



HAL
open science

**Indemnisation du préjudice économique en cas
d'inexécution contractuelle : étude comparative en
common law américaine, droit civil français et droit
commercial international : application aux
avant-contrats, atteintes à la réputation commerciale et
activités sans base établie**

Franck S. Giaoui

► **To cite this version:**

Franck S. Giaoui. Indemnisation du préjudice économique en cas d'inexécution contractuelle : étude comparative en common law américaine, droit civil français et droit commercial international : application aux avant-contrats, atteintes à la réputation commerciale et activités sans base établie. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2018. Français. NNT : 2018PA01D036 . tel-03505870

HAL Id: tel-03505870

<https://theses.hal.science/tel-03505870v1>

Submitted on 1 Jan 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



INDEMNISATION DU PREJUDICE ECONOMIQUE EN CAS D'INEXECUTION CONTRACTUELLE :

**Etude comparative en
common law américaine,
droit civil français
et droit commercial international**

**Application aux avant-contrats, atteintes à la réputation
commerciale et activités sans base établie**

Thèse de doctorat en droit

Franck S. Giaoui

Sous la direction de Pascal de Vareilles-Sommières

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Ecole Doctorale de Droit de La Sorbonne

Membres du Jury

Richard Brooks, Columbia Law School

Bénédicte Fauvarque-Cosson, Paris 2 Panthéon-Assas

Geneviève Helleringer, Oxford University

Caroline Kleiner, Université de Strasbourg

21 septembre 2018

A Philippe, Gérald, Gabriel et Michèle
A mes parents, ma famille et mes amis

« *L'échec est le fondement de la réussite.* »
Lao-Tzeu, *Tao-tê-king*, La Voie et sa vertu, VIII, 1-VI^e s. av. J.-C.

Remerciements

Je remercie tout d'abord le Professeur Pascal de Vareilles-Sommières, mon directeur de thèse, qui a été le premier à croire en mon projet de recherche et à me faire confiance pour le réaliser à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne puis en mobilité doctorale à Columbia Law School. Son exigence intellectuelle et les débats nourris avec lui m'ont fait grandir dans le Droit. Il n'a pas compté son temps pour me prodiguer conseils et inspiration tout au long de ces six années de collaboration. J'espère avoir été à la hauteur de ses attentes.

Les Professeurs Richard Brooks, Bénédicte Fauvarque-Cosson, Geneviève Helleringer et Caroline Kleiner m'ont fait l'honneur d'accepter de siéger dans le jury de soutenance malgré la charge de travail et les déplacements parfois longs que cela ajoutait à leurs emplois du temps déjà bien chargés. Qu'ils en soient ici remerciés.

Je remercie également le Professeur Laurent Aynès. Dès la conception de mon projet à l'Ecole de Droit de la Sorbonne, il a été une source d'inspiration experte tant sur le plan de la doctrine que sur la pratique.

Les Professeurs Richard Brooks et Patrick Bolton ont contribué activement à ma recherche pendant ces trois dernières années passées à Columbia Law School. Je leur en suis reconnaissant. J'y ai eu la chance de bénéficier de l'invitation, des recommandations et des conseils des Professeurs Mark Barenberg, George Bermann, Victor Goldberg, Avery Katz et Robert Scott. Je poursuis actuellement mon JSD - l'équivalent américain du doctorat en droit - sous leur direction inspirante.

Je remercie pour leurs conseils généreux et leurs commentaires constructifs :

- les Professeurs Aditi Bagchi, Anu Bradford, David Capitant, Suzanne Carval, Robert Cottrol, Albert Choi, Joan Divol, Philippe Dupichot, Joel Feuer, Martin Gelter, Ronald Gilson, Jeffrey Gordon, Anne Guégan, Georges Haddad, Stephen Halpert, Sophie Hocquet-Berg, Patrice Jourdain, Jeremy Kessler, Alan Koh, Russell Korobkin, Yves-Marie Laithier, François-Xavier Lucas, Stefano Manacorda, Sophie Robin-Olivier, Christina Ramberg, Alex Raskolnikov, Joel Reidenberg, Paul Rogers, David Rosenbloom, Darren Rosenblum, Gregory Rosston, Jeffrey Fagan, Carol Sanger, Ruth Sefton-Green, David Schizer, Eric Talley, Steve Thel, Ran Tryggvadottir et Christina Tvarno, Liliane Vana, Timothy Webster ;
- les participants aux séminaires *Formation à la Recherche Documentaire, Histoire des Idées en Anglais* et *Exposer et Argumenter sa Thèse* en 2013, 2014 et 2015 à l'Ecole de Droit de la Sorbonne, les participants aux *Visiting Scholar Forum* des 27/09/2015 et 03/05/2017, au *Career in Law Workshop* du 15/09/2017, au *Law & Economics Workshop* du 09/10/2017, au cours *Remedies* du 07/12/2017 et à l'*Associates Forum* du 14/02/2018 à Columbia Law School et les participants de la conférence mondiale de l'*ASCL YCC* du 21/04/2018 à Case Western Reserve University School of Law.

Les praticiens ont largement contribué à ma recherche. Maître Alain Maillot et Norbert Giaoui ont fait preuve d'une générosité sans limite en m'ouvrant leur prestigieux carnet d'adresses à Paris et New York et en me confiant leurs archives inédites. Je mesure le privilège d'avoir très tôt bénéficié de leur parrainage.

Je remercie Maîtres Forrest Alogna, Laurent Aynès, Claude Bendel, Cyril Bonan, Emmanuel Brochier, Matthieu de Boisseson, Pascal Chadenet, François Château, Adam Emmerich, David Katz, Olivia Maginley, Ryan McLeod, Jonathan Moses, Paul Saunders, William Savitt et Richard Schepard, avocats, et Claire Karsenti et Maurice Nussenbaum, experts judiciaires, qui ont eu la gentillesse et la patience de se prêter au jeu des entretiens de terrain.

Les dirigeants d'entreprises avec lesquels j'ai collaboré en tant que conseil pendant mon doctorat m'ont permis d'enrichir l'analyse empirique. Je remercie Raoul Amram, Jean-Paul Berthomé, Frédéric Briest, Nicolas Briest, Paul Cohen, Daniel Israel, Régis Sénégo et Michel Wohrer.

Didier Choix, Elias Farhat, Maître Christian Pierret, ancien Ministre, et le Professeur Liliane Vana ont aimablement ajouté leurs recommandations à celle de mon directeur de thèse pour la mobilité doctorale à Columbia Law School.

Les personnels administratifs des bibliothèques, écoles doctorales et départements internationaux de Paris 1, de Columbia et d'autres universités ont œuvré continuellement et avec beaucoup de bienveillance pour me permettre de me consacrer pleinement à la recherche. Je tiens à remercier tout particulièrement Claire Flavigny, Adam Kolker et son équipe Audrey Baker, Nancy Elsamanoudi et John Tarbet : leur connaissance des rouages universitaires a largement éclairé mon parcours. Je remercie également Hakim Bouchiker, M. Dufournet, Elise François, Maryse Gammaitoni, Isabelle Le Bescond, Alessia Lefebure, Chris Mark, Heath Mayhew, Valbona Myteberi, Dana Neacsu, Khamla Pradaxay, Josiane Riga et Danien Vialle.

Enfin, je remercie mes collaborateurs et assistants de recherche, pour la plupart doctorants ou étudiants brillants à Paris 1, Columbia ou Yale :

- Jòan Gondolo, Philippe Lachkeur et Mickael Le Borloch, pour la traduction juridique, la relecture et la mise en forme finales du présent document.
- Mohini Banerjee, Salomé Bohbot, Unique Cheon, Tonbara Ekiyor, Jòan Gondolo, Megan Ji, Jordan Johnson, Sophie Moskop, Ana Carolina Nakamura, Vasile Rotaru and Swara Saraiya pour l'assistance qu'ils m'ont apportée dans l'extraction, la codification et l'analyse de plusieurs centaines de cas de jurisprudence.

Liste des abréviations

A	
Art.	Article
C	
Cass.	Cour de cassation
CCIP	Chambre de commerce et d'industrie de la région Paris - Ile de France
CE	Conseil d'État
Chap.	Chapitre
Circuit	Circuit (<i>Cour d'appel fédérale</i>)
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
cit.	Cité
civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
CVIM	Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises
D	
D.	Dalloz
E	
éd.	Édition
ECD	Expectation Consequential Damages
EGD	Expectation General Damages
EUR	Euro
I	
Ibid.	Ibidem
ICC	International Chamber of Commerce (<i>Chambre de commerce internationale</i>)
J	
JCP	Juris-classeur
J. LEGAL STUD.	Journal of Legal Studies
JOCE	Journal Officiel des Communautés Européennes
L	
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
N	
n°	Numéro
O	
Op. cit.	Œuvre citée
P	
p.	Page
PICC	Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT)
R	
Rapp.	Rapport
RDU	Revue de droit uniforme
req.	Chambre des requêtes
S	
s.	Suivant
spéc.	Spécialement
U	
USD	Dollar américain

Y
Yale L.J. Yale Law Journal

V
v. Versus (*contre*)
Vol. Volume

Sommaire Général

Table des matières détaillée

Introduction générale

1^{ère} Partie - Les principes gouvernant le régime des dommages-intérêts

Chapitre I : Fonction compensatrice des dommages-intérêts

Chapitre II : Les autres fonctions des dommages-intérêts

Chapitre III : Efficacité économique comparée des systèmes de dommages-intérêts

2^{ème} Partie - La réparation intégrale : principe général et application pratique

Chapitre I : Le principe de la réparation intégrale

Chapitre II : Application stricte du principe de la réparation intégrale

Chapitre III : Application aménagée du principe de la réparation intégrale

3^{ème} Partie - Application des principes aux préjudices de manque à gagner difficilement quantifiables

Chapitre I : Rupture abusive des pourparlers, violation d'un accord de négociation ou de conclusion

Chapitre II : Atteinte à la réputation

Chapitre III : Activité sans base établie (*New Business Rule*)

Conclusion générale

Tables des Matières Détaillée

REMERCIEMENTS.....	3
LISTE DES ABREVIATIONS	5
SOMMAIRE GENERAL	7
TABLES DES MATIERES DETAILLEE.....	8
INTRODUCTION GENERALE	17
1ERE PARTIE - LES PRINCIPES GOUVERNANT LE REGIME DES DOMMAGES-INTERETS.....	26
INTRODUCTION DE LA PREMIERE PARTIE	26
CHAPITRE I : FONCTION COMPENSATRICE DES DOMMAGES-INTERETS	28
SECTION 1 : FONCTION COMPENSATRICE DES DOMMAGES-INTERETS DANS LA THEORIE DE LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE	28
1. De Von Jhering à Fuller et Perdue.....	28
2. Yves-Marie Laithier et les auteurs contemporains du droit civil français.....	31
3. La doctrine en droit international privé : analyse comparative des Principes d’UNIDROIT et de la jurisprudence	35
4. Robert Scott : Une introduction à la doctrine américaine contemporaine	38
5. Les limites à l’indemnisation sont fondées sur trois piliers : la certitude, la prévisibilité et la minimisation.	43
SECTION 2 : LES TEXTES ET DECISIONS GOUVERNANT LA FONCTION COMPENSATRICE DES DOMMAGES-INTERETS ...	47
1. Le principe général est celui de la réparation intégrale du préjudice subi par le créancier du fait de l’inexécution.	47
L’indemnisation des pertes et coûts subis	47
L’indemnisation des gains manqués	50
2. Le préjudice moral (<i>non-economic harm</i>) n’est pas toujours indemnisé	52
3. L’indemnisation, y compris de la perte de chance, est limitée au préjudice raisonnablement certain	54
4. L’indemnisation est le plus souvent limitée au préjudice prévisible	57
5. L’indemnisation est amputée du préjudice évitable.....	59
6. Le cas du non paiement d’une somme d’argent est toujours identifié	60
7. Les intérêts pour une obligation autre que le paiement d’une somme d’argent.....	64
8. Les dommages-intérêts à fonction punitive ne participent pas de la fonction réparatrice de l’indemnisation	65
9. Certaines dispositions prévoient en revanche des clauses pénales contractuelles.....	67
10. La restitution de l’enrichissement injustifié n’est pas admise partout.....	68
CHAPITRE II : LES AUTRES FONCTIONS DES DOMMAGES-INTERETS	70
SECTION 1 : LA FONCTION PUNITIVE DES DOMMAGES-INTERETS.....	70

1. Le principe de la réparation intégrale exclut normalement une fonction punitive des dommages-intérêts.....	70
2. Jean-Sébastien Borghetti et l’octroi par les juges français des dommages-intérêts punitifs de manière occulte	70
3. Les incertitudes concernant le <i>quantum</i> des <i>punitive damages</i> et les critères utilisés pour les fixer.....	71
4. L’opposition des spécialistes à une introduction officielle des <i>punitive damages</i> dans le droit civil français	71
5. Le débat relatif à l’opportunité de considérer la perte de chance en lieu et place des <i>punitive damages</i>	74
6. L’exemple d’un droit étranger mixte	77
7. La transposition de la <i>tort law</i> dans la <i>contract law</i> américaine	78
7.1. Le niveau de culpabilité, d’intention malveillante ou de négligence requis	79
7.2. Le standard de preuve.....	79
7.3. Les méthodes utilisées pour déterminer les montants octroyés	79
8. La transposition en droit continental européen	80
9. Que nous apprend l’analyse économique du droit de la responsabilité civile, concernant les <i>punitive damages</i> ?	82
10. Quelle place tient alors la fonction punitive dans l’analyse économique ?.....	83
SECTION 2 : LA FONCTION PREVENTIVE DES DOMMAGES-INTERETS.....	85
1. Efficacité et fonction préventive des dommages-intérêts.....	85
2. Le rôle de la fixation des dommages-intérêts et sort de l’argent	88
3. L’engagement de la responsabilité civile	88
3.1. La responsabilité civile et l’effectivité de la loi.....	88
3.1.1. <i>Profit illicite et rôle de la responsabilité civile</i>	88
3.1.2. <i>Domaine et conditions d’efficacité</i>	89
3.2. La mise en œuvre judiciaire de la sanction	90
3.2.1. <i>L’instauration d’actions de groupe en droit français présenterait plusieurs avantages</i>	90
3.2.2. <i>Le contrôle de la Cour de cassation est nécessaire sur le montant des dommages-intérêts alloués par le juge du fond</i>	91
3.2.3. <i>L’attribution des sommes qui excèdent le dommage à l’Etat (ou une collectivité publique territoriale), aux victimes elles mêmes ou à une personne morale tierce est une embarrassante question.</i>	91
3.2.4. <i>Les procédures de clémence instaurées par la loi NRE</i>	91
SECTION 3 : CONFLIT ENTRE FONCTIONS PREVENTIVE ET PUNITIVE.....	93
CHAPITRE III : EFFICACITE ECONOMIQUE COMPAREE DES SYSTEMES DE DOMMAGES-INTERETS	94
SECTION 1 : DEFINITIONS ET PLACE DE L’EFFICACITE ECONOMIQUE DANS LES DIFFERENTS SYSTEMES JURIDIQUES ...	96
1. Effectivité et efficacité au sens premier (ou juridique) du terme	96
2. Effectivité et efficacité au sens économique du terme (<i>efficiency</i> en anglais)	97
3. Critères définissant l’efficacité économique.....	98
4. L’efficacité dans les trois fonctions du droit de la responsabilité civile.....	99
4.1. Concernant l’indemnisation des victimes	100
4.2. Concernant la prévention des nuisances par l’incitation à la prudence	100
4.3. Concernant la répartition des risques dans la société	101
5. L’efficacité tient une place considérable dans la common law	101
6. En droit civil, l’efficacité brille encore par sa discrétion même si un mouvement est perceptible.....	103

7. L'efficacité du contrat découle directement de l'efficacité des sanctions.....	105
SECTION 2 : EFFICACITE ECONOMIQUE COMPAREE DES SYSTEMES DE SANCTIONS DANS CERTAINS DOMAINES DE LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE DES ENTREPRISES	106
1. Clauses pénales et clauses limitatives de responsabilité.....	107
1.1. La construction d'un modèle théorique efficace	108
1.2. Un premier système pratique extrême et efficace : le Code Napoléon.....	108
1.3. Un second système pratique extrême et opposé : la <i>common law</i>	109
1.4. Des systèmes intermédiaires plus réalistes.....	109
1.5. Le rôle nouveau et croissant des tribunaux	110
1.6. Comparaison entre <i>common law</i> et droit civil.....	110
2. Droit de propriété, cadre procédural, financement des entreprises, recouvrement de créances... avantage à la <i>common law</i> ?	112
2.1. Le règlement des litiges civils portant sur le droit de propriété	112
2.2. Une évolution du droit de la responsabilité de la faute au risque, favorable aux victimes	114
2.3. Le cadre procédural des litiges civils	114
2.4. Financement des entreprises et recouvrement de créances : les études empiriques disponibles donnent l'avantage à la <i>common law</i>	115
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	118
2^{EME} PARTIE : LE PRINCIPE DE LA REPARATION INTEGRALE ET SON APPLICATION DANS LA PRATIQUE	121
INTRODUCTION DE LA DEUXIEME PARTIE	121
CHAPITRE I : LE PRINCIPE DE LA REPARATION INTEGRALE	126
1. L'étendue de la réparation	127
1.1. Le principe de la réparation intégrale en droit international privé.....	127
1.2. Le dommage réparable	127
1.3. L'effectivité de la réparation	128
1.3.1. Dans le cas où le débiteur est solvable (<i>in bonis</i>).....	128
1.3.2. Dans le cas où le débiteur est insolvable (<i>failli</i>)	129
2. La sécurité juridique du créancier est menacée par l'ancrage territorial de la faillite	130
3. Les remèdes à l'insécurité sont à rechercher dans une solide coordination des différentes faillites nationales plutôt que dans une suppression des solutions territorialistes.....	131
CHAPITRE II : APPLICATION STRICTE DU PRINCIPE DE LA REPARATION INTEGRALE	133
1. Loyauté et devoir d'information.....	133
2. La perte de chance en matière d'informations financières	135
3. Réparation du préjudice financier de l'investisseur dans les sociétés cotées victime d'informations fausses ou trompeuses.....	137
3.1. Synthèse et critique des solutions retenues par la jurisprudence actuelle.....	137
3.1.1. Synthèse.....	137
3.1.2. La critique du recours à la perte de chance.....	138
3.1.3. La critique du caractère forfaitaire de l'indemnisation.....	140
3.2. La proposition d'une nouvelle méthode de calcul du préjudice financier de l'investisseur.....	140
3.2.1. L'identification des préjudices réparables.....	140
3.2.1.1 La perte de valeur de l'investissement réalisé	140

3.2.1.2. La perte d'une opportunité spécifique d'investissement	142
3.2.2. La quantification des préjudices réparables.....	142
3.2.2.1. Le recours aux études d'événements (event studies) en droit américain	142
3.2.2.2. Le déroulement d'une étude d'événement et sa transposition en droit français	144
3.3. La mise en œuvre de la nouvelle méthode de calcul du préjudice financier de l'investisseur.....	146
3.3.1. Les difficultés liées au coût de la méthode envisagée.....	146
3.3.2. Les difficultés liées à la compétence des magistrats en matière financière.....	146
4. Les principales approches financières du dommage	146
4.1. Les étapes de l'évaluation du préjudice	147
4.2. Les trois approches d'évaluation financière.....	148
4.2.1. L'approche patrimoniale ou valeur d'actif (asset value).....	148
4.2.2. L'approche par les comparables ou par les multiples (multiple value)	148
4.2.3. L'approche par les flux de trésorerie actualisés (Discounted Cash Flows - DCF).....	149
4.2.4. Les principales utilisations et limites des différentes approches.....	149
4.2.5. La détermination du taux d'actualisation	150
5. Le choix d'un modèle de prévision pour extrapoler les gains manqués	154
5.1. Les quatre étapes pour calculer les gains manqués.....	154
5.2. Le choix d'un modèle de prévision.....	155
5.2.1. Le type d'interruption	155
5.2.2. La durée de la période d'interruption	156
5.2.3. La disponibilité des données historiques.....	156
5.2.4. La régularité des tendances et des cadres et des schémas de vente	156
5.2.5. La facilité de l'explication.....	156
5.3. Les modèles conventionnels de prévisions	157
5.3.1. Les modèles arithmétiques simples	157
5.3.2. Les modèles arithmétiques plus complexes.....	157
5.3.3. Les modèles traduisibles en tendances et en courbes	157
5.3.4. Les modèles de facteurs saisonniers.....	158
5.3.5. Les méthodes de lissage	158
5.3.6. Les modèles multiples de régression.....	158
5.4. Les autres modèles d'application statistiques	158
Conclusion.....	159

CHAPITRE III : L'APPLICATION AMENAGEE DU PRINCIPE DE LA REPARATION INTEGRALE.....160

SECTION 1 : LES EXCEPTIONS EXPLICITEMENT PREVUES DANS LE DROIT FRANÇAIS	160
1. Les exceptions à la réparation intégrale prévues dans le Code civil.....	160
2. Les dommages-intérêts conventionnels : clauses pénales et astreintes	161
3. Les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité	161
SECTION 2 : LES EXCEPTIONS PREVISIBLES INSPIREES DE LA JURISPRUDENCE OU DES DROITS ETRANGERS.....	162
1. Les exceptions « vers le haut »	162
1.1. La théorie de la perte de chance	162
1.2. L'intérêt d'opportunité du plaignant (<i>restitution interest</i>).	166
1.3. Une tentative - pour l'instant avortée - de glissement vers l'amende ?	166
2. Les exceptions vers le bas.....	167
SECTION 3 : LES AMENAGEMENTS DU PRINCIPE DE LA REPARATION INTEGRALE	168
1. Une hypothèse générale à valider	168
2. L'application irrégulière du principe de réparation intégrale par les juridictions.....	170

SECTION 4 : L'APPARENCE CONSERVATRICE DE LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE	173
1. L'analyse de la jurisprudence.....	173
2. Le point de vue des praticiens	176
3. Etude de cas : la violation d'un pacte d'actionnaires, exécution forcée en nature plutôt qu'indemnisation	179
SECTION 5 : L'EVOLUTION « PRO-BUSINESS » DE LA JURISPRUDENCE AMERICAINE	182
1. L'exigence de certitude raisonnable quant à l'existence du dommage.....	184
2. Une tendance récente (restant à confirmer) vers une exigence accrue pour prouver le montant du dommage, lorsque c'est possible.....	186
3. L'exigence de certitude raisonnable dans la preuve de l'existence et du montant du préjudice indirect (<i>consequential damages</i>).....	188
4. La mesure du temps.....	189
SECTION 6 : LA SOPHISTICATION SUPERIEURE DES METHODES DE LA JURISPRUDENCE ARBITRALE INTERNATIONALE	191
1. Méthodologie et description de l'échantillon.....	191
2. Des résultats détaillés contredisant plusieurs idées reçues	193
2.1. Les <i>quantum</i> sont-ils très élevés dans les arbitrages ?	193
2.2. Le <i>quantum</i> prononcé par le tribunal arbitral constitue-t-il un « jugement de Salomon » ?	193
2.3. Les experts nommés par les parties sont-ils subjectifs dans l'estimation des dommages-intérêts ?	194
2.4. Les tribunaux arbitraux sont-ils mieux à même d'estimer le montant des dommages-intérêts ?	195
2.5. Les intérêts composés sont désormais appliqués dans la majorité des cas.....	196
3. Situations particulières et études de cas	199
3.1. La situation particulière des contrats relationnels et/ou de longue durée.....	199
3.2. Etude de cas: Application de la CVIM.....	203
3.3. Etude de cas: violation des obligations fiduciaires et contractuelles d'un dirigeant envers les associés d'une <i>Joint Venture</i>	208
3.4. Etude de cas : violation d'un pacte d'actionnaires et préjudice moral.....	209
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE	212
3EME PARTIE : APPLICATION DES PRINCIPES AUX PREJUDICES DE MANQUE A GAGNER DIFFICILEMENT QUANTIFIABLES	217
INTRODUCTION DE LA TROISIEME PARTIE	217
1. Analyses communes à toutes les situations et sous l'empire des différents régimes comparés	223
2. Analyses spécifiques à chaque situation ou régime	224
2.1. Rupture des pourparlers, particulièrement dans le cas des fusions-acquisitions	224
2.2. L'atteinte au fonds de commerce, à la réputation ou à l'image de marque.	225
2.3. Gains manqués pour les activités sans base établie et les <i>start-ups</i>	227
3. Codification	228
4. L'extraction d'un échantillon de données suffisant, défis supplémentaires de la recherche empirique et indications permettant de lire les résultats annexés	229
CHAPITRE I : RUPTURE ABUSIVE DES POURPARLERS, VIOLATION D'UN ACCORD DE NEGOCIATION OU DE CONCLUSION.....	234

SECTION 1 : RUPTURE DES ENGAGEMENTS A NEGOCIER ET DOMMAGES-INTERETS EN SYSTEME DE COMMON LAW AMERICAINE	236
1. La jurisprudence varie d'un régime à l'autre	236
1.1. Certains Etats refusent l'exécution forcée des engagements à négociier (<i>agreement to negotiate</i>) alors que beaucoup d'autres limitent l'indemnisation à la perte subie	236
1.2. Les Etats les plus avancés donnent force obligatoire aux engagements à négociier de bonne foi et accordent l'indemnisation des gains manqués ou même du préjudice indirect	238
1.3. Les parties doivent donc rédiger leurs accords avec soin	240
2. La jurisprudence et la doctrine américaine ont évolué	241
2.1. S'il n'y a pas de contrat au sens de la section 71 du UCC, la règle traditionnelle se contente de donner force obligatoire aux engagements détaillés à signer un accord (Type I)	241
2.2. La règle moderne a introduit les engagements préliminaires à négociier de bonne foi (Type II)	243
3. Le point de vue des praticiens	245
3.1. Les avocats négociant des fusions-acquisitions aux Etats-Unis intègrent souvent une clause de <i>break-up fees</i> pour accroître la force obligatoire du contrat et rendre son inexécution dissuasive aux yeux du débiteur.....	245
3.2. L'exécution en nature constitue souvent le remède recherché en cas de rupture d'un engagement capitalistique	247
3.3. Les dommages-intérêts ne sont pas un remède pertinent dans les OPA	248
3.4. Que se passe-t-il en cas de contentieux sur l'indemnisation du préjudice ?	249
3.4.1. <i>Le cas des transactions portant sur des sociétés cotées n'est pas complètement pertinent pour notre étude</i>	249
3.4.2. <i>Le cas particulier des sociétés cotées ayant un bloc actionarial de contrôle</i>	250
3.4.3. <i>Le cas des transactions portant sur des sociétés non cotées : l'indemnisation des dommages est pertinente</i>	251
SECTION 2 : ACCORD DE NEGOCIATION ET DOMMAGES-INTERETS DANS LE SYSTEME DE DROIT CIVIL FRANÇAIS	253
1. L'arrêt Manoukian, référence en droit français.....	254
2. La clause de <i>break-up fee</i> dans le système juridique français	257
2.1. La qualification juridique et fiscale de la clause de <i>break-up fee</i> dépend de l'objectif qui ressort de sa rédaction.....	257
2.2. La clause de <i>break-up fee</i> concernant des sociétés cotées.....	258
3. Le point de vue des praticiens	259
3.1. Accroître la force obligatoire du contrat, rendre son inexécution dissuasive.....	259
3.2. L'exécution par équivalent gagne ses lettres de noblesse	261
4. Illustration par deux cas de jurisprudence.....	263
4.1. Albert Pavie c. Mazars-Pavie et Associés	263
4.2. UCA c. MC et GAC.....	264
SECTION 3 : REFERENCES EN ARBITRAGE INTERNATIONAL ET EN DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL (PRINCIPES D'UNIDROIT ET CVIM).....	266
1. Analyse des principes.....	266
2. Le point de vue des praticiens.....	268
SECTION 4 : CONSIDERATIONS CONCERNANT LES CLAUSES DE RUPTURE COMMUNES AUX TROIS DROITS	268
1. Quand les clauses de frais de rupture sont-elles utilisées ?	269
2. Quand est-il opportun d'entrer dans un accord portant sur les frais de rupture ?	269
3. Qui paie les frais de rupture ?.....	269
4. Quel événement implique l'application de la clause de frais de rupture ?	269

5. Quand les frais doivent-ils être payés ?	270
SECTION 5 : ESSAI DE BAREME D'INDEMNISATION A PARTIR D'UNE ETUDE EMPIRIQUE	270
1. La rupture abusive des pourparlers en fusions et acquisitions	270
2. Analyse empirique de la jurisprudence en droit français : rupture abusive des pourparlers, violation d'un engagement à négocier ou à contracter	276
3. Analyse empirique de la jurisprudence en droit américain : rupture abusive des pourparlers, violation d'un accord à négocier ou à contracter	281
4. Analyse empirique de la jurisprudence en droit commercial international : rupture abusive des pourparlers, violation d'un accord à négocier ou à contracter	286
CHAPITRE II : ATTEINTE A LA REPUTATION	291
SECTION 1 : LES DIFFICULTES A RECONNAITRE LES DOMMAGES IMMATERIELS	292
1. En droit français, un empilement de préjudices peu indemnisés	292
2. En droit américain, une évolution vers l'indemnisation du préjudice moral	293
3. Le droit anglais indemnise de plus en plus le préjudice moral	295
SECTION 2 : LES DOMMAGES IMMATERIELS DES PERSONNES PHYSIQUES	296
1. Les dommages corporels sont les plus formalisés	296
2. La perte de jouissance pour le consommateur	297
3. Les méthodes d'évaluation des dommages immatériels	299
3.1. La nécessité d'élargir la vision traditionnelle du dommage économique	299
3.2. La nécessité d'adapter la notion de « patrimoine »	303
SECTION 3 : LES DOMMAGES IMMATERIELS DES PERSONNES MORALES	304
1. Un chef de préjudice qui s'est imposé peu à peu dans la doctrine	304
2. Le préjudice moral <i>stricto sensu</i> ne nécessite aucun calcul des conséquences économiques 307	
3. Le préjudice moral <i>lato sensu</i> pourra se traduire indirectement en valeur monétaire	308
SECTION 4 : LE PREJUDICE D'IMAGE (DE MARQUE), DE REPUTATION ET DE CREDIT COMMERCIAL DANS LA JURISPRUDENCE	310
1. Le préjudice d'image (de marque)	310
2. La réputation dans la jurisprudence américaine et dans les Principes d'UNIDROIT	314
3. Le comportement des juges français	318
SECTION 5 : ESSAI DE BAREME D'INDEMNISATION A PARTIR D'UNE ETUDE EMPIRIQUE	322
1. Analyse empirique de la jurisprudence en droit français : dommages au crédit commercial, à la réputation ou à l'image	323
2. Analyse empirique de la jurisprudence en droit américain : dommages au crédit commercial, à la réputation ou à l'image	325
3. Analyse empirique de la jurisprudence en droit commercial international : dommages au crédit commercial, à la réputation ou à l'image	331
CHAPITRE III : ACTIVITE SANS BASE ETABLIE (NEW BUSINESS RULE)	336
SECTION 1 : DEVELOPPEMENT DE LA REGLE DU <i>NEW BUSINESS</i> EN <i>COMMON LAW</i> AMERICAINE	337
1. La règle traditionnellement conservatrice perd du terrain	337
2. La nouvelle règle, plus libérale, se contente d'une certitude raisonnable	338
3. Les effets du <i>Restatement (Second) of Contracts</i> et du <i>Uniform Commercial Code</i>	339
4. Une certaine raison économique va dans le sens de cette évolution juridique	340

5. Cas extrême du dommage ayant entraîné la disparition de l'activité	342
SECTION 2 : QU'EST QU'UNE ACTIVITE SANS BASE ETABLIE SELON LA <i>COMMON LAW</i> AMERICAINE ?	344
1. La startup ou activité récemment lancée	344
2. L'absence de profits antérieurs ou d'une expérience passée concluante	345
3. Un site nouveau dans un réseau existant	346
4. Une activité nouvelle au sein d'un groupe existant.....	348
SECTION 3 : LES QUATRES CATEGORIES DE JURISPRUDENCE SELON VICTOR GOLDBERG	349
SECTION 4 : COMPARAISON AVEC LE SYSTEME DE DROIT CIVIL FRANÇAIS SUR LE TRAITEMENT D'UN CREANCIER <i>NEW BUSINESS</i>	349
1. Résumé des faits	350
2. Procédure finale près la Cour d'appel de Versailles	351
2.1. Motifs de l'arrêt	351
2.2. Dispositif de l'arrêt.....	351
2.3. Remarques conclusives	352
SECTION 5 : ESSAI DE BAREME D'INDEMNISATION A PARTIR D'UNE ETUDE EMPIRIQUE	352
1. Analyse empirique de la jurisprudence en droit français : préjudice de gains manqués pour une entreprise nouvelle.....	352
2. Analyse empirique de la jurisprudence en droit américain : préjudice de gains manqués pour une entreprise nouvelle	353
3. Analyse empirique de la jurisprudence en droit commercial international : préjudice de gains manqués pour une entreprise nouvelle	362
CONCLUSION DE LA TROISIEME PARTIE	364
CONCLUSION GENERALE	367
RESUME DE NOS DEVELOPPEMENTS	367
PROPOSITIONS DES PRATICIENS	370
CONCLUSION ET RECHERCHES COMPLEMENTAIRES	375
BIBLIOGRAPHIE	378
1. REFERENCES PORTANT SUR LE DROIT FRANÇAIS OU EN LANGUE FRANCAISE	378
1.1. OUVRAGES, ESSAIS.....	378
1.2. ARTICLES	378
1.3. JURISPRUDENCE.....	378
2. REFERENCES EN LANGUE ANGLAISE OU PORTANT SUR LA <i>COMMON LAW</i> PRINCIPALEMENT AMERICAINE ..	378
2.1. OUVRAGES, ESSAIS.....	378
2.2. ARTICLES	378
2.3. JURISPRUDENCE.....	378
3. REFERENCES PORTANT SUR L'ARBITRAGE ET LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL (PRINCIPES D'UNIDROIT, CVIM)	378

3.1. OUVRAGES, ESSAIS.....	378
3.2. ARTICLES	378
3.3. JURISPRUDENCE.....	378
4- REFERENCES PORTANT SUR LE DROIT COMPARE	378
4.1. REFERENCES EN LANGUE FRANÇAISE	378
4.2. REFERENCES EN LANGUE ANGLAISE.....	378
5- AUTRES REFERENCES PORTANT SUR LES DROITS AFRICAINS OU ARABES	378
ANNEXES.....	380
ANNEXE 1.....	380
1. ETUDES DE CAS.....	380
1.1. ETUDE DE CAS 1.....	380
1.2. ETUDE DE CAS 2.....	380
1.3. ETUDE DE CAS 3.....	380
1.4. ETUDE DE CAS 4.....	380
2. ENTRETIENS DE TERRAIN AVEC LES PRATICIENS	380
2.1. GUIDE D'ENTRETIEN.....	380
2.2. RETRANSCRIPTION THEMATIQUE	380
ANNEXE 2.....	380
1. REPRESENTATION GRAPHIQUE DE L'ETUDE EMPIRIQUE QUANTITATIVE.....	380
1.1. FRANCE (SITUATIONS 1 ET 2).....	380
1.2. ETATS-UNIS (SITUATIONS 1, 2 ET 3).....	380
1.3. DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL (SITUATIONS 1 ET 2)	380
2. TABLEAUX COMPARATIFS DES ANALYSES EMPIRIQUES QUANTITATIVES	380
INDEX.....	381

Introduction générale

- 1 En droit civil positif, le droit des obligations contractuelles français fonde l'indemnisation du préjudice sur le principe dit de la « réparation intégrale ». Ce principe appliqué strictement ne permet pas en fait - sinon en droit - d'indemniser les victimes, notamment les personnes morales, à la hauteur du préjudice réellement subi. Il limite la réparation du préjudice à la perte certaine, effectivement subie par le créancier, uniquement et directement imputable à l'inexécution du contrat et prévisible du point de vue du débiteur¹.
- 2 Le manque à gagner indirect fait partie de la *contract law*, dans le système de *common law* ; cette dernière ajoute toutefois à la charge du créancier l'obligation de minimiser le dommage (*mitigation*), obligation encore discrète dans le droit civil français. Le manque à gagner potentiel est également admis en économie du droit (*law and economics*). Les dommages punitifs existent en droit Québécois, d'origine hybride.
- 3 En droit français, le principe général est que tout préjudice - économique, personnel ou autre - est réparable pourvu qu'il soit direct et certain. Ce principe dit de « réparation intégrale du dommage » a pour conséquence logique, selon Laurent Aynès, qu'« il n'y a pas, en droit (français), de pertinence, ni même d'intérêt autre que descriptif, à distinguer différentes catégories de préjudice (...) Il n'existe pas dans la loi, ni même en doctrine, une définition du préjudice économique »².
- 4 Au contraire en *common law*, notamment aux Etats-Unis, où aucun principe aussi général n'est de mise, « il est essentiel de définir cette notion car elle fixe les limites du préjudice réparable : il s'agit du *pure economic loss*, qui s'identifie à la perte pécuniaire indépendante de toute atteinte à la personne ou aux biens de la victime »³. Définir les limites du préjudice réparable c'est aussi lui donner un espace. Cette notion d'origine anglaise a suscité des études comparatives en France, qui soulignent qu'« en dépit de la généralité du principe de réparation intégrale, une certaine hiérarchie entre les préjudices personnel et économique (au détriment de ce dernier) apparaît au fil des décisions et des lois récentes »⁴.
- 5 Sur ce sujet de l'indemnisation du préjudice, les outils d'harmonisation du droit commercial international, tels que la Convention des Nations Unies sur les

¹ Articles 1149 à 1153 anciens du Code civil et articles 1231-2 à 1231-6 nouveaux du Code civil. Une table de correspondance des articles anciens et nouveaux est disponible sur le site internet Legifrance.

² AYNES Laurent, « Réparation intégrale et typologie des préjudices », in *Conférence Risques, Assurances, responsabilités*, Cour de cassation, 26 avril 2007.

³ *Idem*.

⁴ *Ibidem*.

Contrats de Vente Internationale de Marchandises⁵ et les Principes d'UNIDROIT relatifs aux Contrats du Commerce International⁶, sont assez proches du droit civil continental en ce qu'ils ne fournissent aucune définition de ce que comprend la réparation intégrale et que tout préjudice y est réparable. En revanche la CVIM emprunte à la *common law* l'indemnisation du manque à gagner indirect.

6 Tous ces systèmes juridiques laissent les tribunaux exercer pleinement leur pouvoir souverain ce qui génère un fort degré d'incertitude pour les parties.

7 Ne devrait-on pas s'attacher à ce stade à une définition juridique du préjudice économique ?

« A l'imprécision de la notion de préjudice économique (...) s'ajoute l'imprévisibilité totale de la méthode d'évaluation d'un tel préjudice (...) Cela tient d'abord à la règle française suivant laquelle l'évaluation des dommages-intérêts n'est pas une question de droit, mais de fait; par conséquent, les juges du fond sont souverains »⁷.

8 Lorsqu'il hésite sur la certitude du dommage, le juge français se réfugie souvent dans la perte de chance. En la matière, la seule règle de droit est que « la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée »⁸. Pour le reste, souveraineté des juges du fond. « Les règles juridiques gouvernant la matière sont aujourd'hui encore si générales qu'elles ne peuvent constituer une véritable méthode d'évaluation »⁹.

9 Même si la Cour de cassation exerce un contrôle croissant sur les motifs, elle laisse les juges du fond libres sur la sélection des chefs de préjudice et surtout la méthode d'évaluation. Elle retient fréquemment la formule suivante : « le juge justifie l'existence du dommage par la seule évaluation qu'il en fait sans être tenu de préciser les éléments ayant servi à en déterminer le montant »¹⁰. Il a

⁵ La Convention des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises, dite Convention de Vienne a été adoptée le 11 avril 1980 à Vienne par 89 pays. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1988. Nous utiliserons le plus souvent l'acronyme français CVIM et parfois l'acronyme anglais CISG pour *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*.

⁶ Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux Contrats du Commerce International sont des principes, dégagés par l'Institut International pour l'Unification du Droit Privé. Publiés en 1994 à Rome, ils ont été revus et modifiés en 2004, 2010 et 2016. Nous utiliserons le plus souvent la dénomination abrégée française « Principes d'UNIDROIT » et parfois l'acronyme anglais PICC pour *Principles of International Commercial Contracts*.

⁷ AYNES Laurent, *art. cit.*

⁸ Cass. civ. 1, 16 juillet 1998, Bull. 1998, n° 260.

⁹ AYNES Laurent, *art. cit.*

¹⁰ *Idem.*

même été montré que moins le juge du fond en disait, plus sa décision était à l'abri de la censure¹¹.

- 10 Peut-on en rester là ? La Cour de cassation devrait-elle étendre son contrôle à la méthode d'évaluation ? Quelle méthode permettrait de préserver la souveraineté du juge du fond tout en évitant l'imprévisibilité voire l'arbitraire en matière d'indemnisation du préjudice économique ?
- 11 Le principe dit de la « réparation intégrale du dommage » est constamment énoncé de la manière suivante : « 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 »¹². L'objectif est clair ; mais rien n'est dit de la méthode. Seule une méthodologie objective précise permettrait, non seulement en droit mais aussi en fait, d'indemniser les victimes, notamment les personnes morales, à la hauteur de leur préjudice indemnisable réel.
- 12 En pratique, quelle est la limite entre le préjudice certain et le préjudice probable ? Une perte potentielle au jour du jugement peut-elle se matérialiser après ? Comment distinguer le dommage direct du dommage indirect ?
- 13 Ces questions multiples pourraient se résumer en une seule problématique : comment concilier les principes fondamentaux du droit des obligations contractuelles et la demande légitime d'une indemnisation à la fois plus complète et prévisible des victimes d'inexécution contractuelle ?
- 14 Il est intéressant de comparer les réponses à cette problématique telles qu'elles sont apportées par les deux principaux systèmes juridiques, à savoir le droit civil continental, notamment en France, et la *common law* anglo-américaine, notamment aux Etats-Unis. De plus, les outils de *soft law* harmonisant le droit commercial international tentent d'établir une synthèse entre ces deux conceptions apparemment opposées. Notre étude comparative entre la France et les Etats-Unis empruntera donc une troisième référence tantôt dans la CVIM et tantôt dans les Principes d'UNIDROIT.
- 15 Sur ces sujets pourtant proches de l'économie, tels la définition du préjudice et le calcul de son indemnisation, la globalisation économique n'a pas encore fait œuvre d'une grande homogénéisation. Les textes restent assez différents. La tentative d'homogénéisation est le résultat d'un savant équilibre entre les grands systèmes juridiques, l'observation des pratiques judiciaires et la demande de la doctrine. Les législateurs et les juges veillent-ils jalousement sur leurs prérogatives ? Toujours est-il que cette situation que nous supposons transitoire nourrit la réflexion de la présente étude.
- 16 La théorie de la responsabilité contractuelle est déjà l'objet d'une littérature très abondante tant en France qu'aux Etats-Unis. En revanche, cette littérature se fait nettement plus rare concernant les dommages-intérêts, autrement dit

¹¹ VINEY Geneviève, JOURDAIN Patrice, *Les effets de la responsabilité*, 4^{ème} éd., LGDJ, 2017, n° 63 et s.

