

LE PREJUDICE ECONOMIQUE RESULTANT D'UNE PERTE DE CHANCE

1. DE LA DEFINITION JURIDIQUE AU ROLE DE L'EXPERT

La Cour de cassation définit la perte de chance comme la **disparition certaine d'une éventualité favorable**, *qu'il s'agisse de la chance d'obtenir un gain ou de la chance de limiter une perte.*

Elle rappelle, par ailleurs, de manière constante, que l'indemnisation **exclut toute demande à la hauteur de la totalité du gain manqué ou des pertes qui n'ont pas été évitées, mais se limite à une certaine somme correspondant à la seule chance perdue.**

Ces définitions et principes orientent clairement les travaux de l'expert qui évalue un préjudice de perte de chance. Il doit ainsi :

- **Montrer la certitude de la perte (de chance)**

Dans les cas « traditionnels » d'évaluation des préjudices, l'Expert s'attache à montrer que le préjudice est certain.

Avec la perte de chance, il doit montrer la certitude de la perte.

Cette notion de certitude passe par l'analyse du lien de causalité entre la faute et la perte de chance. Elle inclut aussi l'impossibilité de voir se représenter l'éventualité favorable espérée. L'Expert doit donc constater que la disparition de l'éventualité est due à la faute et qu'elle est irréversible.

- **Montrer le caractère réel et sérieux de la chance perdue**

La jurisprudence dit que la perte de chance doit être « *réelle et sérieuse* » ou encore « *raisonnable* ».

Un arrêt de la Cour de cassation du 16 janvier 2013 avait semé le trouble en écrivant « *la perte certaine d'une chance même faible est indemnisable* ».

Pierre SIAMER

Cet arrêt concerne un avocat poursuivi pour ne pas avoir interjeté appel contre un jugement malgré la demande de son client. La Cour d'appel avait rejeté la demande considérant que la réformation était incertaine. La Cour de cassation a cassé cette décision car les juges du fond avaient statué « *par des motifs impropres à démontrer l'absence de toute probabilité de succès de l'appel manqué, alors que la perte d'une chance même faible, est indemnisable* ».

Depuis, les arrêts de la Cour de cassation rappellent que le préjudice doit résulter d'une « *perte de chance raisonnable* » semblant, pour l'instant, exclure l'indemnisation des pertes de chance dont la probabilité est faible.

Un exemple :

Un notaire était mis en cause pour manquement à son devoir de conseil lors de la rédaction d'un contrat de mariage : il avait omis d'indiquer que, sans clause de reprise des apports en cas de divorce, les biens de la communauté seraient partagés par moitié, malgré le déséquilibre manifeste des apports de chaque époux. Or, un divorce est intervenu et l'un des époux a invoqué un dommage suite à ce manquement. Si la faute du notaire n'était pas contestée, en revanche, la Cour d'appel avait relevé que la perte de chance de choisir un autre régime matrimonial était « minime », dès lors que la préoccupation principale des époux lors de la signature du contrat de mariage était d'assurer la protection du conjoint survivant et non d'envisager les conséquences d'une rupture du lien matrimonial. En outre, dans la convention de divorce, les parties avaient tenu compte des modalités de la liquidation du régime matrimonial pour fixer le montant de la prestation compensatoire. Au regard de ces éléments de fait, la Cour de cassation a jugé que la Cour d'appel avait, à bon droit, pu estimer qu'il n'y avait pas de préjudice direct et certain résultant d'une « perte de chance raisonnable » d'adopter un autre régime matrimonial.

- **Estimer la probabilité de réalisation de la chance**

La réparation consiste donc allouer au demandeur une indemnité représentant une quote-part de l'avantage escompté. Cette quote-part correspond, techniquement, à la probabilité d'occurrence de l'évènement qui aurait pu se produire (situation favorable) ou qui aurait pu être évité (situation défavorable (ie : perte subie).

La jurisprudence nous rappelle que le Tribunal est souverain pour apprécier le montant du préjudice et par conséquent la probabilité de la perte de chance.

