forte quand nous sommes en collège expertal, mais les choses sont ainsi également plus claires et, en particulier, l'expert a une très bonne connaissance de sa mission. On peut imaginer enfin, et j'en termine par là parce que je m'avance sur un terrain qui n'est pas le nôtre, que pour le tribunal, la désignation directe d'un co-expert dès le début évite dans le futur de se poser le choix d'un sapiteur. D'autre part, il sera également plus facile pour le tribunal d'avoir des relations directes avec deux experts, tant en terme de consignation, de taxation, d'incident d'expertise, que lorsque le sapiteur est désigné plus tardivement.

*La nécessité et les **AVANTAGES** de désignation d'un collège d'experts en matière de fixation de préjudice économique et financier important, et notamment un expert du chiffre ou de gestion en « attelage » avec un technicien. Le premier étant chargé de quantifier les conséquences économiques et financières des anomalies techniques constatées par le second*

⇒ AVANTAGES POUR LE TRIBUNAL

- La désignation directe d'un co-expert évite la nécessité pour le Tribunal de délibérer sur la désignation d'un sapiteur généralement présenté par l'expert principal
- Relations directes Tribunal / Expert, notamment en matière de consignation, de taxation, d'incidents d'expertise, de demande de délais etc ...

⇒ AVANTAGES POUR LES PARTIES

- *Dès l'origine des opérations d'expertise les parties connaissent les Experts en charge des dossiers*
- *Dès l'ouverture des opérations d'expertise instauration d'un débat contradictoire avec l'expert économique face à l'expert d'assurance, que celui-ci soit :*
 - ✓ *l'expert de la Compagnie d'assurance de la victime du préjudice : cas d'une indemnisation partielle (Compagnie d'assurance venant aux droits de son assurée dans la récupération des condamnations qui seront prononcées par le Tribunal)*
 - ✓ *l'expert de la Compagnie d'assurance du responsable du préjudice : cas d'une demande en réparation formulée directement s'il n'y a pas de couverture du risque chez la victime*
- *Les dossiers sont communiqués contradictoirement à l'ensemble des parties*
- *le demandeur formule et estime tout de suite son préjudice financier quitte à le subordonner aux constatations de l'expert technique*
- *La désignation d'un seul expert économique évite la situation assez fréquente de voir nommer plusieurs sapiteurs par chacun des experts techniques d'une spécialité différente (Exemples : cas de pluralité d'experts en bâtiment : plomberie - acoustique - ventilation - etc chacun investi d'une mission différente, mais souvent associée à la détermination d'un préjudice financier. Dans ce cas les préjudices financiers se recouvrent et il est extrêmement délicat d'avoir à faire à plusieurs sapiteurs du chiffre)*

⇒ EN CE QUI CONCERNE LES DELAIS - ALLEGEMENTS

- Les parties ont immédiatement connaissance des pièces demandées par les experts et peuvent éventuellement compléter ces demandes par leurs propres observations sur les pièces à recevoir et/ou à communiquer
- Les pièces circulent en même temps (on évite ainsi les déperditions d'information - on sait **qui** a communiqué **quoi** et **quand**)
- Les réunions d'expertise peuvent être communes
- Les pré-conclusions de l'expert financier sont discutées devant lui, sans nécessité d'être présentées par l'expert principal (comme en cas de désignation d'un sapiteur)

⇒ AVANTAGES POUR LES EXPERTS CONCERNES

- *Connaissance par chacun des experts de son co-expert et de sa mission : donc possibilité de mettre en perspective les stratégies de chacun*
- *Chaque expert engage sa propre responsabilité :*
- *Non responsabilité par l'expert principal des conclusions de son Collègue*
- *Taxation individuelle pour chaque expert - induisant la nécessité pour chacun d'eux de récupérer sa propre rémunération sans mise en cause de la responsabilité de l'expert principal dans ce recouvrement)*
- *La procédure de recours éventuelle appartient à l'Expert nommé que celui-ci ait été rabattu ou qu'il ait fait l'objet d'un recours de la part d'une partie*

