



Journée de Formation Technique du 12 octobre 2011

Evaluation des préjudices

Stéphane LIPSKI / Lionel SACCOMANI

19, rue Clément Marot

75008 PARIS

stephane.lipski@cdassocies.fr / lionel.saccomani@cdassocies.fr

Tél : 01 47 23 99 98 / Fax : 01 47 23 77 66

- 1. Rappels généraux des principes en matière d'évaluation de préjudice**
- 2. A quoi correspond un préjudice ?**
- 3. Evaluation des pertes subies**
- 4. Evaluation des gains manqués**
- 5. Problématique des chefs de préjudice qui font double emploi**
- 6. Evaluation de la perte de chance**
- 7. Problématique de la TVA**

1. Rappels généraux des principes en matière d'évaluation de préjudice

Le principe de la réparation intégrale du préjudice rappelé tant par la doctrine que par la jurisprudence est le suivant :

« Le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage, et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit »

« Replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit » consiste donc, pour l'Expert, à :

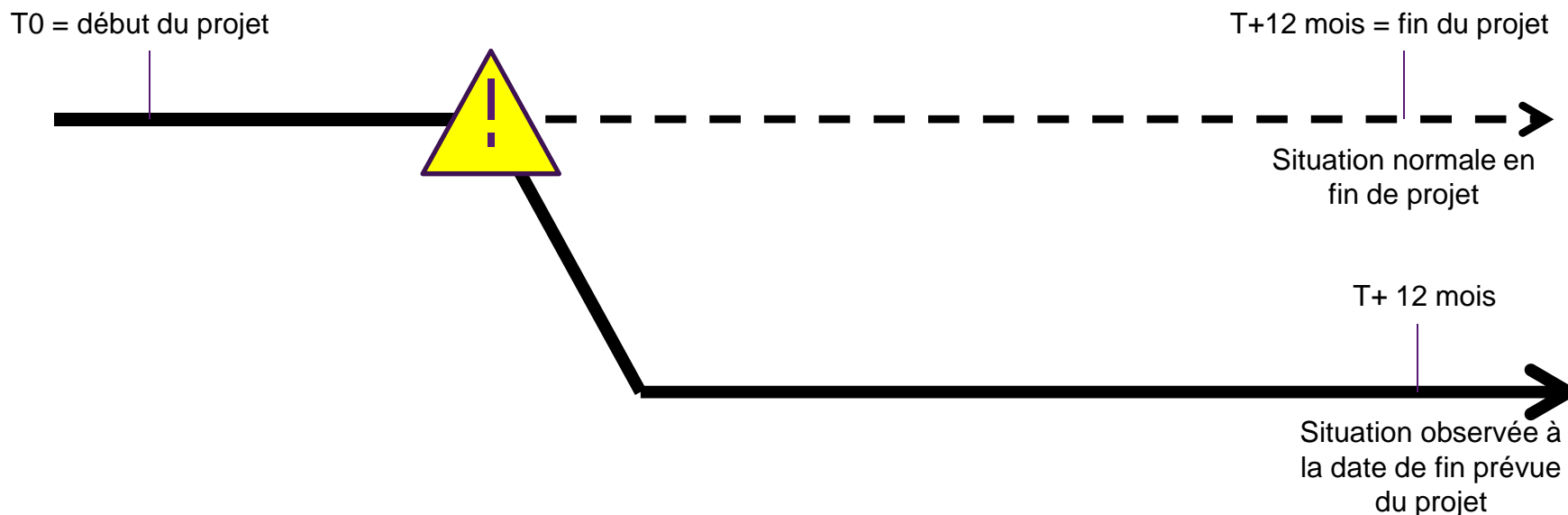
- Établir la réalité du fait dommageable ;
- Déterminer l'imputabilité de ce fait dommageable ;
- Identifier les dommages, ou chefs de préjudices, causés par ce fait dommageable ;
- S'assurer de l'existence d'un lien de causalité direct et certain entre le fait dommageable et chaque chef de préjudice subi ;
- Evaluer chacun des chefs de préjudice en s'assurant qu'ils ne font pas double emploi.

« Donner son avis sur le préjudice éventuellement subi par une partie » n'est pas un chef de mission d'expertise parmi d'autres. Il s'agit d'un travail technique à part entière qui nécessite d'y consacrer un temps d'analyse significatif et des développements spécifiques et circonstanciés au sein du rapport d'expertise.

2. A quoi correspond un préjudice ? (1/8)

1) Une différence d'état

Il résulte de la définition qui précède qu'un préjudice correspond à une situation d'écart entre une situation normale (si tout s'était déroulé normalement ou comme prévu) et une situation réelle correspondant à une situation impactée par un dommage.



Toute la difficulté de l'évaluation de préjudice va consister à déterminer quelles ont été les incidences du fait dommageable entre la situation normale et la situation réelle.

On perçoit d'ores et déjà une difficulté supplémentaire matérialisée par les flèches en fin de période à savoir que la période sur laquelle le préjudice est subi ne s'arrête pas à la date de fin théorique du projet.