Pierre SIAMER

Exemple : l'opération contractée par Mme X... portait sur la vente et la transformation des dépendances d'un château en résidence hôtelière, dans un but de défiscalisation. Mme X... versé 547 k€ à une société Y... pour faire des travaux pensant pouvoir bénéficier de la législation de la vente en l'état futur d'achèvement. En fait, la destination des lots étant uniquement commerciale, cette législation ne s'appliquait pas. La société Y... ayant été mise en redressement judiciaire, M. X... a perdu les 547 k€ et s'est retourné contre son notaire et sa banque (CIC Est). La Cour d'appel a considéré que le préjudice relevait de la perte de chance, le manquement du CIC Est et du notaire à leur devoir de conseil consistant en l'absence d'information sur le risque de payer des travaux non exécutés. Elle a accordé à Mme X... la somme de 109 k€ (soit 20 %). La Cour de cassation a confirmé cette analyse rappelant que la Cour d'appel est souveraine dans l'appréciation du montant de l'indemnité (Cass 3civ 7 avril 2016 n° 15-11342).

A notre avis, toutefois, l'expert est toutefois en mesure d'apporter aux magistrats un éclairage technique lui permettant de choisir de manière raisonnée le quantum de référence et la probabilité qu'il convient de lui appliquer, pour estimer le préjudice de perte de chance.

2) EXEMPLES DE SITUATIONS ASSOCIEES A UN PREJUDICE ECONOMIQUE RESULTANT D'UNE PERTE DE CHANCE

L'expert peut être confronté à la perte de chance dans des contextes de préjudices variés :

- **Manquement à une obligation d'information.**

Exemples :

- ✓ Risques encourus par une personne ayant donné sa caution,
- ✓ Préjudice boursier (perte de chance de n'avoir pu céder des titres à un cours plus avantageux, perte de chance de réaliser un investissement plus avantageux).
- **Perte de chance de conclure un contrat avec un tiers (ou d'entrée sur un nouveau marché) en cas de dommage d'un matériel, de rupture brutale/abusive de négociations ou de relations commerciales établies, ...**
- **Actes de concurrence déloyale dans des marchés à forte intensité concurrentielle, détournement de clientèle, débauchage**
- **Perte de chance attachée au manquement d'un professionnel à son devoir de conseil avant la conclusion d'un contrat**

Pierre SIAMER

Exemple : cas Lalique. Arrêt récent de la Cour d'appel. En juillet 2014, le TC de Paris a condamné Lalique à 3.42 M€ pour des actes de concurrence déloyale, débauchage) envers Daum (avec 1.2 M€ sur Singapour et 2.22 M€ sur la France).

L'avocat de Lalique devait faire appel mais a omis de signifier ses conclusions dans les délais.

Lalique a saisi le TGI de Paris d'une action en responsabilité contre son avocat. Le TGI l'a débouté. Elle a fait appel en soutenant qu'elle avait des chances sérieuses d'obtenir l'infirmité sachant que Daum n'avait notamment pas été en mesure de justifier son préjudice. Elle a demandé que son avocat lui rembourse les 3.4 M€ plus les intérêts.

Pour se prononcer la Cour a analysé de manière détaillée chacun des cas de prétendu débauchage pour conclure qu'il y avait, à chaque, une chance sérieuse que la position du TGI soit réformée.

Elle a ensuite analysé le calcul du préjudice invoqué par Daum et a constaté, qu'un rapport d'expert montrait la faiblesse de l'argument imputant à Lalique l'intégralité de la prétendue perte de CA à Singapour et montrait que le CA sur la France avait augmenté.

La Cour a ainsi conclu que Lalique avait une chance réelle et sérieuse d'obtenir une réforme du jugement sur les actes de débauchage et une chance réelle et sérieuse d'obtenir une diminution des sommes mises à sa charge. Elle a fixé finalement à 2.4 M€ la somme due par l'avocat en retenant 0.9 M€ pour Singapour (au lieu de 1.2 M€) et 1.5 M€ pour la France (au lieu de 2.22 M€).

L'intérêt de cet exemple est que la Cour s'est référée aux travaux d'un expert de partie pour se prononcer sur la demande d'indemnisation de Daum et conclure qu'il y avait une chance raisonnable et sérieuse d'une remise en question, en appel, de cette demande.

- **Perte chance résultant d'une asymétrie d'information entre le prescripteur (le sachant) et le client ou de la divulgation d'informations trompeuses, imprécises ou inexactes...**

Exemple : perte de chance de souscrire une assurance couvrant la perte d'exploitation éventuelle du fait du manquement au devoir d'information).
Perte de chance en lien avec un préjudice boursier.