Maurice Nussenbaum

Je pense que si on veut améliorer l'expertise, il faut aussi avoir des jurisprudences expertales plus facilement accessibles, qui permettent de faire avancer la position des experts à partir de décisions antérieures prises sur des cas similaires. Ceci s'adresse plutôt aux magistrats et conduit justement à la nécessité d'une bonne communication des décisions et une explicitation dans les décisions des raisonnements et des choix qui sont faits dans l'évaluation du préjudice surtout en ce qui concerne les problèmes de techniques expertales. Cela permettra d'éviter justement que chaque expert ne redéfinisse une doctrine à chaque expertise.

Président Emmanuel Binoche

S'agissant de cette question centrale, co-expertise et sapiteur, il me semble effectivement que dans les expertises lourdes dont on parle aujourd'hui, il paraît quand même difficile d'éviter la désignation de plusieurs experts assez rapidement dès le départ. Evidemment, rien ne doit être systématique,

Il est vrai qu'au départ la culture judiciaire ou expertale s'oppose peut être à la désignation des experts parce qu'il y a une appréhension qui peut bien se comprendre, celle de travailler avec un technicien dont on ne connaît pas toujours forcément bien les méthodes.

Mais pour avoir moi-même expérimenté, non pas en matière civile mais en matière pénale, j'ai pu constater que dès l'instant où le Rubicon est franchi une première fois et qu'on a travaillé en bonne harmonie et en équipe avec un autre expert, les résultats sont tout à fait positifs et en tout cas de qualité supérieure à ceux que l'on peut obtenir lorsque le travail est fait de manière séparée.

Il y a évidemment des gains de temps qui finalement compensent l'augmentation du coût, encore qu'une expertise finalement nécessaire soit différée reviendrait peut-être plus chère. Mais là je me mêle d'économie, ce qui ne me regarde évidemment pas, mais effectivement ce qui compte c'est une bonne évaluation dès le départ plutôt qu'une évaluation tardive.

Si seule l'évolution de l'expertise conduit à la faire évoluer vers une co-expertise, il n'y a rien à dire ; mais si, dès le départ de l'expertise, il s'avérait absolument nécessaire d'associer un expert de spécialité différente, on a tout profit à le faire immédiatement. Voilà ce que je peux répondre à cette question.

Ce que je remarque, d'une manière générale, à l'issue de ce colloque et qui m'a beaucoup intéressé, c'est que finalement les juristes, tout comme les économistes que vous êtes, vous, experts, ont des méthodes d'analyse croisées suivant des critères différents. Des critères économiques, de marché, etc.. pour les experts et pour nous des techniques, des filtres, qui sont des concepts juridiques et qui nous aident finalement à nous orienter les uns et les autres pour approcher au plus près le préjudice.

Alors ce que vous faites par cette grille de lecture, nous, évidemment, nous le faisons avec un autre type de grille, mais finalement ces grilles doivent s'éclairer l'une l'autre et dans certains cas, le juriste s'aide d'une certaine approche économique pour finalement apprécier plus finement une situation. Je pense à des concepts que j'appellerais des concepts adoucissants, comme ces concepts dont on entend parler beaucoup en ce moment de proportionnalité et de loyauté dans l'exécution d'un contrat etc.. Ce sont des critères qui sont d'une certaine manière juridiques, mais d'une autre finalement moins, et on retrouve parfois cette approximation dans les critères d'évaluation des préjudices et, à mon avis, c'est tout à fait normal.

Il n'y a pas de scientisme à attendre de ce type d'expertise, mais en revanche on peut en attendre une rigueur et une recherche toujours plus fine des critères d'appréciation. C'est toute la richesse que j'ai ressentie aujourd'hui en intégrant en quelque sorte mentalement et en les rapprochant ces deux types de critères qui doivent nous conduire finalement à la bonne décision.

