

LE CHIFFRAGE DE PRÉJUDICE

A. L'évaluation du gain manqué

par Frédéric Duponchel, P-dg d'Accuracy

Le chiffrage de préjudice passe par l'évaluation de la perte subie (*damnum emergens*) et du gain manqué (*lucrum cessans*). Derrière des calculs financiers et comptables qui peuvent paraître simples, se cachent des difficultés pratiques d'interprétation des notions chiffrées. Ces difficultés expliquent souvent une part importante de l'écart entre les chiffrages réalisés respectivement par chacune des parties en cause.

Accuracy est une société de conseil financier d'entreprise spécialisée dans le support aux contentieux.



Frédéric Duponchel, P-dg d'Accuracy

Évaluation du gain manqué : la mesure des bénéfices dont la victime a été privée.

Il s'agit, dans un premier temps, de recenser la nature de ces bénéfices, le fil conducteur de cette démarche consistant à apporter des réponses à la question suivante : « qu'est-ce que la victime aurait pu gagner, et que finalement elle n'a pas gagné, du fait de la faute ou du manquement ? ». Ces bénéfices peuvent être directs, par exemple correspondre à un volume de ventes qui ont été perdues à cause de la rupture d'un contrat, de la copie de produits, ou encore du caractère défectueux d'un outil de production. Le recensement de la nature de ces bénéfices perdus se complique, lorsque ceux-ci sont des conséquences indirectes de la faute commise, par exemple :

- La faute peut avoir entraîné une baisse de prix, qui n'aurait pas eu lieu en son absence, alors que, corrélativement, les volumes de ventes n'ont pas diminué.
- La faute peut avoir eu des conséquen-

ces sur d'autres produits ou activités qui n'étaient pas concernés directement. Elle a pu, par exemple, faciliter la pénétration de la concurrence sur un segment de marché donné, entraînant, ainsi, des pertes de parts de marché.

- La faute peut priver la victime d'un moyen d'accéder à une opportunité : par exemple, l'impossibilité pour un investisseur d'acheter une société du fait de la rupture du contrat de cessions d'actions par le vendeur peut empêcher l'acheteur d'accéder ultérieurement à d'autres opportunités d'acquisitions.

La difficulté ici est donc de procéder à un recensement exhaustif de tous les gains dont la victime a été privée, tout en veillant à n'inclure dans ce recensement que des éléments raisonnables et mesurables et tout en s'assurant bien sûr du lien de causalité directe entre la faute ou le manquement et le bénéfice perdu.

Évaluation du gain manqué : la mesure des bénéfices dont la victime sera privée.

Dans bien des cas, le bénéfice qu'il s'agit d'évaluer provient soit d'une activité ou d'une exploitation passée mais qui se poursuit dans le futur, soit d'une activité ou d'une exploitation future.

Dans le premier cas (l'exploitation passée se poursuit), les prévisions peuvent être construites à partir de projections des données passées, ce qui leur confère une fiabilité certaine. Le chiffrage du préjudice doit cependant intégrer les facteurs de modification future, tels que les cycles et évolutions de marché, la progression des concurrents, l'usure d'un produit ou de son image,...

Dans le second cas (l'exploitation est seulement future), la difficulté est de projeter dans l'avenir des prévisions qui

soient suffisamment raisonnables, bien qu'elles ne puissent pas être étayées par des données historiques.

L'exercice de chiffrage de préjudice comprend alors l'élaboration d'un plan d'affaires (« business plan »), assis sur des hypothèses traçables et réalistes. La démarche consiste ici à reconstituer des flux financiers d'exploitation en prenant en compte des conditions « normales » : un marché non perturbé par des facteurs externes, des cycles passés projetés sur la période future, des prix stables, ...

Évaluation du gain manqué : la mesure de l'accroissement du patrimoine dont la victime a été privée.

Une fois que les flux, passés et (ou) futurs, ont été recensés et évalués, l'exercice de chiffrage de préjudice nécessite de procéder à l'évaluation du patrimoine qu'aurait été celui de la victime en l'absence de faute, la différence avec son patrimoine réel (donc en présence de la faute) constituant le gain manqué.

La première étape consiste à donner un horizon de temps à ces flux : pendant combien de temps considère-t-on que la victime est privée de bénéfices ? Il convient de prendre en compte, par exemple, le vieillissement des produits, l'émergence de nouvelles marques, la durée limitée des contrats, le vieillissement des hommes-clés.