¹² Cass. civ. 3, 6 mai 1998, Bull. 1998 III, n° 91.

l'exécution par équivalent - notamment en droit Civil français où elle est sensée intervenir seulement lorsque l'exécution en nature n'est pas disponible¹³. La littérature est pratiquement inexistante sur le *quantum*, et ce, même aux Etats-Unis et en matière de droit commercial international. Les rares ouvrages traitant de l'indemnisation du préjudice contractuel sous l'angle de la quantification sont rédigés par des économistes. Rien d'étonnant à cela puisque, comme il a été dit, les dommages-intérêts ne sont théoriquement pas une question de droit mais uniquement une question de faits dans les trois systèmes juridiques considérés.

- 17 Pourtant, les auteurs de la doctrine juridique ont été moins hésitants à traiter du *quantum* dans d'autres domaines de la responsabilité civile notamment délictuelle. Ainsi l'indemnisation du préjudice corporel est l'objet d'une littérature significative depuis que 1) les compagnies d'assurance ont investi des moyens considérables pour le quantifier dès la seconde moitié du XXème siècle et que 2) le rapport Dintilhac a proposé une nomenclature indicative pour le normaliser en 2005¹⁴. Référencer, voire barémiser les différents postes de préjudice corporel a pu paraître surprenant voire choquant au départ mais est totalement admis aujourd'hui.
- 18 Notre étude pose la question : est-il envisageable voire utile de développer des barèmes référencés pour indemniser le préjudice contractuel à l'instar de ce qui a été fait pour le préjudice corporel ? Presque unanimes, les quinze praticiens interrogés dans le cadre des entretiens de terrain estiment que cela sera beaucoup plus compliqué¹⁵. Nous en convenons bien volontiers mais la difficulté ne devrait pas suffire à éliminer cette option.
- 19 L'évaluation du préjudice économique et des dommages-intérêts pour inexécution contractuelle a traditionnellement navigué entre deux difficultés pratiques : l'aléa judiciaire et la complexité technique. L'aléa judiciaire est particulièrement élevé lorsque les données objectives font défaut. Et, lorsque ces données existent, les méthodes quantitatives actuelles sont souvent trop sophistiquées et coûteuses. Dans les deux cas, les parties, leurs conseils et parfois même les juges se contentent de ce qui s'apparente parfois à du « marchandage ». Cela accroît le risque de négociations inefficaces, de contentieux inutiles et/ou de décisions judiciaires imprévisibles.

¹³ La doctrine a toutefois évolué sur ce point. Voir notamment la thèse remarquée de LAITHIER Yves-Marie, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, Paris, 2004.

¹⁴ Le rapport DINTILHAC, du nom du Président de la deuxième Chambre Civile de la Cour de cassation, Jean-Pierre DINTILHAC qui a présidé un groupe de travail sur le sujet de l'indemnisation du préjudice corporel, propose une nomenclature des différents postes de préjudice. Ce rapport remis en juillet 2005 n'a qu'une valeur indicative. Le ministère de la Justice, par circulaire, a cependant demandé aux professionnels du droit d'en faire usage et il est effectivement de plus en plus utilisé par les assureurs et les médecins experts pour évaluer le préjudice corporel et par les tribunaux pour l'indemniser.

¹⁵ Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrains avec les praticiens, Section 8, p. 77 et s.

- 20 Il y a donc matière à développer des méthodes alternatives qui, tout en apportant de l'objectivité, soient plus simples et moins coûteuses à terme que les méthodes quantitatives actuelles. L'une de ces méthodes consisterait à développer des barèmes référencés pour certains préjudices contractuels. Des barèmes d'indemnisation assez simples sont déjà plus ou moins formalisés pour le préjudice personnel en matière de licenciement sans cause réelle et sérieuse ou en matière de divorce. Pour la plupart des contrats commerciaux ce sera plus compliqué car la jurisprudence est plus rare et les facteurs à prendre en compte sont plus nombreux.
- 21 De tels barèmes permettraient ainsi de rendre les décisions plus prévisibles pour l'ensemble des usagers et professionnels de la justice. Cette vision prédictive du droit n'a toutefois rien de nouveau. Oliver Wendell Holmes, à la fin du XIX^{ème} siècle, développait sa théorie du « *bad man* », l'homme anormal, préoccupé par les seules conséquences matérielles que la connaissance du droit lui permet de prédire. Ainsi, en adoptant le point de vue de ce paria social, Oliver Wendell Holmes expliquait qu'il était possible de prédire les décisions des tribunaux¹⁶.
- 22 En outre, les questionnements autour du rôle de l'informatique dans la justice ne sont pas davantage nouveaux : en 1963, Reed Lawlor expliquait que l'ordinateur serait utile pour analyser les faits, règles et jurisprudences passées pour fournir aux avocats et juges des données utiles au cas à traiter¹⁷.
- 23 A terme, des barèmes d'indemnisation, associés aux technologies d'intelligence artificielle et de *machine learning*, pourraient permettre la naissance de systèmes prédictifs. La valeur de telles systèmes paraît aujourd'hui inestimable en ce qu'ils permettraient d'évaluer - à l'avance, avec un haut niveau de précision et instantanément - les probabilités d'obtenir (ou de devoir verser) des dommages-intérêts et leur montant.
- 24 Le développement des technologies prédictives pourrait s'avérer utile pour l'ensemble des acteurs et usagers des systèmes judiciaires. De plus, la nature même du *machine learning* permettra à ces technologies, par leur usage, de devenir de plus en plus fiables grâce à une information disponible toujours plus importante (dite *big data*).
- 25 A ce titre, le développement, comme nous l'entreprenons dans la présente thèse, de barèmes référencés constitue la première marche vers :
- l'amélioration de l'accès au droit, face à sa complexification et aux inflations législatives¹⁸ ;

¹⁶ HOLMES Oliver Wendell, *The path of the law*, Harvard Law Review, 25 mars 1897, n°10, p.457.

¹⁷ LAWLOR Reed E., *What computers can do: analysis and prediction of judicial decisions*, American Bar Association Journal, vol. 49, n°4 avril 1963, p.377-344.

¹⁸ GOLDBERG Nolan et MILLER Micah, *The practice of law in the age of 'Big Data'*, National Law Journal, 11 avril 2011.

- la réduction des tâches de recherche des juristes et avocats, dès lors plus disponibles pour des tâches à plus forte valeur ajoutée¹⁹ ;
- une assistance à l'élaboration de stratégies judiciaires plus efficaces grâce à une information de meilleure qualité²⁰ ;
- un désengorgement des tribunaux grâce à la réduction du nombre d'actions aux chances de succès réduites²¹ et au développement des outils d'aide à la décision pour les magistrats²².

- 26 Développer des barèmes d'indemnisation référencés n'est toutefois pas pertinent pour tous les préjudices contractuels. De tels barèmes sont particulièrement adaptés aux préjudices commerciaux présentant trois caractéristiques principales : une fréquence d'occurrence relativement importante, un enjeu économique modéré et des gains manqués difficiles à démontrer ou quantifier. Ces caractéristiques se retrouvent dans les centaines de contentieux analysés dans la partie empirique de cette étude. C'est d'ailleurs une affaire de ce type effectivement vécue dans la pratique de conseil de l'auteur - la rupture d'un engagement à investir entre une société côtée et une jeune société technologique et le contentieux qui s'en est suivi - qui est à l'origine du questionnement de la présente thèse. Des barèmes référencés seraient en revanche moins pertinents pour indemniser les préjudices rares - donc ayant peu de références - ou les préjudices dont l'enjeu économique est important - justifiant pleinement le recours à des méthodes *ad hoc* plus sophistiquées et onéreuses - ou enfin les préjudices recouvrant surtout des pertes subies car alors ils seront très facilement indemnissables sur production de simples justificatifs de dépenses.
- 27 Pour commencer à répondre à cette problématique cruciale à l'heure de la globalisation économique, **la Première Partie** rappellera les principes gouvernant les dommages-intérêts, leurs fonctions, leur évolution dans l'histoire contemporaine de la doctrine et les nuances entre les principaux systèmes juridiques considérés.
- 28 La protection des intérêts de la victime commande d'abord une fonction compensatrice telle que définie par la théorie de la responsabilité contractuelle et gouvernée par les textes de lois.
- 29 Les fonctions punitive et préventive sont plus occultes ou ont relativement moins d'importance en droit français, alors qu'elles ont une place assumée dans la *common law*, en droit commercial international et évidemment dans l'analyse économique. La punition et la prévention complètent la compensation en ce qu'elles renforcent l'obligation contractuelle, même si elles peuvent, dans certains cas, entrer en conflit l'une avec l'autre.

¹⁹ ZAMBRANO Guillaume, *Précédents et prédictions jurisprudentielles à l'ère des big data : parier sur le résultat probable d'un procès*, mars 2017.

²⁰ *Idem*.

²¹ ZAMBRANO Guillaume, *op. cit.*

²² URVOAS Jean-Jacques, *Lettre du Garde des Sceaux à un futur Ministre de la Justice*, Dalloz, 2017.

- 30 Nous évoquerons la responsabilité quasi délictuelle (*tort law*) uniquement sur ses aspects les plus pertinents pour avancer par analogie dans notre réflexion centrée sur la responsabilité contractuelle (*contract law*).
- 31 Cette Première Partie théorique se conclura par une analyse comparée de l'efficacité économique des systèmes de sanctions.
- 32 **La Deuxième Partie** partira du postulat qu'il y a un intérêt évident pour la Société à ce que le contrat soit appliqué afin de lui conserver son rôle central dans le commerce et, accessoirement, de désengorger les juridictions compétentes.
- 33 Toutefois, cette deuxième partie nous placera d'emblée dans la situation où l'exécution en nature (*specific performance-equitable relief*) n'est plus disponible ou plus adaptée et où les parties n'ont pas pu trouver un accord permettant l'extinction du contrat initial : nouveau contrat ou transaction. Dans cette hypothèse, le seul remède disponible est l'exécution par équivalent (*money relief*) à savoir une indemnisation, par des dommages-intérêts (*damages*), du préjudice né de l'inexécution.
- 34 Le principe de la réparation intégrale et son application - stricte ou aménagée - seront donc analysés en cas d'inexécution contractuelle. Il sera utile de comparer comment les juridictions étatiques et arbitrales des trois systèmes juridiques étudiés indemnisent le préjudice ; les influences possibles entre ces trois systèmes seront aussi identifiées. Les principales méthodes d'évaluation et leur évolution seront présentées. Elles seront illustrées par l'analyse détaillée de quatre cas majeurs issus de l'expérience des praticiens et de l'auteur²³. Il faudra souligner les limites supposées ou réelles de l'indemnisation du préjudice lorsque celui-ci n'est pas uniquement économique.
- 35 Cette Deuxième Partie avancera que l'élargissement de la notion de réparation intégrale est une solution - à la fois efficace et respectueuse des principes fondamentaux du droit des obligations contractuelles - pour indemniser plus complètement les victimes d'inexécution.
- 36 Dans la situation actuelle, les juridictions disposent d'une grande marge de manoeuvre pour décider quelles méthodes d'évaluation du préjudice indemnisable elles suivront. La Cour de cassation se refuse en principe à les contrôler, précisant qu'aucune règle ne prescrit aux juges d'employer une méthode déterminée pour évaluer l'importance du préjudice allégué. Elle censure cependant les évaluations qui reposent sur des motivations insuffisantes, contradictoires ou erronées. Deux questions se posent dès lors : la Cour de cassation doit-elle rester juge du droit uniquement ? Cette question dépasse largement le cadre de notre étude mais une réforme récente a conféré à la Cour de cassation la possibilité de devenir juge du fait également lorsqu'il en va d'une bonne justice. Préconiser l'usage de telle ou telle méthode d'évaluation relèverait-il d'une bonne justice ?

²³ Voir en Annexe 1 les quatre études de cas détaillées, p. 24 et s.

- 37 **La Troisième Partie** tentera de démontrer de manière plus empirique que la réponse à cette question est probablement affirmative. On ne peut exclure tout à fait que, dans certains cas, les parties se satisfassent de remèdes non économiques. Toutefois, le plus souvent c'est quand même l'objectivation d'un *quantum* que les parties soumettent à l'« appréciation souveraine » du juge ou de l'arbitre. L'expérience montre qu'elles sont désireuses de réduire l'aléa judiciaire voire de supprimer l'arbitraire.
- 38 En dernier lieu, la personne chargée de rendre la décision doit donc évaluer le préjudice indemnisable et ainsi fixer le montant des dommages-intérêts. Il sera nécessaire d'approfondir la culture économique et financière du monde juridique pour le rendre plus accueillant aux méthodes quantitatives d'évaluation du préjudice et de calcul des dommages-intérêts.
- 39 Les méthodes quantitatives actuelles s'avèrent parfois impraticables ou trop sophistiquées et donc trop coûteuses au regard de l'enjeu économique.
- 40 Pourtant, le développement de technologies aux capacités analytiques toujours supérieures ainsi que la disponibilité accrue des informations sur les bases de données juridiques pourraient venir modifier, voire révolutionner, les réponses que les différents systèmes judiciaires apporteront à la question du montant de l'indemnisation.
- 41 A ce titre, un responsable informatique de la base de données *Lexis Nexis* notait que :
- « Nous (Lexis Nexis) stockons toutes les décisions rendues aux Etats-Unis et à l'étranger et nous avons les outils pour analyser ces données de manière à aider les avocats à anticiper le résultat du procès, car il y a des choses que les firmes ignorent simplement parce qu'elles n'ont jamais enregistré et corrélé toutes ces données »²⁴.*
- 42 La Troisième Partie testera donc avec beaucoup de modestie et de prudence l'application de méthodes quantitatives simples basées sur l'observation systématique et raisonnée de la jurisprudence des trois systèmes juridiques étudiés. Trois types de contentieux seront choisis pour lesquels il y a de nombreuses raisons objectives de penser que cette application pourrait être pertinente, notamment en ce qu'ils recouvrent des préjudices de manque à gagner difficilement quantifiables : la rupture abusive des pourparlers et engagements de négociation ; l'atteinte à l'image (de marque), à la réputation ou au crédit commercial ; les gains manqués des activités sans base établie. Deux cents treize cas les mieux documentés parmi neuf cent cinq cas extraits des bases de données en ligne ont été codifiés sur une douzaine de paramètres clés²⁵. L'étude empirique quantitative tentera alors d'identifier les tendances ou références d'indemnisation du préjudice réclamé pour suggérer des conclusions normatives et prescriptives.

²⁴ DYSART Joe, *How lawyers are mining the information mother lode for pricing, practice tips and prediction*, *ABA Journal*, mai 2013.

²⁵ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative.

- 43 L'une des conclusions montrera que des barèmes référencés d'indemnisation du préjudice économique peuvent être construits à partir de l'observation de précédents jugés d'inexécution contractuelles. L'introduction de ces barèmes pourrait bénéficier aux chercheurs dans leurs débats académiques, aux parties dans la rédaction de leurs contrats et aux conseils dans leurs échanges précontentieux. L'étude empirique pourrait ensuite être approfondie sur les mêmes types de préjudices ou étendue à d'autres afin de proposer de véritables barèmes d'indemnisation. S'ils étaient partagés, ces barèmes pourraient assister les juges dans leur décision souveraine.

1ère Partie - Les principes gouvernant le régime des dommages-intérêts

Introduction de la première partie

- 44 Le principe dit de la « réparation intégrale du préjudice » est celui qui fonde l'indemnisation du préjudice en droit des obligations contractuelles français. Toutefois, l'application de ce principe n'aboutit pas systématiquement à une indemnisation complète du préjudice subi, notamment pour les personnes morales. Cette indemnisation est en effet limitée à la perte certaine, effectivement subie par le créancier, directement imputable à l'inexécution du contrat et prévisible du point de vue du débiteur (articles 1149 à 1153 anciens du Code civil²⁶).
- 45 Le préjudice réparable s'entend de manière plus large en *common law*, puisque ce dernier comprend aussi le manque à gagner potentiel dans sa *contract law*. Ce même droit réduit cependant le préjudice réparable en ajoutant, à la charge de la victime, une obligation de minimiser le dommage (*mitigation*), non encore totalement consacrée en droit français. Le manque à gagner potentiel est également admis en économie du droit (*law and economics*). Les dommages-intérêts peuvent également se voir reconnaître une fonction punitive, comme c'est le cas, par exemple, dans le droit des obligations contractuel du Québec.
- 46 A l'image du droit civil, les Principes d'UNIDROIT et la CVIM ne fournissent aucune définition de ce que comprend la « réparation intégrale ». Ils laissent les tribunaux exercer pleinement leur pouvoir souverain ce qui génère un fort degré d'incertitude pour les parties.
- 47 La problématique ainsi posée pourrait se résumer de la manière suivante : comment concilier les principes fondamentaux du droit des obligations contractuelles et la demande légitime d'une indemnisation plus complète et prévisible des victimes d'inexécution ?
- 48 Pour tenter d'y répondre, nous commencerons par rappeler la fonction des dommages-intérêts, son évolution dans l'histoire contemporaine de la doctrine et ses nuances entre les deux principaux systèmes juridiques considérés. En premier lieu, la protection des intérêts de la victime implique une fonction compensatrice telle que définie par la théorie de la responsabilité contractuelle (Chapitre I section 1) et gouvernée par les textes de lois (Chapitre I section 2). Les autres fonctions sont plus occultes ou ont relativement moins d'importance en droit français, alors qu'elles ont une place assumée dans la *common law*, en droit international privé et évidemment dans l'analyse économique. Les fonctions punitive (Chapitre II section 1) et préventive (Chapitre II section 2) complètent la fonction compensatrice en ce qu'elles renforcent l'obligation contractuelle, même si elles peuvent, dans certains cas, entrer en conflit l'une

²⁶ Une table de correspondance des articles anciens et nouveaux est disponible sur le site internet Legifrance.

avec l'autre (Chapitre II section 3). Nous terminerons cette première partie théorique par une analyse comparée de l'efficacité économique des systèmes de sanctions (Chapitre III).

Chapitre I : Fonction compensatrice des dommages-intérêts

Section 1 : Fonction compensatrice des dommages-intérêts dans la théorie de la responsabilité contractuelle

1. De Von Jhering à Fuller et Perdue

- 49 Dès 1860, Von Jhering avait admis que la fonction principale des dommages-intérêts était de protéger les intérêts de la victime d'une inexécution²⁷. Il avait distingué pour la première fois l'intérêt négatif, c'est à dire l'intérêt à la non conclusion donc à l'annulation du contrat, et l'intérêt positif, à savoir l'intérêt au maintien donc à l'exécution du contrat. Cette approche binaire a prévalu jusqu'au fameux article de Fuller et Perdue publié dans *The Yale Law Journal* en 1936²⁸.
- 50 Les trois types d'intérêts distingués par Fuller et Perdue ont successivement été consacrés dans la section 344 du *Second Restatement of Contracts*, la jurisprudence et la doctrine américaines (et plus récemment en droit anglais) : « Les solutions proposées par les règles de ce *Restatement* sont destinées à protéger un ou plusieurs des intérêts du créancier de la promesse : a) son *expectation interest*, qui correspond à bénéficier de l'accord inexécuté en se retrouvant dans une situation équivalente à celle dans laquelle il aurait été si le contrat avait été exécuté, b) son *reliance interest*, qui correspond au remboursement des pertes causées par la confiance placée en le contrat en le remplaçant dans une situation équivalente à celle dans laquelle il aurait été si le contrat n'avait pas été conclu, ou c) son *restitution interest*, en récupérant tous les avantages consentis à l'autre partie »²⁹.
- 51 Bien que parfaitement compatible avec celle de Von Jhering, l'approche retenue par Fuller et Perdue la complète notamment par la notion de *restitution interest* qui n'a pas d'équivalent exact dans la théorie de la responsabilité contractuelle en droit français.
- 52 Si l'on admet donc que les dommages-intérêts servent à protéger les intérêts de la victime d'une inexécution, encore faut-il bien distinguer et définir les types d'intérêts dont il s'agit. C'est ce que nous avons tenté de résumer dans le tableau ci-dessous.

²⁷ VON JHERING Rudolf, De la culpa in contrahendo, 1860, in. *Des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites*, Trad. De Meulenaere O., Marescq, Paris, 189.

²⁸ FULLER Lon L. and PERDUE William R. Jr., The Reliance Interest in Contract Damages, 46 *The Yale Law Journal*, 52, 1936.

²⁹ *Restatement (Second) of Contracts*, §344, 1981.

<p>Type d'intérêt protégé par les DI</p> <p>Objectif</p>	<p>Intérêt négatif Jhering : intérêt à la non conclusion donc à l'annulation du contrat</p> <p>Replacer la victime dans la situation où elle aurait été si le contrat n'avait pas été conclu Rembourser à la victime les dommages qu'elle a subis du fait de la conclusion du contrat</p>	<p>Intérêt positif Jhering : intérêt au maintien donc à l'exécution du contrat</p> <p>Replacer la victime dans la situation où elle aurait été si le contrat avait été correctement exécuté Restituer à la victime les bénéfices qu'elle aurait obtenus du fait d'une exécution correcte du contrat</p>	<p>Intérêt d'opportunité Jhering : rien</p> <p>Compenser le coût d'opportunité (= valeur probabilisée des occasions perdues) en restituant à la victime la contrepartie de tous les bénéfices qu'elle a pu conférer au débiteur défaillant</p>
<p>Common law</p> <p>Interests of the promisee</p>	<p>Reliance interest/damages</p> <p>Intérêt à être remboursé des pertes causées par la confiance placée en la bonne exécution du contrat en replaçant la victime dans la situation où elle aurait été si le contrat n'avait pas été conclu</p>	<p>Expectation interest/damages</p> <p>Intérêt à obtenir les bénéfices de la conclusion du contrat en plaçant la victime dans la situation où elle aurait été si le contrat avait été exécuté</p>	<p>Restitution interest/damages</p> <p>Intérêt de la victime à se voir restituer tous les avantages qu'elle a conféré à la partie fautive</p>
<p>Droit civil</p>	<p>Dommages-intérêts adaptés aux cas de responsabilité précontractuelle : rupture fautive des négociations, annulation du contrat pour dol, etc.</p> <p>Théorie : Réparation intégrale de la perte subie et du gain manqué</p>	<p>Dommages-intérêts adaptés aux cas d'inexécution d'un contrat valablement formé</p> <p>Théorie : Réparation intégrale de la perte subie et du gain manqué</p>	<p>Restitution par équivalent mais pas de dommages-intérêts prévus, cela ne relève pas strictement de la responsabilité contractuelle</p> <p>Théorie : Perte de chance Violation efficace ou inefficace ? Enrichissement injustifié ?</p>

- 53 Selon Kelly, l'article de Fuller et Perdue est un chef-d'œuvre doctrinal, mais il ne constitue pas vraiment une prescription pour le calcul des dommages-intérêts contractuels³⁰. L'ambivalence de Fuller et Perdue vis-à-vis de la perte d'opportunité du fait de la confiance issue de la promesse a produit des incohérences dans leur approche. Ils ont progressivement modifié la confiance et la perte subie de sorte que l'indemnisation du demandeur est constamment réduite. Cette sous-compensation fait du modèle de la confiance un mauvais exemple pour les indemnisations contractuelles. Le raisonnement juridique ne recourt pas au mot « confiance ». A quelques rares exceptions près, l'intérêt positif (gain manqué) rejoint l'objectif normatif de l'intérêt négatif (perte subie). Nous devons simplement établir l'indemnisation au niveau zéro du profit à moins qu'une partie ne puisse prouver que l'exécution aurait produit des profits ou des pertes.
- 54 Selon Craswell, la classification de Fuller et Perdue en trois intérêts de base ne constitue pas un moyen pratique de les classer, pour quasiment tous les objectifs qui peuvent être pertinents³¹. Elle propose une distinction tripartite : (1) les dommages-intérêts au-delà de l'attente, (2) les dommages-intérêts qui s'approchent de l'attente, et (3) les dommages-intérêts en dessous de l'attente. La deuxième catégorie est essentiellement la même que celle de Fuller et Perdue. Néanmoins les première et la troisième catégorie sont clairement un apport en comparaison de Fuller et Perdue.
- 55 En utilisant la subdivision doctrinale, la catégorie « en dessous de l'attente » peut faire la liste des doctrines qui limitent les dommages-intérêts relatifs au manque à gagner :
- le critère de prévisibilité ;
 - le critère de minimisation ;
 - le critère de la preuve certaine ;
 - les différentes exclusions catégorielles des frais d'avocats et autres pertes ;
 - certains recourent au manque à gagner et à la restitution, lorsqu'ils tombent sous les manques à gagner mesurables.
- 56 De la même façon, la catégorie au-delà de l'attente pourrait inclure :
- des dommages-intérêts punitifs ;
 - des clauses relatives aux dommages-intérêts forfaitaires ;
 - des recours à la restitution et à l'attente légitime, lorsqu'ils dépassent la meilleure mesure des manques à gagner directs ;
 - dans certains cas il est fait recours à des calculs particuliers de pertes de gains (tels que le coût relatif à l'achèvement de la mesure), lorsque ces mesures excèdent l'évaluation subjective que le demandeur a faite de l'obligation.

³⁰ M.B. KELLY, *The Phantom Reliance Interest in Contract Damages, How should damages for breach of contract be measured?* Chap.1, p. 22-37.

³¹ CRASWELL Richard, *Against Fuller And Purdue*, 67 *University Of Chicago Law Review* 99-161, 2000

57 Autrement, il peut être préférable de subdiviser chaque catégorie selon des critères économiques - ou non économiques - pouvant justifier un montant de dommages-intérêts inférieur aux attentes :

- cela renforce l'incitation du bénéficiaire de la promesse à prendre des précautions afin de diminuer les conséquences d'une violation, notamment s'il était en position de mieux éviter les coûts ;
- cela correspond mieux à l'appétence du bénéficiaire de la promesse pour l'assurance dans l'hypothèse où il n'a pas beaucoup d'aversion au risque ;
- éviter le croisement des subventions de certains engagements par d'autres,
- éviter ce qui pourrait constituer un problème de dissuasion extrême ;
- réduire le coût d'utilisation du système juridique, sans pour autant écarter les incitations désirables au recours au juge ;
- exprimer un jugement social selon lequel la faute est divisée entre le promettant et le bénéficiaire de la promesse ;
- produit un effet de distribution tel que désiré politiquement.

58 De la même façon, il existe une liste de raisons économiques (ou non-économiques) qui peuvent justifier des dommages-intérêts excédant les attentes :

- cela permet de compenser le respect partiel des obligations ;
- cela influe sur le pouvoir de négociation des parties d'une façon améliorant leurs incitations antérieures au recours au juge ;
- cela assure la protection de certains droits avec les règles relatives à la propriété au lieu de celles relatives à la responsabilité ;
- cela assure la punition des parties ne respectant pas les engagements contractuels ;
- cela décourage les ruptures contractuelles en introduisant une disposition expresse relative à la condamnation ;
- cela produit un effet de distribution désiré politiquement.

2. Yves-Marie Laithier et les auteurs contemporains du droit civil français

59 La question de la responsabilité contractuelle, qui débouche en principe sur l'allocation de dommages-intérêts, agite la doctrine française depuis une quarantaine d'années et la divise entre deux écoles. Le droit positif dans la jurisprudence est également le reflet de ce débat.

60 Selon la **théorie de la responsabilité** (unifiée autour du *reliance interest*) adoptée par le courant représenté par Geneviève Viney en France, il s'agit notamment de savoir si les dommages, qui sont la conséquence d'une inexécution contractuelle, sont simplement l'évaluation de la prestation qui n'a pas été fournie - ce qui voudrait dire que la responsabilité contractuelle revient à l'exécution du contrat par équivalent - ou plutôt, si ces dommages-intérêts sont la réparation des dommages causés par l'inexécution. Cette fonction

d'évaluation du dommage en responsabilité contractuelle est la même que pour la responsabilité délictuelle. Qu'il s'agisse d'une faute de comportement (responsabilité délictuelle) ou d'une faute dans l'exécution (responsabilité contractuelle) la question demeure identique. Il existe un seul ordre de responsabilité qui a pour objectif de réparer les dommages causés par une faute (avec quelques variantes en ce qui concerne la cause de la responsabilité comme celle du dommage prévisible prévue à l'article 1150 ancien du Code civil, le jeu des clauses contractuelles, etc. mais qui se réduisent tendanciellement en droit positif). En revanche bien sûr l'absence de prestation en elle-même et la fourniture en nature relèvent du droit des contrats dans cette théorie.

- 61 Une **théorie de la prévision** (autour de l'*expectation interest*) est représentée par Philippe Rémy, Loïc Cadiet, Philippe Stoffel-Munck, Philippe Malaurie et Laurent Aynès. Dans cette deuxième optique, il y a un ordre spécifique de la responsabilité contractuelle qui met en avant les caractéristiques particulières de la promesse et de l'attente créée par la promesse. Son objet n'est pas tellement de réparer la déception de cette attente mais surtout de la rétablir, en fournissant la prestation qui était due par équivalent et en réparant les conséquences de ce défaut de fourniture dans la mesure de ce qui était attendu. Cet ordre insiste sur le caractère central de la prévisibilité (article 1150 ancien du Code civil), sur le mode de réparation spécifique et sur les clauses relatives à la responsabilité comme le régime processuel (clauses attributives, compromissaires, etc.). Tout cela participe d'un ordre spécifique au triptyque : le contrat, son exécution et son inexécution. Cet ordre inclut des dommages-intérêts qui vont au-delà du simple remplacement de la prestation (article 1149 ancien du Code civil), mais il reste un régime entièrement spécifique, qui n'a rien à voir avec la compensation des fautes de comportement de la responsabilité délictuelle ou extra contractuelle.
- 62 Cette seconde perspective de la théorie de la prévision révèle tout le sens d'un texte difficile à interpréter comme l'article 1145 ancien du Code civil qui débouchait sur une jurisprudence hésitante. Si l'obligation est « de ne pas faire », celui qui contrevient s'expose au versement de dommages-intérêts par le seul fait de la contravention (même sans dommage). Ce texte ne peut s'expliquer que sous l'angle contractuel. Sous le seul angle de la théorie de la responsabilité ce texte serait absurde³².
- 63 En 2004, Yves-Marie Laithier consacre sa thèse en grande partie à la sanction de l'inexécution contractuelle. Il affirme :

« Il ne fait aucun doute que la théorie des dommages-intérêts soit plus avancée en common law qu'en France si l'on rappelle que l'analyse théorique de l'article 1149 (ancien) du Code civil se résume à peu près à ceci : le créancier victime de l'inexécution doit obtenir la réparation intégrale du préjudice (...) puisque le contrat a force obligatoire (article 1134

³² L'analyse résumée dans les trois paragraphes qui précèdent est extraite d'un entretien avec Laurent Aynès. Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens, Section 1, p. 62 et s.

[ancien] du Code civil) et l'évaluation, variable au gré des circonstances de chaque espèce, relève en grande partie de l'appréciation souveraine des juges du fond »³³.

- 64 Yves-Marie Laithier suggère ensuite de transposer en droit français la typologie anglo-américaine des intérêts protégés par le biais de la compensation pécuniaire, « seule innovation théorique notoire en la matière », selon lui, « depuis le XVIème siècle ». Enfin, il sophistique cette typologie (intérêt positif et intérêt négatif) en la croisant avec les notions complémentaires de perte subie et gain manqué, plus courantes en droit civil. On en trouvera une vue synoptique dans le tableau ci-dessous.

³³ LAITHIER Yves-Marie, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, Paris, 2004.

Typologie des intérêts de la victime protégés par le biais de la compensation pécuniaire, selon Yves-Marie Laithier

Type d'intérêt de la victime	Perte subie	Gain manqué
Intérêt positif	<p>Diminution (passée) du patrimoine qui n'aurait pas eu lieu si le contrat avait été exécuté de façon correcte :</p> <p>* <u>Diminution de l'actif</u> = quantité ou qualité insuffisante de la prestation promise + dépréciation induite sur d'autres éléments du patrimoine + préjudice moral.</p> <p>Dommages-intérêts calculés en fonction de la valeur vénale du bien + réputation = <i>diminution in market value</i> + <i>loss of reputation or amenity</i></p> <p>* <u>Augmentation du passif</u> = alourdissement des charges rendu nécessaire par l'inexécution de l'obligation.</p> <p>Dommages-intérêts calculés en fonction des coûts de transaction (au sens économique de contrat) ayant pour objet de réduire le dommage + coûts de réparation ou de remplacement du bien détérioré + dépenses liées à la responsabilité civile du créancier envers ses cocontractants</p>	<p>Augmentation (future) dont le patrimoine est privé du fait de l'inexécution du contrat (<i>lucrum cessans</i>)</p> <p>Dommages-intérêts obtenus dès lors que le créancier peut établir l'existence d'un manque à gagner : perte ou diminution des commandes, d'une commission, de loyers, etc. y compris l'empêchement d'accroître sa réputation (<i>loss of publicity</i>)</p> <p>En pratique, ce manque à gagner est peu indemnisé en droit français.</p>
Intérêt négatif	<p>Diminution (passée) du patrimoine qui n'aurait pas eu lieu si le contrat n'avait pas été conclu.</p> <p>Dommages-intérêts calculés en fonction des :</p> <p>* <u>Frais inhérents à la conclusion du contrat</u>, y compris les frais préparatoires à la conclusion du contrat, s'ils n'avaient pas été engagés sans la perspective du contrat (les frais fixes ne sont pas indemnisables au titre de la responsabilité contractuelle). En l'espèce la jurisprudence est plus favorable en <i>common law</i> qu'en droit civil ;</p> <p>* <u>Frais inhérents à l'exécution du contrat</u>, dans la mesure où ils étaient</p>	<p>Augmentation (future) dont le patrimoine est privé du fait de la conclusion du contrat. Approuvé par Jhering et Fuller/Purdue. Objections de la doctrine en <i>common law</i> et en droit civil.</p> <p>Dommages-intérêts réduits à la perte de chance de conclure un autre contrat qui aurait été correctement exécuté, sous réserve d'établir que le créancier a renoncé à conclure un tel contrat.</p> <p>En droit français, la perte de chance (<i>lost opportunity</i>) est un chef de préjudice à part entière.</p> <p>Néanmoins, en pratique, il est encore moins bien indemnisé qu'au titre de l'intérêt positif.</p>

	prévisibles au jour de la conclusion du contrat ; * <u>Frais engagés après l'inexécution du contrat</u> destinés à restreindre le préjudice.	
--	---	--

En revanche, Yves-Marie Laithier n'analyse pas en détail l'intérêt d'opportunité (*restitution interest*) dont il a été question plus haut, au motif que sa protection n'entrerait pas dans la fonction compensatrice des dommages-intérêts, mais pratiquement dans une fonction punitive, et ne relèverait pas strictement de la responsabilité contractuelle. Nous aurons l'occasion d'y revenir en détail dans le Chapitre suivant car ce dernier point nous semble pour le moins partiel³⁴.

3. La doctrine en droit international privé : analyse comparative des Principes d'UNIDROIT et de la jurisprudence

65 Nous devrions expliquer tout d'abord la raison pour laquelle nous incluons les Principes d'UNIDROIT dans notre analyse comparative des dommages-intérêts et pourquoi nous la limitons aux demandes et aux sentences arbitrales. Stefan Vogenauer a écrit :

« Depuis leur rédaction (en 1994), les Principes d'UNIDROIT ont bénéficié d'une bonne réception dans les cercles académiques, (...) ils commencent également à jouer un rôle dans l'enseignement juridique, (...) et ils exercent une influence considérable sur un nombre important de réformes législatives en matière contractuelle aussi bien au niveau national que transnational. (...) Le monde des affaires ainsi que les juristes n'ont néanmoins que lentement intégré les Principes d'UNIDROIT. (Ainsi), leur utilisation par les tribunaux et les panels d'arbitrages reste marginal »³⁵.

66 Sur les 3.955 affaires inscrites au rôle de la Cour d'arbitrage ICC entre 2000 et 2006, seulement une impliquait l'application des Principes d'UNIDROIT. Dans 21 affaires postérieures les parties avaient choisi des règles commerciales non-nationales permettant au panel d'arbitrage d'appliquer les Principes d'UNIDROIT³⁶. En 2014, la base de données Unilex détenue par UNIDROIT

³⁴ Voir aussi sur ce sujet, repris en Deuxième Partie : NUSSENBAUM Maurice, L'évaluation des préjudices économiques, *Revue de Droit Bancaire et Financier*, Lexis Nexis Jurisclasseur, mai-juin 2013.

³⁵ VOGENAUER Stefan, (Introduction) Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC) Second Edition, *Oxford University Press*, 2015 p. 20-24. Les citations issues d'ouvrages en langue anglaise ont été traduites de manière libre, par l'auteur de la présente thèse.

³⁶ DASSER Felix, Mouse or Monster? Some facts and Figures on the lex mercatoria, *R Zimmermann, Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts, vol. II : Nichtstaatliches Privatrecht – Geltung und Genese*, 2008 p. 141-141.

listait 189 sentences arbitrales (outre les 198 décisions de juridictions étatiques) citant les Principes d'UNIDROIT³⁷.

67 Néanmoins, une analyse des 104 premières sentences arbitrales - jusqu'en 2008 - montre que seulement 25 décisions ont appliqué les Principes d'UNIDROIT, qui ont dès lors eu, dans ces affaires, un impact direct sur les solutions. Ce groupe limité de sentences arbitrales constitue le cœur des débats portant sur les Principes d'UNIDROIT³⁸. Une étude empirique plus récente a établi que, au 31 août 2011, seulement 11 sentences arbitrales - ainsi que six décisions de tribunaux étatiques - avaient été rendues sur des contrats auxquels les Principes d'UNIDROIT s'appliquaient³⁹. La recherche que nous avons menée n'a permis de trouver que deux sentences arbitrales sur la base de données Unilex ayant appliqué la section 7.4 des Principes d'UNIDROIT⁴⁰. D'autres décisions citent la section 7.4, et il s'agit par ailleurs de l'une des quatre sections des Principes d'UNIDROIT les plus citées⁴¹. Néanmoins, la grande majorité de ces citations est constituée de références aux articles applicables et ne comprennent aucune ou peu de discussion quant à leur contenu⁴².

68 Nous avons décidé de recourir aux principes UNIDROIT, ainsi qu'à la jurisprudence internationale en application de la CVIM, en tant que troisième référence à notre analyse comparative entre la common law américaine et le droit civil français. Nous avons fait ce choix pour trois raisons majeures. Tout d'abord, depuis leur création, les Principes d'UNIDROIT doivent beaucoup aux deux systèmes légaux majeurs. Deuxièmement, à long terme, un rapprochement entre les Principes d'UNIDROIT et la CVIM pourrait mener à un ersatz de Code de commerce mondial. Il n'est en effet pas impensable que la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international⁴³ continue ses travaux ou, comme John Gotanda l'a souligné, que « les principes UNIDROIT peuvent jouer un rôle dans la définition de solution aux questions

³⁷ BONELL Michael Joachim, *The UNIDROIT Principles in Practice: Caselaw and Bibliography on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 2nd ed., 2006.

³⁸ METZGER Axel, *Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im europäischen Privatrech*, 2009, p. 532.

³⁹ FINAZZI AGRO Eleonora, *The impact of the UNIDROIT Principles in International Dispute Resolution in Figures*, ULR 719, 2011, p. 722-723.

⁴⁰ Art. 7.4.2 et Art. 7.4.3 paragraphe. 3 cités sur l'évaluation et le calcul de l'indemnisation, ICC n°10422, 2001 ; Art. 7.4.9 cité sur le calcul du taux d'intérêt, ICC n° 16369, 2014 ; Art. 7.4.5 et Art. 7.4.6 cités non comme droit applicable mais comme référence additionnelle sur l'indemnisation des *mitigated damages*, ICC n° 5865, 1989.

⁴¹ Les trois autres sont : Art. 1.7 (bonne foi et *fair dealing*), Chapitre 4 (interprétation des contrats), et section 7.3 (fin du contrat en cas de violation des obligations). BONELL Michael Joachim, *The UNIDROIT Principles in Practice: Caselaw and Bibliography on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 2nd ed., 2006.

⁴² MCKENDRICK Ewan, Section 4: Damages, cité dans VOGENAUER Stefan, *op. cit.*, p. 975.

⁴³ Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. Nous utiliserons le plus souvent l'abréviation CNUDCI. En anglais, *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL).

restées irrésolues par la CVIM (articles 74 à 77). Un véritable dialogue entre les deux mènera à des résultats uniformes et plus équitables à terme »⁴⁴.

Troisièmement, pour le moment ils constituent déjà paradoxalement « *une source importante d'inspiration pour les instruments rivaux potentiels promouvant l'harmonisation régionale du droit général des contrats plutôt que de viser une harmonisation au niveau global, (... tel que) le Droit Commun Européen de la Vente (DCEV ou Common European Sales Law) de la Commission Européenne (...), l'Acte uniforme sur le droit des contrats de l'OHADA des pays d'Afrique francophone (...), le projet de Principles of Asian Contract Law (PACL), ainsi que les Principles of Latin American Contract Law (PLACL)* »⁴⁵.

69 La section 7.4 des Principes d'UNIDROIT relative aux dommages-intérêts sera familière aux juristes de *common law*, du moins tout autant que peut l'être la section 7.2 relative à l'obligation d'exécution pour un juriste civiliste. Une différence notable avec la tradition de droit civil réside néanmoins dans le « droit de recouvrer les dommages-intérêts qui n'est pas lié à la notion de faute dans les Principes d'UNIDROIT. En principe la même règle est applicable à tous les cas d'inexécution (à moins que l'absence d'exécution ne soit excusée) »⁴⁶. D'une façon assez similaire à la méthode du Code civil, la section 7.4 des Principes d'UNIDROIT établit un cadre pour l'évaluation des dommages-intérêts. Elle fixe les principes généraux mais laisse les détails aux juges et aux commentateurs. Par exemple, la section 7.4.2 introduit le principe que la partie lésée a le droit à une « réparation intégrale du préjudice » qui incluerait les dommages extra-patrimoniaux.

70 Mais ni le texte, ni les commentaires officiels, ne fournissent de définition de l'expression « réparation intégrale » ou de précision quant aux situations dans lesquelles il est possible de recouvrer des dommages-intérêts pour un préjudice extrapatrimonial. Il en résulte - pour le droit civil - « un degré élevé d'incertitude en ce que la solution est largement déterminée par le pouvoir discrétionnaire du tribunal devant lequel l'affaire est présentée »⁴⁷. L'intérêt de l'étude de la manière dont les tribunaux utilisent leur pouvoir lors de la détermination du *quantum* des dommages-intérêts, ainsi que leur allocation ou le refus de leur allocation, se trouve ainsi révélé.

⁴⁴ GOTANDA John Y., Using the UNIDROIT Principles to fill the gaps in the CISG, in: *Djakhongir Saidov, Ralph Cunnington, Contract Damages: Domestic and International Perspectives*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2008.

⁴⁵ Pour la citation complète et plus d'information sur le fond voir VOGENAUER Stefan, « *Introduction* », dans VOGENAUER Stefan, *op. cit.*, p. 28-30.

⁴⁶ MCKENDRICK Ewan, *op. cit.*, p. 973.

⁴⁷ *Idem*, p. 974.

4. Robert Scott : Une introduction à la doctrine américaine contemporaine⁴⁸

71 **Théorie initiale** : Comme le juge Oliver Wendell Holmes de la Cour Suprême américaine l'affirmait dans l'arrêt *Globe v. Land*, les dommages-intérêts pour rupture contractuelle sont « établis par les parties au moment de la conclusion du contrat » soit en mentionnant expressément leur montant dans l'accord écrit soit de façon implicite en tant que disposition légale supplétive⁴⁹. Ainsi, à l'inverse du droit de la responsabilité délictuelle, les dommages-intérêts en matière contractuelle ne peuvent être compris et rationalisés que *ex ante* et non pas en adoptant une perspective *ex post*.