2. A quoi correspond un préjudice ? (2/8)

2) La notion de préjudice économique

Le préjudice économique correspond aux différents chefs de préjudice liés à une activité économique de production ou de prestation de services. Suivant le type de bien sur lequel il porte, son évaluation diffère :

Préjudice économique portant sur...

←

...un actif patrimonial ne générant pas de revenus (œuvre d'art, bien immobilier résidence principale...)

PREJUDICE = privation de jouissance + coûts supportés (remplacement, réparation...)

→

...un actif d'exploitation destiné à générer des revenus ou des économies (fin lucrative)

PREJUDICE = coûts supportés + profits ou économies manqués

2. A quoi correspond un préjudice ? (3/8)

3) Nature de préjudices

Aux termes de l'article 1149 du Code Civil, « *les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après* ».

Le préjudice certain peut donc être aussi bien une perte subie (*damnum emergens*), qu'un gain manqué (*lucrum cessans*). Il peut prendre différentes formes selon la date à laquelle on se situe lorsque l'on fait l'évaluation :

	PASSÉ	FUTUR
Pertes subies (damnum emergens)	<ul style="list-style-type: none">- Frais engagés en pure perte- Valeur d'un actif détruit ou devenu inutile	<ul style="list-style-type: none">- Coûts supplémentaires à engager
Manque à gagner (lucrum cessans)	<ul style="list-style-type: none">- Perte de revenus passés	<ul style="list-style-type: none">- Non, ou moindre, perception de revenus futurs- <i>Economies qu'il n'a pas été possible de réaliser</i>

ATTENTION : ces natures de préjudice ne se cumulent pas nécessairement (Cf. chapitre 5)

2. A quoi correspond un préjudice ? (4/8)

4) Cas particulier de la perte de chance

Comme pour le gain manqué, la perte chance doit présenter un caractère certain quant à sa probabilité d'occurrence (exemple : lorsqu'une entreprise est titulaire d'un contrat de maintenance, elle est certaine d'être consultée pour son renouvellement si sa prestation a, par le passé, donné toute satisfaction, et elle dispose donc de bonnes chances de l'emporter).

Ce qui différencie le gain manqué, qui ne supporte pour ainsi dire aucun aléa, de la perte de chance, c'est donc l'existence d'un aléa, non pas sur la probabilité de réalisation de l'événement (le fait d'être consulté pour le renouvellement du contrat) mais sur le seul quantum des profits escomptés correspondant à la probabilité d'avoir « de bonnes chances de l'emporter » multiplié par l'enjeu financier correspondant.

Exemple : une société d'infogérance signe un contrat de 3 ans avec un constructeur automobile qui envisage de lui confier l'infogérance de ses données comptables et financières et lui laisse entendre que si il est satisfait de ses services, au moment du renouvellement des contrats d'infogérance qu'il a souscrit avec d'autres infogérants, elle sera en bonne place pour récupérer l'infogérance d'autres domaines d'activités. A la suite de problèmes techniques majeurs et répétés liés aux locaux qu'elle loue chez un hébergeur (coupure de liaison télécom, problèmes de climatisation, coupures électriques inopinées aux heures d'ouverture entraînant l'indisponibilité des infrastructures hébergées), le constructeur automobile rompt son contrat au bout de 6 mois. La société d'infogérance se retourne alors vers son hébergeur et sollicite de ce dernier qu'il l'indemnise :

- ✓ de son gain manqué sur les 2,5 années du contrat restant à courir ;
- ✓ de sa perte de chance de n'avoir pas été en mesure de contractualiser avec le constructeur automobile dans d'autres domaines d'activités.

2. A quoi correspond un préjudice ? (5/8)

Sur le plan de l'indemnisation, le quantum de la perte de chance, qui sera évalué suivant les mêmes principes que ceux applicables pour l'évaluation du gain manqué, devra être pondéré en fonction du degré de réalisation probable de la conséquence favorable pour tenir compte de son caractère certain mais dont l'ampleur est malgré tout aléatoire.

2. A quoi correspond un préjudice ? (6/8)

5) Dans quelle mesure l'analyse du scénario conduisant à la situation observée à la date de l'évaluation est-elle pertinente ?

On vient de le voir, le préjudice correspond à une situation d'écart entre deux états. Dès lors, sur le principe, seul un constat objectif de l'ensemble des coûts supportés en pure perte et des gains manqués est de nature à permettre de déterminer le quantum du préjudice subi.

La problématique de l'analyse d'un ou plusieurs scénarii selon lesquels la victime aurait été dans tel ou tel état si elle avait pris telle ou telle décision n'apparaît donc pas pertinente, tout du moins, en principe.

Elle peut néanmoins s'avérer utile afin de déterminer si, notamment par son inaction, injustifiée, la victime a accru son préjudice. En effet, dans ce cas, il convient de tenir compte de son attitude dans la détermination du quantum du préjudice.

En général, et c'est autant une question de bon sens qu'une question financière, une victime va tout mettre en œuvre pour limiter les effets d'un préjudice qui lui a été causé (un particulier va bâcher le toit de sa maison endommagée, une entreprise va reprendre à sa charge la configuration d'un serveur qui a mal été paramétré par un prestataire, elle va confier la réétude d'un circuit imprimé à un nouveau bureau d'étude plutôt que de lancer sur le marché un produit aux fonctionnalités déficientes). Elle sera d'ailleurs dans cette situation indemnisée de ces coûts complémentaires engagés pour la sauvegarde de ses intérêts et la limitation de son préjudice.