- **Contrefaçon**
- **Cession-acquisition de droits sociaux, ...**

3) METHODOLOGIE D'ÉVALUATION DE LA PROBABILITE D'OCCURRENCE DE LA PERTE DE CHANCE

L'évaluation d'un préjudice de perte de chance comprend ainsi deux étapes :

- 1ère étape : on détermine et on chiffre l'avantage qu'aurait procuré la chance (gain manqué) si elle s'était réalisée ou la perte qu'aurait limitée ou permis d'éviter la chance si elle s'était réalisée (perte subie) au cours de la période de temps affectée par le fait générateur.
- 2ème étape : on évalue la probabilité d'occurrence de l'évènement.

Dans la 1ère étape on retrouve les questions de l'évaluation des préjudices avec notamment la comparaison entre une situation réelle et une situation contrefactuelle. On ne reviendra pas sur ce sujet, même s'il est très important.

Dans la 2ème étape, l'expert est confronté à une question nouvelle qui est celle de la détermination de la probabilité.

a. Méthodologies utilisées par les experts pour estimer la probabilité

A ce jour, on observe que, pour estimer cette « probabilité », les experts utilisent 3 grands types d'approche :

- **Approche quantitative**

Exemple : probabilité (taux de succès ou taux de transformation d'un devis en contrat dans un appel d'offres) établi sur la base des observations des pratiques sur un marché ou sur l'analyse historique des réalisations du demandeur

- **Approche par l'analyse du comportement (perte de chance de l'investisseur)**

Cette analyse repose sur la connaissance du degré d'aversion au risque et à la structure du portefeuille de l'investisseur pour estimer comment il aurait arbitré son portefeuille s'il avait obtenu plus tôt l'information ou s'il avait pu obtenir une information complète.

Exemple : cas d'un litige boursier (aversion au risque)

Pierre SIAMER

- **Approche qualitative**

Approche retenue lorsque la probabilité d'occurrence ne peut être déterminée mathématiquement et faisant appel à l'identification de critères et à des modélisations

Exemple : appréciation du pouvoir de négociation des parties (capacité à tirer avantage dans une situation transactionnelle, capacité à pouvoir faire changer une décision, possibilité de détecter un fait anormal ou une fraude et d'éviter un risque en rompant la négociation).

b. Documents nécessaires aux travaux de l'expert

Dans la fiche mise en ligne par la Cour d'appel de Paris, les rédacteurs expliquent que pour optimiser les chances de succès de l'action en réparation sur le fondement de la perte de chance, le demandeur doit communiquer certains documents indispensables à la démonstration de son préjudice économique. A défaut, le juge ne fera pas droit à sa demande. Ils citent alors :

- Les documents établissant le fait générateur de responsabilité (en général, la faute du défendeur) ;
- Les documents et analyses (étude économiques, données de marché) permettant de démontrer l'existence et la probabilité de l'éventualité favorable avant la survenance du fait générateur de responsabilité ;
- Les documents permettant d'établir le lien de causalité entre le fait générateur et la disparition de l'éventualité favorable ;
- Les documents permettant de démontrer la valeur des gains potentiellement manqués du fait de l'absence de survenance de l'évènement favorable, les parties ayant fréquemment recours à un expert privé pour analyser ces documents et expliquer la demande financière avancée

c. Exemple de démarche d'évaluation « expertale » de la probabilité de perte de chance

Problématique : Au début des années 2000 l'Etat a mis en place des mesures pour favoriser les investissements dans le solaire (cf. coût de rachat de l'électricité). En décembre 2009, constatant que ces mesures coutent très chères, elle annonce des baisses de tarifs de rachat.

Les investisseurs, craignant de ne plus pouvoir bénéficier de tarifs intéressants, s'empressent de déposer des demandes de raccordement auprès d'ERDF. Et le 9 décembre 2010, l'Etat publie un décret qui revient à mettre à l'arrêt tous les projets dont le devis de raccordement n'avait pas été accepté par ERDF au 2 décembre 2010.