72 **Le principe de substitution et l'utilité des dommages-intérêts en référence au prix du marché** : la perspective *ex ante* facilite la compréhension des règles par défaut relatives aux dommages-intérêts en matière contractuelle. Nous nous interrogeons avec Holmes dans l'arrêt *Globe* pour savoir « ce que les parties auraient probablement voulu si la question avait été présente dans leurs esprits ? »⁵⁰. Notre réponse, issue de la décision *Globe*, est que le bénéficiaire de la promesse au moment de la conclusion du contrat veut que la promesse soit fiable. Il est dès lors prêt à payer le prix établi au contrat pour la garantie de la fiabilité, mais évidemment, pas plus que la valeur que le tiers confère à la promesse (étant donné qu'il doit payer pour obtenir cette garantie). Nous devons ensuite nous interroger sur la valeur que le bénéficiaire de la promesse alloue à cette dernière ou sur le point de savoir ce que le bénéficiaire de la promesse attend de l'exécution du promettant : quel montant serait-il disposé à payer pour ce qui constituerait une garantie suffisante que ses objectifs ou ses prévisions se réalisent ? Cela mène au point final soulevé par Holmes dans l'arrêt *Globe* : avant de déterminer la mesure par défaut des dommages-intérêts, nous devons fixer les objectifs des parties lorsqu'elles entrent dans les relations contractuelles. Dans l'hypothèse de *Globe*, l'objectif de l'acquéreur était d'obtenir dix voitures d'huile de coton au Texas à un prix garanti de 100.000 USD. Lorsque le vendeur a violé son obligation, les dommages-intérêts doivent permettre d'assurer à l'acheteur que cet objectif est respecté. Heureusement, dans ce cas, il y a un marché de substitution aux alentours. Dès lors qu'il y a un bon marché de substitution, les dommages-intérêts calculés en fonction du marché constituent un moyen efficace d'atteindre cet objectif : la partie ayant respecté le contrat reçoit une somme correspondant à la différence entre le contrat *ex ante* et le prix de marché *ex post*, ainsi que les dépenses incidentes effectuées pour obtenir un contrat de substitution⁵¹. Cette analyse fait émerger le principe sous-jacent de substitution des dommages-intérêts contractuels : dès lors qu'une partie ne respecte pas ses obligations, l'autre a besoin d'une assurance lui permettant de sécuriser la conclusion d'un contrat avec un substitut pour la même prestation. Cela permet au cocontractant d'avoir confiance dans le futur dès le moment où le contrat est conclu, ce qui constitue l'objectif même de la formation de ces contrats.

⁴⁸ La section est extraite de SCOTT Robert E., *An introduction to contract remedies in American Common Law, Contracts class, Columbia Law School*, printemps 2016.

⁴⁹ *Globe Ref. Co. v. Landa Cotton Oil Co.*, 190 U.S. 540, 23 S.Ct. 754, 47 L.Ed. 1171 (1903).

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ Sections 2-712, 2-713 et 2-715(1) du UCC.

- 73 Les dommages-intérêts de marché constituent un formidable outil afin de **mesurer l'attente (*expectation*) légitime** lorsqu'il existe un marché profond et efficace pour les substitutions. Ils permettent en effet aux juges de mesurer plus facilement le préjudice d'*expectation* légitime du bénéficiaire de la promesse en prononçant des dommages-intérêts permettant au dit bénéficiaire de combler son *expectation* simplement en achetant un substitut sur le marché. Un bon exercice pour comprendre le fonctionnement des dommages-intérêts en référence au prix du marché consiste à relire les sections 2-712 et 2-713 du *Uniform Commercial Code* (UCC) qui autorisent l'acquéreur qui n'a pas violé ses obligations à choisir entre le recouvrement des dommages-intérêts en référence au prix du marché ou à fournir au juge la différence de prix entre le contrat et le marché. Cette somme couplée aux *consequential damages* accessoires (et probables) autorisés par la section 2-715 du même texte fourniront à l'acquéreur la valeur qu'il attendait de l'exécution.
- 74 Qu'en est-il de l'évaluation des ***consequential damages*** dans la vente de biens et dans la prestation de services ? Considérons la situation où A vend à B qui revend à C ; si A n'exécute pas le contrat A/B, les *damages* de B doivent-ils être appréciés en référence au prix du marché (c'est à dire à la perte / le gain dû au différentiel de valeur) ou en référence au prix du contrat B/C (c'est-à-dire au profit manqué suite à la perte de la vente) ?
- 75 Selon Nathan Tamblyn, deux cas de figure sont à distinguer dans la *common law* américaine⁵² :
- S'il existe un marché assez vaste disponible, la loi dispose que le prix du marché s'impose comme référence. On doit alors calculer la perte éventuelle par différence entre ce prix de référence et celui auquel a été conclu le contrat A/B. Si cette différence est négative, aucune perte de chance n'est théoriquement constatée ;
 - Dans le cas contraire où le marché est réduit, on doit encore distinguer deux cas subsidiaires selon la situation juridique de B et la connaissance que A pouvait en avoir :
 - o Si B est propriétaire de la marchandise, sa perte est le différentiel de valeur ;
 - o Si B est revendeur de la marchandise, sa perte est le profit manqué.
- 76 **Mesurer l'indemnisation : *expectation, reliance, restitution*** : la substitution ou la réparation demandent que le bénéficiaire de la promesse reçoive une somme d'argent suffisante pour qu'il soit placé dans la situation qui aurait été la sienne si le promettant s'était exécuté⁵³. Lorsqu'il existe un marché bien développé pour la substitution, la mesure relative des dommages-intérêts en référence au prix du marché peut atteindre l'objectif fixé de façon indirecte. En donnant au bénéficiaire de la promesse des fonds suffisants pour acquérir une substitution, il n'est plus nécessaire de déterminer la *valeur* que le bénéficiaire de la promesse confère à l'exécution promise. Cependant, l'application du

⁵² TAMBLYN Nathan, Damages under string contracts for sale of goods, *The Journal of Business Law, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters*, Issue 1, 2009.

⁵³ Voir *Freund v. Washington Square Press, Inc.* Court of Appeals of New York, 357 N.Y.S.2d 857, 314 N.E.2d 419 (1974) ; Voir aussi section 1-305 du UCC.

principe de réparation complexifie le défi de l'estimation lorsqu'il n'existe pas de marché immédiatement accessible pour la substitution. Dans ce cas, la valeur de l'exécution pour la partie n'ayant pas violé ses obligations doit être établie directement. Le bénéficiaire de la promesse risque d'avoir à ce moment plus de difficulté à prouver son préjudice. En reconnaissant cela, le droit des contrats permet au bénéficiaire de la promesse de choisir parmi différentes manières de mesurer (au moment de la violation de l'obligation contractuelle) celle qui donnera le meilleur équivalent financier de l'exécution.

- 77 **Le gain manqué (*expectation damages*) légitime** mesure la différence entre la position du bénéficiaire de la promesse après la rupture du contrat et la valeur qu'il attache au contrat ; c'est-à-dire, la position dans laquelle le bénéficiaire de la promesse aurait été si l'exécution avait été effectuée.
- 78 **La perte subie (*reliance damages*)** mesure la différence entre la position suivant la rupture et le *status quo ante*, la position dans laquelle le bénéficiaire de la promesse aurait été si le contrat n'avait jamais existé. La somme inclurait aussi bien les coûts supportés lors de l'exécution des obligations que toutes les opportunités perdues à cause de la promesse ; c'est à dire, la seconde meilleure alternative ouverte au bénéficiaire de la promesse.
- 79 En dernier lieu, **la restitution (*restitution damages*)** mesure la valeur de l'exécution en termes d'avantages que le bénéficiaire de la promesse a conféré au promettant pour sécuriser la promesse, finalement rompue.
- 80 **L'*expectation* constitue la règle par défaut.** Il est possible de comprendre pourquoi l'*expectation* constitue la règle par défaut : elle applique le principe de réparation. En outre, dans les contextes relevant des marchés les plus développés, l'*expectation* légitime et la *reliance* constituent quasiment des équivalents (la valeur que le bénéficiaire d'une promesse attend de recevoir en passant un contrat d'achat de céréales auprès d'un courtier à Chicago est pratiquement la même que s'il les achetait d'un autre courtier puisque les choix sont très proches les uns des autres). Dès lors, la *reliance* constitue généralement une bonne approximation de l'*expectation* légitime. Le choix de mesurer la perte en prouvant le dommage issu de la *reliance* est une option disponible pour le bénéficiaire de la promesse dès lors que la situation ne lui permet pas de quantifier aisément l'*expectation*. De même, les dommages-intérêts de *restitution* ne sont utilisés que pour mesurer la perte issue d'une violation au choix du bénéficiaire de la promesse parce que la restitution dépend des faits d'espèce, notamment de la proportion de cette promesse qui a été exécutée.
- 81 Les juges vont privilégier l'octroi des dommages-intérêts dans toutes les affaires où, dans le cas de services exécutés sur des terrains dont le bénéficiaire de la promesse est propriétaire, il apparaît que le bénéficiaire obtiendra un avantage important car la moindre valeur économique de la prestation (mesurée par la diminution sur le marché de la valeur du bien) est surcompensée par l'indemnisation en référence au prix du marché mesurés *ex post*. Dans ces affaires de « **gâchi économique** », la plupart des tribunaux américains suivent

les arrêts *Jacob & Youngs*⁵⁴ et *Peevyhouse*⁵⁵, qui permettent de limiter l'indemnisation du bénéficiaire de la promesse à la diminution de la valeur sur le marché. Il a été soutenu que cette règle par défaut ignore le fait que, très souvent, le bénéficiaire de la promesse aura payé en avance pour le service demandé et aura par conséquent été sous-indemnisé à moins qu'une restitution du paiement ne soit prononcée. Puisque ce paiement en avance constitue souvent un prix fictif, les juges ne le perçoivent pas et ne pourraient pas facilement les prononcer s'ils les voyaient. Cela encourage des comportements inefficaces des cocontractants qui ne prennent pas des mesures de précautions efficaces en termes de coûts afin de prévenir l'incident. De plus, la règle de la diminution de valeur implique une règle obligatoire car la doctrine de la pénalité (voir section 2-718 du UCC) menacerait la clause de dommages-intérêts conventionnels qui visait à assurer la valeur subjective ou idiosyncratique conférée par le bénéficiaire de la promesse (tel que la valeur de la *Peevyhouse* attachée à leur terre ancestrale). La règle ne s'applique pas lorsqu'il y a manifestement une tentative d'écarter une règle par défaut introduisant des dommages-intérêts « excessifs » (tel que le coût de l'exécution dans les affaires impliquant des gâchis économiques) en rédigeant une clause introduisant des dommages-intérêts limités.

- 82 **L'écart entre l'idéal et le réel.** L'idéal de l'*expectation* légitime et de la *reliance* sont rarement, voire quasiment jamais atteints. Il existe malheureusement des coûts non-indemnisés imposés au bénéficiaire de la promesse. Pour commencer, comme dans l'arrêt *Freund v. Washington Square Press Inc.*, le demandeur doit prouver sa perte avec une certitude raisonnable⁵⁶. Certaines pertes relatives à l'*expectation* légitime, telles que le montant des droits d'auteur dans un contrat d'édition avec un auteur relativement peu connu, sont par nature spéculatives. Dès lors, l'auteur, Monsieur *Freund* doit soit essayer d'obtenir une avance sur droits plus substantielle ou risquer de ne pas recouvrer la totalité des pertes liées à l'*expectation* légitime, au-delà de l'avance elle-même. De plus, si Monsieur *Freund* essaye de recouvrer le coût de l'opportunité que constitue le contrat avec *Washington Square Press* - en affirmant qu'il aurait pu publier le livre avec un autre éditeur avant que le livre concurrent ne soit publié et ne gagne le prix Pulitzer - on pourra lui opposer l'objection d'incertitude, jusqu'à ce qu'il trouve un éditeur de substitution. En outre en droit américain, le bénéficiaire de la promesse ne sera pas en mesure de recouvrer les honoraires d'avocats même s'il gagne son procès. Il existe des façons permettant au bénéficiaire d'une promesse d'écarter la règle par défaut et de demander les indemnités conventionnelles (*liquidated damages*) pour la rupture et éventuellement des honoraires d'avocats raisonnables. Cependant, ces options se trouvent limitées en *common law* par une règle écartant les dommages-intérêts excessifs qui sont qualifiés de dommages-intérêts punitifs (*penalty damages*) et qui empêche les parties de les insérer dans les conventions d'honoraires avec les avocats. Même dans le cas d'un *promissory estoppel* une

⁵⁴ *Jacob & Youngs, Inc. v. Kent*, 230 N.Y. 239, 129 N.E. 889, 1921 N.Y. 828, 23 A.L.R. 1429.

⁵⁵ *Peevyhouse v. Garland Coal & Mining Company*, 22 Ill.382 P.2d 109 (Okla. 1962).

⁵⁶ *Freund v. Washington Square Press Inc.*, 357 N.Y.S.2d 857, Court of Appeals of New York, 1974.

étude exhaustive de 400 arrêts dans des contrats sous le régime de la section 90 du *Restatement (Second) of Contracts* suggère que « en ce qui concerne les recours légaux, les tribunaux tendent à traiter les actions concernant les promesses comme des violations classiques des contrats ; (ils) ont tendance à prononcer des dommages-intérêts pour violation de l'*expectation* légitime, lesquels sont (habituellement) plus généreux que les dommages-intérêts de *reliance* »⁵⁷. Cela confirme le résultat d'une recherche empirique antérieure, qui est arrivée à la conclusion que « le remède traditionnellement prononcé est soit une exécution forcée soit des dommages-intérêts pour violation de l'*expectation* légitime »⁵⁸.

83 **Les raisons pour lesquelles un promettant viole ses obligations.** La différence entre l'idéal et le réel fournit une réponse à cette question : dès lors que les dommages-intérêts relatifs à l'attente légitime constituent la règle par défaut, pourquoi est-ce qu'un promettant rompt ses obligations contractuelles ? Dès lors que les choix du promettant se limitent à celui entre l'exécution et la perte d'exploitation ou la violation et le paiement de dommages-intérêts, et étant donné que par définition ces options ont la même valeur théorique, quel serait l'intérêt de ne pas respecter ses obligations ? Une réponse (ce que nous avons décrit dans le scénario négatif) réside dans le fait que le promettant pourrait violer par inadvertance afin d'exploiter la différence entre l'idéal et le réel ; c'est à dire, il pourrait forcer le bénéficiaire à transiger l'affaire pour un montant inférieur aux dommages-intérêts pour violation de l'*expectation* légitime.

84 Si nous pensions que cela se produisait systématiquement (ou même seulement de façon fréquente), alors il faudrait s'attendre à ce que les tribunaux prononcent des exécutions forcées comme le remède par défaut pour la violation des obligations contractuelles. Cependant, dans l'arrêt *Van Wagner v. S&M*⁵⁹, le tribunal a retenu que l'exécution forcée constitue un remède extraordinaire et qu'il ne s'agit pas d'un moyen généralement disponible⁶⁰. Une des raisons est que la loi croit que la violation de l'obligation contractuelle est souvent un bénin « cri de secours » du promettant, qui invoque en creux le **principe de minimisation** : il dit en substance au bénéficiaire de la promesse « s'il vous plaît sortez de notre convention, négociez un contrat de substitution sur le marché et ensuite envoyez moi la facture relative aux dommages-intérêts que je paierai promptement ». Une façon de comprendre que la distinction entre les dommages-intérêts et l'exécution obligatoire aussi bien dans l'arrêt *Van Wagner* que dans le UCC réside dans la prise en compte de la profondeur du marché.

⁵⁷ JIMENEZ Marco, The Many Faces of Promissory Estoppel: An Empirical Analysis Under the Restatement (Second) of Contracts, 57 UCLA L. Rev. 2010, p. 669-70 ; cité dans Robert E. Scott, Jody S. Kraus, *Contract Law and Theory*, LexisNexis, 2013, p. 170.

⁵⁸ YORIO Edward, THEL Steve, The Promissory Basis of Section 90, 101 Yale L.J., 1991, p. 111 : The remedy routinely granted is either specific performance or expectation damages ; cité dans Robert E. Scott, Jody S. Kraus, *id.*

⁵⁹ *Van Wagner Adver. Corp. v. S&M Enters.*, Court of Appeals of New York, 67 N.Y.2d 186, 492 N.E.2d 756 (1986).

⁶⁰ Section 359 du *Restatement (Second) of Contracts*.

85 Comme le juge Kaye l'a souligné dans l'arrêt *Van Wagner*, lorsque le marché est réduit au point que le bénéficiaire de la promesse se trouve exposé à un risque important de sous-indemnisation en cas de non exécution, les tribunaux prononcent généralement, même si les biens ne sont pas uniques, une condamnation à une exécution forcée sur le fondement de la section 360(a) du *Restatement (Second) of Contracts* et de la section 2-716 du UCC. Dans l'arrêt *Klein v. PepsiCo*⁶¹, les avocats n'ont peut-être pas perçu ce que les règles impliquaient. De ce que l'on comprend à la lecture des opinions, ils se sont concentrés sur le coût de l'assurance plutôt que sur les risques de sous-indemnisation.

86 **L'exécution forcée constitue un remède inhabituel** car le droit américain suppose qu'une violation ordinaire a lieu lorsque le promettant veut solliciter l'assistance du bénéficiaire de la promesse en lui demandant d'acheter une exécution de substitution sur le marché afin de sauver à moindre coût le contrat rompu. Puisque le promettant doit payer la facture dans tous les cas, l'idée consiste à retenir qu'il effectuera le choix le plus efficace de la meilleure personne en mesure d'acheter sur le marché le service substitué. L'acquéreur doit donc agir d'abord sur le marché, et ce n'est que dans un second temps qu'il demandera des dommages-intérêts au vendeur. D'un autre côté, comme l'a souligné l'arrêt *Sedmark v. Charlie's Chevrolet Inc.*⁶², dans le cas de biens dont le recouvrement s'avère particulièrement difficile lorsque le marché se réduit induisant un risque de sous-indemnisation, les juges prononceront des exécutions forcées en faveur du bénéficiaire de la promesse conformément à la section 2-716 du UCC afin d'éviter ce qui apparaît comme un risque plus important. Le droit à une exécution forcée, même dans les cas où le marché est petit, se trouve limité par la réticence des juges à se lancer dans la surveillance de l'exécution. Cela mène à la règle selon laquelle le juge ne prononcera pas d'exécution forcée lorsque les services promis sont personnels ou lorsque le contrôle de cette exécution fait peser un fardeau administratif trop lourd sur le juge. Il y a lieu de noter, en dernier lieu, que lorsque l'acheteur a violé ses obligations contractuelles, le vendeur est autorisé à faire exécuter le contrat dans des circonstances similaires : la section 2-709(1)(b) du UCC autorise le vendeur à forcer l'acheteur à payer lorsque le « vendeur n'est pas en mesure à la suite d'efforts raisonnables de revendre (les biens) à un prix raisonnable ».

5. Les limites à l'indemnisation sont fondées sur trois piliers : la certitude, la prévisibilité et la minimisation.

87 La limitation de l'indemnisation fondée sur la **certitude** requiert du promettant qu'il prouve ses pertes avec une certitude raisonnable et non pas qu'il se contente simplement de demandes infondées ou de projection. Dans le cas d'un nouveau marché ou d'une entreprise ne disposant pas d'un historique d'exploitation suffisant, les juges de *common law* rejetaient traditionnellement

⁶¹ *Klein v. PepsiCo, Inc.*, 845 F.2d 76, (4th Cir. 1988).

⁶² *Sedmark v. Charlie's Chevrolet Inc.*, 622 S.W.2d 694 (1981).

toutes les demandes se fondant sur les pertes de profit sans distinction⁶³. Comme dans l'arrêt *Drews Co.*⁶⁴, cette règle a été nuancée de façon substantielle dans la plupart des États et il n'est plus demandé au promettant que de renverser la présomption en apportant la preuve par un témoignage crédible prouvant les *expectation* en matière de profits sur le nouveau marché. Le renversement de la présomption permet de contrer le prononcé de dommages-intérêts indemnisant les gains manqués. En outre, les juges sont désormais plus enclins à autoriser le demandeur à prouver librement le préjudice d'atteinte à sa réputation⁶⁵ du fait de la violation des obligations contractuelles du défendeur⁶⁶.

88 La limite de la **prévisibilité** du système, introduite par l'arrêt *Hadley v. Baxendale*⁶⁷ est désormais inscrite à la section 351 du Restatement (Second) of Contracts, ainsi qu'à la section 2-715(2) du UCC. La limite de la prévisibilité constitue une contrainte supplémentaire pesant sur les demandes relatives aux gains manqués incertains ou spéculatifs. Si la demande relative aux gains manqués est fondée sur des circonstances spéciales relatives au bénéficiaire de la promesse qui s'avéraient raisonnablement imprévisibles au moment de la signature du contrat, il est nécessaire que soit apportée la preuve que le promettant avait - ou aurait dû avoir - connaissance des besoins particuliers au moment de la signature du contrat. La plupart des juges contemporains - à l'exception de ceux de l'Etat de New York - ont abandonné le test de l'accord tacite établi par l'arrêt *Hadley*⁶⁸. Ils demandent désormais uniquement que le promettant « ait eu des raisons de connaître » les circonstances extraordinaires résultant de la perte inhabituelle ou atypique. Ce relâchement de la contrainte relative à la prévisibilité place le risque des dommages indirects sur le vendeur, qui par principe n'a ni la connaissance ni la possibilité de contrôler l'activité de l'acquéreur. Dans un contexte commercial, cela a mené de nombreuses - si ce n'est la majorité - des parties commerçantes à écarter la règle par défaut en faveur de l'introduction d'une « clause de réparation et de remplacement » ayant pour effet de transférer le risque des dommages indirects sur l'acquéreur⁶⁹.

89 Enfin, le principe de **minimisation** du préjudice - principe des *mitigated damages* connu également sous le vocable de doctrine des *avoidable consequences* - impose à la partie ayant respecté les termes du contrat, l'obligation de prendre des mesures raisonnables afin de limiter la perte provenant de la violation du contrat par l'autre partie. L'arrêt *Luten Bridge*⁷⁰ a expliqué que la règle relative à la minimisation du préjudice s'applique lorsque

⁶³ La règle dite *New Business Rule* sera analysée en détail dans la Troisième Partie, au Chapitre III : Activité sans base établie (*New Business Rule*).

⁶⁴ *Drews Co. v. Ledwith-Wolfe Associates*, 371 S.E.2d 532 (S.C. 1988).

⁶⁵ Cette jurisprudence sera analysée en détail dans la Troisième Partie, au Chapitre II : Atteinte à la réputation.

⁶⁶ *AM/PM Franchise Ass'n v. Atlantic Richfield Co.*, 584 A.2d 915 (1990).

⁶⁷ *Hadley v. Baxendale*, 1854 EWHC Exch J70, 1854 9 ExCh 341, 156 ER 145, 1854 9 Ex 341.

⁶⁸

⁶⁹ « *Repair and replacement clause* », voir section 2-719 du UCC.

⁷⁰ *Rockingham County v. Luten Bridge Co.*, 22 Ill.35 F.2d 301 (4th Cir. 1929).

le promettant viole ses obligations ou répudie clairement et de façon univoque ses obligations contractuelles. Elle impose par conséquent une charge sur le bénéficiaire de la promesse de prendre des mesures raisonnables afin d'éviter d'aggraver la perte provenant de la violation du contrat. Les principes contenus dans le UCC essaient de résoudre la problématique des violations contractuelles induites ou incitées lorsqu'une partie tente d'inciter le cocontractant à annuler le contrat en exprimant des doutes sur sa capacité à respecter ses obligations. La section 2-609 du UCC confère à la partie mise en cause la possibilité de clarifier sa situation sans se trouver *a posteriori* en situation de manquement à ses obligations contractuelles. Finalement, la détermination des actions nécessaires une fois que l'obligation de minimiser naît peut s'avérer difficile, en particulier dans le cas d'un contrat de travail. L'arrêt *Parker v. Twentieth Century-Fox Film Corp.*⁷¹ applique le test habituel suivant : l'emploi de substitution doit être « substantiellement similaire » et ne peut être « inférieur au contrat » de travail ayant été rompu.

90 La **minimisation** et la **prévisibilité** prennent sens s'ils sont perçus *ex ante*, c'est à dire lors de la négociation du contrat. Dans le cas de la minimisation, le bénéficiaire de la promesse peut partager un surplus contractuel plus important en acceptant, au moment de la conclusion du contrat, de prendre des mesures efficaces en terme de coûts afin de limiter les dommages-intérêts dus par le promettant quand et si le promettant n'est pas en mesure d'exécuter son obligation. Dès lors, si le bénéficiaire de la promesse peut raisonnablement ajuster son comportement une fois que le promettant rompt le contrat, le bénéficiaire de la promesse devrait être obligé à le faire, car il a été payé pour minimiser son préjudice dans le contrat initial. Dans le cas de la **prévisibilité**, l'arrêt *Hadley v. Baxendale*⁷² a introduit la solution générale. Il existe deux critères dans l'arrêt *Hadley* : 1) le bénéficiaire de la promesse peut recouvrer tous les dommages-intérêts découlant naturellement de la rupture et 2) le bénéficiaire de la promesse peut aussi recouvrer des dommages-intérêts provenant de circonstances spéciales ou inhabituelles si ces circonstances spéciales sont communiquées au promettant au moment de la conclusion du contrat. En théorie, cette règle a sa propre pertinence. Le fait de limiter les dommages-intérêts couvrant la violation de l'attente légitime à ceux qui sont raisonnablement prévisibles constitue une incitation pour le bénéficiaire à communiquer par défaut toute l'information à l'instar de la règle introduite par l'arrêt *Taylor v. Caldwell*⁷³.

91 Si le bénéficiaire de la promesse est confronté à des circonstances conférant à son *expectation* légitime une valeur inhabituellement importante, le promettant a besoin de le savoir afin de prendre les précautions adéquates et de facturer au bénéficiaire de la promesse une prime d'assurance. Dès lors, si le bénéficiaire

⁷¹ *Parker v. Twentieth Century-Fox Film Corp.*, 3 Cal. 3d 176, 474 P.2d 689, 89 Cal. Rptr. 737, 1970 Cal. 199.

⁷² *Hadley v. Baxendale*, Court of Exchequer, 156 Eng. Rep. 145, 9 Exch 341 (1854).

⁷³ En l'espèce, un contrat de location d'un local n'avait pu être honoré, le local ayant été détruit par un incendie accidentel. La responsabilité du défendeur n'a pas été retenue, celui-ci n'ayant pas commis de faute amenant à l'impossibilité d'exécuter le contrat. *Taylor v. Caldwell*, King's Bench, 3 B. & S. 826, 122 Eng. Rep. 309 (1863).

de la promesse ne dévoile pas sa valeur subjective au moment de la signature du contrat, les dommages-intérêts se trouveront limités aux conséquences « découlant naturellement » de la violation contractuelle⁷⁴.

92 **Les règles modernes relatives aux *consequential damages* (dommages indirects).** Il existe une difficulté avec la formulation issue de l'arrêt *Hadley*. L'essai de Danzig intitulé *Contract Stories* explique que le critère de communication a pu prendre son sens à l'époque pré-industrielle, mais qu'il s'avère irréaliste dans une économie moderne⁷⁵. Cela explique en partie pourquoi la section 2-715(2) du UCC ainsi que la section 351 du Restatement (Second) of Contracts ont abandonné le test de communication ou d'accord tacite de l'arrêt *Hadley* et lui ont substitué le test de "*reason to know*". Avec le temps, ce test plus libéral a amené la plupart des juges à prononcer le recouvrement par l'acquéreur de ses gains manqués même dans des circonstances où le vendeur ne mesurait pas l'importance potentielle de la perte au moment de la conclusion du contrat. La plupart des parties aux contrats commerciaux ont réagi à cette inflation des dommages-intérêts *consequential* prononcés par les tribunaux en les écartant explicitement par défaut dans tous leurs contrats. Elles s'accordent sur ce point via une « **clause de réparation ou de remplacement** » dans laquelle le vendeur reste responsable pour la perte directe si les biens ou l'offre ne s'avèrent pas satisfaisants, mais l'acquéreur reste responsable pour les conséquences indirectes. Ces clauses sont acceptées par les parties professionnelles parce que le vendeur est en général mieux placé pour supporter le risque de défaut ou d'échec dans l'exécution qui réduit la valeur de l'échange, mais l'acquéreur connaît mieux les conséquences indirectes d'une violation (par exemple, quel sera l'impact sur ses propres clients si un dysfonctionnement est constaté dans le logiciel cédé par le vendeur ?) et peut par conséquent mieux s'assurer contre ce risque.

⁷⁴ Section 2-715 (2) du UCC.

⁷⁵ DANZIG Richard, *Hadley v. Baxendale : A Study in the Industrialization of the Law*, 4 J. LEGAL STUD. 249, 279-83 (1975).

Section 2 : Les textes et décisions gouvernant la fonction compensatrice des dommages-intérêts

1. Le principe général est celui de la réparation intégrale du préjudice subi par le créancier du fait de l'inexécution.

93 La réforme du Code civil français de 2016 est apparue comme une occasion manquée aux yeux d'une partie de la doctrine, les écueils de la rédaction de 1804 n'ayant pas été corrigés⁷⁶. Le Code civil français ne prévoit toujours pas expressément d'indemnisation intégrale du préjudice subi. Le *Restatement (Second) of Contracts* du droit des contrats américain - qui n'a pas de valeur obligatoire mais s'avère influent - a prévu cette possibilité.

L'indemnisation des pertes et coûts subis

94 En cas de violation du contrat la partie lésée subit un dommage qu'elle peut chercher à limiter en cherchant un nouveau co-contractant. Il arrivera que la partie lésée ne soit pas en mesure de mener des négociations longues et coûteuses et que le nouveau contrat s'avère moins avantageux que le contrat initial. Il a ainsi semblé injuste aux droits américain et français ainsi qu'aux rédacteurs des instruments d'harmonisation internationaux de laisser la partie lésée sans indemnisation. Les méthodes divergent étant donné que le droit américain a adopté une conception analytique des différents types de dommages-intérêts alors que le droit français a préféré la méthode synthétique. Les instruments internationaux penchent plutôt du côté de la méthode analytique.

95 La méthode analytique américaine oblige les rédacteurs de la norme à anticiper toutes les situations possibles, quitte à entrer dans une multitude de détails. Le droit américain, à travers le UCC, indemnise notamment les créanciers d'une obligation de livraison de « toutes les dépenses engagées raisonnablement dans l'inspection, la réception, le transport et la surveillance des produits rejetés légitimement, toutes les commissions commerciales et autres frais raisonnables liés à la couverture de ces opérations »⁷⁷. Les pertes annexes - appelées *incidental damages* - sont par conséquent indemnisées. Le droit français permet également l'indemnisation des préjudices du fait de la mauvaise exécution du contrat : l'article 1231-2 nouveau du Code civil prévoit en effet que « 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 ».

96 À côté de l'indemnisation des coûts pour mauvaise exécution le droit américain prévoit une indemnisation pour les dépenses engagées lorsque le cocontractant s'abstient d'exécuter son contrat. La section 347 du *Restatement (Second) of*

⁷⁶ VERKEMPINCK Brecht, *La mesure des dommages dans la réforme du droit des contrats français - leçons de systèmes plus inspirants*, Thèse, 2.0.1.

⁷⁷ Section. 2-715 (1) du UCC.

Contracts introduit ainsi la notion de *reliance interest*⁷⁸ permettant d'indemniser les coûts relatifs à la « préparation ou l'exécution du contrat, déduction faite des pertes dont le débiteur peut démontrer avec une certitude raisonnable qu'elles auraient été subies par le créancier si le contrat avait été exécuté ». Le droit français permet également l'indemnisation des pertes subies du fait de l'absence d'exécution du contrat à l'article 1231-1 nouveau du Code civil. Les instruments internationaux proposent sans surprise une indemnisation en cas d'absence d'exécution du contrat. Ainsi, les Principes d'UNIDROIT, en l'article, 7.4.2 disposent que « le créancier a droit à la réparation intégrale du préjudice qu'il a subi du fait de l'inexécution ». Les Principes d'UNIDROIT s'écartent donc de la lettre du Code civil français⁷⁹ qui ne le prévoit pas et se montrent plus proche du droit américain⁸⁰. Il est ajouté que « le préjudice comprend la perte qu'il a subie et le bénéfice dont il a été privé, compte tenu de tout gain résultant pour le créancier d'une dépense ou d'une perte évitée ».

97 Dès lors que le contrat a été mal ou pas exécuté, le créancier de l'obligation peut vouloir chercher un nouveau cocontractant. Les droits nationaux ne prennent pas explicitement en compte cette possibilité mais elle se trouve impliquée dans les différents chefs de préjudice indemnisable. Les Principes d'UNIDROIT sont sur ce point beaucoup plus spécifiques que les droits nationaux. Ainsi, l'article 7.4.5 dispose que le créancier qui « passe un contrat de remplacement dans un délai et d'une manière raisonnables, peut recouvrer la différence entre le prix prévu au contrat initial et le prix du contrat de remplacement, de même que des dommages-intérêts pour tout préjudice supplémentaire ». Les Principes d'UNIDROIT sont rejoints par la CVIM qui introduit, à l'article 75, une règle voisine se fondant également sur le principe de manière et de délai raisonnable pour la conclusion d'un nouveau contrat⁸¹. La CVIM s'avère néanmoins plus précise et exhaustive en mentionnant explicitement les notions d'achat de remplacement et de vente compensatoire. Il est, dans les deux cas, possible d'obtenir la différence entre le prix du contrat initial et le prix du contrat de remplacement, ainsi que l'indemnisation de tous préjudices subis. Le principe est appliqué lorsqu'il est fait recours à l'arbitrage⁸².

⁷⁸ *Restatement (Second) of Contracts*, §347, 1981 : « Le *reliance interest* d'une partie est la valeur dont elle bénéficie en étant replacée dans la position qui aurait été la sienne si le contrat n'avait pas été signé ».

⁷⁹ Article 1231-2 du Code civil.

⁸⁰ *Restatement (Second) of Contracts* §344(a) ; U.C.C. §1-106(1) (2012) ; *Oxy USA, Inc. v. Babbitt*, 268 F.3d 1001, 1007 (10th Cir. 2001) ; J. FERRIELL, « *Contracts* », Lexisnexis, 3^e édition, 2014, §12.01.

⁸¹ « Lorsque le contrat est résolu et que, d'une manière raisonnable et dans un délai raisonnable après la résolution, l'acheteur a procédé à un achat de remplacement ou le vendeur à une vente compensatoire, la partie qui demande des dommages- intérêts peut obtenir la différence entre le prix du contrat et le prix de l'achat de remplacement ou de la vente compensatoire ainsi que tous autres dommages- intérêts qui peuvent être dus en vertu de l'article 74 ».

⁸² Sentence arbitrale 4 décembre 1996, Rome, Arbitrage ad hoc, Unilex ; Sentence arbitrale 20 janvier 1997, Cour d'Arbitrage Internationale de la Chambre de Commerce et d'Industrie

98 Le principe d'un contrat de remplacement n'est pas toujours applicable. On pense notamment aux hypothèses où un produit spécifique n'est fabriqué que par une seule société qui en détient le brevet, ou à un service innervé d'une forte dose d'*intuitu personae*. Les instruments internationaux assurent une indemnisation à la partie lésée se trouvant dans une telle situation. Les Principes d'UNIDROIT permettent dès lors à la partie n'ayant pas recours à un nouveau contrat d'obtenir une indemnisation de la part du cocontractant fautif en recourant à la notion de préjudice par référence au prix courant à l'article 7.4.6⁸³. Il est ainsi permis à la partie lésée d'obtenir « la différence entre le prix prévu au contrat et le prix courant au jour de la résolution, de même que des dommages-intérêts pour tout préjudice supplémentaire ». L'article 76 de la CVIM prévoit un principe identique rédigé de façon moins synthétique⁸⁴.

99 Le prix courant est défini à l'article 7.4.6 des Principes d'UNIDROIT comme « le prix généralement pratiqué pour une prestation effectuée dans des circonstances comparables au lieu où elle aurait dû être effectuée ou, à défaut de prix courant en ce lieu, le prix courant pratiqué en un autre lieu qu'il paraît raisonnable de prendre comme lieu de référence ». L'article 76 de la CVIM propose une rédaction similaire et dispose que « le prix courant est celui du lieu où la livraison des marchandises aurait dû être effectuée ou, à défaut de prix courant en ce lieu, le prix courant pratiqué en un autre lieu qu'il apparaît raisonnable de prendre comme lieu de référence, tenant compte des différences dans les frais de transport des marchandises ». Ce même article ajoute donc une référence au caractère raisonnable de la valeur de référence lorsqu'il n'existe pas d'élément de comparaison au lieu visé par le contrat. Il s'agit d'une précision bienvenue qui explique sans nul doute un principe implicite de

de la Fédération de Russie, *cas n° 116/1996*, Unilex. Citée dans VOGENAUER Stefan, *op. cit.*, p.997.

⁸³ « 1) Le créancier qui, ayant résolu le contrat, ne procède pas à un contrat de remplacement peut, s'il existe un prix courant pour la prestation convenue, recouvrer la différence entre le prix prévu au contrat et le prix courant au jour de la résolution, de même que des dommages-intérêts pour tout préjudice supplémentaire.

2) Par prix courant, on entend le prix généralement pratiqué pour une prestation effectuée dans des circonstances comparables au lieu où elle aurait dû être effectuée ou, à défaut de prix courant en ce lieu, le prix courant pratiqué en un autre lieu qu'il paraît raisonnable de prendre comme lieu de référence. »

⁸⁴ « 1) Lorsque le contrat est résolu et que les marchandises ont un prix courant, la partie qui demande des dommages-intérêts peut, si elle n'a pas procédé à un achat de remplacement ou à une vente compensatoire au titre de l'article 75, obtenir la différence entre le prix fixé dans le contrat et le prix courant au moment de la résolution ainsi que tous autres dommages-intérêts qui peuvent être dus au titre de l'article 74. Néanmoins, si la partie qui demande des dommages-intérêts a déclaré le contrat résolu après avoir pris possession des marchandises, c'est le prix courant au moment de la prise de possession qui est applicable et non pas le prix courant au moment de la résolution.

2) Aux fins du paragraphe précédent, le prix courant est celui du lieu où la livraison des marchandises aurait dû être effectuée ou, à défaut de prix courant en ce lieu, le prix courant pratiqué en un autre lieu qu'il apparaît raisonnable de prendre comme lieu de référence, tenant compte des différences dans les frais de transport des marchandises. »

l'article 7.4.6. des Principes d'UNIDROIT. La pratique arbitrale a en outre explicitement recours à ce principe⁸⁵.

L'indemnisation des gains manqués

100 Nous distinguerons entre les gains manqués directs⁸⁶ qualifiés de perte de valeur (1) et les gains manqués indirects⁸⁷ (2).

Les gains manqué directs, autrement qualifiés de perte de valeur

101 Une violation contractuelle peut avoir pour résultat une perte de valeur pour la partie lésée. Afin de ne pas faire peser une charge injuste, mais également pour limiter l'intérêt des ruptures contractuelles lucratives, les droits américain et français prévoient des indemnisations des parties lésées.

102 Le droit américain dispose à la section 347 du *Restatement (Second) of Contracts* que l'*expectation interest* - qui constitue les dommages-intérêts les plus intéressants pour les demandeurs⁸⁸ - est indemnisé et mesuré par « la perte de valeur que le demandeur a subie directement du fait de l'inexécution ou de l'insuffisance d'exécution du débiteur, plus toute autre perte, y compris annexe ou indirecte, qu'il a subie du fait de l'inexécution, moins tout coût qu'il a évité du fait de l'inexécution ». L'*expectation interest* est défini comme « la valeur dont [le demandeur] bénéficie en étant replacée dans la position qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté ». Ils permettent donc de placer le contractant dans la situation dans laquelle il aurait été si le contrat avait été exécuté⁸⁹. La perte de valeur est définie à la section 2-713 du UCC comme « la différence entre le prix du marché au moment où l'acheteur a constaté l'inexécution et le prix du contrat (...) Le prix du marché est celui du lieu du contrat ou, en cas de rejet après livraison ou révocation de l'acceptation, celui du lieu de livraison ». Il existe donc une convergence des outils normatifs américains sur le principe d'indemnisation de la perte de valeur.

103 Le droit français indemniser ce type de préjudice sur le fondement de l'article 1231-2 nouveau du Code civil. La rédaction synthétique du droit français lui permet de s'appliquer aux mêmes catégories de situations que celles couvertes par le droit américain. Néanmoins, en s'abstenant de définir la notion de perte de valeur, le législateur a laissé au juge le rôle de construire sa conception. La conception synthétique renforce ainsi le rôle du juge et nuance le simple rôle de « bouche de la loi » théorisé par Montesquieu⁹⁰.

⁸⁵ Sentence arbitrale Novembre 1996, Paris, *CCI cas n° 8502*, citée dans VOGENAUER Stefan, *op. cit.*, p.1002.

⁸⁶ *Expectation General Damages*.

⁸⁷ *Expectation Consequential Damages*.

⁸⁸ FERRIELL Jeffrey T., *Contracts*, Lexisnexis, 3^e édition, 2014, §12.01.

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ Montesquieu, *L'esprit des lois*, 1748

104Le droit américain accorde donc au créancier l'indemnisation de son *expectation interest* ou de son *reliance interest* mais pas des deux à la fois. Cela semble donc moins généreux sur le papier que le droit français puisque celui-ci prévoit en général le cumul des deux.

105Les sources internationales ont pris acte de cette divergence de solution. L'article 7.4.2 des Principes d'UNIDROIT dispose ainsi que « Le créancier a droit à la réparation intégrale du préjudice qu'il a subi du fait de l'inexécution ». Le préjudice est ainsi défini comme « la perte qu'il a subie et le bénéfice dont il a été privé, compte tenu de tout gain résultant pour le créancier d'une dépense ou d'une perte évitée ». L'article 74 de la CVIM introduit une disposition similaire et introduit un plafond d'indemnisation⁹¹. Il est en effet précisé que les dommages-intérêts ne « peuvent être supérieurs à la perte subie et au gain manqué que la partie en défaut avait prévus ou aurait dû prévoir au moment de la conclusion du contrat, en considérant les faits dont elle avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance, comme étant des conséquences possibles de la contravention au contrat ». La distinction relève sans doute plus du style que du fond étant donné que l'expression « réparation intégrale du préjudice » semble indiquer que tout le préjudice, mais rien que le préjudice, doit être indemnisé. Ces instruments ne semblent donc pas connaître la distinction américaine entre l'*expectation interest* et le *reliance interest* et ont par conséquent adopté la conception synthétique française sur le périmètre d'indemnisation et la conception analytique sur la règle d'indemnisation par défaut.

Les gains manqués indirects

106Outre les dommages directement causés par la violation des obligations contractuelles, le droit américain permet le recouvrement de dommages-intérêts pour les pertes indirectes. La section 2-175 du UCC américain définit la perte indirecte - dite *consequential damages* - comme « (a) tout autre perte résultant de besoins généraux ou particuliers que le débiteur devait raisonnablement connaître lors de la conclusion du contrat et qui ne pouvaient pas être raisonnablement évitées par une couverture ou autrement ; et (b) tout dommage aux personnes ou aux biens indirectement causé par un défaut de garantie ».