Françoise Rausch

D'abord, je voudrais présenter toutes nos excuses auprès du Président Angenault. Il y a un domaine où nous ne sommes vraiment pas experts qualifiés, c'est celui de la gestion du temps. Mais nous voudrions savoir si, au niveau des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, vous rencontrez les mêmes problèmes.

L'expertise au tribunal administratif

Présentation de Monsieur Marcel ANGENAULT Président de la Compagnie des Experts près la Cour d'appel administrative

J'avais un vœu à présenter, c'était celui du collège expertal. Et j'étais très heureux qu'aujourd'hui, Monsieur le Président, surtout sous votre autorité, on reprenne le problème du collège expertal

Je dois vous dire qu'en juridiction administrative, lorsqu'on évoque ces grands problèmes, on est confronté aux mêmes préoccupations. Et c'est la raison pour laquelle, en ce qui me concerne, j'ai été très heureux de réentendre Pierre Loeper, Maurice Nussenbaum et puis Françoise sur tous ces grands problèmes de marché.

Les notions de MANQUE à GAGNER et de PERTE de CHANCE sont constantes en droit administratif. N'ayant pas la qualité de professionnel du droit, j'ai consulté plusieurs juristes et Monsieur le Président François Jannin, président de la 4^{ème} Chambre de la Cour administrative d'appel de Paris, à qui j'exprime ma gratitude, m'a remis une abondante documentation dont :

- un extrait d'ouvrage intitulé "la PERTE de CHANCE en DROIT ADMINISTRATIF" de Madame le Professeur Maryse Deguerge, professeur à l'Université de Paris XII,

- ainsi que plusieurs extraits des Editions du Juris-Classeur.

Grâce à cette précieuse assistance, je m'efforcerai, avec la plus grande modestie, de rappeler en première partie les principes posés par le Conseil d'Etat.

Mes commentaires sur l'évaluation des préjudices par l'expert du MANQUE à GAGNER ainsi que de la PERTE de CHANCE font l'objet de la seconde partie de cette brève présentation.

I - PRINCIPES POSES PAR LE CONSEIL D'ETAT

1°- Le préjudice invoqué doit être certain. C'est presque une évidence de le rappeler. Et cette règle s'applique aussi bien devant les tribunaux de l'ordre judiciaire que devant ceux de la juridiction administrative

2°- Mais ce préjudice, s'il doit être certain, n'est pas nécessairement ACTUEL .

2.1 Cela signifie que les dommages éventuels ou hypothétiques ne donnent pas droit à réparation.

2.2 C'est ainsi qu'apparaît la NOTION de CHANCES SERIEUSES à apprécier par le Juge administratif sur le PREJUDICE illusoire ou non.

"Donc si le préjudice consiste en une perte de chance, le juge recherche dans quelle "mesure la réalisation de la chance invoquée était PROBABLE . Le Professeur Maryse DEGUERGUE ajoute:

C'est seulement s'il répond affirmativement à cette question, qu'il déclare :

- la créance sérieuse

- ou que la perte de celle-ci ouvre droit à réparation

- o qu'il s'agisse de l'obtention d'un titre ou d'une fonction*
- o qu'il s'agisse de la conclusion d'un marché*
- o de l'obtention d'un avantage sur décision administrative*
- o ou de la perte d'une chance de guérison "*

2.3 Pour rester dans le cadre de ce Colloque sur les " Dommages industriels et les Préjudices Economiques ", nous ne nous sensibiliserons que sur la notion de PERTE de CHANCE et de MANQUE à GAGNER sur les MARCHES PUBLICS

2.4 Si le Juge administratif estime en son âme et conscience que la réalisation de la chance invoquée était probable, l'intégralité du préjudice subi par la perte de chance est réparée.