De nombreux investisseurs se sont alors retournés contre ERDF considérant qu'elle n'avait pas respecté le délai de 3 mois imparti par la Commission de régulation de l'énergie pour leur adresser ce devis, et qu'elle leur avait ainsi fait perdre le bénéfice d'une tarification avantageuse.

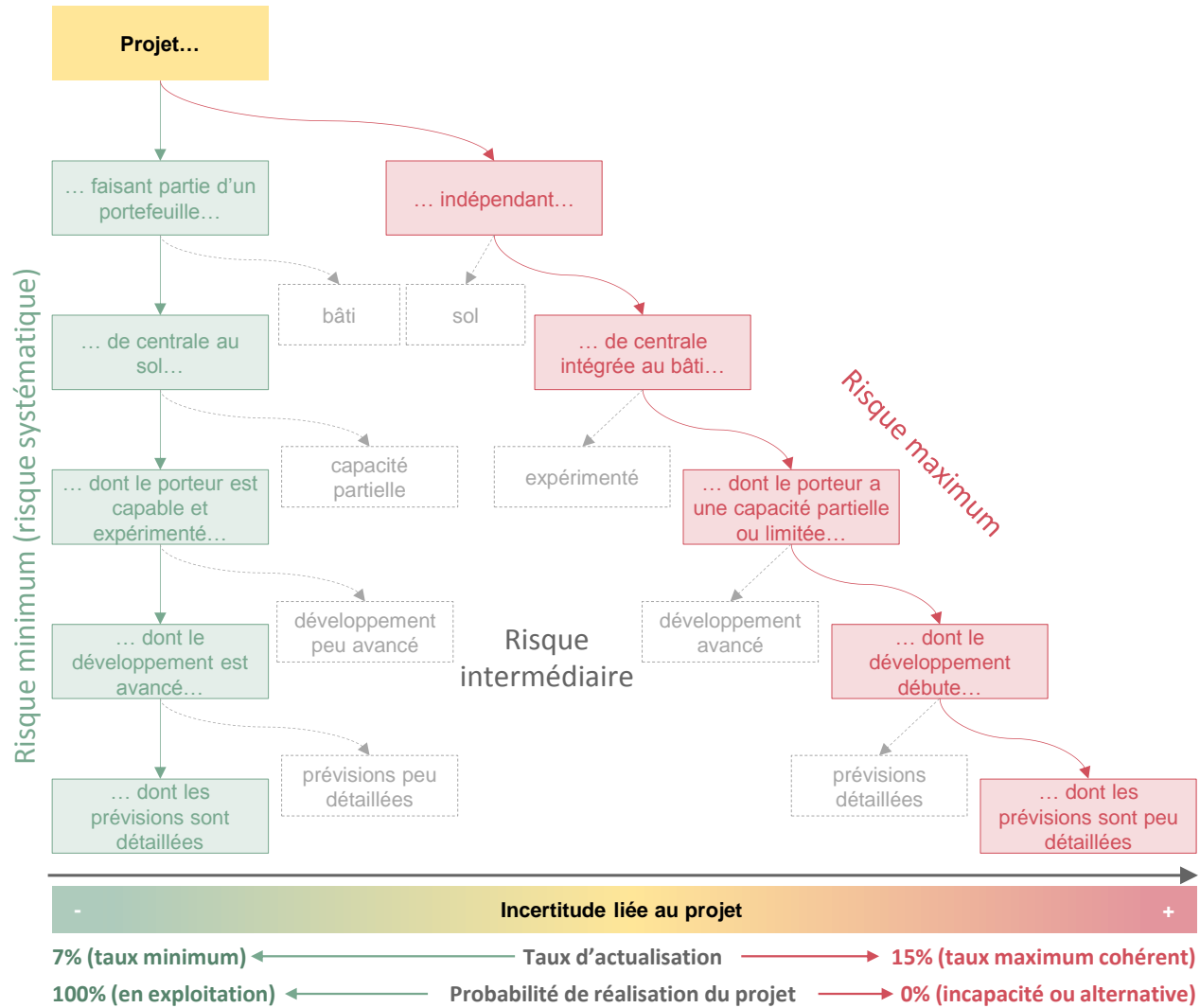
Pierre SIAMER

Objectif de l'expert de partie : proposer une méthode discriminante de calcul du préjudice établie en fonction des profils d'investisseurs et des types de projet photovoltaïque, établir la liste des documents requis pour l'analyse des dossiers.

