

Le préjudice de perte de chance en droit français : un préjudice hors norme ?

Un préjudice résulte de la différence, consécutive à une faute commise par l'auteur du dommage, entre la situation normale c'est-à-dire celle qui aurait existé en l'absence des faits dommageables et la situation réelle c'est-à-dire celle qui s'est réellement produite à cause des faits dommageables. Le préjudice peut ainsi être constitué de pertes subies, de gains manqués, mais également de pertes de chance.



Par Maurice Nussenbaum, président

L'article 1383 du Code Civil précise : «L'élément de préjudice constitué par la perte d'une chance peut présenter en lui-même un caractère direct et certain chaque fois qu'est constatée la disparition, par l'effet du délit, de la probabilité d'un événement favorable, encore que, par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine» et ajoute qu'«en cas de perte de chance, la réparation du dommage ne peut être que partielle», et que «la réparation du dommage résultant de la perte d'une chance ne présente pas un caractère forfaitaire, mais correspond à une fraction des différents préjudices subis».

Il convient donc de distinguer l'évaluation du préjudice et la «fraction» de ce préjudice qui peut être obtenue en réparation et qui dépend de la probabilité de survenance de l'événement heureux (la «chance»).

Ainsi, la perte de chance se calcule comme l'espérance du gain attendu de la chance c'est-à-dire comme le produit d'une ou plusieurs probabilités par les gains potentiels qui auraient été obtenus (par exemple 60 % de chances d'obtenir un gain de 100 donne une perte de chance égale à 60).

Pour être reconnue, la perte de chance doit être certaine : la chance devait exister et avoir été perdue avec certitude. Si elle a été perdue, il faut donc chercher à l'évaluer le plus précisément possible.

Les contentieux du droit des affaires ou du droit de la concurrence conduisent de plus en plus les parties à demander l'indemnisation des pertes de chance. Malheureusement, la perte de chance est souvent peu étayée et la probabilité déterminée suivant la règle simple selon laquelle «moins de 50 % ce n'est pas réellement une chance et 100 % c'est un gain manqué, donc 80 % doit être le bon chiffre».

Pour autant, et pour pouvoir être retenue, la perte de chance doit répondre au même niveau d'exigence que les autres catégories de préjudices,

même si elle nécessite de répondre à des questions plus complexes :

- Comment se serait développée une société qui a disparu du fait des pratiques anticoncurrentielles d'un puissant monopole ?

- Qu'aurait gagné une société si, forte d'un contrat, elle avait pu signer d'autres contrats similaires ?

- Quel prix aurait été négocié lors d'une acquisition si l'acquéreur avait été parfaitement informé par le vendeur ?

Si les demandes d'indemnisation pour perte de chance se multiplient, il en est de même des problématiques qu'elles soulèvent pour les parties, leurs conseils, mais également pour les magistrats. Ainsi, les questions les plus fréquemment rencontrées sont :

- Comment distinguer gain manqué et perte de chance ? (1.)

- Comment déterminer les paramètres d'évaluation de la perte de chance ? (2.)

- Faut-il ou non tenir compte de ce qui s'est passé depuis la faute pour apprécier la réalité de la chance perdue ? (3.)

Du point de vue financier, on distingue l'aléa de décision, ou aléa actif, et l'aléa d'évaluation, ou aléa passif :

L'aléa de décision correspond au fait que la réalisation de l'éventualité favorable dépend de la décision (i) de la victime qui aurait dû faire des choix et/ou mettre en œuvre des moyens dont on ne peut être certain qu'elle les aurait faits ou mis en œuvre ou (ii) de la décision d'un cocontractant qui dépend elle-même de multiples facteurs.

On parlera d'aléa de décision ou d'aléa actif puisqu'il dépend de la décision d'un acteur.

L'existence d'un aléa de décision permet de différencier si l'on se situe dans le domaine de la perte de chance (il y a un aléa de décision) ou dans celui du gain manqué (il n'y a pas d'aléa de décision).

Par exemple, si l'on s'interroge sur le placement alternatif qui aurait été fait par la victime s'il n'y

avait pas eu défaut de conseil du banquier, il s'agit d'une perte de chance parce que la victime a été privée d'un choix dont on ignore ce qu'il aurait été. Si en revanche, il est certain que l'absence de défaut de conseil du banquier aurait conduit à ne pas mettre un certain type d'actif dans le portefeuille et à en mettre un autre connu avec certitude, on est alors dans le gain manqué.