2. A quoi correspond un préjudice ? (7/8)

En revanche, si elle ne prend pas les mesures nécessaires à cette sauvegarde, et ce alors qu'elle avait les moyens de le faire et la connaissance de l'aggravation du préjudice que risquait de lui causer son inaction, elle ne semble pas pouvoir être indemnisé de ce « surcroît » de préjudice (certains contrats d'assurance prévoient d'ailleurs le déblocage de fonds spécifiques pour faire face aux mesures à prendre d'urgence afin de précisément limiter les effets secondaires d'un dommage).

La question qu'il apparaît nécessaire de se poser face au comportement d'une victime qui allègue un préjudice, et notamment un gain manqué ou une perte de chance, ne semble donc pas être « qu'est-ce qu'il aurait été le plus pertinent de faire dans une telle situation ? » mais bien « quel est le préjudice effectivement subi à la date de l'évaluation étant donné que la décision qui a été prise par la victime postérieurement à la survenance du fait dommageable était celle qui, compte tenu de ses moyens financiers et de son anticipation de l'importance des conséquences du fait dommageable, était à l'époque la plus pertinente ? ».

A cet égard, il est notamment important de souligner que sur un plan économique, l'importance du fait dommageable est parfois sans commune mesure avec le quantum du préjudice qu'il occasionne.

Celui qui évalue le quantum d'un préjudice ne doit donc pas se laisser impressionner par la décorellation qui peut apparaître entre, par exemple, le montant d'un contrat et celui du préjudice qui résulte de son inexécution par l'auteur du dommage.

En effet, elle n'est qu'apparente étant donné que le fait dommageable est bien l'acte commis par l'auteur du dommage et non le moyen par lequel cet acte a pu être commis. Et le préjudice est bien la conséquence du fait dommageable et non du moyen.

2. A quoi correspond un préjudice ? (8/8)

Exemple n°1 :

L'usine PSA Poissy immobilisée à cause d'une vis

Un manque d'approvisionnement en vis a provoqué l'immobilisation de l'usine de PSA Poissy.

C'est à cause d'une simple histoire de vis que l'usine de PSA Poissy a vu ses deux lignes de production cesser toute activité et mettre 6.000 salariés en chômage technique. La raison ? Une rupture d'approvisionnement en vis de l'équipementier italien Agrati, une entreprise spécialisée dans les systèmes de fixation automobile. En travaillant en flux tendu, les constructeurs prennent le risque de se retrouver bloquer à cause du manque d'une simple petite pièce, comme ici, vendredi 2 septembre et lundi 5 septembre dernier. En outre, cette pénurie engendre pas moins de 2.500 véhicules non produits, à savoir, des C3, 207 et DS3 et a touché sept usines PSA en France à différents niveaux !



Si le préjudice subi par PSA dans cette situation devait faire l'objet d'une évaluation, celle-ci devrait-elle être liée au coût unitaire de la pièce manquante ? au coût de la dernière commande de ce composant passé par PSA auprès de ce fournisseur ? Le préjudice de PSA doit-il subir une décote du fait de son impréparation à une telle situation ?

A l'évidence ni l'un ni l'autre : le préjudice s'évalue en fonction des conséquences du fait dommageable observées chez la victime et non du montant du contrat.

3. Evaluation des pertes subies (1/7)

La locution « *de la perte qu'il a faite* » figurant au sein de l'article 1149 du Code Civil s'entend de tous les frais engagés par la victime :

- antérieurement à la survenance du fait dommageable et qui ont été rendus inutiles du fait de la survenance de ce dernier ;
- postérieurement à la survenance du fait dommageable en l'absence duquel il n'aurait pas été nécessaire de les engager.

1) Typologie des pertes subies...

1.1.) ...antérieurement à la survenance du fait dommageable

Il s'agit, la plupart du temps, de :

- coût d'achat de matériels et/ou de licences de logiciels ;
- prestations de services payées à des tiers (conseil, formation, intégration, support, maintenance...) ;
- temps passés par les équipes en interne ;
- frais de déplacement et d'hébergement.

1.2.) ...postérieurement à la survenance du fait dommageable

Il s'agit de toute mesure de sauvegarde visant à limiter tout accroissement du préjudice occasionné par le fait dommageable :

- frais divers (relogement, achat d'un nouveau matériel...) ;
- prestations de services commandées à un tiers...

3. Evaluation des pertes subies (2/7)

2) Modalités d'évaluation

Qu'il s'agisse des pertes subies antérieurement ou postérieurement à la survenance du fait dommageable, leurs modalités d'évaluation sont identiques. Il est néanmoins nécessaire de s'assurer, pour chacune d'entre elles prise individuellement, du fait :

- que le lien de causalité entre le dommage subi et chaque « perte » prétendument subie est avéré et direct, chaque poste de « perte » constituant un chef de préjudice à part entière ;
- que chaque poste de « perte » est dûment justifié par un ou plusieurs documents probants et, le cas échéant, que la méthode de calcul utilisée pour les déterminer est adéquate et que les calculs sont justes.