CONCLUSION :

- - **le Conseil d'Etat**, en cette matière, disent certains juristes :

. **accorde** donc TOUT

. **ou refuse** TOUT

- **alors que la jurisprudence judiciaire**, semble admettre que le montant de la réparation peut **être limité**, compte tenu de la probabilité de l'événement (cf. R.ODENT , fasc.4. page 1517)

Il n'en demeure pas moins que, dans certains cas, le juge administratif procède comme le juge judiciaire en opérant **une réfaction** pour tenir compte de ce qu'il y a seulement une chance sérieuse et non une certitude (en ce sens M.A. LATOURNERIE concl. sur CE du 28 mars 1980 Centre hospitalier de SECLIN, marchés publics n° 176 page 24)

3°- Ne peuvent être indemnisés que les préjudices liés au fait générateur de dommage et qui ont un caractère certain En outre, et c'est un rappel, ce préjudice n'est pas nécessairement ACTUEL mais FUTUR. **C'est l'arrêt du CE rendu le 3 août 1928 dans l'affaire BACON qui est le premier arrêt à indemniser la PERTE de CHANCE par la Haute Juridiction.**

4°- L'Entrepreneur a droit à " *la réparation intégrale des conséquences dommageables qu'a entraîné pour lui l'inexécution partielle des travaux et notamment au remboursement des dépenses de préparation de son chantier pour la partie des travaux qui n'a pas été exécutée ainsi qu'à la **COMPENSATION de la PERTE du BENEFICE** qu'il pouvait normalement escompter de la réalisation de la dernière tranche de son marché*"

C'est l'arrêt rendu par le **CE le 26 juillet 1947** dans l'affaire BONGERT
Ainsi apparaît la NOTION de BENEFICE NORMAL

5°- Mais ce principe de la NORMALITE du BENEFICE impliquera une autre appréciation du juge administratif. C'est la "SEVERITE de la CONCURRENCE" existant pour l'adjudication d'un marché de travaux publics.

Cette sévérité justifie la réduction de l'indemnité du MANQUE à GAGNER d'autant plus que c'est la concurrence qui limite le bénéfice **normalement** escomptable de la soumission (c'est l'arrêt déjà cité du **CE du 28 mars 1980** Centre Hospitalier SECLIN , Marchés publics).

CONCLUSION :

Pour résumer il vous est donc proposé de retenir un préjudice invoqué pour :

- un dommage certain
- lié au fait générateur du dommage
- résultant d'une PERTE de CHANCE
- pour compenser le MANQUE à GAGNER, c'est-à-dire la PERTE d'un BENEFICE NORMAL
- à apprécier en fonction de la SEVERITE de la CONCURRENCE qui peut justifier la réduction de l'indemnité au titre du manque à gagner.

A noter également qu'un arrêt du CE est souvent cité quand il y a éviction illégale d'un marché public : c'est celui référencé CE 13 mai 1970 Sieur Monti.

A TITRE D'EXEMPLE, pour illustrer tous ces propos et résumer très concrètement la position jurisprudentielle du Conseil d'Etat, le jugement rendu en 1995 par une juridiction du premier degré était rédigé comme suit :

" Considérant que X... a droit, du fait de son éviction illégale du marché , à une indemnité "calculée d'après le montant du manque à gagner constaté en fait ;

"que pour l'évaluation de ce préjudice , il doit être tenu compte :

"- d'une part du manque à gagner de l'entreprise correspondant aux années N1 N2 N3 , ainsi "que de la perte de chance pour ladite entreprise d'obtenir pour les années N4 et N5 , la "reconduction tacite du marché , si celui-ci avait été attribué pour les trois années N1 N2 et N3

" – qu'il y a lieu de tenir compte d'autre part, de la sévérité de la concurrence existant pour la "dévolution du marché en cause qui limitait les bénéfices pouvant être normalement attendus de "l'exécution des travaux

"- qu'enfin, l'atteinte à la réputation commerciale alléguée par X Ne serait susceptible "d'ouvrir droit à indemnité que s'il était établi que son éviction illégale a été préjudiciable à "son activité des années suivantes "

II- COMMENTAIRES SUR L'EVALUATION DES PREJUDICES PAR L'EXPERT AU TITRE DU MANQUE A GAGNER ET DE LA PERTE DE CHANCE

Il revient donc à l'expert commis :