107Le droit français, ne prévoit pas l'indemnisation des pertes indirectes subies à l'article 1231-2 nouveau du Code civil. L'ordonnance n'a donc pas modifié les dispositions de l'article 1149 ancien⁹². L'incomplétude de l'ancienne rédaction reste donc inchangée et l'article 1231-2 « ne mentionne pas explicitement le principe généralement reconnu de la compensation intégrale »⁹³. La règle française n'est donc pas aussi protectrice que la règle américaine des

⁹¹ « Les dommages- intérêts pour une contravention au contrat commise par une partie sont égaux à la perte subie et au gain manqué par l'autre partie par suite de la contravention. Ces dommages-intérêts ne peuvent être supérieurs à la perte subie et au gain manqué que la partie en défaut avait prévus ou aurait dû prévoir au moment de la conclusion du contrat, en considérant les faits dont elle avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance, comme étant des conséquences possibles de la contravention au contrat ».

⁹² VERKEMPINCK Brecht, *op. cit.*

⁹³ *Idem.*

investissements. En effet, l'absence d'indemnisation des pertes indirectes implique que les investissements - notamment dans des machines ou des matières premières - en vue de l'exécution du contrat ne seront pas indemnisés, même si le cocontractant rompt le contrat. Cette absence d'indemnisation risque d'avoir un effet dissuasif sur l'investissement ou l'imposition d'acomptes. Ainsi, par l'absence de protection des investissements, le droit français encourage le recours à certains mécanismes contractuels et s'immisce de façon insidieuse dans les relations contractuelles. Étant donné qu'il s'agit non pas d'une question de justice contractuelle - bien au contraire - mais d'une stratégie dans les relations d'affaires, il semble que l'État devrait se retirer en offrant la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts pour les pertes indirectes. Il a ainsi été dit que la réforme du droit des obligations avait constitué « une chance perdue », bloquant le droit français dans son paradigme initial « de l'attente en matière de dommages-intérêts contractuels »⁹⁴.

108 Les Principes d'UNIDROIT et la CVIM ont tranché entre ces deux positions extrêmes et ont introduit des dispositions relatives à l'indemnisation du préjudice indirect. L'article 7.4.2 des Principes d'UNIDROIT dispose ainsi que la partie lésée a droit à l'indemnisation de « la perte qu'il a subie et le bénéfice dont il a été privé, compte tenu de tout gain résultant pour le créancier d'une dépense ou d'une perte évitée ». L'article 74 de la CVIM va dans le même sens et précise que l'indemnisation est limitée à la perte subie et au gain manqué, ce qui fait obstacle à des dommages-intérêts punitifs. La CVIM introduit un second plafond consistant à limiter le montant des dommages-intérêts à ce que les parties avaient pu prévoir au moment de la conclusion du contrat.

2. Le préjudice moral (*non-economic harm*) n'est pas toujours indemnisé

109 La notion de préjudice moral peut renvoyer à des conceptions personnelles *a priori* étrangères au monde des affaires. Cependant, les agents économiques se bâtissent une réputation et une image constituant souvent une partie substantielle des raisons de leur succès. Il y a donc lieu de protéger les agents économiques contre les violations contractuelles résultant en des préjudices moraux.

110 Les droits américain et français adoptent traditionnellement des réponses opposées. Alors que le droit américain refuse généralement l'indemnisation des pures préjudices moraux sauf s'ils sont importants et inhérents à l'objet même du contrat⁹⁵, le droit français ne voit pas d'inconvénient à les indemniser voire même à prononcer des astreintes jusqu'à ce que la faute à l'origine du préjudice moral soit réparée⁹⁶. Le droit français est donc d'application plus prévisible. La notion de préjudice moral important soulève une véritable difficulté d'interprétation qui sera source d'insécurité juridique dans le système américain. L'arrêt *Deitsch c. The Music Company* a retenu qu'un tel préjudice était constitué lorsque des musiciens ne se déplacent pas à un mariage où ils

⁹⁴ *Idem.*

⁹⁵ *Restatement (Second) of Contracts*, §353, 1981

⁹⁶ Tribunal de commerce de la Seine, 20 février 1932, Gaz. Pal. 1932.1.895.

devaient jouer, et qu'un groupe est trouvé en vitesse impliquant un retard d'une heure dans la représentation et un coût deux fois supérieur à celui prévu initialement⁹⁷.

111 Les instruments internationaux privés ont adopté la position de principe du droit français. L'article 7.4.2 des Principes d'UNIDROIT dispose ainsi que « 2) Le préjudice peut être non pécuniaire et résulter, notamment, de la souffrance physique ou morale ». L'illustration 6 de l'article 7.4.2 cite l'exemple du contrat conclu entre une municipalité et un jeune architecte pour moderniser le musée des beaux arts de la ville. Ce contrat est rompu par la municipalité. La faute de cette dernière est reconnue ; l'architecte est indemnisé pour l'atteinte à sa réputation et pour la perte de chance d'accroître sa notoriété s'il avait effectué la modernisation du musée⁹⁸.

112 En revanche, l'indemnisation du préjudice moral est accordée essentiellement aux personnes physiques, exceptionnellement aux personnes morales. Le droit français n'a pas introduit cette division à l'occasion de la réforme de 2016. Prenant acte de cette division, un tribunal arbitral siégeant à Milan et statuant *ex aequo et bono* en application des principes d'UNIDROIT a rejeté la demande d'indemnisation pour préjudice moral avancée par une société américaine à l'encontre d'une société italienne pour la simple raison que le demandeur n'était pas une personne physique mais une personne morale, et qu'à ce titre elle ne pouvait pas souffrir d'un préjudice moral⁹⁹. Lorsqu'il s'agit de personnes physiques, l'indemnisation n'est accordée que si la victime peut démontrer qu'elle a souffert de troubles psychiques graves et prévisibles du point de vue du débiteur. Tel est le cas déjà cité de jeunes mariés qui se retournent contre :

- le photographe qu'ils avaient recruté quand celui-ci manque à son engagement d'immortaliser la cérémonie du mariage ;
- le fournisseur du voyage de noce lorsque celui-ci annule sa prestation.

113 Ces cas sont rarement du ressort des Principes d'UNIDROIT. Autant dire qu'en pratique les Principes d'UNIDROIT ne sont pas souvent utilisés pour invoquer ce chef de préjudice et lorsqu'il le sont, le montant des dommages-intérêts sera probablement modeste¹⁰⁰. Nous avons pu toutefois identifier quelques rares cas

⁹⁷ *Deitsch c. The Music Company*, 6 Ohio Misc. 2d 6 (Mun. Ct. 1983). GORDLEY James, VON MEHREN Arthur Taylor, *An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings, Cases, Materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

⁹⁸ *Principes d'UNIDROIT*, Commentaire officiel n° 6 de l'Art. 7.4.2, p 236.

⁹⁹ Sentence arbitrale du 1^{er} décembre 1996, Camera Arbitrale Nazionale ed Internazionale di Milano, *Cas n° A-1795/51*, Unilex.

¹⁰⁰ Sentence arbitrale du 30 novembre 2006, Centro de Arbitraje de Mexico, Unilex. Le tribunal distingue bien le préjudice économique conséquence de l'atteinte à la réputation et le préjudice non économique d'atteinte à la réputation elle-même ; il cite bien l'Art. 7.4.2 pour illustrer uniquement le préjudice non économique comme s'il acceptait le principe d'un préjudice moral pour une entreprise cliente d'un fournisseur n'ayant pas livré les marchandises prévues par le contrat. Toutefois, le tribunal conclut que le demandeur n'a pas apporté la preuve ni de l'existence ni du quantum d'un tel préjudice. Cit. E.Mc. KENDRICK, « *Damages* », cité dans VOGENAUER Stefan, *op. cit.*, p. 985-986.

de sentences en arbitrage commercial international donnant droit à une demande d'indemnisation au titre du préjudice moral¹⁰¹.

3. L'indemnisation, y compris de la perte de chance, est limitée au préjudice raisonnablement certain

114 Les droits américain et français étant l'émanation de systèmes démocratiques, ils sont fondés sur le principe de la présomption d'innocence. Il est par conséquent nécessaire pour le demandeur de renverser cette présomption. Cependant, les standards de preuve divergent.

115 Le droit américain se contente d'une preuve présentant une certitude raisonnable, comme expliqué à la section 352 du *Restatement (Second) of Contracts*. Le droit français rejette le préjudice simplement éventuel et requière des demandeurs qu'ils apportent la preuve d'un préjudice actuel et certain même lorsqu'il s'agit d'une perte de chance¹⁰².

116 Les principes d'UNIDROIT ont opté pour la solution américaine qui est pourtant moins protectrice de la présomption d'innocence. L'article 7.4.3 1) dispose en effet que « n'est réparable que le préjudice, même futur, qui est établi avec un degré raisonnable de certitude ». Le même principe est repris pour l'évaluation du montant des dommages-intérêts car l'article 7.4.3 3) dispose que « le préjudice dont le montant ne peut être établi avec un degré suffisant de certitude est évalué à la discrétion du tribunal ».

117 L'article 7.4.3 2) des Principes d'UNIDROIT prévoit une règle *ad hoc* pour la perte de chance - qui diverge du système français qui connaît un système uniforme - disposant que « la perte d'une chance peut être réparée dans la mesure de la probabilité de sa réalisation ». La règle diverge donc fortement par rapport au droit français, mais elle reconnaît la notion de perte de chance qui reste inconnue en droit américain.

118 De nombreuses sentences appliquent l'article 7.4.3 2) en réponse à une demande d'indemnisation de la perte de chance¹⁰³. L'article 7.4.3 3) est souvent utilisé en réponse à une demande d'indemnisation sur une base discrétionnaire de la souveraineté d'appréciation¹⁰⁴. L'une de ces décisions fait des Principes

¹⁰¹ Voir le Chapitre consacré au préjudice moral.

¹⁰² Cass. Civ. 1ere, 21 novembre 2006, n° 05-15674 ; Cass. Civ. 1ere, 30 avril 2014 n°13-16380.

¹⁰³ 25 janvier 2007, Genève, Centre d'Arbitrage et de Médiation de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, Unilex ; octobre 2001, *CCI cas n° 9078*, Unilex ; 30 avril 2001, San José, Costa Rica, arbitrage ad hoc, Unilex ; décembre 2000, Baranquilla, Colombie, *CCI cas n° 10346*, Unilex ; avril 1997, Paris, *CCI cas n° 82646*, Unilex.

¹⁰⁴ 30 novembre 2006, Centro de Arbitraje de Mexico, Unilex ; juin 2001, *CCI cas n° 9950*, Unilex ; 24 février 2001, Panama, Unilex ; 2001, *CCI cas n° 10422*, Unilex ; Juin 1996, Rome, *CCI cas n° 5835*, Unilex.

d'UNIDROIT et de cet article en particulier la loi applicable en l'espèce et mérite une attention particulière¹⁰⁵.

119 Dans cette affaire internationale, la demanderesse A et la défenderesse B ont signé un contrat exclusif de distribution par A des produits fabriqués par B¹⁰⁶. Ce contrat est conclu pour une durée déterminée de trois ans. Au bout de treize mois, B informe A qu'elle a confié à une société tierce C « le management, le suivi et le contrôle » des produits contractuels pour un territoire englobant le territoire exclusif de A. A refuse de traiter avec C qui propose de nouvelles conditions de paiement et exige de B qu'elle exécute ses obligations de livraison. S'ensuit une renégociation des conditions de livraison et de paiement des produits et la prorogation du contrat conclu pour cinq ans. Seulement alors, B sollicite de A la communication des chiffres d'affaires relatifs à la vente des produits contractuels pour les deux dernières années. Ayant constaté qu'ils étaient inférieurs à ceux prévus contractuellement, B résilie le contrat de distribution la liant à A. A engage alors une procédure d'arbitrage.

120 Après avoir minutieusement répondu à la défenderesse en ce qui concerne la contestation de sa compétence et affirmé sa compétence à décider du litige, l'arbitre unique recherche le droit applicable au fond du litige et décide - à défaut de choix par les parties - « d'appliquer les règles et principes généralement reconnus dans le commerce international (*lex mercatoria*) et notamment les Principes d'UNIDROIT »¹⁰⁷. L'arbitre aborde ensuite les questions de fond soumises à son appréciation.

121 Sur la violation alléguée des stipulations contractuelles par B, l'arbitre retient que « les éléments retenus (contre A) n'étaient pas suffisants pour justifier la décision unilatérale (de B) de changer les conditions de paiement d'un concessionnaire dont la solvabilité n'était pas en question (...) Dans ces conditions, le refus pur et simple (de B) de livrer (A) constituait certainement une inexécution du contrat »¹⁰⁸.

122 Sur l'aboutissement des négociations entre les parties, l'arbitre retient que B a accepté les propositions de A moyennant une différence tout à fait négligeable à laquelle la conclusion du contrat n'était pas explicitement subordonnée : « Il est évident que l'absence d'accord sur un détail de si faible importance ne peut pas mettre en discussion l'accord global des parties sur les nouvelles conditions de paiement et de livraison »¹⁰⁹.

123 Après avoir rappelé qu'en vertu des Principes d'UNIDROIT, « la résolution du contrat s'opère par notification au débiteur », l'arbitre décide que l'invocation par B de la non-réalisation du chiffre d'affaires par A est tardive pour l'avant dernière année précédent la résiliation¹¹⁰. « Lorsque l'exécution n'est pas conforme, le créancier perd le droit de résoudre le contrat s'il ne fait parvenir à

¹⁰⁵ Sentence finale, 2001, *CCI cas n° 10422*, Unilex.

¹⁰⁶ *Idem*.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ Principes UNIDROIT, Art. 7.3.2, para. 1.

l'autre partie une notification dans un délai raisonnable (...)»¹¹¹. Par conséquent, il ne prend en considération que la contestation de B relative au chiffre d'affaires de A l'année précédente la résiliation.

124 Abordant ensuite le caractère justifié ou non de la résiliation, l'arbitre retient qu'aucune inexécution contractuelle grave ne pouvait être imputée à A - y compris l'année précédente la résiliation - et qu'il s'ensuit que la résiliation par B est fautive. Selon les Principes d'UNIDROIT, les effets d'une telle résiliation abusive sont la résolution du contrat et l'obligation de la partie qui a effectué la résiliation abusive de réparer le préjudice ainsi causé à l'autre partie¹¹². Les prétentions de A tendant à faire exécuter par B les obligations de livraison et de respect de l'exclusivité stipulées au contrat sont rejetées.

125 Enfin, l'arbitre détermine le montant du préjudice de A en s'appuyant sur l'article 7.4.2 des Principes d'UNIDROIT : « le bénéfice dont A a été privé à cause de l'interruption du contrat n'est pas la marge brute sur le prix de vente mais la marge nette après déduction de tous les frais encourus (...) Etant donné qu'aucune indication n'a été fournie pour établir la marge nette, le Tribunal estime devoir utiliser le critère contenu dans l'article 7.4.3 para. 3 des Principes d'UNIDROIT selon lequel : « le préjudice dont le montant ne peut être établi avec un degré suffisant de certitude est évalué à la discrétion du tribunal »¹¹³.

126 N'ayant pas d'éléments pour connaître les frais encourus par A, le Tribunal rapportera le chiffre d'affaires des produits de B réalisé par A au coût des achats correspondants (marge brute) et estime, à sa discrétion, comme raisonnable une marge nette de 40% du prix d'achat.

127 Outre l'apport de cette sentence sur le choix des Principes d'UNIDROIT, son originalité, dans le contexte de l'époque de la jurisprudence arbitrale, réside dans l'analyse de ces principes. Selon l'arbitre, ils constituent l'une des composantes de la *lex mercatoria*. La dichotomie entre ce principe et certains Principes d'UNIDROIT ne correspondant pas aux « intérêts et attentes » des acteurs du commerce international, conduit l'arbitre à ne retenir comme droit applicable que ceux qui « apparaissent comme une transposition fidèle des règles reconnues comme applicables aux contrats internationaux par les commerçants engagés dans le commerce international »¹¹⁴.

¹¹¹ Principes UNIDROIT, Art. 7.3.2, para. 2.

¹¹² Principes UNIDROIT, Art. 7.3.5, para. 1.

¹¹³ La sentence cite également une jurisprudence abondante : « Ce principe est généralement reconnu dans la jurisprudence arbitrale : v. sentence arbitrale dans l'affaire CCI no 1250 (in *Jarvin, Derains, Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1974-1985*, p. 30-33) concernant un concessionnaire libanais pour lequel les arbitres ont reconnu un dédommagement basé sur le « *average net profit* » ; sentence arbitrale dans l'affaire CCI no 5418 (in *JARVIN, DERAIS, ARNALDEZ, Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1986-1990*, p. 132), se référant au "net profit" ; sentence arbitrale dans l'affaire CCI no 8362 (in *Yearbook Commercial Arbitration, XXII-1997*, p. 164-177), qui considère comme dommages les "lost net profits". »

¹¹⁴ Sentence citée.

4. L'indemnisation est le plus souvent limitée au préjudice prévisible

128 Le contrat instaure dans un monde incertain une dose de prévisibilité. Le droit des contrats se distingue donc de la responsabilité délictuelle qui vient indemniser le préjudice qui n'avait pas été prévu. Il est par conséquent cohérent d'introduire une forme de prévisibilité jusque dans le montant des dommages-intérêts prononcés.

129 Le *Restatement (Second) of Contracts* américain a pris acte de cela à la section 351 intitulée « imprévisibilité et limitations correspondantes d'indemnisation ». Il dispose que « l'indemnisation n'est pas due du préjudice que l'auteur ne pouvait prévoir comme conséquence probable de sa faute au moment de la formation du contrat », et que « le préjudice peut être prévisible comme conséquence probable de la faute dans les cas où :

- il découle de la faute dans le cours ordinaire des choses ;
- il découle de la faute dans des circonstances spécifiques, hors du cours ordinaire des choses, mais que l'auteur ne pouvait ignorer ».

130 La section 351 du *Restatement* américain dispose en outre que « la cour peut limiter l'indemnisation du préjudice à la perte prévisible - en excluant le gain dont a été privée (*expectation*) la victime et en lui accordant uniquement l'indemnisation de la perte qu'elle a subie (*reliance*) - si elle considère que la justice le requiert dans ces circonstances afin d'éviter une indemnisation disproportionnée ».

131 Pour illustrer, prenons le cas d'un transporteur privé A engagé pour livrer à l'usine de B une machine qui vient d'être réparée et sans laquelle - comme A le sait bien - l'usine ne peut fonctionner. La livraison est retardée en raison d'une panne du camion de A. B attaque A pour non respect de contrat. En droit américain, la cour peut selon les circonstances :

- accorder à B l'indemnisation de la perte qu'il a subie et du gain dont il a été privé puisque celui-ci était prévisible pour A ;
- accorder à B uniquement la perte qu'il a subie et exclure le gain dont il a été privé pendant le retard de livraison si elle considère que celui-ci serait disproportionné par rapport au prix du transport.

132 Le droit français a adopté un principe similaire mais dans une rédaction plus synthétique. En effet, l'article 1231-3 dispose que « le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive »¹¹⁵.

133 Par un jugement français en date du 21 avril 1978 (...), M. Roche, un artisan couvreur, a été tenu contractuellement responsable, du fait de sa négligence, d'un incendie qui a partiellement détruit un château dont les propriétaires, les

¹¹⁵ Formulation quasiment identique à l'ancien Code civil article 1150 ancien : « Celui qui s'engage est seulement responsable du dommage prévisible ou qui aurait pu être prévu au moment de la formation du contrat, sauf de la faute intentionnelle ou du dol ».

époux Gaillaud, avaient confié la réfection du toit à M. Roche. L'arrêt d'appel rendu le 1^{er} octobre 1980 (...) condamne M. Roche à verser différentes indemnités dont une somme de 60 000 francs représentant les intérêts sur un crédit initialement contracté par les propriétaires pour remettre en état le château ainsi que la somme de 70 000 francs représentant la perte de loyer sur le premier étage du château. Cet arrêt, contre lequel est formé un pourvoi est cassé dans les termes suivants :

« En condamnant M. Roche à verser ces deux indemnités alors qu'aucune faute intentionnelle ni aucune négligence grossière ne lui avait été imputée, la Cour d'appel a mal interprété le principe (de l'article 1150 [ancien] du Code civil) selon lequel la victime d'un préjudice dont l'auteur est responsable contractuellement ne peut engager la responsabilité délictuelle du dit auteur »¹¹⁶.

134 Prenant acte de cette convergence, l'article 7.4.4 des Principes d'UNIDROIT relatif à la prévisibilité du préjudice dispose que « l'auteur du dommage n'est tenu d'indemniser que le préjudice qu'il prévoyait ou qu'il aurait pu raisonnablement prévoir, au moment de la formation du contrat, comme une conséquence probable de son inexécution ». La rédaction synthétique est donc le fruit d'une approche plutôt française. Cependant, l'approche diverge partiellement. Le concept de prévisibilité doit être précisé puisque la solution retenue dans les Principes d'UNIDROIT ne correspond pas à certains systèmes nationaux - dont le droit interne français - qui autorisent l'indemnisation du préjudice imprévisible dans le cas de faute intentionnelle ou de négligence grossière. La prévisibilité est ici considérée sous sa forme stricte ; elle est relative à la nature du préjudice mais non à son étendue, sauf si l'étendue est telle qu'elle change la nature du préjudice. On a pu dire que l'objectif est de limiter la responsabilité du débiteur comme « corollaire à sa responsabilité stricte »¹¹⁷. En tout état de cause, la prévisibilité est un concept flexible qui laisse une grande marge d'appréciation au juge.

135 Ainsi, une banque A a habituellement recours aux services d'un convoyeur de fonds B pour le transport de sacs contenant des pièces vers ses agences. Sans en informer B, A inclut dans un lot un sac contenant des nouvelles pièces de collection d'une valeur cinquante fois supérieure à la valeur des pièces habituelles. Les sacs sont dérobés dans un hold-up. A ne peut prétendre qu'au remboursement correspondant à la valeur habituelle d'un lot puisque c'est le seul préjudice que pouvait prévoir B et que la valeur des pièces de collection volées était telle qu'elle changeait la nature du préjudice.

¹¹⁶ Cour de cassation, 1^{ère} ch. Civ., 11 mai 1982, Gaz. Pal. 1982.2.612.

¹¹⁷ MCKENDRICK Erwan, « Section 4: Damages », in VOGENAUER Stefan, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC) Second Edition*, Oxford University Press, 2015, p. 993-994. Sentence Arbitrale de décembre 2000, Baranquilla, Colombie, CCI cas n° 10346, Unilex.

5. L'indemnisation est amputée du préjudice évitable

136Le droit n'a pas pour fonction de protéger les individus contre les erreurs qui ne seraient pas commises par une personne raisonnable. Dès lors, le préjudice évitable peut ne pas être indemnisé même en cas de violation contractuelle. Cela incite les parties à se comporter de façon raisonnable, ce qui semble *a priori* plutôt favorable au bon fonctionnement de l'économie.

137Le droit américain a explicitement adopté cette solution à la section 350 du *Restatement (Second) of Contracts*¹¹⁸. Le créancier pourra être indemnisé dès lors qu'il a procédé à des efforts raisonnables pour limiter ses dommages, même si ces efforts se sont avérés infructueux. C'est donc une obligation de moyen et non pas de résultat qui pèse sur le créancier¹¹⁹.

138La limitation des dommages-intérêts (*mitigated damages*) n'était pas une disposition explicitement prévue par le Code civil français et la jurisprudence de la Cour de cassation s'y était opposée à plusieurs reprises¹²⁰. Plusieurs voix se sont prononcées pour la fin de cette « exception française » dès les travaux préparatoires à la réforme du droit des obligations entrée en vigueur en 2016¹²¹. Les droits américain et français ont donc initialement divergé. Le droit français pourrait toutefois connaître une telle obligation de minimiser son dommage. Actuellement discuté, le projet de réforme de de la responsabilité civile, prévoyait dans sa dernière version un article 1263 nouveau du Code civil qui dispose que « Sauf en cas de dommage corporel, les dommages et intérêts sont réduits lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres et raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice », permettant ainsi une convergence des deux systèmes¹²².

139La possible convergence française n'est pas que le fait d'une comparaison avec les Etats-Unis mais également avec les instruments internationaux. Les Principes d'UNIDROIT distinguent entre les fautes des créanciers et l'absence de moyens raisonnables pris par eux afin de limiter leur dommage.

140Concernant la faute du créancier, l'article 7.4.7 des Principes d'UNIDROIT dispose que « lorsque le préjudice est partiellement imputable à un acte ou une omission du créancier ou à un autre événement dont il a assumé le risque, le montant des dommages-intérêts est réduit dans la mesure où ces facteurs ont contribué à la réalisation du préjudice et compte tenu du comportement

¹¹⁸ (1) Les dommages-intérêts ne sont pas dus pour la perte que le créancier aurait pu éviter sans excès de risque, de charge ou d'humiliation.

¹¹⁹ (2) Par exception à ce qui est écrit en (1), le créancier a droit aux dommages-intérêts dans la mesure où il a fait des efforts raisonnables mais infructueux pour éviter la perte.

¹²⁰ Voir notamment Cass. Civ. 2, 19 juin 2003, n°01-13.289 et 00-22.302.

¹²¹ CATALA Pierre, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation Française, Paris, 2006.

¹²² Ministère de la Justice, Direction des affaires civiles et du sceau, *Projet de réforme de la responsabilité civile*, mars 2017.

respectif des parties ». Vogenauer cite plusieurs sentences arbitrales se référant à cet article¹²³.

79. Concernant la prise de mesures raisonnables, l'article 7.4.8 des Principes d'UNIDROIT dispose que :

141« 1) Le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables. 2) Le créancier peut recouvrer les dépenses raisonnablement occasionnées en vue d'atténuer le préjudice ». Stefan Vogenauer cite plusieurs sentences arbitrales se référant à cet article¹²⁴. Les Principes d'UNIDROIT se montrent donc plus sophistiqués que les droits américain et français.

142Le régime sophistiqué des Principes d'UNIDROIT n'a pas d'écho à l'article 77 de la CVIM qui dispose que la partie doit prendre des mesures raisonnables eu égard aux circonstances¹²⁵. La rédaction synthétique pourrait néanmoins couvrir les deux hypothèses mentionnées par les Principes d'UNIDROIT.

6. Le cas du non paiement d'une somme d'argent est toujours identifié

143L'absence de paiement d'une somme d'argent constitue une faute contractuelle parmi les plus courantes. Les droits américain et français, ainsi que les instruments internationaux, ont pris des dispositions afin d'assurer la sécurité juridique des parties.

144Ainsi, la section 354 du *Restatement* américain dispose que des dommages-intérêts sous forme d'intérêts sont prononcés « si l'inexécution consiste en l'absence de paiement d'une somme d'argent définie (...), les intérêts dus (au

¹²³ A titre d'exemples : Sentence Arbitrale 25 janvier 2007, Genève, Centre de Médiation et d'Arbitrage International de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, Unilex ; Deuxième Sentence partielle 3 octobre 2003, *CCI cas n° 12111*, Unilex ; Sentence Arbitrale 6 juin 2003, Cour d'Arbitrage Internationale de la Chambre de Commerce et d'Industrie de la Fédération de Russie, *cas n° 97/2002*, Unilex ; Sentence Arbitrale 31 Janvier 2003, Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Lausanne, Unilex ; Sentence Arbitrale 2 septembre 1997, Cour d'Arbitrage Internationale de la Chambre de Commerce de la Fédération de Russie, *cas n° 225/1996*, Unilex ; Sentence Arbitrale Juin 1996, Rome, *CCI cas n° 5835*, Unilex, cités dans VOGENAUER Stefan, *op. cit.*, p. 1005.

¹²⁴ A titre d'exemples : Sentence Arbitrale Décembre 2000, Branquilla, Colombie, *CCI Cas n° 10346*, Unilex ; Sentence Arbitrale Mars 1999, *CCI Cas n° 9594*, Unilex ; Deuxième Sentence Arbitrale Partielle Avril 1998, *CCI Cas n° 7110*, Unilex ; Sentence Arbitrale Décembre 2007, Paris, *CCI Cas n° 8817*, Unilex ; Sentence Arbitrale 2 Juin 2009, Cour d'Arbitrage Internationale de la Chambre de Commerce et d'Industrie de la Fédération de Russie, *Cas n° 148*, Unilex, cités dans VOGENAUER Stefan, *op. cit.*, p. 1008.

¹²⁵ Article 77 des Principes d'UNIDROIT : « La partie qui invoque la contravention au contrat doit prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant de la contravention. Si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages-intérêts égale au montant de la perte qui aurait dû être évitée ».

créancier) sont calculés pour toute la période de l'inexécution sur le principal moins toutes les déductions auquel le débiteur a droit ». Cette dimension punitive permet de lutter contre l'absence de paiement des débiteurs.

145A l'évaluation judiciaire concrète opérée aux États-Unis, le système français actuel a préféré une indemnisation législative abstraite. En effet, l'article 1231-6 nouveau du Code civil dispose que « les dommages-intérêts dus à raison du retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent consistent dans l'intérêt au taux légal, à compter de la mise en demeure. Ces dommages-intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte »¹²⁶. Les solutions convergent donc largement sur le fond malgré des divergences de forme.

146Alors que le juge qui évalue forfaitairement ou en équité tout autre dommage voit sa décision immanquablement censurée¹²⁷, l'indemnisation à raison du retard de paiement d'une somme d'argent semble trouver sa vertu dans son caractère doublement forfaitaire. On soustrait à l'appréciation du juge et l'existence du dommage - qui est présumée - et son évaluation, en imposant une indemnisation uniforme au taux légal.

147Ce système organise incontestablement un droit autonome de l'indemnisation en cas de retard de paiement. Serait-il envisageable de l'adapter lorsque nous tenterons de proposer des barèmes forfaitaires pour indemniser certains types de préjudices contractuels ?

148La règle qui se présente comme visant à assurer une stricte égalité entre les créanciers qui seront uniformément indemnisés contribue en réalité à consacrer un résultat exactement inverse. Même à s'en tenir aux obligations contractuelles, tous les créanciers ne seront pas également traités. Tandis que celui dont l'obligation est liquide conservera à sa charge le coût de l'érosion monétaire (qui n'est jamais totalement inexistante, même lorsque l'inflation est faible, mais qui peut aussi être plus sensible quand l'obligation est libellée en monnaie étrangère), celui qui requiert l'intervention du juge pour liquider l'obligation dont il est créancier sera, finalement, mieux traité¹²⁸.

149En effet, l'évaluation de l'obligation de paiement d'une somme d'argent née dans le passé a comme objectif de la protéger des dépréciations monétaires tant que son expression pécuniaire n'est pas déterminée¹²⁹. Pour ce faire, la date à laquelle se place le juge pour déterminer le montant de la prestation doit alors

¹²⁶ Les deux premiers alinéas de l'article 1153 de l'ancien Code civil disposaient :

« Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement. Ces dommages-intérêts sont dus sans que le créancier ne soit tenu de justifier d'aucune perte ».

¹²⁷ Cass. 2^{ème} civ., 14 juin 2006, n° 03-14.258, impl. ; Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, n° 04-10.909 ; Civ. 1^{ère} 28 septembre 2004, n° 02-19.428.

¹²⁸ Voir l'arrêt résumé ci-dessous. Cass., 2^{ème} civ., Arrêt n°1667, Pourvois n°14-27.243 et 14-27.244, 10 décembre 2015.

¹²⁹ CARBONNIER Jean, *Les obligations*, PUF 22e éd., 2000, p. 40.

logiquement être la plus proche possible de la date de règlement pour que la somme ainsi évaluée soit exposée le moins possible à la dépréciation de la monnaie. Cela se traduit le plus souvent, pour les évaluations judiciaires, par l'obligation faite au juge de procéder à une évaluation au jour auquel il statue¹³⁰. Cette règle, propre à l'évaluation, va ainsi prémunir le créancier dont l'obligation n'est pas liquide contre la dépréciation monétaire que subira, à l'inverse, celui dont l'expression monétaire de la créance est prédéterminée.

150 Afin de lutter en partie contre ce phénomène d'érosion, l'article 1231-7 nouveau du Code civil dispose qu' « en toute matière, la condamnation à une indemnité emporte intérêts au taux légal même en l'absence de demande ou de disposition spéciale du jugement. Sauf disposition contraire de la loi, ces intérêts courent à compter du prononcé du jugement à moins que le juge n'en décide autrement »¹³¹. Cela permettra au principal restant à payer de ne pas subir une dépréciation trop importante du fait de l'inflation.

151 L'article 1343-2 nouveau du Code civil encadre l'anatocisme, c'est à dire la capitalisation des intérêts dans le temps, prévue à l'article 1154 ancien du Code civil¹³². Cet anatocisme venait grossir, de façon exponentielle, l'indemnité forfaitaire consentie par l'article 1153 ancien du Code civil. Il s'agissait là d'un phénomène purement mécanique et totalement étranger à toute idée de réparation ; phénomène que certains droits étrangers prohibent¹³³. Un arrêt de la Cour de cassation a néanmoins confirmé « le pouvoir souverain de la cour d'appel (lorsqu'elle) fait application du barème de capitalisation qui lui paraît le plus adapté à assurer les modalités de (...) la réparation intégrale du dommage actuel et certain de la victime sans perte ni profit pour le futur (...) »¹³⁴. Cela reste le cas lorsque la dite cour d'appel choisit d'utiliser le taux d'inflation futur pour actualiser le « capital versé à la victime à titre de dédommagement de ses préjudices patrimoniaux permanents ». Elle a ainsi rejeté le pourvoi formé par le débiteur (une compagnie d'assurance) qui faisait valoir « que pour être indemnisable, un dommage doit être actuel et certain ; que l'inflation future est, dans son existence comme dans son montant, un événement éventuel et hypothétique »¹³⁵.

¹³⁰ Pour le contentieux indemnitaire, la jurisprudence est constante en matière délictuelle depuis Cass. Ch. req. 24 mars 1942, *D.* 1942. 118, *RTD civ.*, 1942, p. 289 ; et a été étendue en matière contractuelle depuis Cass. com., 16 février 1954, *D.* 1954. 234.

¹³¹ Formulation identique à l'article 1153-1 ancien du Code Civil.

¹³² Article 1343-2 nouveau du Code civil : « Les intérêts échus, dus au moins pour une année entière, produisent intérêt si le contrat l'a prévu ou si une décision de justice le précise ». L'article 1154 ancien du Code civil disposait plus largement : « Les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts, ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière ».

¹³³ Notamment le droit allemand, Code civil allemand Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), § 289.

¹³⁴ Cass., 2^{ème} civ., 10 décembre 2015, n° 14-27.243 et 14-27.244.

¹³⁵ *Idem.*

152 La solution française consistant à prendre en compte la capitalisation des intérêts dans le temps a été reprise dans les Principes d'UNIDROIT¹³⁶ qui les autorisent lorsque le taux d'intérêt de la dette est précisé¹³⁷. L'article 7.4.9 du même texte est spécifiquement cité en matière de calcul d'intérêt dans une sentence de 2011 ayant fait application de la CVIM¹³⁸. L'article 7.4.9 va plus loin que l'article 78 de la CVIM¹³⁹ car il précise la date de calcul des intérêts et surtout le taux d'intérêt applicable.

153 Selon l'article 78 de la CVIM « le demandeur a le droit à un intérêt calculé sur le montant non payé et sur toute autre somme constituant un arrérage... sans préjudice de toute demande de dommages-intérêts recouvrables conformément à l'article 74 ».

154 La question a été posée de savoir s'il peut être fait recours à l'article 78 de la CVIM à partir du moment où le montant des arrérages a été déterminé, soit par un tribunal soit par les parties elles-mêmes. La doctrine et les tribunaux s'opposent à l'application de cette disposition dans les cas où les sommes ne sont pas encore liquidées en se fondant sur la version française originale recourant à l'expression « somme due ». Si les juges adoptent cette position le demandeur n'aurait pas le droit à des intérêts antérieurs au paiement du principal.

155 Selon l'arbitre de la sentence précédemment citée, rendue en 2011, la solution préférable est néanmoins celle consistant à prononcer des intérêts pour les

¹³⁶ Article 7.4.9 sur les Intérêts pour non paiement de somme d'argent.

« 1) En cas de non-paiement d'une somme d'argent à l'échéance, le créancier a droit aux intérêts de cette somme entre l'échéance et la date du paiement, qu'il y ait ou non exonération.

2) Le taux d'intérêt est le taux bancaire de base à court terme moyen pour la monnaie de paiement du contrat au lieu où le paiement doit être effectué ou, à défaut d'un tel taux en ce lieu, le même taux dans l'Etat de la monnaie de paiement. En l'absence d'un tel taux à l'un ou l'autre lieu, le taux d'intérêt est le taux approprié fixé par la loi de l'Etat de la monnaie de paiement.

3) Le créancier a droit, en outre, à des dommages-intérêts pour tout préjudice supplémentaire ».

¹³⁷ A titre d'exemples : Sentence Arbitrale 19 Mai 2004, Cour d'Arbitrage Internationale de la Chambre de Commerce et d'Industrie de la Fédération de Russie, *Cas n° 10/2002 et 11/2002*, Unilex ; Sentence Arbitrale Décembre 1996, Zurich, *CCI Cas n° 8769*, Unilex ; Sentence Arbitrale 1995, Bâle, *CCI Cas n° 8128*, Unilex ; Sentence Arbitrale 15 Juin 1994, Vienne, Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre Fédérale Economique d'Autriche - *Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der Gewerblichen Wirtschaft Cas n° SCH 4138*, Unilex ; Sentence Arbitrale 15 Juin 1994, Vienne, *Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der Gewerblichen Wirtschaft Cas n° SCH 4366*, Unilex ; Sentence Arbitrale Juillet 2001, *CCI Cas n° 11051*, Unilex ; Sentence Arbitrale Octobre 1998, Genève, *CCI Cas n° 9333*, Unilex.

¹³⁸ *Buyer (Switzerland) v. Seller (Kosovo)*, Sentence finale, ICC Case n°16369, 2011. *Yearbook Commercial Arbitration 2014 - Volume XXXIX* (van den Berg (ed.); Jan. 2014).

¹³⁹ Article 78 CVIM : « Si une partie ne paie pas le prix ou toute autre somme due, l'autre partie a droit à des intérêts sur cette somme, sans préjudice des dommages-intérêts qu'elle serait fondée à demander en vertu de l'article 74 ».

préjudices à partir du moment où la perte a eu lieu, sans considération du montant précis de la demande qui a déjà été déterminé¹⁴⁰.

156Le demandeur a souffert un préjudice et une demande en indemnisation apparaît par conséquent au moment où le contrat de vente ne peut plus être exécuté. Le fait que le montant précis de la demande était sujet au débat judiciaire et n'a été déterminé qu'*a posteriori* est sans conséquence.

157Puisque la CVIM n'aborde pas la question du taux d'intérêt, les tribunaux arbitraux ont retenu que l'article 7.4.9 des Principes d'UNIDROIT (taux moyen d'emprunt à court terme aux primo-emprunteurs en vigueur dans la monnaie du paiement à la place du paiement) devrait constituer la règle par défaut¹⁴¹.

158Le tribunal arbitral trouve des vertus dans l'approche de la loi uniforme, en particulier eu égard à l'approbation par la CNUDCI des Principes d'UNIDROIT¹⁴².

7. Les intérêts pour une obligation autre que le paiement d'une somme d'argent

159La prestation contractuelle non effectuée peut être autre chose que le paiement d'une somme d'argent. Dans une telle hypothèse, la section 354 du *Restatement (Second) of Contracts* américain dispose que « dans tous les autres cas (où l'inexécution ne consiste pas en le non paiement d'une somme d'argent), les intérêts sont calculés à la discrétion du juge sur le principal qui eut été une juste compensation eut-il été versé à l'échéance ». Le droit français n'a pas introduit de disposition spécifique en la matière. Il n'y a donc pas d'harmonisation des droits nationaux sur cette question.

160Les Principes d'UNIDROIT disposent à l'article 7.4.10 que « sauf stipulation contraire, les dommages-intérêts pour inexécution d'une obligation autre que de somme d'argent portent intérêt à compter de la date d'inexécution ». En outre, l'article 7.4.12 du même texte dispose que « les dommages-intérêts sont évalués soit dans la monnaie utilisée pour l'obligation pécuniaire, soit dans la monnaie relative au préjudice a été subi, selon ce qui paraît le plus approprié ». En adoptant une disposition en la matière les Principes d'UNIDROIT privilégient la clarté américaine.

161Ce principe, dégagé par UNIDROIT, a été appliqué en matière arbitrale. En effet, les articles 7.4.10 et 7.4.12 des Principes d'UNIDROIT sont cités avec l'article 7.4.9 dans l'arbitrage 144 de la Chambre Nationale de Commerce de la ville de Mexico en 2004 et 2005¹⁴³. Cette affaire opposait une société

¹⁴⁰ ICC Case n°16369, 2011, décision citée.

¹⁴¹ *Idem*.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ *CANACO, Cas n°144*, Sentence Arbitrale I, 2 septembre 2004, Sentence Arbitrale II, 6 mai 2005. Citée dans H. WOSS, A. SAN ROMAN RIVIERA, P.T. SPILLER, S. DELLEPIANE, « *Damages in International Arbitration under Complex Long-Term Contracts* », Oxford University Press, 2014, p. 176-178.

européenne dite KM à la société dite RF spécialisée dans le travail du métal au Mexique. Ces dernières avaient conclu un accord de licence de fabrication (Manufacturing License Agreement [MLA]) pour fabriquer des composants. La société RF s'engageait ainsi à produire des pièces de voitures de façon robotique et à fournir son savoir-faire, les dessins, l'assistance technique et à délivrer les produits aux clients de la société KM se trouvant au Mexique. La société RF était payée par la société KM en fonction des pièces livrées. L'accord MLA contenait une clause de non-concurrence ainsi qu'une interdiction expresse opposable à la société RF de conclure des contrats avec les clients de la société KM pendant une période de cinq ans après le terme du contrat. Après deux années d'exécution réussie du contrat, la société RF a violé l'obligation de non-concurrence en livrant des produits aux clients de la société KM en son propre nom et en percevant directement les paiements.

162 Dans la première sentence arbitrale, l'arbitre unique a confirmé le bienfondé de l'application des Principes d'UNIDROIT en tant que loi applicable en sus de la loi mexicaine. La société KM a présenté un rapport d'expert préparé par la société SGS. L'arbitre unique a ordonné à la société RF de rendre les robots à la société KM et de payer des dommages-intérêts relatifs à la rétention illégale. Le *quantum* a néanmoins été déterminé dans une seconde sentence. Il a également confirmé la validité de la clause de non-concurrence.

163 Dans la seconde sentence arbitrale, l'arbitre unique a calculé les dommages-intérêts causés par la rétention illégale du robot sur la base du rapport déterminé par l'expert de la société SGS en se référant :

- au coût par unité et par heure ;
- aux tournées journalières de 16 heures ;
- aux opérations mensuelles d'un robot d'un total de 384 heures ;
- à la valeur d'usage horaire - à savoir la différence entre les ventes et les outils ;
- au nombre de robots.

164 Ces calculs ont été effectués à partir de la date de la rupture jusqu'à la date où les dommages-intérêts ont été prononcés.

165 En ce qui concerne la monnaie du paiement, l'arbitre s'est référé à l'accord MLA, à l'usage commercial entre les parties, ainsi qu'à l'article 7.4.12 des Principes d'UNIDROIT. La solution donne donc plus de prévisibilité que le *Restatement* américain qui laisse l'évaluation du montant à la discrétion des juges. Une partie importante de la seconde sentence arbitrale concernait le calcul des intérêts. Le taux d'intérêt était basé sur l'article 7.4.10 des Principes d'UNIDROIT et était calculé conformément à l'article 7.4.9 du même texte.