2.1) Evaluation des coûts d'achat de matériels / logiciels

Exemples de documents / informations nécessaires :

- factures d'achat ;
- durée d'amortissement économique de l'actif qui peut correspondre à la durée d'amortissement comptable des immobilisations corporelles (matériels informatiques) et incorporelles de l'entreprise telles que précisées dans l'annexe aux comptes annuels ;

NB : une distinction est faite entre les progiciels et les logiciels spécifiques, la durée économique d'amortissement de ces derniers étant plus longue.

Question à se poser :

- les matériels ont-ils été acquis spécifiquement ou s'agit-il d'un réemploi de ressources anciennes ?
- les factures ont-elles été payées au fournisseur ?

3. Evaluation des pertes subies (3/7)

- les matériels / logiciels pourront-ils être ou ont-ils été réaffectés à un autre usage ?

Modalités de calcul :

Si le matériel / le logiciel n'a pas été acquis spécifiquement, il ne constitue pas un préjudice indemnisable.

Si le matériel / le logiciel n'a pas été ou ne sera pas réutilisé par la suite le préjudice subi correspond à 100% du montant HT de la facture d'achat.

Si le matériel / le logiciel a été ou sera réutilisé par la suite l'indemnité à calculer doit correspondre à la période affectée par le fait dommageable jusqu'à la date de réemploi de la ressource (calcul prorata temporis).

Exemple : un matériel amorti sur une durée de 5 ans a été acquis en décembre 2004 dans le cadre d'un projet démarré début janvier 2005. Le 30 juin 2005, le projet s'avère être un échec. Le matériel est réutilisé dès janvier 2006. L'indemnité due à la victime correspond donc à 1/5^{ème} du prix du matériel.

2.2) Prestations de services payées à des tiers

Exemple de documents / informations nécessaires :

- factures d'achat.
- tous éléments (contrats et annexes...) précisant les prestations réalisées et leur coût.

Question à se poser :

- le contenu des prestations de services pourra-t-il et/ou a-t-il été réutilisé ?
- les factures ont-elles été payées au fournisseur ?

3. Evaluation des pertes subies (4/7)

Modalités de calcul :

Si le contenu des prestations de services n'a pas ou ne fera pas l'objet d'une réutilisation par la suite le préjudice subi correspond à 100% du montant HT de la facture d'achat.

Si le contenu des prestations de services pourra et sera réutilisé par la suite, il convient de déterminer le périmètre des travaux qui aura été effectivement réutilisé et déterminer la quote-part correspondante du préjudice.

Exemple : une étude de cadrage d'un projet d'implémentation d'un ERP permet de faire le point sur le périmètre du projet et les attentes des utilisateurs à cet égard, elle est généralement réutilisable à 100%. Les différentes étapes qui suivent, si elles sont peu ou prou identiques d'une méthodologie d'implémentation à l'autre, diffèrent cependant sensiblement dans leur contenu et les attendus suivant l'intégrateur et sa propre méthodologie d'implémentation. Les travaux y afférents ne sont dès lors généralement que partiellement réutilisables, souvent entre 1/3 à 2/3 selon le cas.

2.3) Temps passés en interne

La problématique de la prise en compte des temps passés en interne oppose deux écoles. Celle qui prend le parti de considérer que l'entreprise salarie des collaborateurs et que, quelle que soit l'issue des projets sur lesquels elle les affecte, elle en supporte de toute façon le coût. Celle qui considère qu'un collaborateur est un « outil de production » et que sa production doit être une source de revenu pour l'entreprise sans quoi sa présence dans l'effectif est inutile.

Nous partageons, comme la grande majorité de nos confrères spécialisés dans l'évaluation de préjudice, cette seconde conception. En effet, non seulement il n'apparaît pas économiquement fondé ni équitable de

3. Evaluation des pertes subies (5/7)

considérer qu'il y aurait d'un côté les SSII qui facturent les temps passés par leurs collaborateurs et qui en sont indemnisées à due concurrence dès qu'un projet échoue du fait du maître d'ouvrage, et, de l'autre, les entreprises clientes qui, au motif qu'elles ne facturent pas les temps passés par leurs collaborateurs, pourtant tout autant employé d'une société ne pourraient pas en être valablement indemnisées.

C'est d'ailleurs la situation pleine de contradictions que les partisans de la première école ont à affronter dès lors qu'ils acceptent d'indemniser une entreprise des temps passés par son assistant à maîtrise d'ouvrage, venu le seconder pour étoffer ses propres équipes insuffisantes en nombre, et refusent d'indemniser les temps passés par lesdites équipes.