La deuxième étape consiste à actualiser ces flux, à l'aide d'un taux, dont la détermination est essentielle pour le résultat de l'évaluation. Ce taux prendra en compte les conditions conjoncturelles de la rémunération de la dette et du capital, ainsi que les risques spécifiques à l'activité ou aux opérations qui génèrent les flux concernés.

B. L'évaluation de la perte subie

par Christophe Schmit, Associé, Accuracy



Christophe Schmit, Accuracy

Évaluation de la perte subie : la valorisation des heures internes.

La perte subie inclut les coûts qui ont été encourus par la partie lésée du fait du préjudice subi. Ces coûts peuvent être constitués de frais externes, faciles à évaluer et à démontrer (matérialisés par des factures). Ils peuvent également comprendre des travaux effectués par les salariés de la partie lésée, qui ont passé du temps, par exemple, à réparer un produit défectueux, à retrouver des clients (rupture abusive de relations commerciales), ou encore, à concevoir un produit de remplacement (propriété industrielle).

Dans ce cas, une première étape délicate est le recensement du nombre d'heures effectuées. En effet, ne peuvent être prises en compte que des heures passées par le personnel concerné, au détriment d'autres travaux qui auraient eux-mêmes créé de la valeur pour la partie lésée. Ainsi l'affectation d'heures de sous activité, sans valeur si le litige n'existait pas, ne constitue pas une perte.

Une seconde étape délicate est la détermination du taux horaire qui servira à valoriser ces heures. Ce taux peut correspondre aux montants des salaires auxquels sont ajoutés les charges et inclure

une part des frais fixes de l'entreprise. Il peut ainsi varier du simple au quintuple. Les frais fixes alloués aux taux horaires représentent des charges de l'entreprise (amortissement des machines, personnels d'encadrement), rarement liées à l'existence du litige et au préjudice qui en résulte, mais que l'entreprise peut être contrainte de mobiliser afin de réparer le dommage subi. Leur prise en compte dans le chiffre dépendra donc de l'impact du préjudice sur l'activité de l'entreprise.

Evaluation de la perte subie : l'évaluation de la contribution aux résultats.

Évaluer la perte subie revient souvent à évaluer la contribution aux résultats d'un produit défectueux, d'une activité perdue, d'un contrat non renouvelé,...

Cette perte est souvent considérée comme le résultat de l'opération : chiffre d'affaires perdu - charges variables correspondantes.

Or, effectuer cette opération simple pose

existant entre charges « directes » et charges « indirectes ».

Par exemple, dans un cas de chiffrage de préjudice pour rupture abusive d'un contrat de distribution :

■ Faut-il déduire du chiffre d'affaires, et donc considérer comme variables, les salaires des commerciaux qui se consacraient aux ventes des produits concernés par le contrat, mais aussi aux ventes d'autres produits ?

Cette question pose un problème de « détournement » d'information : il convient ici d'isoler les données liées au préjudice.

■ Faut-il, de même, considérer comme variables les salaires d'une partie de la direction financière du distributeur, qui a été restructurée deux ans après la perte du contrat ?

Cette question met en évidence la problématique des charges fixes par pallier : en effet, les entreprises réajustent progressivement leur structure, à la suite d'une baisse de chiffre d'affaires. Ce réajustement peut être lent et ses conséquences financières difficiles à cerner avec précision.

“ La perte subie inclut des coûts qui peuvent être externes ou internes (travaux des salariés de la partie lésée...) ”

le problème de la définition des charges variables. La doctrine comptable (« PCG 82 ») les décrit comme « les charges qui varient avec le volume d'activité, sans qu'il y ait nécessairement exacte proportionnalité entre la variation des charges et la variation des volumes obtenus ».

Appliqué concrètement au chiffrage de préjudice, cette distinction charges fixes / charges variables revient à classer comme variables les charges qui auraient pu être économisées s'il n'y avait pas eu de dommage, exercice dont la difficulté est renforcée par une autre distinction, celle

■ Comment traiter les charges « indirectes », qu'il n'est pas possible d'affecter sans calcul intermédiaire au produit concerné par le contrat interrompu mais qui pourtant sont variables : par exemple les heures supplémentaires du bureau d'études ou des manutentionnaires de l'entrepôt ?