8. Les dommages-intérêts à fonction punitive ne participent pas de la fonction réparatrice de l'indemnisation

166 La question des dommages-intérêts punitifs reste clivante entre les Etats-Unis d'un côté et les pays de l'Union européenne - dont la France - et les instruments

internationaux d'autre part¹⁴⁴. En effet, la section 355 du *Restatement (Second) of Contracts* américain dispose qu'« aucun dommages-intérêts punitif n'est dû pour inexécution d'un contrat excepté lorsque l'inexécution engage également la responsabilité délictuelle du débiteur, elle même génératrice de dommages-intérêts punitifs ». Le clivage est créé en ce que le droit de la responsabilité contractuelle américain prévoit un lien possible avec le droit de la responsabilité extra-contractuelle.

167 Le droit français a toujours rejeté les dommages-intérêts punitifs en cas d'inexécution contractuelle. Le droit français limite toujours le montant des dommages-intérêts au préjudice subi. Il est donc nécessaire d'établir un lien de causalité direct et certain entre le préjudice et le montant d'indemnisation, même en cas de faute lourde ou dolosive. Ainsi, l'article 1231-4 dispose que « dans le cas même où l'inexécution du contrat résulte d'une faute lourde ou dolosive, les dommages-intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution ». Les dispositions de l'article 1151 ancien du Code civil sont ici reprises en substance. Les dommages-intérêts punitifs sont donc pour l'instant exclus alors même que l'article 1266 de l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile prévoyait d'instaurer un mécanisme d'amende civile.

168 A l'étranger, de nombreux droits suggèrent l'indemnisation complète des préjudices subis. La perte subie ne constitue pas un test traditionnel de *reliance*. La privation du gain constitue généralement une perte de profit qui peut prendre la forme d'une perte de chance lorsque le bénéfice s'avère incertain. Dans cette optique, la notion de « profit » est constituée par des profits nets et non pas par des bénéfices bruts.

169 Le fonctionnement est identique dans les systèmes de droit civil et de *common law*. « Les dommages-intérêts devraient être calculés sur la base de la marge nette, la différence entre la marge brute et le coût évité du fait du préjudice »¹⁴⁵. Une partie de la doctrine recommande de s'inspirer du Code civil de l'Etat de Louisiane qui dispose, en son article 1999, que « lorsque les dommages ne sont pas susceptibles de calcul précis, il y a lieu de laisser une grande liberté au tribunal pour l'évaluation raisonnable des dommages-intérêts », ou de la notion d'évaluation équitable de l'article 1226 du Code civil italien¹⁴⁶. Cette approche peut apparaître pertinente dans une perspective favorable aux victimes, mais elle interroge sur le respect de l'Etat de droit dès lors que le juge est relativement libre de déterminer le montant des dommages-intérêts en l'absence de preuves précises. Il n'est peut-être pas opportun de sacrifier un pilier de l'Etat de droit sur l'autel de la protection de certains co-contractants. Il est en outre de bonne justice d'empêcher à la partie victime d'une rupture contractuelle de bénéficier d'un enrichissement injustifié¹⁴⁷.

170 Néanmoins, comme en France, il n'est pas possible pour une partie victime d'une violation contractuelle de recouvrer des dommages-intérêts punitifs

¹⁴⁴ FERRIELL Jeffrey T., *Contracts, Lexisnexis*, 3^e édition, 2014, §12.01 [B].

¹⁴⁵ Sentence arbitrale du 24 février 2001, Arbitral Tribunal of the City of Panama, Unilex.

¹⁴⁶ VERKEMPINCK Brecht, *op. cit.*

¹⁴⁷ FERRIELL Jeffrey T., *op. cit.*, §12.01.

lorsque la *lex mercatoria* s'applique. Dans une sentence arbitrale rendue en application de ces principes, l'organe de résolution des conflits de l'*International Chamber of Commerce* a en effet retenu qu' « il n'y a pas de pratique commerciale internationale favorisant les dommages-intérêts punitifs »¹⁴⁸.

9. Certaines dispositions prévoient en revanche des clauses pénales contractuelles

171 Les droits nationaux divergent sur la question des indemnités supérieures au préjudice subi, mais elles convergent sur la reconnaissance de la légalité des indemnités prévues contractuellement¹⁴⁹.

172 Le *Restatement (Second) of Contracts* américain dispose ainsi à la section 356 relative aux clauses pénales et aux indemnités forfaitaires contractuelles que « (1) des dommages-intérêts pour inexécution peuvent être prévus au contrat dans la limite de ce qui est raisonnable au vu de la perte prévisible ou subie causée par l'inexécution et des difficultés de prouver cette perte. Une clause pénale contractuelle fixant des indemnités forfaitaires excessives est inapplicable car elle enfreint des dispositions d'ordre public ». Les clauses pénales sont par conséquent légales en droit américain.

173 Le droit américain converge donc avec le droit français : le régime des clauses pénales est conservé en France à la suite de la réforme de 2016. Les dispositions des articles 1151, 1230 et 1231 anciens du Code civil sont désormais rassemblées dans un seul article 1231-5 qui dispose que « lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre » (al. 1). La clause pénale peut toutefois toujours être révisée à la baisse ou à la hausse par le juge si son montant est manifestement excessif ou dérisoire, ce qui s'apprécie par rapport au montant du préjudice réellement subi (al. 2). Le montant de la clause pénale peut aussi être révisé lorsque l'inexécution n'est que partielle (al. 3). Ces deux alinéas sont d'ordre public (al. 4). La mise en demeure préalable du débiteur est requise, sauf inexécution définitive (al. 5).

174 Dans leur article 7.4.13, les Principes d'UNIDROIT précisent que ces indemnités contractuelles ont pour but de faciliter le processus de réparation ("*liquidated damages*") ou de dissuader contre l'inexécution (clauses pénales proprement dites).

- « 1) Lorsque le contrat prévoit que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à raison de l'inexécution, cette somme sera allouée au créancier indépendamment du préjudice effectivement subi ;
- 2) Toutefois, nonobstant toute stipulation contraire, l'indemnité peut être réduite à un montant raisonnable si elle est manifestement excessive par

¹⁴⁸ Sentence arbitrale de mars 2000, *International Chamber of Commerce*, case n° 10114, Unilex.

¹⁴⁹ Clauses dites en anglais de *liquidated damages*.

rapport au préjudice découlant de l'inexécution et aux autres circonstances » ;

- on notera que le second alinéa est plus proche du texte américain que du Code civil en ce qu'il ne prévoit pas explicitement la possibilité d'une révision à la hausse de l'indemnité, si son montant est jugé manifestement dérisoire.

10. La restitution de l'enrichissement injustifié n'est pas admise partout

175La question de l'enrichissement injustifié a été abordée de façons divergentes. La section 371 du *Restatement* américain parle de *restitution interest* qu'elle définit comme « une somme d'argent [...] allouée pour protéger le *restitution interest* d'une partie (le demandeur-créancier) ».

176Le même paragraphe précise que le *restitution interest* « peut à la discrétion du juge être mesuré par l'une ou l'autre des valeurs suivantes : 1) la valeur raisonnable pour l'autre partie (défendeur-débiteur) de ce qu'elle a reçu si elle devait la payer pour l'obtenir d'une personne qui serait dans la position du demandeur ; 2) l'augmentation de valeur du patrimoine ou de l'intérêt de l'autre partie (défendeur-débiteur) ».

177En France, le Code civil ne comportait initialement aucune disposition générale relative aux restitutions. La jurisprudence s'était inspirée des dispositions relatives à la répétition de l'indu (articles 1378 à 1381 anciens) pour en construire le régime. L'article 1352 nouveau reprend et précise donc cette jurisprudence¹⁵⁰. Il y a donc une convergence des deux droits. En outre, l'article 1352-3 du Code civil dispose que « la restitution inclut les fruits et la valeur de la jouissance que la chose a procurée. La valeur de la jouissance est évaluée par le juge au jour où il se prononce. Sauf stipulation contraire, la restitution des fruits, s'ils ne se retrouvent pas en nature, a lieu selon une valeur estimée à la date du remboursement, suivant l'état de la chose au jour du paiement de l'obligation ». De plus, l'article 1352-5 dispose que « pour fixer le montant des restitutions, il est tenu compte à celui qui doit restituer des dépenses nécessaires à la conservation de la chose et de celles qui en ont augmenté la valeur, dans la limite de la plus-value estimée au jour de la restitution ».

178L'article 7.3.6 des Principes d'UNIDROIT relatif à la restitution s'agissant des contrats à exécuter en une seule fois - dits aussi à exécution instantanée - dispose que : « 1) Après résolution d'un contrat à exécuter en une seule fois, chaque partie peut demander la restitution de ce qu'elle a fourni en exécution du contrat, pourvu qu'elle procède simultanément à la restitution de ce qu'elle a reçu. 2) Si la restitution en nature s'avère impossible ou n'est pas appropriée, elle doit, si cela est raisonnable, être exécutée en valeur. 3) Celui qui reçoit l'exécution n'est pas tenu de restituer en valeur si l'impossibilité de restituer en

¹⁵⁰ Voir notamment Cass. civ. 1re, 2 juin 1987, n° 84-16.624 ; Cass. civ. 3e, 12 févr. 2013, n° 11-27.030, inédit ; Cass. civ. 3e, 22 juill. 1992, n° 90-18.667 ; Cass. civ. 3e, 29 juin 2005, n° 04-12.987 ; Cass. civ. 3e, 12 févr. 2013, n° 11-27.030, inédit.

nature est imputable à l'autre partie. 4) Une indemnité peut être demandée pour les frais raisonnablement nécessaires pour préserver ou conserver ce qui a été reçu ».

179 On se gardera donc bien d'importer dans les Principes d'UNIDROIT, la théorie de la restitution telle que définie dans le droit américain. Sous le même vocable et une apparence semblable, les principes d'UNIDROIT ne fournissent en réalité aucune règle sur la possibilité ou non d'octroyer une somme d'argent au créancier en restitution de l'enrichissement du débiteur. Selon Peter Huber :

« Le sujet a été intensément débattu pendant les délibérations pour la version 2010 des principes d'UNIDROIT, et le résultat officiel a été que 'les Principes ne prennent aucune position concernant le bénéfice retiré de l'exécution partielle d'un contrat résolu' (...). Il est évident que les rédacteurs ont cherché à exclure des dommages-intérêts dus au créancier toute restitution de l'enrichissement du débiteur, plutôt que de laisser ce sujet sous le régime des droits nationaux »¹⁵¹.

¹⁵¹ HUBER Peter, Section 3: Termination, cité dans *VOGENAUER Stefan, op. cit.*, p. 966.

Chapitre II : Les autres fonctions des dommages-intérêts

180 Alors que dans les systèmes juridiques dit « civilistes », la responsabilité civile limite (en théorie) les dommages-intérêts à une fonction compensatrice, les systèmes juridiques de *common law* admettent des fonctions punitive et préventive.

181 Nous étudierons successivement la fonction punitive puis la fonction préventive des dommages-intérêts avant d'analyser les conflits entre ces deux fonctions.

Section 1 : La fonction punitive des dommages-intérêts

182 Nous commençons par un détour nécessaire du côté de la responsabilité délictuelle avant d'envisager une transposition en responsabilité contractuelle. Nous poursuivrons ensuite notre comparaison entre la *common law* américaine et le droit civil d'origine française appliqué majoritairement en Europe continentale. Enfin, nous concluons par une analyse économique de la fonction punitive.

1. Le principe de la réparation intégrale exclut normalement une fonction punitive des dommages-intérêts

144. Nous avons montré que ce principe subissait toutefois des exceptions et qu'il existait des mécanismes (contractuels ou civils) de peines privées s'apparentant aux *punitive damages* de la *common law*, leur application permettant d'imposer au débiteur le paiement de dommages-intérêts dépassant le montant du préjudice réel qu'il a causé au créancier - sans toutefois être manifestement excessifs au regard de ce préjudice.

2. Jean-Sébastien Borghetti¹⁵² et l'octroi par les juges français des dommages-intérêts punitifs de manière occulte

183 En effet, les juges tiennent souvent compte du comportement du débiteur pour le punir lorsqu'il apparaît que celui-ci a agi délibérément contre les intérêts de son créancier. Les cas de figure sont nombreux.

1) Un préjudice moral, ou plus généralement un préjudice extra patrimonial, peut toujours être reconnu et indemnisé sur la base des profits réalisés par le débiteur du fait de son comportement fautif.

¹⁵² BORGHETTI Jean-Sébastien, Punitive damages in France, in. *Helmut Koziol, V. WILCOX, Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*, SPRINGER WIEN New York, 2009, p. 55-67.

- 2) Cela est particulièrement vrai lorsqu'un droit personnel a été délibérément violé (honneur, réputation, vie privée) et la Cour de cassation l'a confirmé même dans des cas où aucun préjudice n'est démontré.
- 3) Des dommages-intérêts peuvent être octroyés pour le préjudice moral subi par une personne morale.
- 4) Des dommages-intérêts peuvent être octroyés pour le préjudice causé à l'intérêt collectif défendu par un organisme à but non lucratif, notamment une association loi 1901 ou une autre Organisation Non Gouvernementale.
- 5) Dans les cas de concurrence déloyale, le juge fixe les dommages-intérêts en tenant compte, non seulement du préjudice effectivement subi par le demandeur, mais aussi du profit illicite réalisé par le défendeur du fait de son comportement fautif.

3. Les incertitudes concernant le *quantum des punitive damages* et les critères utilisés pour les fixer

184 Le *quantum des punitive damages* occultes et les critères utilisés par les juridictions civiles françaises pour octroyer de tels dommages-intérêts sont difficiles à déterminer car ils sont laissés à la libre appréciation du juge. Comme cela a déjà été dit, la seule obligation du juge est de réparer de manière appropriée le préjudice.

185 En pratique, dans bien des cas, notamment en cas de dommages corporels, les juges utilisent des barèmes officieux. Toutefois ils ne le reconnaîtront pas officiellement car le principe de la réparation intégrale leur dicte d'évaluer le préjudice *in concreto*, c'est à dire dans les circonstances de l'espèce.

186 S'agissant de préjudice moral, ces dommages-intérêts sont généralement faibles et donc insuffisants pour prévenir les comportements illicites. Nous reviendrons sur la fonction préventive des dommages-intérêts dans la section 2 ci-dessous.

187 Ces incertitudes et difficultés seraient levées dès lors que les *punitive damages* seraient reconnus officiellement en droit français.

4. L'opposition des spécialistes à une introduction officielle des *punitive damages* dans le droit civil français

188 Quelques rares auteurs considèrent que le droit pénal n'est pas le meilleur outil, ni même un outil adéquat, pour combattre les comportements anti sociaux ; ils considèrent que la responsabilité civile a son rôle à jouer dans ce domaine - en plus de son objectif premier de réparation du préjudice - par exemple sous sa fonction de peine privée. Ces auteurs soutiennent que ces mécanismes constituent le meilleur moyen pour lutter contre les fautes lucratives, à savoir la propension à enfreindre volontairement des règles légales ou conventionnelles afin de réaliser un profit.

189La plupart des auteurs défendent cependant la doctrine inverse ; ils demeurent opposés aux *punitive damages* car ils souhaitent conserver la primauté du principe de la réparation intégrale au cœur du droit français de la responsabilité civile.

190Les auteurs de l'Avant-Projet de Réforme du Droit des Obligations et de la Prescription ont, en quelque sorte, décidé de « couper la poire en deux ». Cet Avant-Projet dit Catala, présenté au Ministre de la Justice en septembre 2005 n'a pas immédiatement été traduit en loi, mais il a renouvelé l'intérêt pour un rafraîchissement du droit de la responsabilité (civile) et des obligations (contractuelles)¹⁵³. Cet intérêt a finalement notamment abouti sur une réforme générale du droit des contrats dans le Code civil entrée en application le 1^{er} octobre 2016.

191L'article 1370 de l'Avant-Projet réaffirme le principe de la réparation intégrale.

192L'article 1371 de l'Avant-Projet introduit immédiatement des exceptions à ce principe en admettant l'octroi de *punitive damages*, en plus et indépendamment des dommages-intérêts compensatoires, en cas de « fautes délibérées en vue de réaliser un profit ». Ces *punitive damages* ne pouvant en aucun cas être couverts par une assurance. Cet article a été inspiré par le Code civil du Québec : bien que prenant sa source dans la *common law*, cette disposition est conciliable avec les principes et la tradition civiliste. Afin de minimiser le risque d'enrichissement indu du créancier demandeur, le même article prévoit qu'une partie de ces *punitive damages* pourra être reversée au Trésor Public.

193Beaucoup d'universitaires, comme Muriel Fabre-Magnan¹⁵⁴, se sont félicités de l'Avant-Projet. Moins nombreuses mais plus virulentes ont été les critiques, notamment sur l'idée même des *punitive damages* et sur le fait que la punition devrait uniquement être recherchée au travers de sanctions pénales ou administratives appropriées : on se réfèrera utilement aux Réactions de la Chambre de Commerce et d'Industrie de région Paris Ile-de-France (CCIP) rédigées par Didier Kling en 2006¹⁵⁵ et au Rapport de la Cour de cassation présenté par Pierre Sargos le 15 juin 2007¹⁵⁶.

194Enfin, d'autres auteurs ont approuvé l'introduction des *punitive damages* à condition qu'ils respectent les exigences imposées par la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales concernant les sanctions pénales.

195La plupart de ces réactions démontrent la réticence, à la fois de la part des milieux d'affaires mais aussi - ce qui peut surprendre plus - de certains magistrats de la plus haute juridiction française, à introduire les *punitive*

¹⁵³ CATALA Pierre, *Op. cit.*

¹⁵⁴ FABRE-MAGNAN Muriel, *Réforme du droit des contrats : Un très bon projet*, JCP Ed. 43 (1), 22 Octobre 2008, p. 199.

¹⁵⁵ KLING Didier, Réactions de la CCIP à l'Avant-projet « Catala » et propositions d'amendements, *Rapport adopté par l'Assemblée générale du 19 octobre 2006*.

¹⁵⁶ SARGOS Pierre, L'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, *Rapport présenté à la Cour de cassation le 15 juin 2007*.

damages. Ces mêmes voix se sont également élevées contre l'introduction des actions de groupe (*class actions* à la française) dans le droit de la consommation. Ce sujet est différent mais il est souvent lié à l'intérêt économique de mettre en œuvre des dommages-intérêts punitifs, notamment quand ceux-ci sont individuellement faibles pour chaque victime et que le nombre de victimes est potentiellement élevé.

196 En février 2008, le rapport de la Mission Lepage a défendu l'introduction des *punitive damages* dans le droit de l'environnement et plus récemment, en 2012, les *class actions* à la française ont été définitivement introduites dans le droit de la consommation (hors droits de la santé et de l'environnement).

197 Lors des entretiens menés dans le cadre de notre recherche, nous avons pu noter que les praticiens prenaient en compte certaines différences fondamentales, en matière de *punitive damages*, entre les systèmes juridiques français et américains¹⁵⁷ :

- « *En matière de cartel et d'antitrust il y a eu beaucoup d'études et de décisions pour savoir si les *treble damages* américains, qui sont une forme de dommages-intérêts punitifs, étaient compatibles avec l'ordre public et les principes du droit civil français notamment la proportionnalité de la sanction et la réparation intégrale. La réponse est positive. Cela a été illustré par exemple dans le cas *Westinghouse*, et c'est une tendance de fond* »¹⁵⁸ ;
- « *L'astreinte est une forme de peine privée qui se développe dans les juridictions de référés et même arbitrales. L'arbitre est désormais compétent pour prononcer une astreinte, même s'il ne l'est pas encore pour liquider l'astreinte. L'article 145 du Code civil est un outil très puissant pour accélérer les procédures qui sont censées sanctionner l'inexécution du contrat. Ainsi Groupe C avait assigné Carrefour en référé sur la base de l'article 145 pour leur demander tous les documents sous tendant leurs négociations avec Groupe D et en avance de phase du procès en responsabilité délictuelle (en tant que tiers qui n'était pas sensé ignorer le contrat) que Groupe C menaçait de lancer contre Carrefour. Il y a beaucoup de jurisprudence sur la base de l'article 145 du Code civil* »¹⁵⁹ ;
- « *Je ne vois pas venir les *punitive damages* dans le droit en France. En matière d'actions de groupe par*

¹⁵⁷ Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens, p.57 et s.

¹⁵⁸ Praticien n°2 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 5, p. 72.

¹⁵⁹ Praticien n°2 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 5, p. 72.

exemple, on ne peut réclamer que son préjudice matériel pas son préjudice moral »¹⁶⁰ ;

- *« En France, le principe c'est qu'il n'y a pas de dommages-intérêts punitifs. Mais lorsqu'une partie est de mauvaise foi, le juge appliquera sans jamais les nommer des dommages-intérêts punitifs en les déguisant par exemple sous forme d'une décote moindre pour la perte de chance. Aux Etats-Unis, les punitive damages s'appliquent seulement quand le préjudice porte atteinte à la société au delà de l'intérêt privé ou alors quand il y a une fraude manifeste. Ces punitive damages sont souvent associés aux class actions. On n'y pense pas vraiment en droit des contrats d'affaires car ça risque d'indisposer le juge américain »¹⁶¹.*

5. Le débat relatif à l'opportunité de considérer la perte de chance en lieu et place des punitive damages

198L'Avant Projet Catala prévoyait deux dispositions spécifiques à la perte de chance, communes aux responsabilités contractuelle et extra contractuelle.

199L'article 1346 disposait que « la perte d'une chance constitue un préjudice réparable distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée »¹⁶².

200Juste avant, l'article 1345 définissait en quelque sorte cette perte de chance en empruntant une formule de certains arrêts de la Cour de cassation : « Le préjudice futur est réparable lorsqu'il est la prolongation certaine et directe d'un état de chose actuel »¹⁶³.

201Enfin, « lorsque la certitude du préjudice dépend d'un événement futur et incertain », le même article 1345 généralisait une solution admise par la jurisprudence au profit des victimes séropositives menacées par le SIDA en prévoyant que : « le juge peut condamner immédiatement le responsable en subordonnant l'exécution de sa décision à la réalisation de cet événement »¹⁶⁴.

202L'indemnisation de la perte de chance présente un élément psychologique marqué pour le créancier. Celui-ci a le sentiment que la faute commise par le débiteur a été reconnue et sanctionnée. Selon Philippe Gilliéron :

¹⁶⁰ Praticien n°3 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 5, p.72.

¹⁶¹ Praticien n°6 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 5, p. 73.

¹⁶² CATALA Pierre, *Op. cit.*, p. 174.

¹⁶³ *Idem.*

¹⁶⁴ *Ibidem.*

« Cette sanction a également un rôle économique évident sur le plan contractuel. En l'absence d'une telle reconnaissance, le créancier se verra dans l'impossibilité d'établir la certitude de son dommage, de sorte que la faute du débiteur ne sera pas sanctionnée bien qu'indubitable »¹⁶⁵.

203 Le but de l'indemnisation de la perte de chance n'est donc pas seulement - voire pas essentiellement - de satisfaire le créancier, mais bien de punir le débiteur pour l'inciter à faire preuve de diligence. Quant à savoir s'il s'agit de l'institution la plus adéquate pour ce faire, c'est une question qui mériterait de plus amples études empiriques et à laquelle l'analyse économique peut contribuer à répondre.

204 L'analyse économique permet d'intégrer le mécanisme de restitution des gains illicites dans la réparation intégrale en considérant ceux-ci comme une perte de chance.

205 Cela est parfaitement illustré, dans les travaux de Maurice Nussenbaum, par l'exemple de l'usage illicite d'actif patrimonial¹⁶⁶. Le raisonnement de l'auteur se décompose ainsi :

- le principe de la réparation intégrale, en vigueur dans le droit civil français, ne permet pas *a priori* de consacrer le droit à la restitution des gains illicites ; même si, comme on l'a dit plus haut, il existe une proposition en ce sens dans le projet de réforme Catala du droit des obligations ;
- ce droit peut cependant être justifié car la victime a été privée d'une négociation (perte de chance) : celle qui l'aurait conduit à refuser l'usage illicite de ses actifs (coût d'opportunité) ou à en fixer le prix (manque à gagner) ;
- le prix qui aurait été ainsi fixé pour cet usage par la victime (s'il avait été autorisé) constitue un coût d'opportunité pour la victime (c'est-à-dire le revenu non perçu d'un usage alternatif) ;
- ce prix aurait été nécessairement fixé au niveau qui aurait rendu dissuasif l'usage illicite ; il aurait donc entraîné la restitution au bénéfice de la victime des gains illicites.

206 Le raisonnement détaillé par Maurice Nussenbaum, porte sur les quasi-contrats (absence de volonté de la victime) et plus particulièrement sur le droit de la propriété intellectuelle¹⁶⁷. Rien n'interdit cependant de tenir un raisonnement identique dans le domaine de la responsabilité contractuelle. Ainsi, indemniser la perte de chance justifierait de restituer au créancier tout ou partie des gains ou des économies réalisés par le débiteur auteur de l'inexécution du contrat. Cela reviendrait à accepter le *restitution interest* en droit français.

¹⁶⁵ GILLIERON Philippe, *Les dommages-intérêts contractuels*, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne (CEDIDAC), Lausanne, 2011.

¹⁶⁶ NUSSENBAUM Maurice, L'évaluation des préjudices économiques, *Revue de Droit Bancaire et Financier*, Lexis Nexis Jurisclasseur, mai-juin 2013.

¹⁶⁷ CA Paris, Septembre 2010, *LVMH et Dior Parfums c/ eBay*.

207 Sur le même sujet, Laurent Aynès remarque :

« Le système des dommages-intérêts compensatoires américain se distingue du système français notamment parce qu'il ne comporte pas à proprement parler de perte de chance et qu'en revanche, il admet l'efficient breach. Les Américains n'ont pas la perte de chance car ils considèrent que c'est une mollesse intellectuelle : soit il y a perte soit il n'y a pas perte. Les Américains nous reprochent de ne pas vouloir regarder en détail ces calculs. Souvent en France, c'est le lieu de toutes les incertitudes (...) **Pourquoi n'y a-t-il pas de perte de chance aux Etats-Unis ?** C'est révélateur des deux systèmes. Les Américains se régalaient quand ils peuvent appliquer le droit français. Pourrait-on voir dans les juridictions américaines si elles acceptent la perte de chance (qui est contraire à tout concept Américain) quand elles appliquent le droit français ? Et faire des comparaisons par rapport aux juridictions françaises sur leur générosité dans le calcul de la décote ? On pourrait en effet être contre la perte de chance. La Cour de cassation a commencé un travail de reprise en main de la théorie de la perte de chance mais on est encore loin du compte »¹⁶⁸.

208 On peut donc résumer les principales raisons qui expliquent pourquoi les juristes européens ressentent, moins que leurs collègues américains, la nécessité des *punitive damages* dans le droit de la responsabilité extra contractuelle :

- c'est tout d'abord la contrepartie d'une réalité inverse : la punition est plus importante dans le droit pénal des pays d'Europe Continentale qu'elle ne l'est dans la *criminal law* américaine ;
- ensuite, dans le système américain l'un des principaux objectifs des *punitive damages* est aussi la prévention ;
- de plus, il n'y a pas de théorie de la perte de chance aux Etats-Unis ;
- dans les droits des pays d'Europe Continentale, la loi de l'enrichissement indu suffit pour saisir les gains directs (pour les gains indirects voir plus loin la proposition de Helmut Koziol) ;
- le droit américain ne permet pas au plaignant de recouvrer ses dépens, même s'il gagne le procès ; donc les *punitive damages* servent aussi à couvrir les frais de procédure de la victime voire à combler les lacunes du système de couverture sociale ;
- enfin, dans le droit américain, les *punitive damages* sont censés indemniser le préjudice moral - qui est souvent difficile à démontrer ou quantifier - alors qu'il constitue un chef de préjudice à part entière dans le droit civil des pays d'Europe Continentale.

¹⁶⁸ Praticien n°4 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 5, p. 72.

6. L'exemple d'un droit étranger mixte

209 Une fois n'est pas coutume, nous analyserons un droit africain, celui de l'Afrique du Sud, qui présente une double particularité pertinente dans le cadre de notre étude : c'est l'un des rares droits mixtes et c'est probablement le mieux codifié du continent.

210 Le droit sud africain a inspiré plusieurs pays d'Afrique anglophone du Nigeria au Kenya en passant par la Tanzanie et le Botswana. Il prend bien sûr son origine dans la *common law* anglaise mais pas uniquement puisque les droits coutumiers, le droit néerlandais et même le droit civil français y ont laissé quelques contributions. De nombreux auteurs d'origine sud Africaine animent la doctrine sur ce droit - et au delà - de sorte que l'on peut y trouver une espèce de paradigme ou de synthèse miniature des débats doctrinaux de la planète.

211 Le sujet des *punitive damages* ne fait pas exception à ce constat ; c'est ce qui ressort de l'étude de Johann Neethling tant en ce qui concerne le droit de la responsabilité contractuelle que celui de la responsabilité extra contractuelle ou quasi délictuelle¹⁶⁹.

212 Au terme de la loi sud africaine relative à la responsabilité contractuelle, les pénalités pour rupture de contrat sont admises au profit du créancier lésé ; le juge peut toutefois les réduire s'il considère que l'équité doit être rétablie en l'espèce. Les pénalités peuvent excéder la simple perte patrimoniale du créancier dans les cas où son préjudice dépasse clairement cette simple perte et inclut tous les intérêts légitimes (pas seulement patrimoniaux) du créancier qui peuvent être affectés par la rupture du contrat.

213 Le droit de la responsabilité extra contractuelle ou quasi délictuelle repose sur trois piliers :

- l'*actio legis aquiliae* en dommages-intérêts pour préjudice économique ;
- l'action en dommages-intérêts pour souffrance et préjudice physiques, dit *pretium doloris* ;
- l'*actio iniuriarum* en dommages-intérêts pour préjudice moral ; c'est le seul chef de préjudice possible pour réclamer des *punitive damages* en plus des dommages-intérêts compensatoires. Aucune formule fixe ne détermine toutefois le *quantum* de dommages que l'on peut obtenir par cette action, d'où le débat que l'on exposera ci-dessous.

214 Les *punitive damages*, *exemplary damages* ou même *aggravated damages* sont considérés par Johann Neethling comme un « continuum de dommages-intérêts avec une nuance purement sémantique »¹⁷⁰.

¹⁶⁹ NEETHLING Johann, Punitive damages in South Africa, in. *Helmut Koziol, V. WILCOX, Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*, SPRINGER WIEN New York, 2009, p. 123.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

215Le débat doctrinal sur le sujet voit s'affronter trois points de vue différents :

- Louis Visscher et ses co-auteurs soutiennent l'idée selon laquelle la punition est partie intégrante du concept de réparation pour préjudice moral ; la réparation peut alors maintenir un équilibre entre punition et compensation¹⁷¹ ;
- J.P. Van der Walt, Nicolaas Johannes Van der Merwe et Pierré Johannes Olivier expriment de sérieuses critiques contre la possibilité d'octroyer des *punitive damages* sous l'*actio iniuriarum* : « c'est le droit pénal et non le droit de la responsabilité délictuelle qui punit et donc décourage ces comportements »¹⁷².
- Jonathan Bruchell semble ouvrir une voie médiane pour concilier ces deux approches diamétralement opposées : « en accordant le même montant de dommages-intérêts mais en mettant l'accent sur le plaignant plutôt que sur le défendeur, les *aggravated damages* peuvent remplir la fonction des *punitive damages* (une punition déguisée) tout en respectant le véritable concept de satisfaction »¹⁷³.

7. La transposition de la *tort law* dans la *contract law* américaine

216Comment ce débat pourrait-il être transposé en droit de la responsabilité civile contractuelle ? En d'autres termes ce qui s'applique pour la *tort law* pourrait-il s'adapter à la *contract law* ? En partie oui, si l'on en croit l'analyse réalisée relativement récemment par Ariel Porat en 2010¹⁷⁴.

217De ce point de vue, l'efficacité maximale est atteinte lorsque les dommages-intérêts compensatoires décidés dans une action civile sont alourdis de sorte qu'ils ne soient pas considérés comme punitifs mais plutôt comme une réparation du préjudice moral. Cela a le double avantage de respecter le concept de satisfaction et indirectement d'agir sur la prévention.

218En conséquence, il pourrait devenir pertinent de reprendre l'analyse des *punitive damages* réalisée par Anthony Sebok, même si elle porte essentiellement sur la responsabilité délictuelle¹⁷⁵. Il y souligne les différences d'approches dans l'évaluation et l'attribution de ces pénalités décidées par les tribunaux américains. Bien que multiples - chacun des cinquante Etats ayant son propre système juridique et judiciaire - ces différences peuvent être

¹⁷¹ VISSCHER Louis T., Economic analysis of punitive damages, in. *Helmut Koziol ; Vanessa Wilcox, Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*, SPRINGER WIEN New York, 2009, p. 219 et s.

¹⁷² JEREMIA OLIVIER Pierré Johannes & VAN DER MERWE Nicolaas Johannes, *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg*, J.P. Van Der Walt Publishers, Pretoria, 1985.

¹⁷³ BURCHELL Jonathan, *Principles of Delict*, JUTA & Co., Cape Town, 1993.

¹⁷⁴ PORAT Ariel, A Comparative Fault Defense in Contract Law, in. *Fault in American Contract Law 207*, Omri Ben-Shahar & Ariel Porat eds., 2010, p. 207.

¹⁷⁵ SEBOK Anthony J., The United States, in. *Helmut Koziol; Vanessa Wilcox, Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*, SPRINGER WIEN New York, 2009, p. 169 et s.

regroupées en trois catégories : le niveau de culpabilité, d'intention malveillante ou de négligence requis ; le standard de preuve ; les méthodes utilisées pour déterminer le montant octroyé.

7.1. Le niveau de culpabilité, d'intention malveillante ou de négligence requis

219 Selon un ordre de gravité décroissant, on peut citer :

- l'intention de nuire volontairement établie de manière certaine ou quasi certaine (*intentional, in purpose*) ;
- l'imprudence (*recklessness*) qui peut être une indifférence délibérée ou un déni de l'intérêt / l'intégrité d'autrui ; l'intention de nuire est ici implicite ; la conscience et le niveau du risque sont plus importants que dans la négligence ;
- la négligence (*carelessness*) consciente ou par inadvertance qui implique une prise de risque certes moindre mais toujours déraisonnable.

7.2. Le standard de preuve

220 Dans une affaire devant les juridictions civiles, le standard de preuve requis pour l'établissement des faits est l'« évidence prépondérante » alors que dans une affaire criminelle celui-ci doit « dépasser tout doute raisonnable ».

221 Pour une affaire civile impliquant une pénalité ou comportant une fraude, la jurisprudence évolue vers un standard intermédiaire dit d'« évidence claire et convaincante ». Les 35 Etats qui ont adopté ce standard indiquent leur volonté de protéger un peu plus les défendeurs contre des condamnations à des peines jugées trop expéditives telles que dans le cas *Masaki v. General Motors Corp* remontant à 1989¹⁷⁶.

7.3. Les méthodes utilisées pour déterminer les montants octroyés

222 Les méthodes servant à fixer le montant des dommages-intérêts alloués aux victimes donnent aux juges des niveaux discrétionnaires décroissant :

- 8 Etats donnent au juge une totale discrétion ;
- quelques Etats proposent au juge des indications souples ;
- 6 Etats fournissent au juge une liste détaillée de sept paramètres à considérer : le patrimoine du débiteur, le ratio des dommages-intérêts compensatoires par rapport aux dommages-intérêts punitifs, la nature et l'énormité de la faute, la volonté du fautif, la durée du comportement fautif,

¹⁷⁶ *Steven Masaki, Frank Masaki, and Sumiye Masaki, Plaintiffs-Appellees v. General Motors Corporation and Servco Pacific, Inc., Defendants-Appellants* 780 P.2d 566 (1989), Supreme Court of Hawaii, 20 septembre 1989.

le gain financier résultant de ce comportement, les actions entreprises en réparation de la faute ;

- 18 Etats ont émis des règles limitant, en responsabilité délictuelle, le montant des *punitive damages* en valeur absolue ou en multiple des *compensatory damages* ;

- tous les états prévoient que les montants octroyés par le juge puissent être révisés s'ils sont manifestement excessifs ou s'ils sont contraires, non pas à l'ordre public proprement dit, mais au *state wide standard* ;

- enfin, il existe dans la constitution fédérale des limitations à l'octroi de *punitive damages*.

223 Logiquement cette variété de systèmes et les différents niveaux de dommages-intérêts qui en découlent permettraient de mesurer et comparer l'efficacité induite.

224 Il convient d'analyser la jurisprudence d'un échantillon suffisamment représentatif d'affaires dans les différents Etats. Un travail considérable qui n'a pas été fait à notre connaissance et que notre étude empirique abordera partiellement¹⁷⁷.

225 En revanche nous verrons au Chapitre III : Efficacité économique comparée des systèmes de dommages-intérêts qu'une analyse similaire a été faite globalement entre les Etats-Unis, en tant que paradigme de la *common law*, et la France, représentant le droit civil.

8. La transposition en droit continental européen

226 La position de l'Union européenne concernant les *punitive damages* est ambivalente et contradictoire. Ceux-ci ne tiennent encore aucune place significative dans le droit européen ; ils sont au mieux destinés à indemniser le préjudice.

227 Malgré une très timide avancée dans la réglementation de la concurrence élaborée en 1995 et malgré toutes les rumeurs contraires et l'utilisation d'une terminologie ambiguë par les institutions européennes, il est peu probable que celles-ci adoptent une position tranchée en faveur ou contre le principe des dommages-intérêts punitifs.

228 Selon Bernhard Koch cela restera le cas tant qu'une majorité des parties prenantes au sein des Etats Membres exprimeront une forte opposition à l'encontre de ces *punitive damages*¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Voir 3ème partie : Application des principes aux préjudices de manque à gagner difficilement quantifiables.

¹⁷⁸ KOCH Bernhard A., *Punitive damages in European Law*, in. *Helmut Koziol; V. WILCOX, Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*, SPRINGER WIEN New York, 2009, p. 197 et s.

229 De ce point de vue, il est évidemment trop tôt pour parler d'une quelconque efficacité de la fonction punitive des dommages-intérêts en droit européen ; cette fonction n'existe pas !

230 Peut-on au moins espérer exécuter en Europe une décision de justice étrangère octroyant de tels dommages-intérêts ?

231 Non plus, serait-on tenté de répondre si l'on en croit Marta Requejo Isidro :

« Il n'existe pas encore, de pratique européenne concernant la reconnaissance ou l'exécution dans un Etat Membre des punitive damages décidés par une justice étrangère lorsque l'application de la loi du dit Etat Membre aboutirait à des montants inférieurs... (Or) on sait que du point de vue du droit international privé seuls les montants, et non les intitulés, importent »¹⁷⁹.

232 A ce titre, il semblerait que si deux juges, français et américain, faisaient la même estimation d'un préjudice et l'indemniserait dès lors à la même hauteur, l'ajout par le juge américain de *punitive damages* empêcherait la reconnaissance de la décision par le juge français.

233 La réalité est plus nuancée et la reconnaissance dépend très largement des Etats impliqués :

- la reconnaissance dans un Etat Membre d'une décision de justice étrangère recevra en général une réponse positive selon la Convention de La Haye, notamment si elle émane des Etats-Unis ;
- en matière de dommages-intérêts punitifs (*punitive, exemplary* ou *aggravated*), conçus spécifiquement comme outil de prévention, la reconnaissance n'est pas automatique et dépend de l'Etat Membre en l'absence de convention entre les Etats-Unis et les Etats Membres de l'Union européenne. En pratique, la reconnaissance a été refusée en France (pas en raison de l'existence même des dommages-intérêts punitifs mais en raison du caractère excessif du montant alloué¹⁸⁰), en Allemagne et en Italie mais acceptée en Espagne et en Grèce. Le Royaume Uni est plutôt réceptif

¹⁷⁹ REQUEJO ISIDRO Marta, Punitive damages from a private international law perspective, in. Helmut Koziol, Vanessa Wilcox, *Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*, SPRINGER WIEN New York, 2009, p. 237 et s.

¹⁸⁰ Cass. Civ. 1, 1 décembre 2010, n°09-13.303, dit *Fontaine-Pajot* :

« (...) si le principe d'une condamnation à des dommages intérêts punitifs, n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public, il en est autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur ; qu'en l'espèce, l'arrêt relève que la décision étrangère a accordé à l'acquéreur, en plus du remboursement du prix du bateau et du montant des réparations, une indemnité qui dépasse très largement cette somme ; que la cour d'appel a pu en déduire que le montant des dommages intérêts était manifestement disproportionné au regard du préjudice subi et du manquement aux obligations contractuelles de sorte que le jugement étranger ne pouvait être reconnu en France ».

mais un montant exagéré de dommages-intérêts peut y être considéré comme contraire à l'Ordre Public ;

- cette reconnaissance est plus systématique entre Etats Membres de l'Union européenne grâce au principe de confiance mutuelle et à la suppression de la clause d'Ordre Public dans certaines réglementations européennes touchant au droit international privé.

234 En résumé s'il existe une efficacité en Europe, elle est limitée à la reconnaissance des décisions entre Etats Membres. Reste ensuite à faire exécuter la décision de justice ainsi reconnue, ces problématiques dépassant néanmoins le sujet de la présente étude.

9. Que nous apprend l'analyse économique du droit de la responsabilité civile, concernant les *punitive damages* ?

235 Dans l'analyse économique de la responsabilité civile, la fonction punitive est essentiellement considérée comme un moyen au service de la fonction préventive ; l'objectif ultime des *punitive damages* étant la réduction des coûts totaux de l'accident pour la société.

236 L'économiste du droit Louis Visscher explicite ainsi ces coûts¹⁸¹ :

- les coûts primaires sont réduits par la prévention ; on doit prévenir les nuisances en incitant à la prudence et à la prise de précautions ;
- les coûts secondaires sont réduits en répartissant le préjudice ; il est globalement économique de répartir les risques dans la société ;
- les coûts tertiaires dépendent des coûts de traitement administratifs et juridiques ; il convient de réduire les frais de justice et de procédure tout en faisant supporter le poids par l'auteur du préjudice.

237 Cela équivaut à dire que la fixation du montant des dommages-intérêts doit tenir compte des éléments suivants :

- la probabilité pour l'auteur de voir sa responsabilité retenue est inférieure à 100% ;
- le préjudice qu'il cause à la victime est souvent sous estimé ;
- son enrichissement implique des coûts inacceptables pour la Société ;
- il peut volontairement faire supporter une partie de ces coûts par la victime.

238 Les dommages-intérêts devraient donc idéalement :

- réparer intégralement le préjudice de la victime (règle de la responsabilité stricte qu'il y ait ou non faute de l'auteur) ; et

¹⁸¹ VISSCHER Louis T., Economic analysis of punitive damages, in. Helmut Koziol ; Vanessa Wilcox, Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives, *SPRINGER WIEN New York*, 2009, p. 219 et s.

- être suffisamment dissuasifs pour inciter l'auteur de l'accident potentiel à prendre la précaution optimale (règle de la négligence pour faute uniquement, sur laquelle nous reviendrons en deuxième partie)¹⁸².

239 Toutefois, l'idéal est rarement atteint :

- la règle de la responsabilité stricte peut induire un comportement peu responsable chez la victime, et donc une réparation excessive de son dommage ;
- la règle de la négligence pour faute uniquement peut induire une internalisation totale des coûts de l'accident pour la société uniquement en cas de comportement fautif, alors que c'est l'activité et non le comportement qui cause l'accident.