Exemples de documents / informations nécessaires :

- relevés mensuels de temps passés (feuille de temps, relevé d'activité, compte-rendu d'activité) avec mention du jour, de la tâche effectuée et du nombre d'heures consacrées ;
- copies d'agendas ;
- copie de boîtes aux lettres électroniques permettant de reconstituer les déplacements, les échanges, les réunions, les documents et les travaux réalisés... ;
- bulletins de salaires au 31 décembre des salariés concernés pour déterminer le coût salarial en ajoutant notamment au salaire brut les charges patronales ;
- le coût salarial n'est qu'une partie du coût supporté par l'entreprise victime. Il est nécessaire d'obtenir toute information du contrôle de gestion de la victime concernant la quote-part de coût de structure affectable à chaque collaborateur (frais de bureau, d'informatique, de télécom, d'avantages en nature octroyés...).

3. Evaluation des pertes subies (6/7)

Modalités de calcul :

- Détermination des temps passés à l'aide des éléments de justification disponibles
- Détermination d'un coût journalier ou horaire par catégorie de salarié concerné
- Multiplication de l'un par l'autre.

Remarques :

L'évaluation des temps passés est une partie de l'évaluation de préjudice nécessairement moins précise que celle qui consiste à faire une somme de factures. Il est en effet parfois difficile, plusieurs années après la fin d'un projet, surtout quand la victime ne faisait pas tenir de compte-rendu d'activité à ses salariés, de savoir avec exactitude quels temps ont été passés par qui sur quelle tâche.

Il est donc nécessaire d'informer précisément le lecteur de notre rapport, en l'occurrence le magistrat, de tous les éléments dont on dispose, et de leur qualité de façon à ce que ce dernier dispose de tous les éléments nécessaires en vue d'être en mesure, le cas échéant, de relativiser l'insuffisance de justifications de certains temps passés par des collaborateurs au regard, par exemple, de la proposition de la victime de ne pas ajouter aux coûts salariaux des coûts de structure, de ne pas tenir compte de temps de déplacements ou de ne pas imputer des temps passés par la direction de l'entreprise.

NB : il est souvent précisé dans les contrats de services pour des prestations impliquant à la fois des intervenants de la maîtrise d'ouvrage (le client) et de la maîtrise d'œuvre (le fournisseur), non seulement les temps que le fournisseur prévoit de passer, puisque c'est généralement la base de sa tarification, mais également le temps qu'il souhaiterait que le maître d'ouvrage consacre également au projet. Au-delà de donner une indication précieuse sur le niveau d'investissement du maître d'ouvrage dans le projet au regard des exigences du maître d'œuvre, cette information permet de corroborer l'ordre de grandeur des temps que le maître d'ouvrage déclare avoir passé.

3. Evaluation des pertes subies (7/7)

2.4) Frais de déplacement et d'hébergement

Documents / informations nécessaires :

- Détail des notes de frais remboursées aux salariés ou figurant sur les factures de prestations de service.

Question à se poser :

- Le contenu des prestations de services à l'origine de ces frais pourra-t-il et/ou a-t-il été réutilisé ?

Modalités de calcul :

- Identique aux prestations de services.

4. Evaluation des gains manqués (1/5)

1) Méthode d'évaluation

Documents / informations nécessaires :

- Documents à caractère comptable et financier :

- Bilan, compte de résultat et annexe relatifs aux deux derniers exercices comptables afin de disposer d'informations pertinentes permettant de déterminer le niveau de marge des activités de l'entreprise et ses capacités et performances financières ;
- Business plan détaillé du projet, de l'activité envisagée (de préférence établi avant le commencement du projet. En principe, un tel document doit être établi. Le plan comptable général (art. 311-3) indique en effet que l'immobilisation de coûts de développements à l'actif du bilan d'une immobilisation générée en interne implique notamment que l'entreprise démontre :
 - « la capacité à utiliser ou à vendre l'immobilisation incorporelle »
 - « la façon dont l'immobilisation incorporelle générera des avantages économiques futurs probables. L'entité doit démontrer, entre autres choses, l'existence d'un marché pour la production issue de l'immobilisation incorporelle ou pour l'immobilisation incorporelle elle-même ou, si celle-ci doit être utilisée en interne, son utilité »

- Documents à caractère commercial et marketing :

- Etude de marché
- Analyse de l'évolution de l'activité qu'a enregistré la concurrence à la même époque en l'absence de trouble de son activité

4. Evaluation des gains manqués (2/5)

Questions principales à se poser :

- Sur le plan comptable et financier :

- Sur quelle durée évaluer le gain manqué (durée normale d'un contrat type) ? Au-delà, s'agit-il d'une perte de chance (cas du renouvellement – probabilité de renouvellement) ? Le chiffre d'affaires est-il perçu dès l'origine du contrat ou à périodicité régulière ?
- Quel niveau de marge utiliser ?
 - distinction marge brute / marge sur coûts variables / marge d'exploitation / marge nette.
 - identification des coûts associés à la production d'une unité supplémentaire.
 - dernier niveau de marge connu / moyenne historique / marge prévisionnelle ?

- Sur le plan commercial et marketing :

- Le plan de développement de l'activité est-il crédible au regard des moyens financiers de la société et de l'évolution qu'a connu le marché et la concurrence ?
- Analyse de l'évolution de l'activité qu'a enregistré la concurrence à la même époque en l'absence de trouble de son activité.
- Importance de la prise en compte de l'environnement macro-économique (crise 2000-2001 et plus récemment septembre 2008 – 2009).