- d'une part, d'évaluer la marge bénéficiaire que l'entreprise aurait réalisée en cas d'exécution du marché
- d'autre part, de s'assurer de la NORMALITE de cette marge bénéficiaire
- tout en appréciant la plus ou moins grande " sévérité de la concurrence"

1°- Commentaire d'un Professeur de droit public à l'université de Paris sur la notion de bénéfice normal

" Depuis l'arrêt Monti, lorsqu'un candidat ou soumissionnaire a été irrégulièrement évincé d'un "marché public, l'intéressé a droit à une indemnité calculée non pas d'après les frais exposés, "pour l'établissement de la soumission, mais celui du manque à gagner constaté en fait, c'est-à-dire du bénéfice que pouvait attendre l'entreprise de l'exécution des prestations.

" La notion de bénéfice n'a pas été explicitement définie par la jurisprudence administrative, "mais celle-ci retient l'idée de" bénéfice normal" ce qui doit logiquement impliquer que le "bénéfice ne doit pas être entendu au sens étroit, mais doit comprendre, outre le bénéfice stricto sensu , la part des frais généraux non amortis du fait de l'élimination de l'entreprise "

2°- La jurisprudence du Conseil d'Etat n'a pas défini la notion de bénéfice.

- C'est donc au Juge d'apprécier le manque à gagner, c'est-à-dire la marge bénéficiaire que l'entreprise aurait normalement réalisée en cas d'exécution du marché conclu dans des conditions concurrentielles à apprécier
- Telle est la mission que le Juge administratif confiera à l'Expert qu'il commettra

3°- C'est donc à l'Expert de définir la marge bénéficiaire

3.1 S'agit-il d'une marge brute? ou d'une marge nette ?

A quel niveau exprimer le COUT de REVIENT ?

- . sachant que si le prix de vente est relativement aisé à déterminer
- . en revanche les notions de coûts ne peuvent être objectivement appréciées que par des professionnels

3.2 Certains dégagent la marge bénéficiaire sur la base du "direct costing"

3.3 D'autres, l'apprécient par référence à une marge brute sur "coûts variables", les coûts directs de personnel, i.e. directement affectés à l'exécution, étant intégralement classés parmi les frais fixes !!! peut-être au motif que les charges de main-d'œuvre ne peuvent pas être compressées ou réduites en temps réels !!

4°- Bref, il n'existe pas de recettes miracles. C'est une affaire de spécialistes sur les problèmes d'évaluation des prix de revient et des travaux en cours par référence aux devis et à la comptabilité analytique d'exploitation . Or ces qualifications ne s'improvisent pas

5° CONCLUSION

Cette dernière remarque me sert de transition pour exprimer un vœu: l'indispensable pluridisciplinarité d'un Collège d'experts à privilégier souvent sur la nomination de l'Expert unique

Je me suis déjà exprimé sur ce point lors du Colloque organisé par la Compagnie des Experts près la Cour administrative d'appel de Paris le 12 décembre 2001 et cette contribution a été reprise dans les ACTES de ce Colloque auxquels je renvoie pour éviter par déférence toute redondance.

"La parole est moitié à celui qui parle, moitié à celui qui écoute" disait Montaigne C'est donc à vous que je cède maintenant la parole en vous remerciant de votre attention

Françoise Rausch

Je voudrais faire une conclusion très rapide.

Un point important s'est dégagé au cours de cet après-midi.

Le Président Canivet a insisté sur la qualité de l'expertise, et améliorer la qualité de l'expertise suppose une méthode et une demande rigoureuses mais également des experts qualifiés dans leur domaine. Comme l'évaluation des dommages industriels demande des ingénieurs spécialisés dans tel ou tel domaine technique, il en est de même en matière économique.

Et il nous semble essentiel que dès le départ de la mission, et je crois que nous avons un consensus à ce niveau, un expert de la branche économique soit impliqué et mieux que sapiteur, il soit co-expert.