240 Pratiquement, le montant des *punitive damages* doit-il être fixé en fonction (a) des pertes subies par la victime ou (b) des profits réalisés par l'auteur ? La réponse est double en fin de compte :

- si l'objectif est d'inciter l'auteur potentiel du préjudice à prendre le niveau optimal de précaution et d'activité, alors les pertes subies par la victime doivent être internalisées (réponse a) ;
- si l'objectif est de prévenir totalement le comportement potentiellement dangereux de l'auteur, alors les profits qu'il a réalisés doivent être confisqués (réponse b).

241 Louis Visscher conclut que « la précaution est optimale lorsque le coût marginal d'une précaution accrue égal le bénéfice marginal, à savoir l'économie attendue (pour la Société) d'une baisse des accidents »¹⁸³.

242 Un raisonnement économique similaire peut s'appliquer en responsabilité contractuelle pour expliquer que les dommages-intérêts doivent être suffisamment dissuasifs pour que le débiteur internalise ses externalités négatives, c'est-à-dire le préjudice qu'il peut causer au créancier et à la Société en cas d'inexécution.

10. Quelle place tient alors la fonction punitive dans l'analyse économique ?

243 Toujours selon Louis Visscher, la fonction punitive en elle-même ne joue pas un rôle essentiel dans l'analyse économique du droit en général et des *punitive damages* en particulier¹⁸⁴. L'analyse économique considère que ces dommages-intérêts punitifs ne devraient être accordés que si le comportement de l'auteur de l'inexécution est répréhensible. Pour le reste, il s'agit principalement de répartir les risques entre les parties prenantes.

¹⁸² On se référera notamment à *United States v. Carrol Towing Co.*, Supreme Federal Court, 1947.

¹⁸³ VISSCHER Louis T., *op. cit.*, p. 219 et s.

¹⁸⁴ *Idem.*

244Si du point de vue de l'analyse économique la compensation n'est pas l'objectif des *punitive damages* et que la punition n'en est qu'un objectif secondaire, alors c'est bien encore la prévention qui doit être l'objectif essentiel du droit de la responsabilité civile délictuelle. Cela se vérifie dans plusieurs pays importants comme les Etats-Unis, l'Angleterre, la France, l'Allemagne, les pays scandinaves et, dans une certaine mesure aussi, dans le droit européen.

Section 2 : La fonction préventive des dommages-intérêts

245 Les dommages-intérêts traditionnels, basés sur la réparation intégrale, tels ceux protégeant l'intérêt positif en droit civil ou les *expectation damages* en *common law*, constituent souvent, pour le débiteur, une incitation insuffisante pour prévenir l'inexécution. C'est notamment le cas lorsque celui-ci commet une faute lucrative ou lorsqu'il parvient à faire supporter à son créancier une partie du dommage (théorie de l'*efficient breach*).

246 Selon David Gilo :

« Feindre d'ignorer ces effets pervers est non seulement inéquitable mais surtout inefficace. Ajuster à la hausse les dommages-intérêts dans ces cas permettrait (ou rendrait plus probable) de faire supporter au débiteur l'intégralité de la réparation du préjudice causée du fait de son inexécution, et donc, à celui-ci, de prendre les précautions optimales pour prévenir cette inexécution »¹⁸⁵.

247 Nous touchons ici un sujet particulièrement technique à la frontière entre le droit et l'économie. Mais les tribunaux ont déjà prouvé, notamment dans des cas d'*antitrust*, qu'ils étaient capables, éventuellement assistés d'experts, de traiter des sujets tout aussi complexes.

248 Si donc une relative liberté existe au niveau de la mise en œuvre judiciaire de tels dommages-intérêts pour fixer le *quantum* du dommage et l'ampleur de la condamnation, et si l'on veut éviter un usage erratique de cette liberté, il convient alors de s'interroger sur le rôle dévolu à la fixation des dommages-intérêts (2) ce qui mène nécessairement à la question de la possible incidence de la responsabilité civile sur l'effectivité de la loi (3.1) puis plus précisément à celle du domaine et des conditions d'efficacité de la sanction (1 et 3.2).

1. Efficacité et fonction préventive des dommages-intérêts

249 Gerhard Wagner avance la proposition que le droit européen devrait accepter des *preventive damages* dont la fonction ne serait pas punitive, mais uniquement préventive¹⁸⁶. Cette proposition est tout d'abord conforme avec l'approche de l'économie du droit telle que formalisée par Louis Visscher¹⁸⁷. Elle est également proche de celle de Dan Dobbs pour qui des dommages-intérêts extra compensatoires se justifient lorsqu'une prévention/dissuasion est

¹⁸⁵ GILO David, The deterrent factor of damages where pricing is affected, in *Nili Cohen, Ewan McKenrick, Comparative remedies for breach of contract*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2005, p. 235 et s.

¹⁸⁶ WAGNER Gerhard, Punitive Damages in European Private Law", in *Basedow Jürgen, Hopt Klaus J. and Zimmermann Reinhard, Handbook of European Private Law*, Forthcoming, February 21, 2011.

¹⁸⁷ VISSCHER Louis T., *op. cit.*, p. 219 et s.

requis¹⁸⁸. Pour lui, le niveau de ces dommages-intérêts devrait être fonction soit des profits réalisés par le défendeur du fait de son activité (quasi délictuelle), soit des coûts de procédures raisonnablement engagés par le demandeur.

250 Selon Helmut Koziol, l'objection fondamentale à la proposition de Gerhard Wagner est la suivante :

« La prévention n'est qu'un objectif secondaire ; l'objectif premier du droit de la responsabilité (extra contractuelle) reste bien l'indemnisation. Si la prévention était décisive dans ce droit, il serait déraisonnable et incohérent d'attendre la survenance d'un préjudice pour établir une quelconque responsabilité. L'idée de prévention est uniquement utile en marge de la notion fondamentale d'indemnisation du préjudice subi par le demandeur »¹⁸⁹.

251 Quand bien même la prévention serait un objectif secondaire par rapport à l'indemnisation, cela ne disqualifierait pas l'idée de Gerhard Wagner. On peut imaginer la coexistence de dommages-intérêts ayant des fonctions différentes, à condition bien entendu que le cumul des peines reste dans des mesures raisonnables.

252 Gerhard Wagner avance un argument supplémentaire en faveur des *preventive damages* : les parties ont la possibilité de s'entendre sur une clause pénale qui a une fonction préventive sur l'inexécution potentielle du contrat¹⁹⁰. Cet argument n'est pas convaincant pour Helmut Koziol car écrit-il « la clause pénale est contractuelle ; elle n'est ni la résultante d'une loi ni celle d'une décision judiciaire »¹⁹¹. Cette assertion est objectivement exacte mais en quoi constitue-t-elle un contre argument dès lors que la loi et les juges du civil autorisent et valident la clause pénale, et donc ses conséquences ?

253 Helmut Koziol considère que la prévention ne devrait en aucun cas être considérée en droit de la responsabilité quasi délictuelle. Des sanctions ayant pour seul objet la prévention sont acceptées en droit privé de la responsabilité contractuelle, mais il serait contre productif de mélanger deux domaines juridiques distincts. Par exemple, la règle relative à l'enrichissement injustifié semble plus adaptée que le droit de la responsabilité quasi délictuelle lorsque ce qui est en jeu est le gain et non le préjudice.

254 On fera remarquer que cette règle n'apporte rien au demandeur qui cherche à obtenir réparation de sa perte de chance car, selon le principe de la réparation intégrale, il ne pourra prétendre qu'au plus faible des deux montants entre sa propre perte et l'enrichissement injustifié du défendeur. La loi portant sur

¹⁸⁸ DOBBS Dan B., *The Law of Torts*, Hornbook Series, West Group, February 15, 2008.

¹⁸⁹ KOZIOL Helmut, As punishment aim has a strong case against it, is it possible to shift from punitive to preventive damages?, in. H. Koziol, V. Wilcox, *Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*, SPRINGER WIEN New York, 2009, p. 289 et s.

¹⁹⁰ WAGNER Gerhard, *op. cit.*.

¹⁹¹ KOZIOL Helmut, *op. cit.*

l'enrichissement injustifié ne pourrait remplir efficacement une fonction préventive que si, au delà de saisir les gains directs, elle était améliorée pour répartir les gains indirects entre le demandeur et le défendeur.

255 Helmut Koziol conclut que les dommages-intérêts préventifs - comme punitifs - « devraient (constituer) un chef de préjudice à part entière nouveau (...), le droit pénal devrait être amélioré pour intégrer toutes les demandes raisonnables de tels dommages-intérêts »¹⁹².

256 Il propose en substance trois possibilités concrètes :

- améliorer l'indemnisation du préjudice moral et de la perte probable mais non démontrable dans le droit de la responsabilité quasi délictuelle ;
- développer le procès privé en droit pénal et étendre les pénalités en droit administratif de sorte à respecter les principes fondamentaux du droit privé ;
- concéder à des associations représentatives le droit de réclamer au débiteur des dommages-intérêts punitifs - tout en évitant la duplication avec les demandes d'indemnisation de la victime - et de reverser tout ou partie des sommes obtenues aux autorités publiques ou aux organismes sociaux.

257 On reconnaîtra que, pour les entreprises, la prévention serait d'autant plus efficace qu'en matière de droit pénal, une amende ou pénalité ne peut être couverte par aucune assurance de responsabilité civile.

258 Notre étude ne nous permet pas de détailler le droit de la propriété intellectuelle. Toutefois, une brève incursion dans ce domaine nous permettra de tirer des enseignements de portée plus générale pour une prévention plus efficace.

259 On sait combien la propriété intellectuelle est vulnérable dans un contexte international. En la matière, le droit de la responsabilité délictuelle et la loi de l'enrichissement injustifié ont une capacité préventive tellement insuffisante, que les tribunaux accordent fréquemment en *punitive damages* l'équivalent du double de la redevance de licence habituelle.

260 Cette pratique, propose Helmut Koziol, pourrait être étendue aux biens physiques et aux services, de sorte que l'idée selon laquelle l'auteur du délit doit indemniser la victime à hauteur du double de sa rémunération raisonnable, « devrait théoriquement être étendue à tous les cas de détournement où le droit de propriété est particulièrement vulnérable et lorsque le paiement tardif de la redevance ne suffirait pas à dissuader de tels comportements »¹⁹³.

261 N'est-il pas contradictoire de faire cette proposition tout en affirmant que l'objet essentiel du droit de la responsabilité quasi délictuelle est l'indemnisation ?

¹⁹² *Idem.*

¹⁹³ *Ibidem.*

262 Non, répond Alessandro Scarso, si l'on tient compte des efforts et les frais considérables préalablement consentis par la victime pour identifier et poursuivre l'auteur du délit puis pour faire exécuter la décision de justice¹⁹⁴. Il considère au contraire que cette pratique permet « d'indemniser à hauteur de la pré-estimation raisonnable du préjudice réel » de sorte que la condamnation n'est plus « punitive » mais demeure « compensatoire ».

2. Le rôle de la fixation des dommages-intérêts et sort de l'argent

263 Il a été démontré précédemment que l'évaluation des dommages-intérêts fondée sur le seul préjudice de la victime demanderesse était réductrice en ce qu'elle négligeait :

- les anticipations et calculs de rentabilité de l'auteur de la faute ;
- le profit procuré au débiteur par son comportement sciemment fautif ;
- l'ampleur du dommage subi par la collectivité et engendré par ce comportement.

264 Cela revient donc, *in fine*, à exclure que la responsabilité civile remplisse une quelconque fonction en dehors de la réparation-plafond.

265 Condamner le défendeur fautif à des dommages-intérêts substantiellement supérieurs au préjudice subi par le demandeur n'est en rien contradictoire avec les fondements de notre droit positif puisque :

- aucun argument à l'encontre de ces dommages-intérêts (dits punitifs) ne peut en définitive être puisé dans le principe de la réparation intégrale ni dans la théorie de l'enrichissement sans cause ;
- chaque fois que les sommes allouées tendront pour partie à réparer le dommage causé à la collectivité, on évitera le *bis in idem* en défalquant de cette fraction du dédommagement l'amende précédemment infligée à hauteur, le cas échéant, de la part effectivement supportée par la personne défenderesse à l'action en dommages-intérêts punitifs.

3. L'engagement de la responsabilité civile

3.1. La responsabilité civile et l'effectivité de la loi

3.1.1. Profit illicite et rôle de la responsabilité civile

266 Le sort du profit illicite procuré par le comportement fautif appelle deux remarques. D'abord, comme on l'a déjà vu, il met en exergue la faiblesse répressive du refus des dommages-intérêts punitifs. Ensuite, si un profit

¹⁹⁴ SCARSO Alessandro P., Punitive damages in Italy, in. *Helmut Koziol, Vanessa Wilcox, Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*, SPRINGER WIEN New York, 2009, p. 103 et s.

demeure après condamnation, c'est évidemment une incitation à la faute délibérée, d'autant que la probabilité d'être rattrapé et, a fortiori, condamné est aujourd'hui très faible.

267 Seul un mécanisme confiscatoire créant une probabilité suffisante que la faute ne demeure pas lucrative lorsqu'elle est démasquée peut assurer une relative effectivité de la loi. La responsabilité peut donc remplir ici un rôle préventif qui aura un effet vertueux rendant inutiles de nombreux procès.

Selon Dany Cohen, il conviendrait de qualifier ces dommages-intérêts de « *confiscatoires ou de confiscatoires et dissuasifs (...) d'abord parce que cet adjectif rend mieux compte de ce qui est proposé ici (...), ensuite, (car) il aide à extraire ces dommages-intérêts de la gangue moralisante qui en travestit partiellement la fonction. (Ainsi), ils apparaissent mieux comme ce qu'ils devraient être : un mécanisme préventif, apte à déjouer les prévisions de rentabilité de la partie fautive et à contribuer à une plus grande effectivité de la loi, (quitte à fixer) la condamnation à un multiple du profit illicite pour tenir compte de (la faible) probabilité de se faire prendre et condamner* »¹⁹⁵.

268 Selon l'auteur, l'introduction de tels dommages-intérêts aurait trois effets bénéfiques :

- au-delà de la protection des consommateurs, elle pourrait endiguer certains comportements fautifs, voire prédateurs, de grandes entreprises vis à vis des petites ;
- au-delà des seuls fautifs, elle contribuerait à une plus grande effectivité de la loi car le signal serait reçu préventivement par les entreprises et par ricochet par les consommateurs ;
- on pourrait en attendre une baisse du recours à la voie pénale qui se révèle, à l'expérience, une solution, certes parfois spectaculaire, mais souvent de piètre efficacité.

3.1.2. *Domaine et conditions d'efficacité*

269 Tout mécanisme incitatif suppose que l'agent visé ait le choix. Cela explique et justifie que les propositions d'instauration de tels dommages ne prévoient d'en faire application qu'à des fautes lucratives commises sciemment. La faute ne pourra être jugée délibérée que si s'offrait à l'entreprise une alternative techniquement réalisable et financièrement viable : « Les dommages-intérêts confiscatoires perdant leur justification (et même tout sens) lorsque le défendeur est déclaré responsable sur la base d'une responsabilité sans faute,

¹⁹⁵ COHEN Dany, Punitifs, exemplaires, confiscatoires ou dissuasifs : Les dommages-intérêts affranchis du préjudice subi par le demandeur, in. *Liber Amicorum, Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 260.

(ils) auront pour effet de remettre en exergue la faute comme cause de responsabilité civile »¹⁹⁶.

270 Les conditions essentielles d'efficacité des dommages-intérêts punitifs sont au nombre de deux :

- impossibilité pour l'agent qui y est exposé de s'en prémunir en souscrivant une assurance couvrant ce risque. Comme on l'a déjà vu, l'article du projet Catala consacré à ces dommages-intérêts s'achève par cette phrase : « Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables »¹⁹⁷. Aux Etats-Unis, la situation varie d'un Etat à l'autre. Dany Cohen estime à 26 le nombre d'Etats qui « autorisent à s'assurer contre les conséquences d'une faute délibérée »¹⁹⁸. De plus, l'auteur suppose que cette courte majorité pour une licéité de l'assurance contre les dommages-intérêts punitifs « est, d'une part, une conséquence de l'époque révolue où ceux-ci pouvaient atteindre des montants pharamineux et, d'autre part, une assurance partielle (dans la mesure où), en pratique, les contrats d'assurance prévoient (...) un plafond d'indemnisation »¹⁹⁹.
- difficulté à les prévoir, ce qui implique qu'ils soient non plafonnés. C'est d'ailleurs l'analyse qu'a développé le TPIUE, et avant lui le TPICE, dans le domaine voisin des amendes infligées pour atteinte à la concurrence :

« Les objectifs de répression et de dissuasion justifient d'éviter que les entreprises soient en mesure d'évaluer les bénéfices qu'elles retireraient de leur participation à une infraction en tenant compte, par avance, du montant de l'amende qui leur serait infligée en raison de ce comportement illicite »²⁰⁰.

3.2. La mise en œuvre judiciaire de la sanction

271Il est évident que l'efficacité de l'institution nouvelle, si elle était décidée en France, dépendrait aussi des modalités pratiques de sa mise en œuvre. A la suite de Dany Cohen, nous nous contenterons d'en évoquer quatre²⁰¹.

3.2.1. L'instauration d'actions de groupe en droit français présenterait plusieurs avantages

272L'instauration d'actions de groupe en droit français présenterait plusieurs avantages dont celui de prendre en considération la multiplicité des victimes.

¹⁹⁶ *Idem*, p. 262.

¹⁹⁷ CATALA Pierre, *Op. cit.*, Art. 1371, p. 182.

¹⁹⁸ COHEN Dany, *op. cit.*, p. 262.

¹⁹⁹ *Idem*.

²⁰⁰ TPIUE, 8 avr. 2010, *Amann & Söhne GmbH & Co. KG c/ Cousin Filtrerie SAS*, aff. T-446/05, point 147. Voir déjà, dans le même sens, TPICE, 5 avr. 2006, *Degussa AG c/ Commission*, aff. T-279/02, JOCE 3 juin 2006, C 131/37, point 83.

²⁰¹ COHEN Dany, *op. cit.*, p. 264-269.

273 Sauf à choisir un système d'*opt out*, les dommages-intérêts punitifs constituent le complément indispensable pour conférer à l'action de groupe l'effet dissuasif souhaitable.

3.2.2. *Le contrôle de la Cour de cassation est nécessaire sur le montant des dommages-intérêts alloués par le juge du fond*

274 Les dérives observées aux Etats Unis puis leur correction par la Cour suprême confirment cette nécessité²⁰². Les termes de l'arrêt du 1er décembre 2010 impliquent aussi, pour l'avenir, une appréciation de l'excès par le juge de cassation²⁰³.

3.2.3. *L'attribution des sommes qui excèdent le dommage à l'Etat (ou une collectivité publique territoriale), aux victimes elles mêmes ou à une personne morale tierce est une embarrassante question.*

275 La première option est la plus discutable en droit car elle conférerait à l'instance civile une nature répressive. Elle n'aurait en définitive d'autre raison que le refus de voir les dommages-intérêts « excédentaires » aller aux victimes ou à une personne morale tierce.

276 La deuxième option est une possibilité qui n'est pas moins rationnelle que de laisser le fautif conserver son enrichissement illégalement acquis ; elle est certainement plus morale et surtout plus efficace sur le plan de la prévention.

277 La troisième option, enfin, a été retenue par certaines législations étrangères car elle présente le triple avantage de ne pas enrichir le demandeur, tout en conservant l'effet dissuasif aux calculs du défendeur et en évitant de prononcer *de facto* une amende inavouée au profit de l'Etat.

3.2.4. *Les procédures de clémence instaurées par la loi NRE*

278 **Les procédures de clémence instaurées par la loi NRE** du 15 mai 2001²⁰⁴ pour les entreprises fautives qui collaborent avec l'Autorité de la concurrence²⁰⁵ devraient permettre aux victimes de gagner du temps sur la démonstration de la faute et de se concentrer sur l'ampleur du dommage. Ces procédures s'inspirent toutes du programme de clémence américain qui fut proposé en 1978 par le ministre de la justice lors d'une conférence de presse durant laquelle il

²⁰² *State Farm Mut. Automobile Ins. Co v. Campbell*, 538 U.S. 408, 2003.

²⁰³ Cass. Civ. 1, 1er décembre 2010, n°09-13303

²⁰⁴ Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

²⁰⁵ Articles L. 464-2 IV et R 464-5 du Code de commerce

prononça cette formule restée célèbre : « Maintenant je serai gentil avec celles des entreprises qui viendront se dénoncer »²⁰⁶.

²⁰⁶ DIDIER Edouard, *Le droit des programmes français et européens de clémence*, Présentation au colloque CREDA du 19 janvier 2005, 2005.

Section 3 : Conflit entre fonctions préventive et punitive

279S'il est vrai que la fonction punitive est secondaire par rapport à la fonction préventive, il n'en reste pas moins, selon Louis Visscher, que les deux objectifs s'opposent à plusieurs niveaux comme pour mieux se compléter²⁰⁷.

280Prenons par exemple le comportement répréhensible. C'est évidemment un critère essentiel à prendre en compte pour la fonction punitive ; il n'est pas directement pertinent, en revanche, pour la fonction préventive, sauf si le caractère répréhensible est lié à l'illicéité des gains ou des coûts pour la Société.

281De même, la situation patrimoniale du défendeur est un facteur pertinent pour la punition car elle influence l'utilité perdue par le dit défendeur au moment où il versera les dommages-intérêts. Pour la prévention, en revanche, la situation patrimoniale n'est pas pertinente.

282Enfin la question de l'assurance doit aussi être traitée différemment selon l'optique. Dans l'optique de la prévention, rien ne devrait interdire que l'auteur puisse souscrire une assurance responsabilité civile pour couvrir les *punitive damages*. L'exigence de la punition est évidemment tout autre ; ici, l'auteur du préjudice doit ressentir l'utilité négative de l'obligation de le dédommager ; toute assurance couvrant les *punitive damages* contrarierait cette exigence, de sorte qu'aucune assurance ne devrait être autorisée pour « couvrir » la punition en tant que telle.

²⁰⁷ VISSCHER Louis T., Economic analysis of punitive damages, in. Helmut Koziol ; Vanessa Wilcox, Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives, *SPRINGER WIEN New York*, 2009, p. 219 et s.

Chapitre III : Efficacité économique comparée des systèmes de dommages-intérêts

283 Contrairement au droit, la théorie économique est aujourd'hui fondamentalement la même qu'elle soit enseignée à Berkeley, Bruxelles, Paris, Le Cap ou Lagos. Il est donc possible et pertinent de mesurer l'efficacité des différents systèmes juridiques (ou au moins de certaines dispositions de ces systèmes) avec les mêmes outils d'analyse économique.

284 Et si les dispositions juridiques sont différentes, alors elles doivent avoir des efficacités économiques différentes et on pressent que le critère d'efficacité ne sera pas le seul pris en compte par le législateur dans le choix de ces dispositions.

285 La *Law and Economics* (économie du droit) est, à l'origine, empreinte de *common law*. Elle connaît néanmoins un développement incontestable dans les pays de tradition civiliste. La Belgique, l'Allemagne voire l'Italie sont actifs dans la constitution d'une *Law and Economics* continentale très proche de l'économie du droit américain.

286 Cette discipline est d'autant plus intéressante pour comprendre la régulation juridique que, selon Thierry Kirat :

*« Elle adopte une perspective positive et n'omet pas d'intégrer la logique interne du droit. Elle ouvre une compréhension du contenu économique des règles du droit privé dans des domaines que la discipline du droit économique laisse aux marges »*²⁰⁸.

287 Selon Eric Brousseau et Farès M'hand, il n'y a pas de formes contractuelles efficaces, mais des couples contrats-institutions qui le sont plus que d'autres²⁰⁹. L'analyse, qu'elle soit normative ou positive, doit donc porter sur les formes contractuelles en référence aux dispositifs institutionnels les rendant exécutoires.

288 L'analyse économique du droit ne débouche pas systématiquement sur la démonstration de la supériorité de la règle anglo-saxonne, mais permet au contraire de produire des résultats nuancés et stimulants par rapport à certains débats doctrinaux.

289 Nous commencerons par définir le terme « efficacité » avant d'en préciser les critères. Puis nous montrerons que la place accordée à l'efficacité économique parmi les finalités des sanctions de l'inexécution du contrat est différente entre le droit français et le droit américain des contrats, mais aussi entre les différentes doctrines au sein même de ces droits.

²⁰⁸ KIRIAT Thierry, *Economie du droit*, La Découverte, 2012.

²⁰⁹ BROUSSEAU Éric, FARES M'hand, Règles de droit et inexécution du contrat, in. *Revue d'économie politique*, Vol. 112, 6/2002. URL: www.cairn.info/revue-d-economie-politique-2002-6-page-823.htm

290 Cela n'est pas encore suffisant pour conclure - dans tous les cas d'espèce - à la supériorité économique d'un système de sanctions par rapport à l'autre. C'est pourquoi nous comparerons l'efficacité économique des systèmes de sanctions successivement dans les dispositions suivantes : clauses pénales et limitatives de responsabilité, droit de la propriété, cadre procédural, financement des entreprises et recouvrement de créances.

Section 1 : Définitions et place de l'efficacité économique dans les différents systèmes juridiques

1. Effectivité et efficacité au sens premier (ou juridique) du terme

291 Les juristes utilisent davantage le terme effectivité dont la signification est souvent confondue avec celle d'efficacité. En droit l'effectivité est la « propriété qu'aurait une règle de produire des effets dans la réalité empirique »²¹⁰.

292 Cela vaut tout autant pour la sanction, que pour la règle à laquelle elle est attachée : « La sanction est ineffective si elle est prononcée ou déclarée, mais qu'elle demeure sans suite »²¹¹.

293 Une meilleure façon d'appréhender le phénomène de l'effectivité des règles juridiques consiste donc à « mesurer leur utilisation réelle »^{212 et 213} comparée à la volonté du législateur qui constitue en quelque sorte le modèle²¹⁴.

294 Cette mesure effectuée, il faut encore évaluer son efficacité, ce qui ne relève plus du simple constat mais du jugement de valeur. « Une norme juridique, une sanction par exemple, sera efficace si elle permet d'atteindre le but que son auteur lui avait fixé »²¹⁵. Par exemple, les dommages-intérêts versés en cas d'inexécution du contrat constituent une sanction efficace s'ils réparent le préjudice causé par le manquement du débiteur.

295 Toutefois, cette évaluation présente deux difficultés majeures.

296 La première est de déterminer la finalité poursuivie par la norme juridique. L'appréciation de l'efficacité des dommages-intérêts sera différente selon qu'on considère qu'ils doivent correspondre à la valeur de l'avantage promis qui n'a pas été fourni ou à la valeur du préjudice causé par l'inexécution.

297 La seconde difficulté inhérente à cette évaluation consiste à s'assurer que la fin supposée servie par la norme est réellement et pleinement atteinte. Pour reprendre notre exemple, il faudrait être certain que les méthodes employées

²¹⁰ de BECHILLON Denis, *Qu'est ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1^{er} Février 1997.

²¹¹ PERRIN Jean-François, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Librairie Droz, Genève, 1979, p. 93.

²¹² LASCOUMES Pierre, V^o effectivité, in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1993.

²¹³ RANGEON François, Réflexion sur l'effectivité du droit, in *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 126, spéc., p. 135 et s.

²¹⁴ MINCKE Christophe, *Effets, effectivité, efficacité et efficience du droit : le pôle réaliste de la validité*, RIEJ 1998, p.115, spéc., p 130.

²¹⁵ OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES Carole, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, n° 18, Paris, 2002, n° 18, p. 31.

Les références ci-dessus son rapportées par LAITHIER Yves-Marie, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, Paris, 2004, p. 18-19.

pour évaluer le préjudice réparable - et donc les dommages-intérêts - permettent effectivement de rétablir l'équilibre patrimonial rompu par l'inexécution et qu'il n'y ait pas d'autres causes à l'origine de ce résultat. Dans la pratique, il sera difficile - pour ne pas dire impossible - d'en être sûr.

298 En général l'efficacité d'une règle suppose son effectivité ; celle-ci est donc une condition nécessaire mais non suffisante de celle-là comme l'illustre l'affaire *Chronopost* dans laquelle on peut considérer que la sanction a bien été effective mais est restée inefficace pour améliorer la protection des cocontractants de cette société²¹⁶.

299 Dans cette affaire, la clause limitative de responsabilité - qui prévoyait le remboursement des frais d'envoi en cas de non respect des délais par le transporteur - réduit l'indemnisation, à un tel point qu'elle ne saurait réparer pleinement le préjudice subi par le cocontractant utilisateur du service.

300 Le préjudice du cocontractant ne saurait se limiter au simple retard dans la livraison ; il doit également tenir compte du fait que la vitesse de livraison, promise par *Chronopost*, constitue un élément essentiel du contrat. Cet élément essentiel implique que le préjudice subi par le cocontractant contient également un fort *reliance interest* que l'entreprise ne saurait ignorer et donc refuser d'indemniser.

2. Effectivité et efficacité au sens économique du terme (*efficiency* en anglais)

301 Un rapport de principe identique existe entre l'effectivité et l'efficacité entendue au sens économique du terme.

302 Alors que l'efficacité au sens premier du terme (eq. effectivité) permet d'apprécier l'adéquation du moyen que constituent les règles aux finalités qu'elles poursuivent, l'efficacité économique (*efficience*) indique leur rentabilité. Une règle est efficace économiquement si son utilisation procure plus de bénéfices qu'elle ne génère de coûts ; son utilisation permet donc une meilleure allocation des ressources²¹⁷. La règle efficace sera suivie si ce choix est bénéfique et elle sera violée dans le cas contraire. En fin de compte est efficace, une règle qui incite à adopter le comportement menant à la meilleure allocation de ressources. On peut donc concevoir - comme le fait la *common law* - qu'une violation de contrat devienne - dans des circonstances données - plus efficace que son exécution. C'est la théorie de l'*efficient breach* sur laquelle nous reviendrons.

303 Yves-Marie Laithier dénombre trois difficultés principales dans l'appréciation de cette efficacité.

²¹⁶ MOLFESSIS Nicolas, *Observations sous Com.*, 22 octobre 1996, RTD civ. 1998, p. 215.

²¹⁷ FONTAINE Marcel, *Fertilisations croisées du droit des contrats*, Etudes offertes à Jacques Ghestin, *Le Contrat au début du XXIème siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 347.

304Premièrement, l'exactitude de l'appréciation suppose un comportement rationnel au sens économique là encore. Non pas celui qui consiste à respecter la norme pour échapper à la sanction mais plutôt celui de l'agent économique rationnel qui cherche à maximiser sa satisfaction sous contrainte, avec pour conséquence ultime que les ressources sont réparties vers leur usage le plus productif²¹⁸. Il s'agit d'un axiome de la science économique et non d'un constat toujours vérifié empiriquement, loin s'en faut^{219 et 220}. Par conséquent, rien ne garantit qu'une règle théoriquement efficace le soit réellement.

305Deuxièmement, à supposer que le comportement soit rationnel, il ne sera véritablement efficace que si les bénéfices et les coûts de chaque branche de l'alternative sont évalués correctement. Ce qui implique de posséder les informations et les instruments fiables pour établir une prévision fidèle à la réalité.

306Troisièmement, après avoir défini l'efficacité par une « meilleure répartition des ressources », on doit encore en préciser les critères.

3. Critères définissant l'efficacité économique

307La meilleure répartition des ressources, la plus efficace n'est pas nécessairement la plus juste pour ce seul motif. A l'inverse, il n'est pas injuste d'être efficace. Puisque l'efficace ne se confond pas avec le juste, ce sont les économistes et non les juristes qu'il convient d'appeler pour définir l'efficacité²²¹.

308Selon les économistes britanniques Kaldor et Hicks, un acte est efficace s'il améliore la situation d'au moins un individu, quitte à détériorer celle d'un autre, à condition que la valeur du gain ainsi créé soit supérieure à la valeur des pertes subies par autrui. Les économistes considèrent qu'il ne leur appartient pas de dire les cas dans lesquels la compensation est due et ceux dans lesquels elle ne l'est pas ; ce serait le rôle des politiques et des juristes.²²²

²¹⁸ POSNER R. Allan, *Economic Analysis of Law*, 9th ed., New York, Aspen Publishers Inc., 2014, p. 3 et s.

²¹⁹ MONATERI Pier Giuseppe, La nature des anges et des hommes (l'arrière plan théologique des théories sur la rationalité en économie), *Mélanges Christian Mouly*, t. 1, Paris, LITEC, 1998, p. 123.

²²⁰ Le prix de la Banque de Suède en Sciences Economiques en Mémoire à Alfred Nobel 2017 a été attribué à Richard H. Thaler de l'Université de Chicago pour ses contributions à l'économie du comportement. Ses travaux ont notamment démontré l'influence de la rationalité limitée des agents économiques sur leurs décisions individuelles et sur les marchés en général.

²²¹ GORDLEY James, *The Moral Foundations of Private Law*, 47 *Am. J. Juris.* 1.

²²² FELDMAN Allan M., Kaldor-Hicks compensation, in P. Newman, (ed. by), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 2, London, Macmillan Reference Ltd., 1998, p. 417.

309 Concrètement, l'exécution d'un contrat est efficace si l'utilité de chaque partie est augmentée et que cette augmentation de richesse est supérieure à la valeur des éventuelles pertes subies par des tiers, que ces dernières soient réparées ou pas.

310 Le critère de Pareto est plus exigeant. Pour l'économiste et sociologue italien, une allocation des ressources est efficace s'il est impossible de modifier leur répartition afin d'améliorer la condition d'au moins une personne sans détériorer la situation d'une autre²²³.

311 En droit des contrats, la violation de l'obligation à des fins lucratives est efficace si la totalité du préjudice causé est réparée de telle sorte que les victimes sont exactement dans la même situation qui aurait été la leur si le contrat avait exécuté.

312 Au delà des reproches théoriques ou pratiques que l'on a pu faire à ces deux critères, selon Yves-Marie Laithier :

« Ils sont rarement appliqués avec rigueur par les juristes. Bien souvent dans la littérature juridique, le concept économique d'efficacité est simplifié pour finalement désigner comme inefficace la norme qui entraîne (...) un gaspillage des ressources et comme efficace celle dont l'utilisation (...) permet la création (nette) de richesse »²²⁴.

313 Gwendoline Lardeux note que l'efficacité tend à prendre plus d'importance dans la pratique du droit, notamment en *common law*, depuis les années 1990²²⁵.

314 En droit français, le juge cherchera à conserver un équilibre avec les deux piliers traditionnels du droit, à savoir la sécurité et la liberté (bonne foi et loyauté).

315 Après avoir précisé comment comprendre l'efficacité au sein des trois fonctions, on étudiera successivement la place de cette efficacité dans la *common law* américaine puis dans le droit civil français.

4. L'efficacité dans les trois fonctions du droit de la responsabilité civile

316 Nous avons décrit les trois fonctions, souvent contradictoires, du droit de la responsabilité civile : compensation, prévention et punition. L'économie du

²²³ FELDMAN Allan M., Pareto Optimality, in P. Newman, (ed. by), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 3, London, Macmillan Reference Ltd., 1998, p. 5.

²²⁴ LAITHIER Yves-Marie, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, Paris, 2004, p. 23.

²²⁵ LARDEUX Gwendoline (dir.), *L'efficacité du contrat*, Dalloz, 2011.

droit ajoute sa valeur propre à la compréhension de ces trois fonctions, ainsi que les décrit Thierry Kirat²²⁶.

4.1. Concernant l'indemnisation des victimes

317 Il y a un modèle d'économie du droit normative centrée sur le sujet-agent rationnel - tel que défini par Cooter en 1985²²⁷ ou Lemennicier en 1991²²⁸ - et un modèle d'économie du droit positive sensible à la fois au contexte institutionnel et aux recherches empiriques - tel qu'illustré par Priest en 1991²²⁹ ou Epstein en 1995²³⁰. L'interprétation économique normative (la plus courante), revient à poser en alternative des principes (assurance ou réglementation, assurance ou responsabilité, responsabilité stricte ou responsabilité pour faute) qui en réalité sont complémentaires.

4.2. Concernant la prévention des nuisances par l'incitation à la prudence

318 La responsabilité stricte rend l'auteur civilement responsable de l'externalité qu'il ait ou non commis une faute ; elle serait inefficace lorsqu'elle crée une distorsion des incitations et rend l'internalisation imparfaite ; elle inciterait les victimes à s'exonérer d'une prise de précaution puisqu'elles bénéficieraient d'une garantie d'indemnisation et les auteurs à ne pas faire preuve de toute la prudence nécessaire puisque celle-ci ne les exonérerait pas de leur responsabilité. La responsabilité stricte est notamment illustrée par l'économiste Lemennicier déjà cité et le juriste Engel en 1993²³¹.

319 La règle de négligence rend l'auteur civilement responsable uniquement lorsqu'il a commis une faute, c'est à dire qu'il a fait preuve de négligence en matière de prise de précaution par rapport à un standard légal ou optimal de comportement (*due care*) ; la Cour suprême fédérale, dans un jugement célèbre de 1947 rendu par le juge Learned Hand, énonce que « le *due care* n'est pas atteint tant que son coût demeure inférieur au coût anticipé de l'accident multiplié par sa probabilité »²³². Dans les cas plus complexes où l'accident est aussi le fait du comportement fautif de la victime (*contributory negligence*), il faut cumuler deux autres conditions pour emporter la responsabilité de l'auteur : le coût de précaution pour la victime doit être inférieur au coût anticipé de

²²⁶ KIRAT Thierry, *Economie du droit*, La Découverte, 2012.

²²⁷ COOTER Robert, *Unity in Tort, Contract, and Property: The Model of Precaution*, *California Law Review*, 73 (1), janvier 1985.

²²⁸ LEMENNICIER Bertrand, *Economie du droit*, CUJAS, 1991.

²²⁹ PRIEST George L., *The Modern Expansion of Tort Liability: Its Sources, Its Effects, and Its Reform*, in *Journal of Economic Perspectives*, 5 (3), été 1991, p. 31-50.

²³⁰ EPSTEIN Richard A., *Cases and Materials on Torts*, Law School Casebook series, 9th edition, LITTLE, BROWN and COMPANY, Boston, 2008.

²³¹ ENGEL Laurence, *Les nouvelles frontières de la responsabilité civile*, Notes de la Fondation Saint-Simon, février 1993.

²³² L. HAND, *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169, 1947.

l'accident et le coût de précaution pour la victime doit être supérieur au coût de précaution pour l'auteur. Le problème de la responsabilité pour faute est qu'elle sanctionne des comportements, alors que ce sont les activités qui créent des dommages. Elle conduit à n'internaliser les coûts sociaux que dans les cas (rares) où les dommages sont le résultat d'un comportement fautif.

320L'examen empirique mené par Guido Calabresi en 1965 montre qu'une indemnisation reposant sur la responsabilité civile stricte/sans faute (qui sanctionne un comportement, internalise les coûts et indemnise les victimes) peut se cumuler avec une sanction reposant elle sur la responsabilité pénale (qui sanctionne un acte fautif et incite à la prudence)²³³. Ce double mécanisme permettrait de distinguer entre les activités utiles (qui produisent des gains sociaux en contrepartie de leur dangerosité) et les activités dites *useless*, dont l'utilité est faible ou nulle.

4.3. Concernant la répartition des risques dans la société

321Il a été dit plus haut que la fonction punitive - en elle même - ne joue pas un rôle essentiel dans l'analyse économique du droit. Ici, on doit donc comprendre cette troisième fonction comme un moyen efficace de répartir les risques dans la société.

322En première instance, les coûts des accidents et des dommages sont supportés soit par la victime (responsabilité pour faute lorsqu'il n'y a pas faute de l'auteur), soit par l'auteur (responsabilité stricte et responsabilité pour faute lorsqu'il y a faute de l'auteur), soit par la collectivité (lorsque le risque fait l'objet d'une couverture par un système d'assurance sociale).

5. L'efficacité tient une place considérable dans la common law

323L'efficacité occupe une place de premier plan dans le jeu des sanctions de l'inexécution du contrat en *common law*. Présente ponctuellement dans la loi, l'exigence d'efficacité est manifeste en jurisprudence, souvent implicitement, mais parfois même explicitement et de façon élaborée. Aux Etats-Unis notamment, les études d'analyse économique du contrat pénètrent dans la motivation des décisions de justice²³⁴. Le régime des remèdes est établi de façon à ce que le débiteur puisse ne pas respecter ses engagements si

²³³ CALABRESI Guido, The decision for accidents: an approach to non fault allocation costs, in. *Harvard Law Review* 78 (4), Harvard Press, 1965, p. 713-745.

²³⁴ Voir notamment *Centric Corp. V. Morrison-Knudsen Co.*, 731 P.2d 731 P.2D 411, 1986 OK 83, 1986.OK.0040295, p. 413 et s. : « des négociations difficiles, des violations efficaces et des résolutions raisonnables de bonne foi des différends sont acceptables, voire souhaitables, dans notre système économique ».

l'inexécution lui procure un bénéfice net²³⁵. Au niveau social permettre ces *efficient breaches* correspond à une volonté politique forte de ne pas faire obstacle à la création de richesse dans la Société.

324Concomitamment la majorité de la doctrine américaine a mis l'accent sur l'appréciation des effets économiques des règles formant le droit des contrats²³⁶.

325Deux courants de doctrine juridiques distincts coexistent, chacun inspiré par un courant de la pensée économique.

326Selon le premier, influencé par l'analyse économique néo-classique, le contrat est un moyen d'effectuer des échanges économiques, donc de créer de la richesse tant pour les parties que pour la société^{237et238}. C'est grâce aux échanges et aux contrats, supposés conclu par des individus rationnels désireux d'accroître leur satisfaction, que l'on tend vers une répartition efficace des biens et services.

327L'analyse économique corrobore des règles juridiques bien établies. A propos de l'inexécution du contrat, les partisans de cette analyse soutiennent que le régime des sanctions doit être établi de façon à permettre une allocation efficace des ressources²³⁹. Il doit donc être tel que « le débiteur pourra ne pas exécuter ses obligations, moyennant compensation du préjudice, dans les cas, et seulement dans les cas où l'inexécution est efficace »²⁴⁰.

328Le second prend davantage en compte le rôle actuel de l'Etat et l'idéal de justice sociale. En 1995, Collins formalise le mieux ce courant de pensée et affirme que la vision néo-classique est excessivement réductrice²⁴¹. Pour l'auteur, il est impossible de ramener le contrat à un instrument de maximisation de la richesse. Le contrat n'est pas non plus le seul moyen de répartir la richesse, puisque l'Etat-providence redistribue aussi les ressources.

²³⁵ *Restatement (Second) of Contracts*, Chapter 16, *Introductory Note*, p. 100 : « en général, une partie peut trouver un avantage à refuser d'exécuter un contrat s'il a encore un gain net après avoir entièrement indemnisé la partie lésée pour la perte subie ».

²³⁶ FARNSWORTH Edward Allan, *Contracts*, 3rd ed., New York, Aspen Publishers, Inc., 2004, (Supplement, New York, Aspen Law and Business, 2002).

²³⁷ ATIYAH P.S., *An Introduction to the Law of Contract*, 5th ed., Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 3 et s.

²³⁸ HARRIS Donald, CAMPBELL Davis, HALSON Roger, *Remedies in Contract & Tort*, 2nd ed., London, Butterworths 2002, p. 6.

²³⁹ HARRIS Donald, CAMPBELL Davis, HALSON Roger, op. cit., p. 10 : « La fonction de la loi de l'indemnisation constitue (...) à fournir un cadre qui permettra de briser les situations de maximisation de la richesse ».

²⁴⁰ KAPLOW Louis, SHAVELL Steven, *Fairness versus Welfare*, 114 *Harvard Law Review* 961, 2001, spéc., p. 1103 : « les parties doivent être incitées à exécuter leurs contrats lorsque l'exécution serait bénéfique, mais ne devraient pas être encouragées à le faire lorsque l'exécution réduirait leur bien-être ».