4. Evaluation des gains manqués (3/5)

S'agissant des modalités de calcul :

- Sur le plan comptable et financier :

- Comme pour tous les chefs de préjudice, c'est au demandeur de présenter sa démarche et à l'Expert d'en apprécier la validité. Disposer d'un business plan prévisionnel d'origine et savoir qu'il a été présenté au cocontractant avant la conclusion de l'accord litigieux en asseoit d'autant plus la validité et en renforce la pertinence.

- Calcul du niveau de marge utilisé :

- en général, la marge sur coûts variables est le meilleur indicateur dans la mesure où c'est celui qui rend le mieux compte du coût incrémental qu'il y a à produire une unité supplémentaire. Toute la difficulté réside dans l'identification de ces coûts variables fonction du niveau de production et dans la qualité de l'évaluateur à traiter de la problématique de l'effet de seuil de certains postes de charges.

- prendre une moyenne est le plus pertinent – ne pas hésiter à écarter, cependant, les valeurs les plus extrêmes qui traduisent généralement une anomalie (il n'est, en effet, pas pertinent de faire la moyenne des 4 valeurs suivantes correspondant à un taux de marge sur coûts variables de 4 différentes années qui se suivent : 32,1%, 29,7%, 12,3% et 30,2%).

- Le besoin en fond de roulement de la société lui permettait-il de se développer dans les proportions escomptées. Aurait-il été nécessaire de recourir à l'emprunt, et cela a-t-il été pris en compte ?

- Sur le plan commercial et marketing :

- Vérifier les hypothèses à l'aide d'études (BLOOMBERG, XERFI, IDC, NIELSEN...).

4. Evaluation des gains manqués (4/5)

2) Cas particulier du gain manqué qui est constitué par un décalage dans le temps de la perception d'un revenu

Certains gains prétendument manqués ne sont pas toujours des pertes définitives pour l'entreprise victime. En effet, dans certains cas particuliers, l'entreprise victime n'a subi qu'un décalage de trésorerie dans la perception de ses revenus.

Cette situation est assez rare et ne concerne que les situations dans lesquelles :

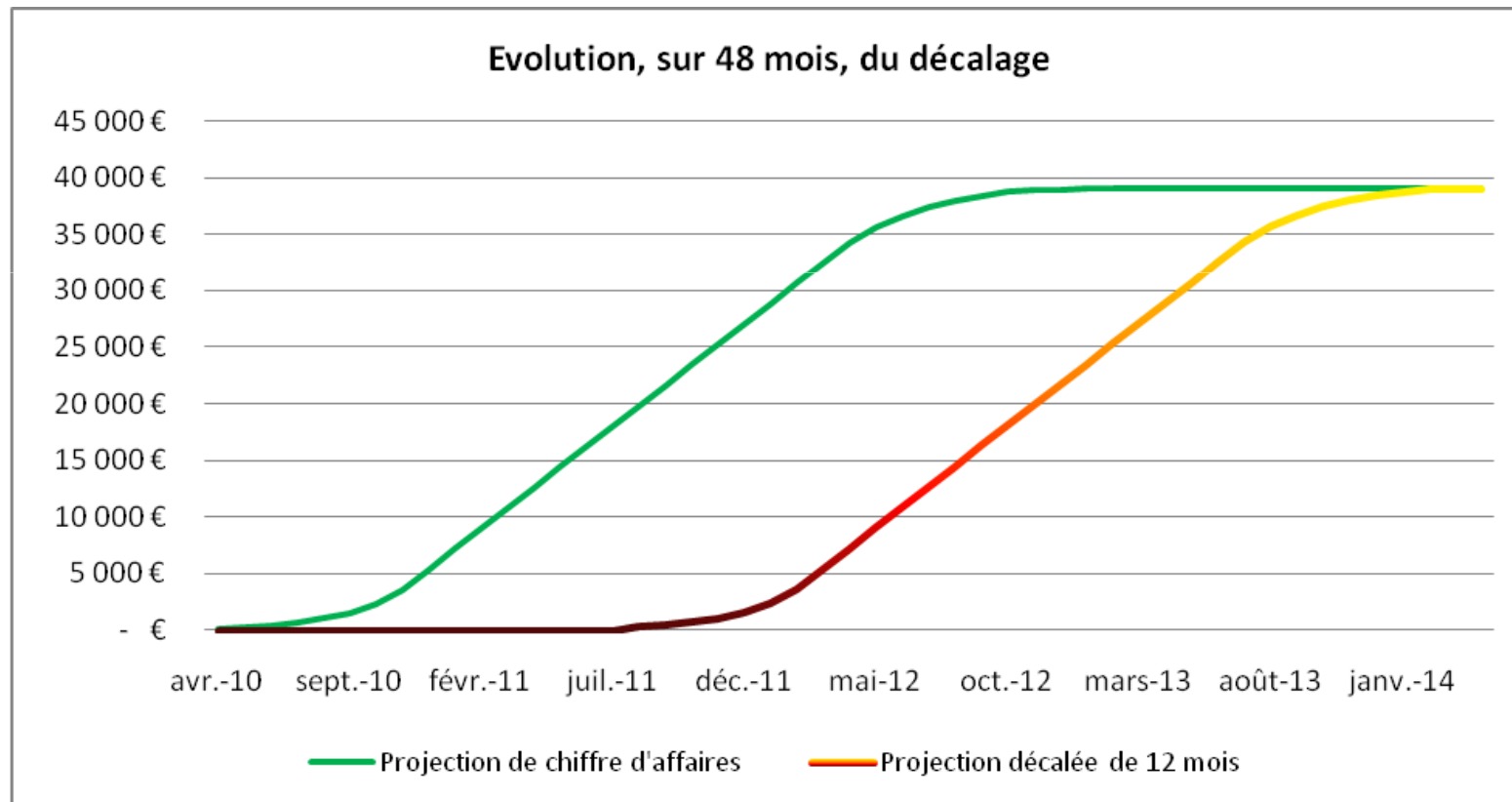
➤ L'entreprise n'a pas renoncé à son projet et l'aboutissement de ce dernier comme la sortie du nouveau produit ou du nouveau service associé n'a été que décalée dans le temps ;