La réponse à ce type de questions nécessite le recours aux techniques d'audit : investigations détaillées de la comptabilité analytique, recoupement avec des données de gestion et des indicateurs non financiers.

Par **Frédéric Duponchel**, et **Christophe Schmit**, Accuracy

Évaluation du préjudice : CAS PRATIQUE

Les contentieux entre les entreprises révèlent fréquemment des problématiques qu'il est indispensable d'aborder avec un œil économique, comptable et financier.

Frédéric Duponchel et Christophe Schmit, Associés d'Accuracy, cabinet de conseil spécialisé dans le support aux contentieux, exposent un certain nombre de difficultés techniques qu'ils ont eu à traiter et dont la résolution a nécessité une collaboration étroite entre avocats, juristes d'entreprise et experts financiers.



Frédéric Duponchel



Christophe Schmit

Accuracy est une société de conseil financier d'entreprise spécialisée dans le support au contentieux

Définition du dommage subi

Dans le cadre de la mise en œuvre d'une clause de garantie de passif, l'acquéreur d'une société demande à être indemnisé du montant de la dépréciation d'actifs incorporels qu'il a enregistré dans les comptes de cette société postérieurement à l'acquisition.

Le protocole d'acquisition prévoit que le cédant indemnise le cessionnaire sur la base du dommage tel que défini à l'article 1149 du Code civil. Rappelons que cet article stipule : « 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. »

Si la dépréciation d'un actif incorporel constitue bien une perte comptable, c'est-à-dire qu'elle est enregistrée dans les comptes, cette perte cause-t-elle pour autant un dommage à la société ? Autrement dit, résulte-t-il de cette dépréciation une diminution du patrimoine de la société ?

Le lien entre perte comptable et préjudice est une question qui revient régulièrement dans les contentieux et pour laquelle il n'y a pas de réponse toute faite. Chaque cas doit aussi faire l'objet d'une analyse spécifique.

En l'espèce, notre rapport démontrait que la dépréciation n'entraînait aucun préjudice pour l'acquéreur. Nous avons pour cela analysé en détail la démarche d'évaluation qui avait été celle de l'acquéreur et avait conduit au prix d'acquisition convenu entre les parties. Nous avons montré à partir de là que, la dépréciation n'ayant d'incidence ni sur les flux de trésorerie futurs de la société ni sur sa situation d'endettement (soit les deux paramètres retenus

dans l'évaluation), elle ne modifiait en aucune façon la valeur de la société.

Estimations et jugements dans le cadre de l'arrêté des comptes

Ce même protocole possède une clause visant à indemniser l'acheteur contre toute détérioration de la marge de certains projets ayant pour origine une cause antérieure à l'acquisition. Cette clause, d'apparence classique, pose de grosses difficultés de mise en œuvre dans les métiers du contrat à long terme (construction, ingénierie, infrastructure), métiers pour lesquels il existe fréquemment des risques importants dans l'exécution des projets. Ces difficultés sont principalement de deux ordres :

- **Difficulté n°1** : Un problème technique résulte souvent d'un enchaînement d'événements sans qu'il soit possible d'établir avec précision son origine. Il est dès lors délicat de déterminer si le fait générateur du dommage créé est antérieur ou postérieur à une date donnée. Or le mécanisme d'indemnisation impose qu'une décision définitive soit prise.
- **Difficulté n°2** : L'évaluation des conséquences financières d'un problème technique repose fréquemment sur une appréciation subjective de la situation future. Une personne pourra juger de façon optimiste l'issue d'un conflit avec un sous-traitant, tandis que l'autre sera susceptible d'avoir de ce conflit la vision la plus noire. Là encore, le mécanisme d'indemnisation impose pourtant qu'un montant soit déterminé.

Notre approche dans un tel cas repose sur les deux axes suivants.

- Tout d'abord, nous nous efforçons, en collaboration avec des équipes techniques, de dresser l'inventaire le plus exhaustif possible de l'information qui était disponible à la date du protocole. Ce travail minutieux conduit à répondre à une question clef pour la solution de ce type de litige : indépendamment de la situation technique réelle, quel était, à la date du protocole, le niveau de connaissance des dirigeants de la société sur le problème technique en question.
- Ensuite, nous procédons à une évaluation chiffrée du risque, qui repose naturellement sur l'inventaire décrit ci-dessus, mais aussi sur la capacité démontrée de la société à appréhender les situations de cette nature (résolution technique du problème, négociation avec le client, négociation avec les sous-traitants pour qu'ils prennent à leur charge tout ou partie du problème, ...). Au cours de cet exercice, la cohérence de l'évaluation retenue avec les pratiques historiques de la société est un point particulièrement crucial.