²⁴¹ COLLINS Hugh, *The Law of Contract*, 4th ed., Oxford, Clarendon Press, 2003, p. 10 et s.

329L'ambition de ce second courant n'est pas a priori de rejeter en bloc les thèses du premier mais de bâtir une théorie autour de trois grands axes - les rapports de force entre les parties, la justice (*fairness*) et l'équilibre du contrat, la coopération entre les cocontractants - et de montrer que le but du droit des contrats est de protéger les attentes raisonnables des parties, quitte à s'écarter de ce qu'elles avaient convenu. Les sanctions de l'inexécution donnent lieu à une analyse partagée entre, d'un côté, l'exigence d'efficacité comme dans l'analyse néolibérale et, de l'autre, la prise en compte des trois autres axes mentionnés.

6. En droit civil, l'efficacité brille encore par sa discrétion même si un mouvement est perceptible

330Ce courant de pensée rejoint les préoccupations d'une partie de la doctrine française contemporaine bien que celle-ci évoque encore trop rapidement - lorsqu'elle ne les ignore pas totalement - les considérations économiques. D'après Christian Atias, les juristes français dévient aux réalités économiques toute « valeur justificative autonome »²⁴². Des raisons profondes, presque philosophiques, expliquent ces réticences. On considère que le droit n'est pas qu'une technique de résolution des conflits censée donner lieu à des solutions efficaces ou une règle que l'on manipule selon le bénéfice escompté²⁴³. C'est aussi une norme respectable en soi.

331On ne peut que souscrire intellectuellement à cette ambition louable. Malheureusement, elle est confrontée aux observations quotidiennes les plus élémentaires de la vie des affaires. Combien de grandes fortunes contemporaines se sont constituées par instrumentalisation du droit - des droits devrait-on dire ? Combien de grandes entreprises, entourées des meilleurs conseils, optimisent la création de richesse pour leurs actionnaires ou leurs dirigeants en utilisant astucieusement les règles de droit sans jamais les enfreindre ? C'est donc bien que, malgré le choix législatif de ne pas faire de l'efficacité économique le critère de la résolution du contentieux contractuel, il reste une place pour des formules contractuelles d'optimisation juridique permettant d'atteindre cette efficacité.

332Outre-Atlantique, la violation de la règle entre dans le champ des possibles factuellement, il suffit d'en payer le prix et ce n'est qu'une stratégie parmi d'autres²⁴⁴. De sorte que la théorie de la violation efficace a pu y prospérer alors qu'elle intéresse encore peu la doctrine française - lorsqu'elle n'est pas tout simplement jugée scandaleuse.

²⁴² ATIAS Christian, *Philosophie du droit*, Paris, 4^{ème} édition, PUF, coll. Thémis, 2016, p. 301.

²⁴³ BARNES David W., STOUT Lynn A., *Cases and Materials on Law and Economics*, St Paul, West Group, 1992, p.1.

²⁴⁴ FERRARESE Maria Rosaria, An Entrepreneurial Conception of Law? The American Model through Italian Eyes, in *Nelken D., (ed. by), Comparing Legal Cultures*, Aldershot, Dartmouth, 1997, p. 157-176.

333 Là encore, quiconque pratique le droit en entreprise ne peut qu'observer la fréquence croissante avec laquelle cette violation efficace survient y compris en France. Il existe bien sûr plusieurs causes à cela : les marchés de plus en plus globalisés et volatiles, les cours fluctuants de l'énergie et des matières premières, l'accès instantané à une information en ligne quasi infinie, etc. Chacune de ces raisons déséquilibre fortement l'économie d'un contrat signé dans des conditions données. On ne peut toutefois exclure que les acteurs économiques, parfaitement lucides de la faiblesse de notre droit en la matière, intègrent dans leur stratégie commerciale la possibilité de contracter sans avoir jamais l'intention d'exécuter, aux seules fins, par exemple, d'empêcher un concurrent d'entrer sur le marché. Doit-on qualifier ce comportement de pure mauvaise foi ou simplement d'opportunisme face à la longueur des procédures et à la modestie encore fréquente des sanctions - dommages-intérêts notamment - prononcées par nos tribunaux ?

334 Depuis le début des années 2000, une frange croissante²⁴⁵ de la doctrine française intègre toutefois l'efficacité (économique) parmi les règles de bon sens du droit²⁴⁶. Il s'agit de faire prendre conscience d'abord que l'application des sanctions entraîne des coûts variables de l'une à l'autre, ensuite d'intégrer ce paramètre dans le raisonnement juridique et enfin, de reconnaître que les conséquences économiques peuvent, le cas échéant, justifier à elles seules le choix d'une solution. Le but est d'adapter le droit à l'économie, et non de le soumettre à elle²⁴⁷. Cette démarche s'applique naturellement au droit des contrats, ainsi que l'exprime Guy Canivet : « Dans une économie mondiale, le droit n'est pas seulement l'environnement dans lequel un bien ou un service est distribué (...). Le droit tend à devenir (...) un élément parfois important du bien ou du service distribué. De ce fait, le droit est, lui aussi, soumis à la recherche du meilleur rendement dans un marché concurrentiel »²⁴⁸. Plus loin, l'auteur tient un propos plus audacieux encore :

*« Une justice moderne est une justice qui intègre les conséquences économiques dans la formation de ses décisions (et) une justice selon laquelle la jurisprudence adapte la règle selon des considérations économiques »*²⁴⁹.

²⁴⁵ FRISON-ROCHE Marie-Anne, *Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique*, RTD civ. 1998, p. 43, sdpéc., n° 31, p. 53.

²⁴⁶ LE TOURNEAU Philippe, CADIET Louis, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, Paris, 2002, n° 45.

²⁴⁷ LUCAS DE LEYSSAC Claude, PARLEANI Gilbert, *Droit du Marché*, Paris, PUF, coll. Thémis, 2002, p. 5.

²⁴⁸ CANIVET Guy, L'efficacité des systèmes juridiques, in *Colloques et Conférences Juridiques et Judiciaires franco-tchèques 1999/2000*, p. 51.

²⁴⁹ *Idem*, p.62 et 63.

7. L'efficacité du contrat découle directement de l'efficacité des sanctions

335 Selon Yves-Marie Laithier :

« Si le contrat est ce type d'accord de volontés qui légalement formé a force obligatoire, et si la force obligatoire signifie que les cocontractants sont liés sous la sanction du droit, alors mesurer ou déterminer l'efficacité des sanctions revient en partie à mesurer ou déterminer l'efficacité du contrat en tant qu'instrument juridique »²⁵⁰.

336 Notre étude ne portant pas sur l'exécution forcée en nature, nous partirons de l'analyse des dommages-intérêts sous l'angle de leur efficacité afin d'apprécier l'efficacité du contrat qui en est l'origine. L'efficacité est entendue ici dans son acception économique. Une sanction est communément tenue pour efficace économiquement si elle permet une meilleure allocation des ressources. Les dommages-intérêts seront ainsi qualifiés d'efficaces s'ils permettent d'atteindre le but juridique visé (la réparation intégrale du préjudice en l'occurrence) au moindre coût collectif. Cela revient donc à optimiser l'évaluation du dommage dit réparable et, le cas échéant, à en aménager la définition selon le droit français. Il apparaît alors très clairement que déterminer l'efficacité des sanctions, et donc du contrat, nous amènera à dire si celles-ci, et donc celui-ci, contribuent à créer de la valeur globalement, tant pour les cocontractants que pour la collectivité.

337 Les deux notions - efficacité juridique et efficacité économique - sont complémentaires dans le sens où, ainsi que l'écrit Yves-Marie Laithier :

« La proportionnalité juridique doit être conçue comme un rapport objectif corrigé par des facteurs subjectifs ; le rapport objectif entre le coût de la sanction supporté par le débiteur et l'intérêt du créancier ou le dommage qu'il a subi ; les facteurs subjectifs pondèrent ce rapport en fonction du comportement plus ou moins intentionnellement fautif des parties »²⁵¹.

²⁵⁰ LAITHIER Yves-Marie, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, Paris, 2004, p. 31 et 361.

²⁵¹ *Idem*.

Section 2 : Efficacité économique comparée des systèmes de sanctions dans certains domaines de la responsabilité contractuelle des entreprises

338 Notons tout d'abord avec Laurent Aynès que la sensibilité à cette question est très différente selon que l'on se situe hors ou dans le champ du droit des affaires.

« Hors du droit des affaires, on constate en droit français un rapprochement des régimes contractuel et délictuel pour certains types de responsabilité : les dommages à la personne, où il y a une obligation de sécurité, et les responsabilités professionnelles (médecins, avocats, notaires), où ces responsabilités échappent à l'ordre contractuel.

Pourquoi ces deux domaines - responsabilités professionnelles et dommages à la personne - sont-ils les seuls où les deux ordres se rejoignent ?

On peut l'expliquer par le fait que les professionnels ont des devoirs qui dépassent leur contrat : le médecin, le notaire ou l'avocat etc. a une responsabilité en sa simple qualité de professionnel (et a fortiori en tant qu'officier public pour le notaire). Il y a deux idées derrière cette explication :

Une idée théorique : quand ils commettent une faute professionnelle, ils ne font pas que violer un contrat, ils ont une responsabilité vis à vis de la loi, de l'ordre public ;

Une idée pratique : c'est la volonté des tribunaux de faire voler en éclat toutes les clauses de limitations ou exonératoires de responsabilité pour avoir un régime quasi légal dans la responsabilité professionnelle.

On retrouve ces deux mêmes idées dans la Directive sur la responsabilité induite par les produits défectueux. C'est un régime qui repose sur la responsabilité générale : vous introduisez un produit dangereux, vous avez une responsabilité. Il ne faut en aucune manière qu'on puisse buter sur une clause limitative ou exonératoire de responsabilité »²⁵².

339 Laurent Aynès poursuit :

« Au contraire, le droit des affaires reste plus attaché à la prévision et aux attentes du créancier ; on retrouve cette distinction entre ce qui était prévu dans le contrat et ce qui ne l'était pas pour déterminer la responsabilité contractuelle. Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont en principe efficaces.

²⁵² Praticien n°4 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 10.1, p. 79.

Le droit français cependant, chemin faisant, a mis un certain nombre de limites à cette efficacité par exemple concernant la faute lourde ou intentionnelle dont la responsabilité ne peut être ni limitée ni exonérée. Pour la faute lucrative nous n'en sommes pas encore là en droit, mais la jurisprudence y vient. Le projet Catala a été rédigé sur cette partie par Geneviève Viney qui est très attachée à la faute lucrative.

Dans la conception américaine, la réparation intégrale inclut la faute lucrative. Dans un exemple ou deux opérateurs américains dans la chimie où l'un a commis une faute sur la composition du produit on discute de la faute en droit américain car en droit français il n'y aurait pas de faute puisque le produit n'a pas été commercialisé. Dans ce cas il n'y a pas de contrat, c'est juste la propriété intellectuelle. Les Américains disent qu'il faut rendre l'avantage que présente pour le contrefacteur l'acquisition de cette technologie (restitution interest). Alors qu'en France, la responsabilité n'est pas de rendre son profit mais simplement d'exécuter ses engagements »²⁵³.

1. Clauses pénales et clauses limitatives de responsabilité

L'efficacité relative du droit civil est-elle en train de disparaître au profit d'une équité convergente avec la *common law* ?

340 En acceptant une clause pénale, l'entrepreneur communique à son client son sérieux et lui offre une garantie sur la qualité et les délais de son travail. Les pénalités sont par définition plus élevées que le préjudice, le client n'aura donc pas besoin de recourir aux tribunaux pour évaluer son préjudice.

341 Du point de vue économique, cela revient à maximiser la richesse produite au moindre coût, c'est-à-dire l'efficacité.

342 Ces pénalités visent aussi à dissuader de recourir à l'*efficient breach*. Est-ce contradictoire avec la recherche d'efficacité économique ? Bien au contraire si l'on considère que l'*efficient breach* instaure une insécurité dans le contrat et donc fragilise le droit de la propriété.

343 C'est la raison pour laquelle les systèmes juridiques de tradition civiliste tendent à rejeter l'*efficient breach* et réservent à l'exécution en nature un rôle plus important que ne le fait la *common law*.

²⁵³ Praticien n°4 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 10.2, p. 79 et s.

1.1. La construction d'un modèle théorique efficace

344 Dans son étude sur l'efficacité comparée, Ugo Mattei rappelle :

« L'approche caractéristique de l'économie du droit comparée consiste à construire un modèle d'institution juridique efficace auquel on compare ensuite les différents systèmes juridiques ayant cours dans le monde réel. (...) Ainsi, un modèle efficace ne restreint pas la liberté contractuelle des parties, que ce soit sur les clauses pénales ou sur les clauses limitatives de responsabilité comme sur toute autre clause d'ailleurs »²⁵⁴.

345 La plupart des systèmes juridiques traitent symétriquement ces deux types de clauses alors qu'elles introduisent des incitations économiques diamétralement opposées :

- la valeur de la clause pénale est par définition supérieure à la valeur objective (et parfois même à la valeur subjective) du préjudice. Elle protège le droit de la propriété en introduisant une incitation efficace à tenir ses engagements ;
- à l'inverse, la clause limitative de responsabilité n'encourage pas la partie qui s'engage à « faire tout ce qui est raisonnablement en son pouvoir » pour tenir ses engagements. Dans certains cas elle peut même être une incitation à rompre le contrat.

346 On voit que la clause pénale joue un rôle social important :

- elle offre un degré supplémentaire de liberté contractuelle *ex-ante* ;
- elle accroît l'efficacité économique en ce qu'elle permet d'éliminer les négociations inutiles entre parties et donc de réduire les coûts de transaction (au sens économique d'échange, de contrat) ;
- elle contribue à réduire le contentieux et donc l'encombrement juridictionnel *ex-post*.

347 Selon Ugo Mattei, « un système juridique efficace devrait donc autoriser de telles clauses, ou au moins dire très clairement *ex-ante* si elles sont compatibles avec son système de valeur »²⁵⁵.

1.2. Un premier système pratique extrême et efficace : le Code Napoléon

348 Le Code Napoléon est historiquement le premier modèle qui traite symétriquement ces deux types de clauses. Cela traduit la vision juridique des pénalités comme une forme de remède à l'inexécution plutôt qu'un dispositif

²⁵⁴ MATTEI Ugo, Second study on comparative efficiency: penalty clauses and liability limiting clauses, in. *Ugo Mattei, Comparative Law and Economics*, The University Of Michigan Press, 1997, p. 179 et s.

²⁵⁵ MATTEI Ugo, article cit.

rendant obligatoire l'exécution en nature. Pour l'essentiel, le Code Napoléon met en oeuvre le modèle efficace.

1.3. Un second système pratique extrême et opposé : la *common law*

349La *common law* n'autorise pas les clauses pénales. Cette contradiction avec l'esprit de la liberté contractuelle entre les parties est un accident de l'histoire juridique. Le Ministre de la Justice cherchait à éviter les souffrances physiques et les échanges *in terrorem*. Malheureusement cela a mené à une conséquence extrême : avec l'évolution de la *common law*, toutes les clauses pénales sont considérées *in terrorem* ; seul le juge peut décider l'exécution en nature ou l'exécution par équivalent. Cette approche est symbolisée aux Etats-Unis par les sections 356 du *Restatement (Second) of Contracts* et 2-718 du UCC ; elle se retrouve également dans la jurisprudence des autres pays de *common law* en Angleterre²⁵⁶, en Australie²⁵⁷, en Irlande²⁵⁸ et au Canada²⁵⁹.

350Au contraire, la *common law* autorise les clauses limitatives de responsabilité.

351Cela a au moins le mérite de la clarté et permet de vérifier le théorème de Coase : « en l'absence de coût de transaction (au sens économique d'échange, de contrat) et avec une répartition claire des droits de propriété, la négociation entre les agents aboutit à une allocation efficace des ressources »²⁶⁰.

1.4. Des systèmes intermédiaires plus réalistes

352Le modèle efficace peut être dangereux s'il est confié à des juges ayant une culture juridique insuffisante pour modérer comme il se doit des clauses pénales excessives. Toujours est-il que, les excès auxquels ont mené des interprétations extrêmes de la liberté contractuelle, justifient que cette même liberté ait décliné, et les clauses pénales avec elle. En conséquence, le modèle efficace promu par le Code Napoléon a été abandonné partout.

353Dans la *common law* d'origine, une distinction était faite entre dommages-intérêts et pénalités. De sorte que la procédure anglo-américaine fut très vite

²⁵⁶ *Dunlop Pneumatic Tyre Company v New Garage & Motor Co* [1915] AC 79 House of Lords. ; Voir aussi *Cavendish Square Holding BV v Tala el Makdessi et ParkingEye Limited v Beavis* [2015] UKSC 67.

²⁵⁷ La Cour Suprême australienne cite l'arrêt *Dunlop v New Garage* précité dans *Ringrow Pty Ltd v BP Australia Pty Ltd* [2005] HCA 71, section 12.

²⁵⁸ La Cour Suprême irlandaise cite l'arrêt *Dunlop v New Garage* précité dans *O'Donnell v Truck and Machinery Sales Limited* 1998 4 IR 191.

²⁵⁹ La Cour Suprême du Canada adopte une approche similaire dans *Elsley v. J.G. Collins Ins Agencies*, [1978] 2 S.C.R. 916, 946.

²⁶⁰ COASE Ronald, *L'Entreprise, le marché et le droit*, Editions D'organisation, Paris, 15 septembre 2005 (Trad. de *The Firm, the Market and the Law*, 1988).

privée des aspects les plus efficaces induits par l'interdiction sans appel du Code Napoléon.

1.5. Le rôle nouveau et croissant des tribunaux

354 Une véritable révolution est à l'oeuvre dans la pratique de la responsabilité contractuelle ; elle voit la disparition d'un modèle d'organisation social (le contrat comme unique instrument de réglementation) au profit d'un autre (le gouvernement des juges dans lequel les parties doivent rechercher un accord entre elles *ex-ante* puis avec les tribunaux *ex-post*, malgré l'aléa inhérent à toute démarche judiciaire).

355 « Cette concurrence entre les parties et les tribunaux explique la convergence moderne de tous les systèmes juridiques vers l'inefficacité » écrit Ugo Mattei²⁶¹.

356 En effet aucune efficacité ne peut justifier une telle intervention des tribunaux, ni une telle restriction au consentement des parties : on assiste à la victoire de l'équité sur l'efficacité.

1.6. Comparaison entre *common law* et droit civil

357 Le phénomène décrit au paragraphe précédent est relativement récent en droit civil alors qu'il est bien établi en *common law*.

358 En effet, le droit civil est à certains égards un modèle moins inefficace que la *common law*.

359 Par exemple, en droit civil moderne, un débiteur qui envisagerait de manquer à ses engagements serait immédiatement informé par son avocat que le tribunal ne révisera probablement pas la clause pénale de manière significative, s'il la révisé ; le débiteur sera donc enclin à tenir ses engagements. En revanche, en *common law*, l'avocat dira à son client que la clause pénale sera probablement invalidée par le tribunal, ce qui incitera le débiteur à manquer à ses engagements.

360 Un extrait d'un article de Charles Calleros illustre ce propos : « Bien que le système de *common law* américain - et le UCC - autorise les dommages-intérêts punitifs pour les actes imprudents ou intentionnels, ils ne permettent pas à un jury de prononcer des dommages-intérêts punitifs pour la violation d'un contrat ni d'appliquer une clause contractuelle comprenant des dommages-intérêts punitifs. Cette approche s'inscrit dans une ancienne pratique de la *Chancery* qui prononçait des dommages-intérêts équitables afin d'indemniser les *penal bonds* et s'est plus récemment trouvée justifiée comme moyen de facilitation de la violation efficace du contrat. L'efficacité économique peut néanmoins être atteinte même si les dommages-intérêts punitifs pouvaient être prononcés en cas

²⁶¹ MATTEI Ugo, *op. cit.*

de violation volontaire, car les parties auraient eu une incitation à négocier une sortie du premier contrat afin de faciliter le partage du surplus offert par l'émergence d'une opportunité contractuelle. En outre, la négociation d'une clause pénale obligatoire autoriserait certaines parties à maximiser leur utilité en échangeant un signal d'assurance de l'exécution en contre-partie d'un frais supplémentaire. De plus, l'expérience française invite à adopter un regard neuf car - bien qu'elle interdise généralement les dommages-intérêts punitifs d'origine judiciaire en matière civile que ce soit en matière de responsabilité délictuelle ou contractuelle - elle protège la liberté contractuelle ainsi que l'autonomie des parties en exécutant la clause pénale. Le tribunal peut néanmoins réduire une clause pénale excessive. En prenant exemple sur l'approche française, les tribunaux américains et les législateurs devraient reconsidérer leur refus d'appliquer les clauses pénales librement négociées et devraient les appliquer dans la mesure où elles permettent aux parties de maximiser leur utilité collective »²⁶².

361 Alors que la *common law* américaine applique les dommages-intérêts punitifs en matière délictuelle en cas de négligence ou de faute intentionnelle, elle ne permettra pas à un jury d'envisager ces dommages-intérêts punitifs en matière contractuelle ni n'autorisera une clause pénale. Cette approche a des origines historiques mais elle a trouvé une justification plus récente dans la rupture contractuelle efficace (*efficient breach*).

362 Or, l'efficacité économique pourrait aussi être obtenue en autorisant les dommages-intérêts punitifs judiciaires en cas de rupture contractuelle intentionnelle car ceux-ci inciteraient les parties à négocier la sortie du contrat initial en partageant le surplus offert par la nouvelle opportunité contractuelle. De plus, négocier une clause pénale ayant force obligatoire permettrait à certains débiteurs de maximiser leur utilité en faisant payer au créancier le prix de cette « garantie d'exécution ».

363 Enfin, l'expérience française invite à porter un regard nouveau sur les dommages-intérêts punitifs. Certes, le droit civil n'autorise généralement aucun dommages-intérêts punitif judiciaire, que ce soit en responsabilité civile délictuelle ou contractuelle. Toutefois, il respecte la liberté contractuelle et l'autonomie des parties en faisant appliquer la clause pénale, dans la mesure où elle n'est pas jugée excessive. « En s'inspirant de l'approche française, les tribunaux et législateurs américains devraient reconsidérer leur position et faire appliquer les clauses pénales librement négociées tant qu'elles permettent aux parties de maximiser leur utilité collective »²⁶³.

364 Comme nous l'avons déjà dit, le droit civil n'invalide pas la clause pénale en tant que telle. Le seul contrôle exercé par ses juges s'effectue au moment de l'exécution : dans le cas où la clause pénale est manifestement exagérée, les juges peuvent la réduire. Ainsi comme déjà vu, l'article 1152 du Code civil dispose que « lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter

²⁶² CALLEROS Charles R., Punitive Damages, Liquidated Damages, and Clauses Pénales in Contract Actions: A Comparative Analysis of the American Common Law and the French Code Civil, in. *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 32, 2006.

²⁶³ *Idem*.

payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite ».

365 En *common law*, à l'inverse, les juges invalident l'ensemble de la clause s'ils considèrent que le montant retenu à la signature du contrat est exagéré par rapport au préjudice estimé²⁶⁴.

366 Dans les cas où le préjudice n'est pas quantifiable (préjudice moral), les juges du droit civil conservent la clause pénale alors que ceux de la *common law* l'invalident.

367 Dans ces deux cas, on observe donc que la *common law* est plus inefficace que le droit civil : elle incite plus le débiteur à manquer à ses engagements quitte à aller au contentieux ensuite pour tenter de faire annuler la clause pénale, introduisant ainsi une insécurité inefficace.

368 En conclusion, selon Ugo Mattei²⁶⁵, « les systèmes juridiques en général, et la *common law* en particulier, sont méfiants envers les clauses pénales non pour des raisons de politique économique - on a vu que ces clauses induisaient une efficacité accrue - mais pour des raisons purement idéologiques » :

- la réticence de plus en plus grande des tribunaux à abandonner leur pouvoir de décision, notamment celui de punir, peut expliquer l'évolution récente du droit civil vers la croyance en un rôle accru des juges ;
- la réticence établie des tribunaux en *common law* à se fier aux individus pour appliquer le droit de la responsabilité contractuelle peut expliquer leur intérêt appuyé pour la politique et leur intervention dans l'accord des parties allant jusqu'à privilégier les dommages-intérêts plutôt que les pénalités, ou même l'exécution en nature, en cas de préjudice.

2. Droit de propriété, cadre procédural, financement des entreprises, recouvrement de créances... avantage à la *common law* ?

2.1. Le règlement des litiges civils portant sur le droit de propriété

369 Les règles relatives à la responsabilité sont l'occasion d'une analyse de la mise en œuvre du principe de compensation dans de nombreux compartiments du droit civil. Cette analyse se situe dans une tension entre l'allocation des coûts des dommages et l'incitation à la prise de précaution. Elle est pertinente pour

²⁶⁴ Voir par exemple *Sybron Corp. v. Clark Hosp. Supply Corp.*, Court of Appeal, Second District, Division 2, California, 18 janvier 1978 ; Plus récemment *Greentree Financial Group, Inc. v. Execute Sports, Inc.*, Court of Appeal, Fourth District, Division 3, California, 6 mai 2008, modifié le 28 mai 2008.

²⁶⁵ MATTEI Ugo, *op. cit.*

notre étude car elle inclut le champ de la responsabilité contractuelle, même si elle le dépasse largement.

370 Guido Calabresi et Douglas Melamed ont expliqué dans leur article fondateur en 1972 les deux phases que le système juridique américain doit suivre en matière normative²⁶⁶ :

- décider de l'attribution d'un droit (*entitlement decision*) ;
- assurer la protection du droit ainsi attribué (*corrective justice question*).

371 Le droit ainsi attribué peut revêtir trois formes correspondant chacune à une modalité d'action procédurale différente :

- **Un droit absolu de propriété** (*property rule*)

L'action en injonction vise à mettre fin à la nuisance ; des arrangements négociés sont possibles mais le plaignant n'y est pas tenu ; c'est la procédure de marché qui prime. Le droit absolu de propriété permet d'en soumettre le transfert à la nécessité d'un accord collectif entre toutes les parties : la cession de la propriété d'une maison (comme la conclusion de tout autre convention) ne saurait avoir lieu sans accord de l'acheteur et du vendeur :

- **un droit relatif de responsabilité civile** (*liability rule*) délictuelle (*tort law*)

L'action en dommages-intérêts vise à indemniser la victime (*suit for damages*) ; le montant de l'indemnité n'est pas négocié mais fixé par le tribunal ; la procédure juridictionnelle se posera les questions successives suivantes :

- le préjudice causé est-il imputable au comportement d'un auteur donné ou est-il le résultat d'un risque incompressible lié à la vie en société (*background risk*) ? ;
- dans le cas de comportement délictueux, le préjudice doit-il impliquer la mise en œuvre de la responsabilité pour faute ? Si oui, les règles sont celles de la négligence (*negligence rule*) et sinon les règles sont celles de la responsabilité stricte (*strict liability*) ;
- alors que dans le cas d'un risque inévitable, les dommages subis par la victime ne font pas l'objet d'une compensation sous forme d'une indemnisation ;

- **un droit d'inaliénabilité** (*inalienability rule*)

L'action en réallocation des droits est proscrite *de jure*. L'*inalienability rule* s'applique par la décision de l'Etat, qui déclare un droit incessible, quand bien même le vendeur souhaiterait céder ce droit à un acquéreur désireux d'acheter :

- Un droit peut être incessible en lui-même (le principe d'indisponibilité du corps humain en droit français par exemple) ;
- Un droit peut être incessible selon les circonstances (lorsque le cédant n'est pas en capacité d'exprimer convenablement sa volonté par exemple).

²⁶⁶ CALABRESI Guido, MELAMED Douglas, Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral, in. *Harvard Law Review*, 85 (6), Harvard Press, avril 1972, p. 1089-1128.

2.2. Une évolution du droit de la responsabilité de la faute au risque, favorable aux victimes

372 La notion de négligence a longtemps été entendue par les juges américains en terme de conduite anormale ; cela avait pour corollaire une faible fréquence d'indemnisation des victimes. Le développement de la société de consommation a assigné au régime juridique de la responsabilité des objectifs en termes de politique publique, à savoir une meilleure indemnisation des victimes. C'est donc à partir des années 1930 que s'est progressivement imposée l'idée d'un régime juridique tourné davantage vers l'internalisation des coûts et l'indemnisation des victimes que vers la sanction de la négligence.

373 **Aux Etats Unis le droit de la responsabilité évolue de manière favorable aux victimes en général.** Il se caractérise en particulier par l'essor de la responsabilité stricte depuis 1960, sans exclure la faute et la négligence, qui s'est traduit par un transfert de la charge de l'assurance des victimes potentielles vers les auteurs de dommages. Lorsque la règle de négligence est encore appliquée, la victime est souvent dispensée d'en apporter la preuve ; c'est en réalité une nouvelle construction de la négligence imposant au fabricant de fournir l'information. L'arbitrage en faveur de la responsabilité stricte emporte souvent des dommages-intérêts plafonnés mais plus faciles à obtenir alors qu'ils sont non plafonnés mais plus incertains et surtout plus lourds en procédure dans la négligence ; les juges opèrent donc majoritairement un partage des responsabilités entre le plaignant et le défendeur.

2.3. Le cadre procédural des litiges civils

374 Les règles de procédures imposent quatre étapes dans une chronologie de conflit civil :

- 1) Survenance de la cause du litige, facteur d'un préjudice ou d'un dommage ;
- 2) La victime décide (ou non) d'entamer une procédure judiciaire ;
- 3) A tout moment, une solution amiable par transaction peut interrompre la procédure ;
- 4) Le procès sanctionne un défaut d'arrangement négocié privé, réputé moins coûteux.

375 **Règlement judiciaire ou transaction privée ?** Les modèles micro économiques construits pour considérer les voies de règlement des conflits recourent à la théorie des jeux. William Landes en 1972²⁶⁷, et John Gould en 1973²⁶⁸, posent que, *a priori*, l'arrangement négocié est préférable au procès car il permet d'optimiser le partage du surplus de négociation. En effet, les coûts et l'incertitude liés à la procédure donne un surplus de négociation qui, sauf optimisme exagéré d'une des deux parties, favorise la solution transactionnelle

²⁶⁷ LANDES William M., An economic analysis of the courts, in. *Journal of Law and Economics*, 1972, p. 61-107.

²⁶⁸ GOULD John P., The economics of legal conflicts, in. *Journal of Legal Studies*, 2, 1973, p. 279-300.

par rapport au règlement judiciaire²⁶⁹. Robert Cooter et Daniel Rubinfeld en 1989²⁷⁰, et Nicolas Chappe en 2005²⁷¹, prennent aussi en considération les comportements stratégiques, les asymétries d'information, les anticipations de chacune des parties, etc. Ces modèles partent tous du constat empirique selon lequel, aux Etats-Unis, une écrasante majorité des conflits civils serait réglée par la voie transactionnelle.

376 **Agents rationnels ou acteurs institués ?** Ces modèles micro économiques recourent tous à la figure de l'individu rationnel. Dans cette représentation « normative », tout se passe comme si l'accès à une modalité de règlement du conflit n'est pas déterminé par le contexte institutionnel ou procédural mais par le choix individuel ou l'interaction stratégique entre les agents.

377 En réalité, l'activation d'une procédure transactionnelle ou juridictionnelle est assez nettement déterminée, non pas par les choix individuels, mais par l'institution. Par ailleurs le postulat qui pose que le recours au procès est coûteux mérite d'être questionné en droit français dans un contexte général de gratuité de la justice.

378 Thierry Kirat conclut en se demandant « si le règlement juridictionnel des litiges civils aux Etats-Unis et en France est fondé sur des principes communs ou plutôt s'il relève de logiques judiciaires différentes : la logique du calcul aux Etats-Unis et la logique de la règle en France ? »²⁷². Et, peut-on ajouter, derrière la « règle », il y a la « valeur » au sens de valeur morale.

2.4. **Financement des entreprises et recouvrement de créances : les études empiriques disponibles donnent l'avantage à la *common law***

379 La confiance dans le droit de propriété est désormais considérée comme centrale dans la dynamique et les performances économiques. Dans les années 1990, une orientation nouvelle de l'analyse économique a donné naissance à des études approfondies des systèmes juridiques afin de mieux comprendre leurs déterminants et leur impact sur les performances économiques.

380 Les premiers travaux consacrés à l'évaluation économique des systèmes juridiques ont porté sur le financement des entreprises. La *law and finance* a consisté à mesurer la protection des investisseurs et le contrôle des dirigeants - notamment en cas de défaillance d'entreprise - pour estimer leur impact sur le développement du marché financier. Thierry Kirat démontre que « le marché financier est plus fluide et dynamique en pays de *common law* » et cite de

²⁶⁹ Voir aussi COOTER Robert, ULEN Thomas, *Law and Economics*, 3rd ed., ADDISON, Wesley Longman, Reading, 2000.

²⁷⁰ COOTER Robert, RUBINFELD Daniel, Economic analysis of legal disputes and their resolution, in. *Journal of Economic Literature*, 27, septembre 1989, p. 1067-1097.

²⁷¹ CHAPPE Nicolas, *Economie et résolution des litiges*, ECONOMICA, Paris, 2005.

²⁷² KIRAT Thierry, *op. cit.*

nombreuses études empiriques appuyant sa démonstration²⁷³. L'exercice présent nous limite à citer les principales.

381 Une étude comparative des conditions judiciaires de recouvrement d'une créance publiée dans le premier rapport *Doing Business* de la Banque Mondiale en 2004²⁷⁴ à partir des recherches de Simeon Djankov, Edward Glaeser, Rafael La Porta, Florencio Lopez et Andrei Shleifer²⁷⁵ a conclu à un degré de formalisme procédural plus élevé dans les pays de droit civil relativement à ceux de *common law*²⁷⁶. Cela rend plus long et aléatoire le recouvrement de la dite créance et donne donc une plus mauvaise garantie des contrats et des droits de propriété.

382 Une autre étude, publiée en 2002, est centrée sur la qualité du système judiciaire en tant que support des contrats d'échange entre agents²⁷⁷. Selon Oliver Williamson, son auteur, une économie de haute performance est caractérisée par la pratique courante des contrats à long terme, qui elle-même suppose un système judiciaire qui est en mesure de garantir de tels contrats.

383 De même, certains auteurs tel le politologue Mahoney en 2001, suivant Hayek, estiment que les pays de *common law* connaîtraient une croissance économique plus vigoureuse car ils donneraient davantage de liberté aux citoyens et à la société civile par rapport à l'Etat²⁷⁸. Précisons que, dans ce cas, l'Etat doit garantir l'usage que les citoyens font de leur liberté et les prévisions qu'ils fondent sur cet usage. Une autre étude empirique de La Porta, Lopez, Pop et Shleifer en 2004 conclut que l'indépendance de la justice est corrélée à un niveau élevé de libertés économiques et politiques²⁷⁹.

²⁷³ *Idem.*

²⁷⁴ *Doing Business in 2004, Understanding Regulation*, The World Bank, The International Finance Corporation, Oxford University Press, 2004.

²⁷⁵ Simeon Djankov est le créateur du rapport annuel de la Banque Mondiale « *Doing Business* ». Le Rapport est issu d'une recherche conjointe avec le Professeur Andrei Shleifer de l'Université Harvard, et est inspiré de l'expérience de Djankov dans les économies socialistes et communistes.

²⁷⁶ DJANKOV Simeon, GLAESER Edward, LA PORTA Rafael, LOPEZ-DE-SILANES Florencio, SHLEIFER Andrei, The new comparative economics, in. *Journal of Comparative Economics*, 31 (4) *Elsevier*, décembre 2003, p. 595-619. Voir aussi des mêmes auteurs, The Regulation of Entry, in. *The Quarterly Journal of Economics*, 117 (1), *MIT Press*, février 2002, p. 1-37. Voir aussi des mêmes auteurs, The law and economics of self-dealing, in. *Journal of Financial Economics*, 88 (3), *Elsevier*, juin 2008, p. 430-465.

²⁷⁷ WILLIAMSON Oliver E., The Theory of the Firm as Governance Structure: From Choice to Contract, in. *Journal of Economic Perspectives*, 16 (3), American Economic Association, été 2002, p. 171-195.

²⁷⁸ MAHONEY Paul G., The Common Law and Economic Growth: Hayek Might Be Right, *Journal of Legal Studies*, 30, 2001, p. 503-525.

²⁷⁹ LA PORTA Rafael, LOPEZ-DE-SILANES Florencio, POP-ELECHES Christian, SHLEIFER Andrei, Judicial Checks and Balances, in. *Journal of Political Economy*, 112 (2), University of Chicago Press, avril 2004, p. 445-470.

384Enfin de nombreuses analyses appliquées - notamment des mêmes Rafael La Porta, Florencio Lopez et Andrei Shleifer en 2008²⁸⁰ - soutiennent que l'appartenance à la *common law* est moins handicapante pour la croissance des pays émergents que l'appartenance au droit civil. Cependant, la cause première est plus probablement l'histoire des politiques coloniales. Une des raisons majeures des disparités de croissance tient non pas au droit civil lui-même mais à la diversité des politiques coloniales menées par des pays de tradition civiliste : la France certes, mais aussi l'Espagne, le Portugal, la Belgique et les Pays Bas.

²⁸⁰ SHLEIFER Andrei, LOPEZ-DE-SILANES Florencio, LA PORTA Rafael, The Economic Consequences of Legal Origins, in. *Journal of Economic Literature*, 46 (2), American Economic Association, juin 2008, p. 285-332.

Conclusion de la première partie

385 Au terme de cette étude des règles suivies dans les trois systèmes juridiques considérés, force est de constater l'absence d'une définition précise de la fonction compensatrice des dommages-intérêts autrement que par le concept de « réparation intégrale ». *A fortiori*, aucune méthode de calcul de ces dommages-intérêts ne se dégage. La doctrine tente bien de pallier ce vide en décrivant les différents types d'indemnisation (« *expectation, reliance, restitution* »), notamment aux Etats-Unis, avec l'idée selon laquelle la meilleure approximation de l'intérêt attendu viendrait du coût de substitution de la promesse rompue sur le marché. Mais la difficulté reste entière lorsqu'il n'existe pas véritablement de marché de substitution ou, d'une manière générale, lorsque le préjudice existe mais que son estimation est délicate ou incertaine. En effet, les systèmes juridiques imposent tous deux conditions/limitations à cette indemnisation : le préjudice doit être certain et prévisible auxquelles se rajoutent - seulement en droit Français - direct et - seulement en droit américain - économique et minimisé²⁸¹. Les tribunaux, éventuellement assistés d'experts, auront la responsabilité ultime de résoudre cette difficulté.

386 Deux autres fonctions s'opposent, comme pour mieux se compléter : la fonction préventive et la fonction punitive.

387 En droit des contrats, la fonction punitive des dommages-intérêts n'est théoriquement admise dans aucun des trois systèmes juridiques. Mais certains auteurs considèrent que les *consequential damages* aux Etats-Unis ou la perte de chance et le préjudice moral admis en France, et adaptés dans la CVIM et les Principes d'UNIDROIT, ne sont que des moyens déguisés permettant au juge d'exercer une fonction punitive.

388 Les dommages-intérêts préventifs sont le siège d'un débat doctrinal persistant. Les uns considèrent, avec Gerhard Wagner et Dan Dobbs, qu'ils pourraient coexister avec les dommages-intérêts compensatoires dans le droit de la responsabilité quasi délictuelle. Les autres, avec Helmut Koziol et Alessandro Scarso, affirment que l'objectif premier doit rester l'indemnisation. Ils préféreraient voir les dommages-intérêts préventifs - comme punitifs - constituer un chef de préjudice à part entière, nouveau, servant éventuellement à réparer le préjudice causé à la collectivité. Sur une ligne voisine, David Gilo et Dany Cohen considèrent que la fonction préventive et donc l'effectivité de la loi seraient efficacement assurées par la confiscation de l'enrichissement issu des fautes lucratives commises sciemment.

389 Traditionnellement, le concept économique d'efficacité a rarement été appliqué avec rigueur dans la littérature juridique. Depuis les années 1990, toutefois, l'efficacité tend à prendre plus d'importance dans le jeu des sanctions de l'inexécution du contrat, notamment en *common law*. Dans le droit civil, un mouvement encore discret est perceptible dans le même sens avec une prise en

²⁸¹ Le droit américain admet l'indemnisation du préjudice moral dans les cas exceptionnels où il est accompagné d'un préjudice corporel.

compte plus directe par la Cour de cassation depuis les années 2000. Ainsi les dommages-intérêts seront considérés efficaces s'ils permettent la réparation intégrale du préjudice au moindre coût collectif. D'une manière plus générale, déterminer l'efficacité des sanctions et du contrat nous amènera à dire s'ils contribuent à créer de la valeur globalement.

390 Qu'en est-il de l'efficacité économique comparée des deux systèmes juridiques ?

391 Le droit civil est à certains égards un modèle économiquement plus efficace que la *common law*. Les clauses pénales librement négociées, par exemple, sont admises par les tribunaux français - y compris pour indemniser le préjudice moral - quitte à en ajuster le montant. A l'inverse aux Etats-Unis, les juges invalident l'ensemble de la clause s'ils considèrent le montant inadapté, introduisant ainsi une insécurité inefficace dans le contrat.

392 Toutefois, les études empiriques disponibles dans certains domaines de la responsabilité contractuelle (clauses limitatives de responsabilité, droit de la propriété, financement des entreprises, recouvrement de créances, etc.) donnent l'avantage aux systèmes juridiques de *common law*. En effet, ceux-ci favoriseraient la fluidité des marchés financiers, la garantie des droits de propriété, les libertés de la société civile par rapport à l'Etat et *in fine* la croissance économique.

393 A tout le moins, on peut affirmer avec Ugo Mattei que l'efficacité relative des systèmes juridiques civilistes est en train de disparaître au profit d'une équité convergente avec la *common law*. La victoire du gouvernement des juges sur une organisation sociale uniquement réglementée par le contrat « explique la convergence moderne de tous les systèmes juridiques vers l'inefficacité »²⁸².

394 Dans de nombreux cas, en l'absence de règles précises et entraîné dans un mouvement de société, c'est donc le juge (ou l'arbitre) qui est, en quelque sorte, abandonné à son appréciation souveraine. Dans la deuxième partie, nous tenterons d'identifier dans la pratique les tendances de calcul des dommages-intérêts qui font défaut à la loi.

395 **Les jurisprudences françaises et américaines** sont moins éloignées l'une de l'autre que les textes ne le laisseraient supposer. Mais l'aléa (voire l'arbitraire) judiciaire sur le *quantum* est mieux géré par la *common law* ou les Principes d'UNIDROIT car les méthodes - notamment économiques - sont plus explicites et la culture - privilégiant l'efficacité - plus adaptée dans la plupart des cas.

396 Dans le meilleur des cas, c'est l'*expectation interest* qu'on pourra démontrer et réparer intégralement ; ce remède n'est que la seconde valeur de l'exécution en nature elle-même. Les méthodes sophistiquées, du type *discounted cash flows* (DCF)²⁸³ et études d'événements, s'imposent dans les cas les plus visibles,

²⁸² MATTEI Ugo, *op. cit.*

²⁸³ La méthode *discounted cash flows* (DCF) est abordée plus en détail dans la Deuxième Partie, au Chapitre 2, Section 4. Les principales approches financières du dommage.

souvent justifiées par des enjeux importants et des données disponibles. Mais ces cas représentent une petite minorité (pas plus de 20%) de la jurisprudence. La réparation intégrale reste un principe théorique dans la majorité des cas, notamment du fait de l'absence de méthodes objectives simples et accessibles à tous.