ET

➤ Aucun autre intervenant du marché n'a commercialisé de produit ou service similaire pendant la période concernée de sorte qu'aucune part de marché n'a été perdue.

4. Evaluation des gains manqués (5/5)

Le gain manqué correspond, dès lors, à l'écart entre les deux courbes ci-dessous (courbe verte = situation normale et courbe rouge et jaune = situation effective) et non pas à l'écart entre la courbe verte et l'axe des abscisses comme cela serait le cas lorsque le projet est un échec définitif ou que le produit n'a pu réussir à connaître le développement commercial prévu du fait de la prise de part de marché par d'autres intervenants.



5. Problématique des chefs de préjudice qui font double emploi (1/3)

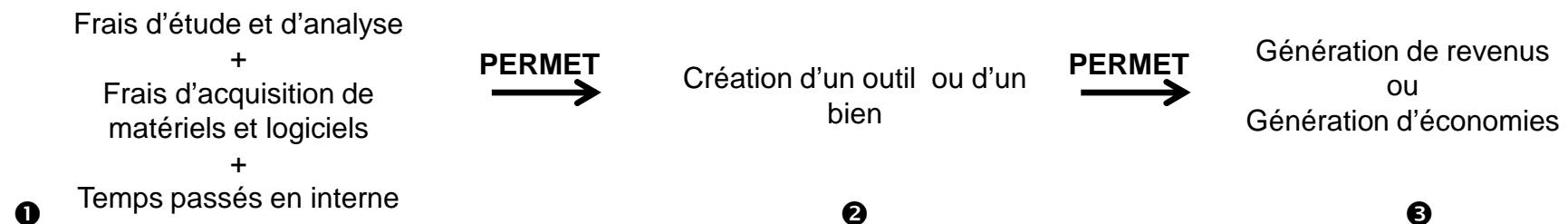
Selon le principe même qui régit l'évaluation de préjudice et qui consiste à replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence de survenance du fait dommageable, il est nécessaire, lors de l'analyse de chaque chef de préjudice, de déterminer si certains chefs de préjudice ne font finalement pas double-emploi ce qui conduirait à un enrichissement de la victime.

Parmi les cas les plus fréquents figurent :

- La demande de remboursement de frais engagés en pure perte et l'indemnisation d'un manque à gagner ;
- La demande d'indemnisation d'une perte de valeur de l'entreprise dans la mesure où le projet devait lui permettre un développement très significatif et l'indemnisation du manque à gagner correspondant à l'échec du projet.

1) Demande de remboursement des frais engagés en pure perte / manque à gagner

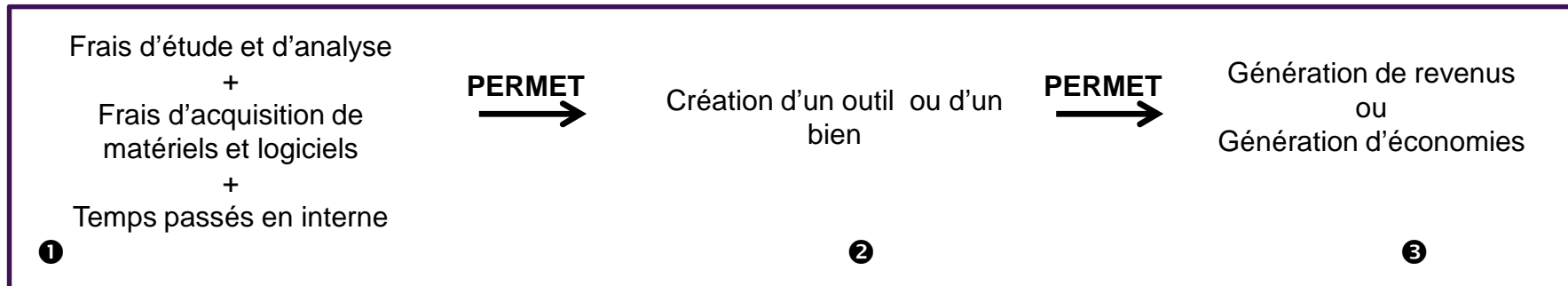
En situation normale :



En conséquence, il est nécessaire d'engager **1** pour disposer de **2** et bénéficier de **3**.