- Identification de 4 critères permettant de définir 8 situations :

	Augmente le risque	Diminue le risque
Type de porteur	Projet faisant partie d'un portefeuille	Projet indépendant
Type de projet	Centrale au sol	Centrale intégrée au bâti
Capacité du porteur	Capable et expérimenté	Capacité partielle ou limitée
Fiabilité des prévisions	Prévisions détaillées avec analyse de scénarii	Prévisions peu détaillées sans analyse de scénarii

• Analyse du risque :

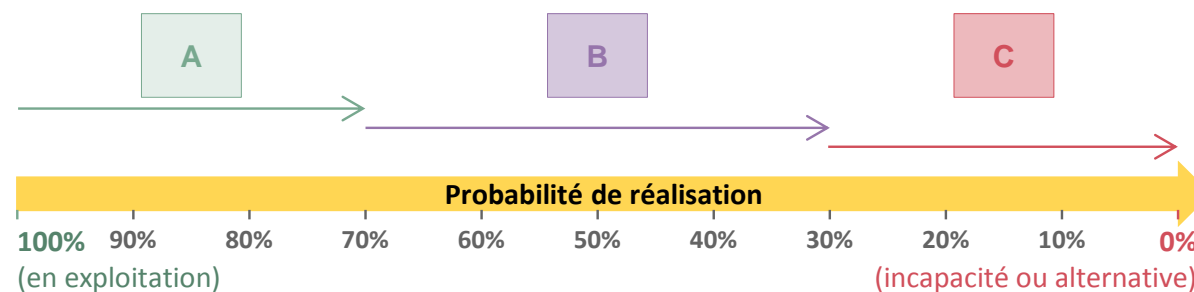


- **Mesure du risque**

On peut illustrer avec l'exemple des trois projets A, B et C :

- ✓ **Projet A** : grand groupe de distribution cherchant à valoriser les toitures de ses magasins, et ayant par ailleurs déjà réalisé des projets de centrales par le passé, présentant des prévisions détaillées et dont les démarches sont avancées.
- ✓ **Projet B** : groupe spécialisé dans le photovoltaïque, qui a identifié plusieurs projets possibles (de taille, zone géographique, date de mise en exploitation, etc. variée) et qui doit arbitrer entre ces projets selon des critères de faisabilité et de rentabilité.
- ✓ **Projet C** : particulier inexpérimenté cherchant à diversifier ses investissements, dont les prévisions sont peu détaillées et la recherche de financement peu avancée.

L'expert avait proposé le schéma suivant :



4) CONCLUSION

Pour conclure nous ferons deux remarques :

- Il nous semble important de mettre en perspective la perte de chance et la notion d'incertitude attachée à l'évaluation des préjudices. En tant qu'experts nous sommes en effet très souvent confrontés à des situations où le défendeur :
 - ✓ Conteste la prise en compte d'un gain manqué futur considérant qu'il est incertain alors que le préjudice doit être certain.
 - ✓ Considère qu'un préjudice futur constitue du fait de son incertitude une perte de chance et doit donc à ce titre être abattu par l'application d'une probabilité d'occurrence.

De notre point de vue, ces prises de position reposent sur une confusion entre l'incertitude du préjudice et le caractère estimatif de son évaluation ; le préjudice n'est indemnisable que s'il est certain et la perte de chance répond à cette définition.

Le caractère estimatif de l'évaluation d'un préjudice n'est que la conséquence naturelle de la nécessité pour l'expert de retenir des hypothèses pour construire le scénario contre factuel et choisir le taux approprié pour exprimer le préjudice futur à la date de l'évaluation.

- Sans remettre en question le pouvoir souverain des juges en matière de fixation du préjudice, les développements présentés dans cet exposé montrent que l'expert judiciaire peut apporter à la justice un éclairage important sur l'estimation de la probabilité nécessaire au calcul du préjudice de perte de chance en analysant notamment :
 - ✓ Les moyens dont disposait la victime (financier, humain, matériel, ...)
 - ✓ Les solutions alternatives qu'elle pouvait envisager
 - ✓ Et l'état du marché (évolution, jeu concurrentiel, profondeur du marché, système de distribution, ...)