L'aléa de valorisation consiste, lui, à évaluer le gain qui aurait existé en situation normale. Pour ce faire, il est possible de construire différents scénarios et de chiffrer les valorisations auxquels ils aboutissent. Le financier se retrouve alors dans une méthodologie bien connue de l'actualisation des cash-flows futurs utilisée pour valoriser les actifs.

On parlera d'aléa de valorisation ou d'aléa passif puisque sa détermination n'est fonction que des différents états de la nature possibles.

L'aléa de valorisation existe que l'on invoque un gain manqué ou une perte de chance, en effet, il existe chaque fois que différents scénarios pour le futur sont envisageables ce qui donne autant de valorisations possibles.

La détermination des paramètres d'évaluation de la perte de chance nécessite un travail d'analyse sur la base de la documentation factuelle disponible à l'époque des faits.

Il existe en effet pour la perte de chance deux niveaux probabilités : le premier pour l'aléa de décision (probabilité d'une décision favorable) et le second pour l'aléa de valorisation (probabilité de chaque état de la nature).

Pour l'aléa de décision, la probabilité devra être objectivée par l'analyse de la documentation factuelle :

- La victime avait-elle les moyens de profiter de la chance ?
 - Le cocontractant avait-il d'autres propositions ou aurait-il accepté de contracter dans des conditions modifiées ?
 - Quels étaient les critères de choix de la victime et/ou du cocontractant sur d'autres projets similaires ?
- Pour l'aléa de valorisation, l'objectif est de répondre aux questions bien connues des évaluateurs :
- Quelles étaient les prévisions les plus crédibles à l'époque des faits ?
 - Quelles étaient les probabilités qui pouvaient être affectées aux différents états de la nature ?
 - Quel était le taux d'actualisation qui doit être utilisé pour ramener les flux futurs à la date de l'évaluation ?

Ces questions peuvent paraître théoriques à un professionnel du droit, mais elles sont usuelles

pour les financiers familiers des modèles probabilistes notamment dans le cadre de la valorisation des options.

En effet, une probabilité (qu'elle soit relative à l'aléa de décision ou de valorisation) ne doit pas être considérée comme une cote mal taillée qui se détermine de manière forfaitaire par le magistrat. Elle est toujours un paramètre objectivable.

Face à la nécessité de trancher sur le montant d'une perte de chance, la tentation peut être de se raccrocher à ce qui s'est finalement réalisé puisque l'avantage du temps judiciaire est de juger bien après la faute et que ce qui était prévisionnel au moment de la faute est, au jour du jugement, connu. La pratique montre que les magistrats sont enclins à tenir compte de la réalité quand celle-ci s'est avérée moins bonne que ce qui était envisagé, (semble-t-il pour ne pas conduire à un enrichissement sans cause puisque si la faute n'avait pas eu lieu la victime n'aurait pas pu obtenir le bénéfice de la chance) mais en revanche, ils ne tiennent pas compte de la réalité si elle s'est avérée bien supérieure à ce qui était envisageable au moment de la faute.

Cette approche serait cependant plus exacte si au lieu de conserver les mauvaises surprises mais pas les bonnes surprises, elle se référait (i) à la documentation disponible au moment des faits pour définir au mieux les moyens disponibles et les choix possibles pour la victime et ainsi, (ii) définir dans la mesure du possible, un benchmark approprié :

- Quel a été le rendement des portefeuilles qui ont suivi la gestion recherchée par la victime ?
- Quelle a été la situation des concurrents qui ont pu signer d'autres contrats, comme le voulait la victime, car leur contrat initial n'a pas été brutalement interrompu ?
- Quelle a été la situation des acteurs, qui ont suivi la même stratégie que celle envisagée par la victime, mais qui n'ont pas subi les pratiques anticoncurrentielles ?

Autant de questions dont les parties font malheureusement trop souvent l'économie de la démonstration, s'en remettant, faute de mieux au bon vouloir du magistrat.

En conclusion, le préjudice de perte de chance n'est pas un préjudice hors norme, il répond aux mêmes critères d'exigence que les autres préjudices au sens où il doit être mesuré selon une démarche scientifique fondée sur la documentation factuelle de l'époque des faits et sur des méthodologies correspondant à l'état de l'art en matière de méthodes d'évaluation. ■



**et Claire Karsenti,
directrice associée
SORGEM Evaluation**