5. Problématique des chefs de préjudice qui font double emploi (2/3)

En l'absence de ❶, ❷ et ❸ n'arriveront jamais.



En conséquence, pour que ❷ ait une chance d'aboutir et ❸ d'exister, il faut engager ❶.

Il n'est donc pas possible de solliciter l'indemnisation des coûts directement supportés pour la conception et la réalisation d'un outil ou d'un bien dont on sollicite également le manque à gagner.

Soit la victime est indemnisée de ses coûts supportés en pure perte (❶), soit elle l'est de son manque à gagner (❸). Quand bien même le projet ait été un échec, si la victime souhaite être indemnisée de ❸, elle doit supporter le « mal nécessaire » que constitue ❶.

5. Problématique des chefs de préjudice qui font double emploi (3/3)

2) Perte de valeur de l'entreprise (goodwill) / manque à gagner

Sur le principe, il est légitime de faire observer que l'échec d'un projet fait subir une perte de valeur, parfois improprement qualifiée de perte de goodwill, à l'entreprise qui en est victime. En effet, si le projet envisagé avait pour objectif d'accroître ses revenus ou de lui faire réaliser des économies, son échec la prive d'un bénéfice qui a une incidence directe sur sa valeur.

En effet, la valeur d'un actif comme celle d'une entreprise est constituée par la somme des revenus futurs actualisés générés par son exploitation.

La méthode de base en la matière est celle des Discounted Cash Flows (Flux de Trésorerie Actualisés) qui consiste à observer le chiffre d'affaires susceptible d'être réalisé par la société au cours des années à venir, d'en déduire le niveau des charges correspondantes estimées pour en déterminer *in fine* les flux de trésorerie prévisionnels. C'est la somme actualisée de ces flux prévisionnels de trésorerie futurs qui constitue la valeur de l'actif.

Cependant, si le manque à gagner allégué est censé constituer l'essentiel des résultats futurs de l'entreprise, alors l'approche qui consiste à évaluer le manque à gagner fait double emploi avec celle qui consisterait à déterminer la perte de valeur de l'entreprise que le fait dommageable a engendré.

En d'autres termes, il est procédé à partir des mêmes hypothèses, et pour les mêmes ordres de grandeur, à l'évaluation du même préjudice, l'un étant confondu dans l'autre.

6. Evaluation de la perte de chance

La méthodologie d'évaluation de la perte de chance suit les mêmes principes que ceux applicables en matière d'évaluation du gain manqué.

Les principales différences ont trait :

- A la vraisemblance des hypothèses sous-jacentes qui sont généralement extrinsèques à l'entreprise (prise de part de marché, comparabilité à d'autres acteurs ayant bénéficié de ce dont l'entreprise a été privée...)
- A l'application d'une pondération sur le résultat obtenu fonction de la probabilité de réalisation de l'événement. Une difficulté est notamment d'apprécier cette probabilité.

7. Problématique de la TVA (1/2)

Selon les dispositions de l'instruction fiscale 3 B-1-02 du 27 mars 2002, qui modifie une précédente instruction fiscale du 15 février 1999, « *il ressort de plusieurs arrêts du Conseil d'Etat [...] que la notion de préjudice commercial courant et correspondant à des aléas normaux inhérents à la profession du bénéficiaire ne peut plus être utilisé comme un critère permettant de taxer une somme qualifiée d'indemnité.*

Désormais, pour être imposée à la TVA, les indemnités doivent correspondre à des sommes qui constituent la contrepartie d'une prestation de services individualisée rendue à celui qui la verse.

A l'inverse, une indemnité qui a pour objet exclusif de réparer un préjudice commercial, fut-il courant, n'a pas à être soumise à cet impôt dès lors qu'elle ne constitue pas la contrepartie d'une prestation de services.

Pour déterminer les règles de TVA applicables à une indemnité, il convient donc, dans chaque situation de fait, d'analyser les conditions de son versement.

Si la somme représente, pour la personne qui la verse, la contrepartie d'un service qui lui est rendu, il conviendra de conclure au caractère taxable de cette somme indépendamment du fait qu'elle résulte de l'application du contrat ou de la loi. Il en va de même lorsqu'elle est fixée par le juge.

A cet égard, pour la détermination du régime applicable, il est rappelé que l'Administration n'est pas liée par la qualification juridique donnée à l'indemnité par les parties.

En outre, le fait que le versement de l'indemnité soit subordonné à la renonciation par le bénéficiaire de tout recours juridictionnel ne saurait être assimilé à un service rendu à la partie versante. [...]

7. Problématique de la TVA (2/2)

« A titre d'illustration, pourront notamment être considérés comme la contrepartie d'un service :

- le dépôt de garantie conservé par un promoteur immobilier en cas de désistement du candidat acquéreur d'un logement (cette somme constitue la rémunération du service de réservation d'un bien) ;
- l'indemnité versée dans le cadre de la résiliation d'un contrat de travaux immobiliers, lorsqu'elle constitue, en fait, la rémunération d'un commencement d'exécution. »