Problématique de la remise en état

Un de nos clients est lié depuis dix ans par un contrat de coopération avec un partenaire industriel. Suite à la décision d'un tribunal, ce contrat est annulé et il est nécessaire de procéder à une remise en état, c'est-à-dire de rétablir la situation telle qu'elle aurait été si le contrat n'avait pas existé.

Cette demande nous conduit à une démarche en deux étapes :

- **Etape n°1** : Identifier, afin d'en annuler les conséquences, l'ensemble des flux financiers résultant du contrat de coopération, et ce, sur cette période de dix années. Outre une approche rigoureuse, ce recensement nécessite une parfaite compréhension de l'économie de la coopération industrielle qui comprenait pour les partenaires : des apports (en nature et en numéraire), des investissements, des prêts, ainsi que des flux liés à la commercialisation des produits (achats et ventes).
- **Etape n°2** : A partir de cette situation nouvelle, effectuer une simulation de ce qu'aurait été la situation de notre

client s'il avait opéré seul sur le marché et non au travers de la coopération industrielle. Pour cela, en collaboration avec les équipes opérationnelles de notre client, nous établissons un plan d'affaires dont la particularité est qu'il ne couvre pas la période future, mais la période écoulée.

Ces deux étapes nous permettent de déterminer quelle serait la valeur du patrimoine de notre client s'il n'y avait pas eu de contrat de coopération et de la comparer avec son patrimoine actuel.

Différentes modalités de calcul de la marge

Un de nos clients est accusé de pratiques de commercialisation illégales par un de ses concurrents. Celui-ci lui réclame un montant correspondant à son manque à gagner sur les ventes qu'il aurait, selon lui, réalisées s'il n'y avait pas eu les pratiques illégales en question. Au cours de notre analyse nous nous rendons compte que la demande repose sur un calcul de marge sur coûts d'achat.

D'un point de vue technique, il existe

plusieurs notions de marge :

- Marge sur coûts variables, qui repose sur une hypothèse de stabilité des frais fixes de l'entreprise ;
- Marge sur coûts directs, dans laquelle l'ensemble des coûts directement affectables au produit sont déduits du prix de vente ;
- Marge sur coût complet, qui affecte au produit l'ensemble des coûts d'exploitation (aussi bien fixes que variables, aussi bien directs qu'indirects).

Chacune de ces marges répond à des situations bien précises qui dépendent notamment de la part représentée par la production litigieuse sur la production totale, de la durée de la période litigieuse, de la capacité de l'outil industriel, etc.

En l'espèce, nous démontrons que la marge sur coûts d'achat, outre qu'elle ne correspond à aucune définition standard, n'est nullement adaptée à la situation. La marge sur coûts directs est celle qui selon nous est appropriée à la situation. Notre analyse conduit ainsi à diviser par sept le montant du préjudice réclamé à notre client.

Les différentes techniques d'évaluation

De nombreux préjudices reposent sur l'évaluation d'une activité ou d'une entreprise. La démarche d'évaluation consiste alors à mettre en œuvre des méthodes éprouvées qui se segmentent selon les deux approches suivantes :

- **Approche intrinsèque** : Elle porte ce nom dans la mesure où elle s'appuie sur les performances propres de l'entreprise ou de l'activité à évaluer. Au sein de cette catégorie, la méthode la plus utilisée est celle des flux de trésorerie futurs actualisés ('DCF' pour Discounted Cash Flows en anglais).
- **Approche analogique** : Elle consiste à évaluer une société en la comparant à des sociétés « comparables » (en

terme de métier, de performance, de profil de croissance) et dont on connaît la valeur, soit parce qu'elles sont cotées sur un marché, soit parce qu'elles ont fait l'objet d'une transaction récente.

Depuis le milieu des années 1970, l'Autorité des Marchés Financiers (l'AMF, anciennement la COB) recommande que les évaluations soient conduites selon le principe du multicritères, c'est-à-dire qu'elles confrontent plusieurs méthodes d'évaluation pertinentes. Cette recommandation a été réaffirmée en 2005 par un groupe d'experts qui a travaillé, à la demande de l'AMF, sur l'amélioration de l'évaluation financière indépendante.