397 Quels sont les **chefs de préjudice et les types de contrat** qui se prêtent le mieux à une normalisation quantitative, sous forme de barèmes ou d'équations simples ?

2^{ème} Partie : Le principe de la réparation intégrale et son application dans la pratique

Introduction de la deuxième partie

La réparation intégrale, toujours recherchée en principe, jamais atteinte en pratique

398 Pour qu'un préjudice soit réparable en droit français, celui-ci doit répondre à une double condition : être direct et certain. Ainsi, selon Laurent Aynès « il n'y a pas, en droit (français), de pertinence, ni même d'intérêt autre que descriptif, à distinguer différentes catégories de préjudice (...). Il n'existe pas dans la loi, ni même en doctrine, une définition du préjudice économique »²⁸⁴.

399 La *common law*, notamment aux Etats-Unis, ne connaît pas de principe comparable, ainsi, « il est essentiel de définir cette notion car elle fixe les limites du préjudice réparable : il s'agit du *pure economic loss*, qui s'identifie à la perte pécuniaire indépendante de toute atteinte à la personne ou aux biens de la victime »²⁸⁵. En laissant libre la définition du préjudice réparable, il est ainsi possible de délimiter celui-ci. Ainsi, la comparaison des deux systèmes amène à penser qu'« en dépit de la généralité du principe de réparation intégrale, une certaine hiérarchie entre les préjudices personnel et économique (au détriment de ce dernier) apparaît au fil des décisions et des lois récentes »²⁸⁶.

400 Peut-être faudrait-il alors s'intéresser à la création d'une définition juridique du préjudice économique. Laurent Aynès explique :

*« A l'imprécision de la notion de préjudice économique (...) s'ajoute l'imprévisibilité totale de la méthode d'évaluation d'un tel préjudice (...) Cela tient d'abord à la règle française suivant laquelle l'évaluation des dommages-intérêts n'est pas une question de droit, mais de fait; par conséquent, les juges du fond sont souverains »*²⁸⁷.

401 La Cour de cassation n'exerce son contrôle, certes croissant, que sur les motifs, alors que les juges du fond décident des chefs de préjudice et de la méthode d'évaluation. Ainsi, l'on retrouve souvent la phrase qui suit : « le juge justifie l'existence du dommage par la seule évaluation qu'il en fait sans être tenu de préciser les éléments ayant servi à en déterminer le montant »²⁸⁸. Il a même été

²⁸⁴ AYNES Laurent, « Réparation intégrale et typologie des préjudices », in. Cour de Cassation, *Colloques & formations*, 2007.

²⁸⁵ *Idem*

²⁸⁶ *Ibidem*

²⁸⁷ *Ibidem*

²⁸⁸ AYNES Laurent, *op. cit.*

démontré que la longueur des développements des juges du fond était inversement proportionnelle à la probabilité de censure de la décision²⁸⁹.

402 Sans aller nécessairement jusqu'à la confection de barèmes normalisés, comme pour le préjudice corporel, quelle méthode d'évaluation permettrait de préserver la souveraineté du juge du fond tout en évitant l'imprévisibilité voire l'arbitraire en matière d'évaluation du préjudice économique ?

403 Laurent Aynès conclut :

« Les règles juridiques gouvernant la matière sont aujourd'hui encore si générales qu'elles ne peuvent constituer une véritable méthode d'évaluation »²⁹⁰.

404 Le principe dit de la « réparation intégrale du dommage » est défini comme suit : « 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 »²⁹¹. Cette définition n'offre néanmoins pas de méthode quant au calcul de l'indemnisation. Pourtant une telle méthode semble indispensable pour permettre, non seulement en droit mais aussi en fait, de réparer de manière adéquate les préjudices subis par les victimes, notamment les personnes morales. En effet, au-delà du principe lui-même, les insuffisances méthodologiques limitent la réparation du préjudice à la perte certaine, effectivement subie par le créancier, uniquement et directement imputable à l'inexécution du contrat et prévisible du point de vue du débiteur (articles 1149 à 1153 anciens du Code civil).

405 Il est toutefois délicat de distinguer, dans les faits, entre le préjudice certain et le préjudice probable. De même, il convient de s'interroger sur la possibilité qu'une perte potentielle au jour du jugement se matérialise après. Enfin, il est également délicat de distinguer le dommage direct du dommage induit.

406 A l'inverse, la *common law* anglo-saxonne inclut également le manque à gagner indirect dans sa *contract law* ; en incluant, à la charge de la victime, une obligation de minimiser son dommage, obligation encore en formation dans le droit civil français. Le manque à gagner potentiel est également admis en économie du droit (*law and economics*). Des dommages-intérêts punitifs sont même admis dans le droit des obligations contractuelles du Québec, d'origine hybride.

407 En droit français, dès lors que la certitude du dommage n'est pas établie, le juge peut faire usage de la notion de perte de chance en appliquant une décote à l'indemnisation. Dans ce cas, une seule règle s'impose selon laquelle « la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut

²⁸⁹ VINEY Genevieve, JOURDAIN Patrice, *Les effets de la responsabilité*, 4^{ème} éd., LGDJ, 2017, n° 63 et s.

²⁹⁰ AYNES Laurent, art. cit.

²⁹¹ Cass. civ. 3, 6 mai 1998, B. III, n° 91.

être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée »²⁹². Au-delà de cette règle, le juge est parfaitement libre de sa décision. Peut-on en rester là ?

408 La problématique est en réalité unique : comment concilier les principes fondamentaux du droit des obligations contractuelles et la demande légitime d'une indemnisation à la fois plus complète et prévisible des victimes d'inexécution ?

409 Nous tenterons d'apporter des réponses à cette question cruciale à l'heure de l'harmonisation européenne et de la globalisation économique.

410 Nous commencerons par analyser qu'il y a un intérêt évident pour la Société à ce que le contrat soit exécuté (ou éteint/résolu d'un commun accord) afin qu'il conserve son rôle central dans le commerce et, accessoirement, de désengorger les juridictions compétentes.

411 Nous nous placerons d'emblée dans le cas où les parties n'ont pas pu trouver un accord permettant l'extinction du contrat initial par un nouveau contrat ou une transaction.

412 L'élargissement de la notion de réparation intégrale est une solution - à la fois efficace et respectueuse des principes fondamentaux du droit des obligations contractuelles - pour indemniser plus complètement les victimes d'inexécution.

413 Toute chose égale par ailleurs, la force obligatoire réelle du contrat est directement liée (proportionnelle) à la valeur absolue et à la valeur relative de l'indemnisation en cas d'inexécution. Cela est particulièrement évident dans les contrats internationaux entre sociétés solvables. Plus l'indemnisation prévue par le contrat ou la loi et appliquée par les juridictions compétentes est généreuse pour la société victime et dissuasive pour la société fautive, plus la force obligatoire du contrat gagnera en substance.

414 Bien sûr, au delà d'un certain plafond on basculera dans l'indifférence. Quel doit donc être l'objectif visé lors du versement de dommages-intérêts ?

415 Assumer la fonction punitive ? L'introduction de *punitive damages*, inspirés de la *common law*, est proposée par certains auteurs et praticiens mais reste combattue par beaucoup d'autres, souvent pour des raisons de fond.

416 Assumer la fonction préventive ? Le droit pénal n'est pas le seul système, ni même probablement le meilleur, pour prévenir - sinon punir - les comportements anti-sociaux dans le monde des affaires ; le droit civil peut également y contribuer.

417 Elargir la fonction compensatrice ? La définition de la réparation intégrale permet d'ores et déjà d'inclure (sous forme de *consequential damages* associés à des *mitigated damages*) les notions de perte de chance, gain manqué, préjudice moral (à adapter pour les personnes morales) ; peut-être doit-on y

²⁹² Cass. civ. 1, 16 juillet 1998, B.I., n° 260 ; Pour une décision postérieure à l'ordonnance du 1^{er} octobre 2016, voir CA Aix-en-Provence, 10 novembre 2016, n°14/02917

ajouter le préjudice économique direct probable mais non quantifiable et le préjudice économique certain et quantifiable, même indirect.

418 Récolter les effets sociaux induits ? Une conséquence incidente serait une meilleure prévention et donc un moindre coût social, même si cela n'est pas l'objectif premier du droit de la responsabilité contractuelle.

419 En prolongement du paradigme de la thèse de Yves-Marie Laithier : la primauté - voire l'exclusivité - donnée à la fonction compensatrice des dommages-intérêts dans la responsabilité contractuelle en droit des obligations français sous le principe de la réparation intégrale est au mieux illusoire (au plan juridique) au pire contre productive (aux plans juridique et économique) :

- Illusoire au plan juridique, car les décisions de justice analysées en droit français :

- restreignent souvent l'application du principe de la réparation intégrale en application des articles sus cités ;
- cachent parfois derrière des dommages-intérêts compensatoires, des fonctions préventives voire punitives non avouées : clauses pénales déguisées, astreintes légales, évaluation forfaitaire n'ayant pas grand lien avec le préjudice réel mais plus avec l'enrichissement injustifié, etc ;

- Contre productive aux plans juridique et économique, car l'efficacité juridique et l'efficacité économique commandent toutes deux une interprétation plus large du principe de la réparation intégrale. Il conviendrait que celle-ci intègre (en plus des notions de perte de chance, gain manqué, préjudice moral, etc.) le préjudice économique direct probable mais non quantifiable, le préjudice économique certain et quantifiable même indirect, etc. sous forme de *consequential damages*.

420 Cette même efficacité économique et la cohérence juridique commanderaient concomitamment la généralisation des *mitigated damages*. Quoique les dernières décisions en la matière refusent l'existence d'une obligation, pour la victime, de minimiser son dommage²⁹³et²⁹⁴, la jurisprudence française a été fluctuante à ce sujet au cours des dernières années, signe d'un possible alignement des droits français et de *common law*.

421 C'est à ce stade qu'intervient l'exploration de la *common law* et des décisions de justices qui en relèvent.

422 La réparation intégrale et les aménagements qui accompagneraient cette généralisation des *mitigated damages* seraient ainsi les garants d'une meilleure responsabilisation des parties, d'une efficacité accrue du contrat qui les lie et par là même de sa force obligatoire.

²⁹³ Cass. Civ. 1, 2 juillet 2014, n°13-17.599.

²⁹⁴ Cass. Civ. 2, 26 mars 2015, n°14-16.011.

423 Nous n'irons pas jusqu'à admettre le principe d'une violation efficace du contrat (*efficient breach*) comme en *common law* sauf à le faire d'un commun accord entre les parties, mais à ce stade, doit-on encore parler de violation ou plutôt d'avenant au contrat voire de nouveau contrat entre les parties ?

424 En effet, si la violation est véritablement efficace au plan économique, elle doit dégager un surplus de nature à satisfaire toutes les parties : optimiser à la baisse l'engagement du débiteur tout en optimisant à la hausse l'indemnisation du créancier. Dans ce cas les parties, par hypothèse rationnelle, doivent pouvoir s'entendre, sauf éventuellement à considérer des engagements personnels non remplaçables ou l'absence totale de marché.

425 A l'inverse, la *common law* n'intègre pas traditionnellement l'indemnisation du préjudice moral (*mental distress*) cas particulier du préjudice non patrimonial (*non pecuniary loss*). Le droit civil français peut ici lui apporter sa contribution. Plus avant on peut imaginer adapter la notion de préjudice moral pour les personnes morales par exemple en y intégrant les impacts sur l'image d'une marque ou la réputation d'une entreprise²⁹⁵. Alternativement, ces derniers pourraient également entrer dans la catégorie des préjudices économiques non (ou difficilement) quantifiables.

426 Cela n'est pas exclusif d'autres moyens visant le même objectif en dehors de la *contract law* :

- développer les procès privés en droit pénal ou simplement les clauses pénales contractuelles (*liquidated damages*), dommages-intérêts punitifs (*punitive damages*) ou *restitutionary damages* ;
- développer à l'inverse les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité ;
- concéder aux associations le droit de réclamer des *punitive damages* et de les allouer aux autorités publiques ou à des œuvres sociales, ces problématiques dépassant néanmoins le sujet de la présente étude.

²⁹⁵ Voir Troisième Partie, Chapitre II : Atteinte à la réputation.

Chapitre I : Le principe de la réparation intégrale

427 En droit français de la responsabilité contractuelle, la réparation intégrale du préjudice est l'unique principe qui ordonne l'octroi et l'évaluation des dommages-intérêts. Il tend selon l'expression de Marcel Fontaine à « une adéquation aussi parfaite que possible entre l'étendue de l'indemnisation et l'ampleur du dommage évalué *in concreto* par le juge au jour du jugement »²⁹⁶.

428 Ce principe, également consacré par le droit anglais, est à ce jour seulement dégagé par la jurisprudence en France. Le projet Catala prévoyait de l'intégrer au Code civil dans un article commun (article 1370) aux deux ordres de responsabilité contractuelle et délictuelle²⁹⁷. Cet « Avant-Projet », présenté au Ministre de la Justice en septembre 2005, n'a jamais débouché sur une loi. Certaines de ses recommandations ont toutefois été reprises dans la réforme du droit des contrats introduite en France le 1^{er} octobre 2016.

429 Le droit français, comme le droit anglais, distingue trois catégories de dommages réparables :

- dommage économique, atteinte au patrimoine ;
- dommage corporel, atteinte à la personne ;
- dommage moral, qui ne porte pas atteinte au patrimoine d'une personne.

430 Les Principes du Droit Européen des Contrats (PDEC) prévoient la réparation du préjudice même non pécuniaire (art. 9:501 (2) (a))²⁹⁸.

431 Les trois droits européens considérés (droit français, *common law* anglaise et Principes du Droit Européen des Contrats - PDEC) limitent en principe la réparation au seul préjudice certain (passé ou futur) et prévisible.

432 Dans sa thèse remarquable, Sandrine Chaillé de Neré démontre comment la dimension internationale rend encore plus aléatoire la force obligatoire de ces contrats²⁹⁹. Dans les développements ci-dessous, nous résumons l'insécurité juridique que l'auteur détaille successivement en terme d'étendue de la réparation, d'effectivité de la réparation et en cas d'insolvabilité du débiteur, pour finalement rechercher les remèdes possibles à cette insécurité.

²⁹⁶ FONTAINE Marcel, VINEY Geneviève, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé*, BRUYLANT Bruxelles, LGDJ Paris, 2001.

²⁹⁷ CATALA Pierre, *Op. cit.*

²⁹⁸ Les Principes du Droit Européen des Contrats (PDEC) ont été rédigés par la Commission pour le droit européen du contrat et leur première version a été publiée en 1994. Nous utiliserons l'abréviation PDEC.

²⁹⁹ CHAILLÉ DE NERÉ Sandrine, *Les difficultés d'exécution du contrat en droit international privé*, PUAM, 2003, p. 394 et s.

1. L'étendue de la réparation

1.1. Le principe de la réparation intégrale en droit international privé

433 En vertu de l'article 10-§1 c) de la Convention de Rome du 19 juin 1980, devenu Règlement Rome I, les règles de droit régissant les conséquences de l'inexécution totale ou partielle de l'obligation sont celles de la *lex contractus*. Le droit international privé français - et généralement européen - est donc en principe caractérisé par une certaine prévisibilité puisque les parties ont ainsi les moyens de connaître par avance le régime juridique étatique auquel sera soumis une éventuelle action en réparation. Nous verrons qu'en pratique ce n'est pas toujours le cas.

1.2. Le dommage réparable

434 La diversité des définitions nationales du dommage réparable dans les lois étatiques est peu visible mais bien réelle. Elle entraîne la recherche d'une plus grande sécurité juridique :

- par des instruments d'unification tels la CVIM (articles 74 à 78), les Principes d'UNIDROIT (articles 7.4.2 à 7.4.13) et les PDEC (article 5.503)³⁰⁰ ; ou
- par le recours à la justice arbitrale, notamment celle du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) qui a énoncé de manière très générale les règles sur lesquelles les arbitres entendent fonder l'indemnisation³⁰¹ ; ou
- par l'élaboration par les praticiens et l'inscription dans les contrats, de la définition des dommages pour lesquels les parties entendent supporter ou obtenir l'indemnisation dès lors que l'unification du droit des contrats internationaux est jugée insuffisante ; c'est la technique dite de « délocalisation du contrat »³⁰². C'est dans cette dernière démarche que s'inscrivent les clauses prévoyant l'indemnisation des *consequential damages* qui contiennent le plus souvent une liste énumérant les dommages couverts par l'indemnisation³⁰³.

³⁰⁰ Pour plus de détails sur les Principes d'UNIDROIT et la CVIM voir dans la Première Partie, au Chapitre I, la Section 2 : Les textes et décisions gouvernant la fonction compensatrice des dommages-intérêts.

³⁰¹ *Amco c. Republic of Indonesia*, 10 novembre 1984, publiée au Journal du droit international Clunet, 1987, p145. Cité par DRAETTA Ugo, LAKE Ralph, *Contrats Internationaux : Pathologies et Remèdes*, BRUYLANT, 1996, p. 84.

³⁰² MAYER P., La délocalisation du contrat, in *La relativité du contrat*, Association H. Capitant, Journées Nationales, Tome IV – Nantes, LGDJ, 1999, p. 123-133.

³⁰³ Exemple de clause citée par U. DRAETTA, R. LAKE, *Contrats Internationaux : Pathologies et Remèdes*, BRUYLANT, 1996, p. 82.

1.3. L'effectivité de la réparation³⁰⁴

435 La prévisibilité n'est pas le seul aspect de la réparation qu'affecte l'internationalité du contrat : l'effectivité de cette réparation souffre, elle aussi, d'une fâcheuse précarité. Poser la question de l'effectivité de la réparation revient *in fine* à s'interroger sur la réalité économique de cette compensation (traduction économique concrète dans les patrimoines du débiteur et du créancier) mais d'abord évidemment, sur sa réalité judiciaire (exécution de la part du débiteur de la condamnation à réparation). L'effectivité de la réparation contractuelle prend un relief particulier lorsque la relation litigieuse est soumise au droit international privé. En effet, le juge saisi par le créancier d'une demande de réparation peut ne pas disposer de l'autorité nécessaire pour imposer au débiteur le respect de la condamnation qu'il prononce. Les réponses à une telle situation dépendent de la situation patrimoniale du débiteur - *in bonis* ou failli, autrement dit solvable ou insolvable - et, si le débiteur est solvable, de la localisation géographique des biens sur lesquels l'exécution forcée de la condamnation pourra être demandée.

1.3.1. Dans le cas où le débiteur est solvable (*in bonis*)

436 **Dans le cas où le débiteur est solvable (*in bonis*)**, la situation paraît plus favorable au créancier, certes, mais l'effectivité de la réparation peut être affectée par la **dissociation des contentieux**³⁰⁵. En effet, cette dissociation - entre le prononcé de la sanction et son exécution - résulte de l'impossibilité, pour un juge saisi d'une voie d'exécution portant sur des biens situés à l'étranger, de la mettre en oeuvre dans la mesure où son pouvoir de contrainte n'a aucune efficacité extra territoriale. C'est donc le monopole de la contrainte légitime qui induit la dualité du juge du contrat (le juge saisi du fond de l'affaire, celui qui exerce la *jurisdictio*) et du juge de l'exécution (le juge du for, celui qui dispose de l'*imperium*).

437 A partir de là, Sandrine Chaillé de Néré démontre méthodiquement que :

- s'en remettre au premier est possible mais n'est pas efficace ;
- recourir au second est plus efficace mais le rejet du *forum arresti* dans certaines juridictions maintient les parties dans l'incertitude liée à la circulation des jugements ;
- ce n'est que d'un rapprochement des Etats que peuvent naître des remèdes à la dissociation du contentieux ; remèdes qui, s'ils ne permettent pas sa disparition, en réduisent considérablement les conséquences :
 - ce rapprochement peut prendre la forme d'une coopération judiciaire, toujours perfectible ; ou
 - de manière plus avancée, d'une véritable harmonisation juridique qui ne semble se découvrir que dans l'Union européenne.

³⁰⁴ CHAILLÉ DE NÉRÉ Sandrine, *op. cit.*, p. 417.

³⁰⁵ *Idem*, p. 418 et s..

1.3.2. Dans le cas où le débiteur est insolvable (failli)

438 **Dans le cas où le débiteur est insolvable (failli)**, l'effectivité de la réparation est directement mise en cause³⁰⁶. En effet, la faillite n'affecte pas l'évaluation du dommage ni même la manière dont il doit être compensé. En revanche, elle perturbe grandement la réalité de cette réparation puisque, dans cette hypothèse, le débiteur est incapable d'honorer l'ensemble de ses obligations, ou, pour parler en termes financiers, l'actif disponible du débiteur ne suffit pas à rembourser son passif exigible. Dès lors, l'insécurité juridique due à la faillite et les entraves à l'obtention de la réparation qui découlent de cette faillite, viennent aggraver l'insécurité inhérente au caractère international du contrat.

439 Tout litige survenu après la constatation judiciaire de l'insolvabilité devra être soumis au juge de la faillite. Ce qui paralyse toutes les clauses relatives au règlement des différends que les parties auraient intégrées au contrat en vue d'une plus grande sécurité juridique.

440 Le tableau ci-dessous résume les trois hypothèses d'étude, ramenées à deux par la suite, selon le caractère international ou non du contrat d'une part et de la faillite du débiteur d'autre part, afin de déterminer quelle loi (ou quel droit) s'applique.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 445 et s.

	Faillite nationale	Faillite internationale						
Contrat national	Non pertinent pour le droit international privé UNE SEULE LOI CONCERNEE	<table border="1"> <thead> <tr> <th colspan="2">Hypothèse 3</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Contrat de droit français, faillite ouverte en France DROIT FRANCAIS</td> <td>Contrat de droit français, faillite ouverte à l'étranger Droit international privé comme dans l'Hypothèse 2</td> </tr> <tr> <td>Contrat de droit étranger, faillite ouverte à l'étranger LOI DU PAYS DE LA FAILLITE comme l'Hypothèse 1</td> <td>Contrat de droit étranger, faillite ouverte en France Droit international privé comme dans l'Hypothèse 2</td> </tr> </tbody> </table>	Hypothèse 3		Contrat de droit français, faillite ouverte en France DROIT FRANCAIS	Contrat de droit français, faillite ouverte à l'étranger Droit international privé comme dans l' Hypothèse 2	Contrat de droit étranger, faillite ouverte à l'étranger LOI DU PAYS DE LA FAILLITE comme l'Hypothèse 1	Contrat de droit étranger, faillite ouverte en France Droit international privé comme dans l' Hypothèse 2
Hypothèse 3								
Contrat de droit français, faillite ouverte en France DROIT FRANCAIS	Contrat de droit français, faillite ouverte à l'étranger Droit international privé comme dans l' Hypothèse 2							
Contrat de droit étranger, faillite ouverte à l'étranger LOI DU PAYS DE LA FAILLITE comme l'Hypothèse 1	Contrat de droit étranger, faillite ouverte en France Droit international privé comme dans l' Hypothèse 2							
Contrat international	Hypothèse 1 LOI DU PAYS DE LA FAILLITE Le créancier subit les restrictions imposées par la procédure collective du pays dans lequel le débiteur est mis en faillite, quelle que soit la loi à laquelle le contrat est soumis	Hypothèse 2 Droit international privé - Répartition des pouvoirs des différentes autorités étatiques ? - Détermination des biens soumis à la faillite ? - Impact de la procédure sur l'obtention de la réparation contractuelle ?						

2. La sécurité juridique du créancier est menacée par l'ancrage territorial de la faillite

441 Face à une relation contractuelle internationale, l'ancrage territorial de la faillite réduit la portée des règles habituelles des procédures collectives protégeant les créanciers (les actifs comme gage des créanciers et le respect de l'égalité entre créanciers dans l'apurement du passif) et, au contraire, accroît celles des règles relatives à la sauvegarde de l'entreprise, au maintien de l'activité et de l'emploi. Cela constitue encore un autre aspect de la dissociation des contentieux du contrat et de l'exécution.

442 Le poids de la territorialité et l'emprise des pouvoirs publics sur la procédure collective se manifestent par des chefs de compétence juridictionnelle particulièrement étendus et par l'altération des principes de conflits de lois

traditionnels du droit international privé : la *lex concursus* est toujours la loi du for.

443 De plus, les exigences procédurales du droit international de la faillite ne permettent pas de le rapprocher de l'universalité pour s'affranchir de la territorialité.

444 Il convient donc de mesurer précisément les répercussions de la faillite sur l'effectivité de la réparation. Ces répercussions peuvent être très lourdes pour le créancier victime d'une inexécution contractuelle dans les cas d'ouverture d'une seule procédure de faillite et - *a fortiori* - lorsque plusieurs procédures de faillite sont ouvertes dans différents Etats.

445 Dans le cas d'ouverture d'une seule procédure de faillite, le créancier victime d'une inexécution contractuelle est confronté à l'arrêt des condamnations non encore prononcées dans le cadre de poursuites individuelles à l'encontre du débiteur, à l'obligation de poursuivre les contrats en cours vis-à-vis du débiteur failli et à l'interdiction de faire jouer les sûretés réelles en droit français - contrairement au droit anglais ou allemand.

446 Dans le cas d'ouverture de plusieurs procédures de faillite dans différents Etats, les créanciers sont confrontés à des répercussions supplémentaires. Tout d'abord, l'ensemble des biens du débiteur n'est plus le gage général des créanciers. Ensuite, l'égalité de principe entre les créanciers est rompue, les créanciers locaux pouvant dans certains cas être privilégiés - en droit suisse par exemple. Enfin, la nécessité de produire ses créances dans plusieurs faillites pour qu'elles soient reconnues suppose d'avoir connaissance de ces faillites, or rien n'est publié en France sur les faillites étrangères.

3. Les remèdes à l'insécurité sont à rechercher dans une solide coordination des différentes faillites nationales plutôt que dans une suppression des solutions territorialistes

447 Même si l'universalité reste, en théorie, le système le plus pertinent pour régler le problème d'insolvabilité dans l'ordre international, on a vu que les pouvoirs publics restent loins de l'accepter en raison des enjeux sociaux et politiques.

448 Des solutions approchantes doivent donc être recherchées dans deux directions :

- le remède unilatéral donné par les tribunaux nationaux à l'exigence d'*exequatur* des jugements étrangers prononçant la faillite est théoriquement une solution mais elle reste peu favorable aux créanciers en termes de sécurité juridique ;

- la coordination internationale des procédures collectives voire l'intégration juridique au niveau européen apparaissent plus convaincantes grâce à la Convention d'Istanbul du 5 juin 1990 et surtout à la Convention de Bruxelles du 23 novembre 1995 ; cette dernière est entrée

dans le droit positif depuis qu'elle a été transformée en règlement européen³⁰⁷.

449 Il est temps maintenant de passer à l'application du principe de la réparation intégrale d'abord dans sa forme stricte et ensuite dans ses aménagements possibles.

³⁰⁷ Règlement CE n° 1346/2000 du 29 mai 2000, JOCE n° L160 du 30 juin 2000, entré en vigueur le 31 mai 2002.

Chapitre II : Application stricte du principe de la réparation intégrale

1. Loyauté et devoir d'information

450 Sauf précision contraire, nous nous référerons ci-dessous à une étude fort bien documentée que Maurice Nussenbaum a réalisée en 2012³⁰⁸. Cette étude est d'autant plus pertinente pour notre objet qu'elle porte cette fois sur le droit de la responsabilité contractuelle.

451 La confiance et la loyauté se renforcent mutuellement ; elles ne peuvent émerger de manière spontanée dans des relations individuelles ; leur développement a toujours été dû à une combinaison de facteurs touchants à la réputation et aux institutions. Ce sont les institutions, règles et conventions qui ont pour objet d'éviter les dilemmes de loyauté.

452 Maurice Nussenbaum affirme qu'il y a deux types de confiance, et donc de loyauté.

453 En premier lieu, la confiance qui résulte d'un haut niveau de cohérence propre à la société ; les individus qui se font confiance entre eux sont incités à moins dépenser pour leur protection contre d'éventuels comportements opportunistes de la part de leurs cocontractants. De cela résulte une économie collective qui permet d'augmenter les échanges et donc de stimuler la croissance. C'est ce qui caractérise le fonctionnement d'un groupe d'individus relativement fermé où la confiance est la conséquence de mécanismes de contrôle de la réputation établie entre des individus unis par leurs intérêts propres et des perspectives de gains à long terme supérieurs aux gains de court terme liés à la triche. Les paradigmes souvent cités sont ceux des communautés arabes ou juives maghrébines du XI^{ème} au XIV^{ème} siècle.

454 Ensuite, la confiance qui résulte d'un système de sanctions imposées par les institutions lorsque le capital social de confiance fait défaut ; les acteurs s'en remettent à l'Etat pour résoudre leurs problèmes et les résultats sont moins efficaces. C'est plutôt ce qui caractérise le fonctionnement de la plupart des sociétés modernes plus individualistes et ouvertes à la concurrence externe. L'origine de ces sociétés dites modernes remonte aux marchands génois du XII^{ème} siècle.

455 En fait il y a une perméabilité entre les deux modèles. La confiance et la loyauté sont favorisées par les institutions, l'ensemble favorise le niveau des investissements et donc la croissance économique.

456 De même sur le plan contractuel, la loyauté et la confiance constituent des facteurs de réduction des coûts collectifs d'administration de la justice. Donald Wittman indique :

³⁰⁸ NUSSENBAUM Maurice, L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté, *Gazette du Palais*, mercredi 23, jeudi 24 mai 2012.

« Le rôle du droit contractuel est de minimiser, au niveau collectif, la somme des trois coûts comprenant les coûts de formulation du contrat par les parties, les coûts de (re)formulation par les tribunaux et les coûts liés à des comportements inefficaces. L'indemnisation du préjudice est donc un outil supplémentaire mis à la disposition du droit contractuel pour atteindre son rôle »³⁰⁹.

457 Dans la même perspective de réduction des coûts de transaction, il existe une forte complémentarité entre le fonctionnement des institutions formelles - notamment la responsabilité contractuelle - et le rôle de la loyauté pour en améliorer la performance économique.

458 Sur la question de l'information optimale à communiquer, on observe là encore, l'opposition entre la situation individuelle d'espèce (l'opportunisme pourrait s'avérer efficace à court terme) et l'optimum collectif (l'échange est efficace à long terme).

459 L'analyse économique s'appuie sur le concept de *cheapest cost avoider*, introduit au début des années 1970 par Guido Calabresi³¹⁰. On attribue la responsabilité extra contractuelle d'une éventuelle imprudence dans le domaine quasi délictuel à celle des parties concernées qui peut au moindre frais réduire les coûts de précaution susceptibles d'éviter les accidents.

460 Le droit ne suit pas réellement cette logique puisqu'il définit des droits et devoirs d'informations spécifiques dans la plupart des domaines, que cela implique des coûts de recherche ou pas³¹¹. Il existe cependant, au moins en *common law*, et entre parties sophistiquées, une limite à l'obligation de loyauté ou de bonne foi car des parties sophistiquées sont mieux informées que les tribunaux pour interpréter leurs obligations et peuvent vouloir éviter d'avoir à subir l'aléa de l'interprétation du juge.

461 En fin de compte, selon Maurice Nussenbaum :

I Pour que le système de réparation soit efficace économiquement, c'est-à-dire dissuasif au niveau collectif, il faut que l'auteur du comportement déloyal ait à payer à la victime à la fois plus que les avantages qu'il en a tiré et que les inconvénients qu'il lui a fait subir » ou, ajoutons-nous, au moins autant que le montant le plus élevé des deux.

462 Selon la demande de la victime, l'indemnisation peut comporter, d'une part l'annulation ou l'exécution forcée du contrat ou, d'autre part, l'octroi de dommages-intérêts ou, enfin, les deux du fait du caractère délictuel de la faute. Lorsque l'action sur le contrat n'est pas possible, on se trouve limité aux

³⁰⁹ WITTMAN Donald A., *Economic Foundations of Law and Organizations*, Cambridge University Press, 2006.

³¹⁰ CALABRESI Guido, *The cost of accidents: a legal and economic analysis*, New Haven Yale University Press, 1970.

³¹¹ Voir notamment : Cour de cassation, *Rapport 2010, Obligation d'Information et Contrat*, 2010, p99-163

dommages-intérêts, c'est-à-dire à une diminution du prix convenu. Ils peuvent résulter de ce fait, non plus de la responsabilité contractuelle (article 1134 ancien du Code civil) mais délictuelle (articles 1382 et 1383 anciens Code civil).

2. La perte de chance en matière d'informations financières

463 En matière de prévisions financières, si les informations sont demandées de manière précise par l'acheteur, elles devront être communiquées sans ambiguïté par le vendeur. Les obligations d'information ne pèsent en général pas sur l'acheteur, sauf s'il est lui-même dirigeant et principal actionnaire du cessionnaire. La jurisprudence considère dans ce cas que la dissimulation par le dirigeant de sa décision d'introduire sa société en bourse constitue une réticence dolosive sans laquelle le cédant n'aurait manifestement pas consenti à la cession aux conditions prévues. L'acquéreur a dû indemniser le cédant de la chance qu'il avait perdue de négocier différemment la cession de ses parts, s'il n'avait pas été victime de réticence dolosive. Il s'agit en l'espèce de la « perte de chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses »³¹².

464 La jurisprudence apporte une même réponse à travers la perte de chance dans le cas d'une faute intentionnelle des dirigeants consistant en la diffusion d'informations trompeuses ayant conduit à l'acquisition ou la conservation de titres émis dans le public. Il s'agit dans ce cas de la « perte de chance d'investir ses capitaux dans un autre placement ou de renoncer à celui déjà réalisé »³¹³.

465 On peut s'interroger sur la capacité de la perte de chance à assurer une indemnisation économiquement efficace des demandeurs.

466 En effet, la perte de chance reconnue est celle considérée comme probable. Comment en évaluer la valeur et la probabilité de réalisation ? Il existe, selon Maurice Nussenbaum, deux aléas qu'il conviendrait d'analyser séparément devant les tribunaux jugeant l'espèce :

- l'aléa dit actif ou de décision : quelle aurait pu être la décision alternative ? et avec quelle probabilité ? Cet aléa est difficile à objectiver en pratique ; comment peut-on préjuger de la volonté de la partie adverse de négocier à un prix différent ?
- l'aléa dit passif ou de valorisation : quelle aurait été la valeur normale de l'échange en l'absence d'inexécution ? Cet aléa est plus simple à objectiver en examinant la performance de l'échantillon alternatif de comparaison.

467 En fait, on constate que les indemnités effectivement allouées par les tribunaux sont fixées indépendamment des pertes subies, à des niveaux forfaitaires

³¹² Cass. com., 25 mars 2010, *GLS SA c/ SA Parsys*, n°09-12.895.

³¹³ Cass. com., 9 mars 2010, n°08-21547 et 08-21793.

représentant entre 10 et 15% de celles-ci, sans aucune justification autre que « pour tenir compte de l'aléa propre à tout investisseur boursier »³¹⁴.

468 En théorie la réparation intégrale de la victime devrait correspondre à la restitution des gains illicites engendrés par le comportement déloyal, dès lors que ce qui a été gagné par l'un a été perdu par l'autre. « Pour être efficace économiquement, les réparations en cas de violations graves de la loyauté devraient avoir une dimension incitative, même sans aller jusqu'aux dommages punitifs »³¹⁵. Nous ne pouvons que souscrire à cette recommandation de Maurice Nussenbaum.

469 Au-delà de l'efficacité économique, l'auteur avance même au plan du droit que « réparer la perte de chance seule ne constitue pas, dans la plupart des cas, une réparation intégrale, notamment lorsque le gain anticipé par l'auteur du préjudice est très supérieur à la perte de chance de l'autre partie »³¹⁶.

470 En effet la **réparation intégrale** consiste à replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée **si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu et le contrat s'était déroulé normalement**, donc à restituer à la victime les bénéfices qu'elle aurait obtenus du fait de la bonne exécution du contrat (ou d'une solution alternative approchante)³¹⁷.

471 Or réparer la **chance perdue** ne correspond pas à remettre la victime dans cette situation mais seulement à lui **restituer les sommes qu'elle a engagées dans le contrat** (ses propres dépenses plus ce qu'elle a donné à son co-contractant) et à la replacer dans la situation où elle se serait trouvée **si le contrat n'avait pas été conclu**³¹⁸.

472 Si on se situe en dehors de l'hypothèse d'annulation (en cas de dol), on ne pourra alors pas supprimer tous les effets négatifs pour la victime. Maurice Nussenbaum conclut :

*« On ne peut donc qu'inviter le juge à intégrer, dans sa liberté souveraine pour fixer les dommages-intérêts, des directives d'évaluation plus précises, non seulement au plan des principes mais aussi des méthodes, pour définir et calculer l'abattement forfaitaire au titre de l'aléa de décision. L'aléa de valorisation étant quant à lui évalué de manière plus classique »*³¹⁹.

³¹⁴ CA Paris, 17 oct. 2008, n° 06/09036 ; et CA Paris, 14 sept 2007, n°07/01477.

³¹⁵ NUSSENBAUM Maurice, Art. Cit.

³¹⁶ *Idem*.

³¹⁷ Praticien n°6 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 4, p. 69.

³¹⁸ Praticien n°8 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 3, p. 67 et s.

³¹⁹ *Idem*.

3. Réparation du préjudice financier de l'investisseur dans les sociétés cotées victime d'informations fausses ou trompeuses

473 Une Commission interdisciplinaire française a travaillé précisément sur ce thème dans le cadre du Club des Juristes³²⁰. Elle a réuni des universitaires, des magistrats, des avocats et des juristes d'entreprises entre mai 2013 et mai 2014. Son rapport, publié en novembre 2014, part du constat partagé du caractère insatisfaisant du traitement actuel du préjudice par la jurisprudence tant dans son fondement - la perte de chance - que dans son évaluation - le caractère forfaitaire peu ou non justifié de l'indemnité allouée. Il préconise une méthode alternative plus prévisible, plus sûre et finalement plus juste d'évaluation du préjudice subi par l'investisseur. Enfin, le rapport développe les conditions qui apparaissent les plus propices à la mise en oeuvre de cette méthode.

474 Bien que ce rapport n'aborde pas directement la question de l'indemnisation du préjudice contractuel, nous démontrerons que les critiques qu'il formule et la méthode d'évaluation qu'il propose sont tout à fait pertinentes pour notre sujet. Nous résumerons donc rapidement les premières avant d'exposer la seconde plus en détail.

3.1. Synthèse et critique des solutions retenues par la jurisprudence actuelle

475 A partir de la synthèse de la jurisprudence actuelle, la Commission du Club des Juristes formule des critiques relatives au recours à la perte de chance et au caractère forfaitaire de l'indemnisation du préjudice.

3.1.1. Synthèse

476 L'analyse détaillée des décisions rendues par les juges du fond dans une dizaine de cas d'espèces ces dernières années³²¹, conduit la Commission à écrire dans son rapport :

« Au plan de la mise en oeuvre, les décisions rendues imposent un double constat. En toute hypothèse, la position adoptée par la Cour de cassation exclut à titre de principe toute demande d'indemnisation du préjudice à hauteur de la totalité des pertes en capital subies par le demandeur³²². En pratique, le recours à la qualification de la perte de chance conduit les juges du fond à procéder à une indemnisation forfaitaire

³²⁰ Le Club des Juristes, « L'évaluation du préjudice financier de l'investisseur dans les sociétés cotées », Rapport de la Commission présidée par Andre Lévy-Lang et Daniel Tricot, novembre 2014.

³²¹ *Idem*. Jurisprudences analysées par la Commission et citées dans son rapport : Pallas-Stern, Flammarion, Dapta-Malinjoud, Eurodirect Marketing, Regina Rubens, Sidel, Gaudriot, Vivendi, Marionnaud.

³²² *Ibidem*, note 69.

variable et largement imprévisible (...) sur la base d'un forfait par action³²³ ou de l'octroi d'une somme forfaitaire³²⁴ selon des critères non déterminés, sans justification du montant du préjudice effectivement subi. Dans la motivation de (leurs) décisions, (ils) s'en tiennent à des considérations générales relatives à l'aléa boursier qui ne fournissent aucune prévisibilité aux justiciables ».

477 Les formules adoptées dans les motivations font une référence générique, comme on l'a vu plus haut, au « risque et à l'aléa propre à tout investissement boursier »³²⁵ ou « en tenant compte de l'aléa que comportent les opérations d'investissement en bourse »³²⁶.

478 Ces formules mettent en lumière, selon la Commission, « une volonté des juges du fond d'exercer sans contrainte la liberté qui résulte de la qualification du préjudice subi en perte d'une chance. En réalité, poursuit la Commission, les juges du fond jugent en équité, ce qu'ils ne sont pas autorisés à faire, et se soustraient, par l'absence de tout critère objectif dans leur méthode d'évaluation du préjudice, à toute forme de contrôle »³²⁷.

479 De manière évidente, les solutions retenues ne s'inscrivent pas dans le cadre des règles et principes du droit commun de la responsabilité civile. Elles ne respectent notamment aucunement le principe de la réparation intégrale. Cela amène tout naturellement la Commission à formuler deux types de critiques à l'encontre de ces solutions : la critique du recours désormais exclusif à la perte de chance et la critique du caractère forfaitaire de l'indemnisation octroyée.

3.1.2. La critique du recours à la perte de chance

480 Le recours à la perte de chance limite l'assiette du préjudice réparable :

« La Commission constate qu'en l'état du droit positif, le recours exclusif et systématique à la perte de chance a pour conséquence de réduire artificiellement l'assiette du préjudice sans aucune prise en compte de l'effet réel de la faute sur la formation du cours de l'action. Il n'apparaît pas de nature à permettre une réparation intégrale du préjudice réellement subi lorsque l'investisseur a effectivement agi sur un marché dont le fonctionnement a été perturbé par une information inexacte »³²⁸.

³²³ *Ibidem*, note 70.

³²⁴ *Ibidem*, note 71.

³²⁵ Affaire Sidel, déjà citée.

³²⁶ Affaire Marionnaud, déjà citée.

³²⁷ Rapport cit., paragraphe 26.

³²⁸ *Idem*, paragraphe 29.

481 Cette critique nous paraît la plus forte. Elle sera aussi la plus pertinente, nous semble-t-il, lorsqu'il s'agira d'adapter le raisonnement à l'indemnisation du préjudice contractuel. Elle n'est cependant pas la seule dans le cas des préjudices boursiers, même si, dans ce qui suit, les critiques tendent à montrer que le recours à la perte de chance a pour effet d'exagérer le calcul du préjudice.

482 La Commission du Club des Juristes note ainsi que ce recours « revient à indemniser un préjudice purement hypothétique, en violation de l'exigence de certitude du préjudice réparable »³²⁹.

483 En effet la Commission reprend le raisonnement de Maurice Nussenbaum, exposé dans la section précédente, selon lequel nul ne peut affirmer avec certitude quel aurait été le comportement de l'investisseur s'il avait été correctement informé. Supposer que sa décision lui aurait permis de réaliser un gain revient donc à indemniser ce gain comme s'il était certain alors qu'il reste, en tout état de cause, hypothétique. Cette confusion théorique explique la violation de l'exigence de certitude du préjudice réparable.

484 Lorsqu'il n'offre pas un remède artificiel à une incertitude sur le lien causal, le recours à la perte de chance introduit - à tout le moins - l'arbitraire dans l'établissement de ce même lien.

« Sous couvert de l'aléa de marché, la quantification du préjudice est (...) réalisée sans aucune justification rigoureuse sur le terrain du lien de causalité. (...) Cette confusion pratique permet aux juges de prendre toute liberté et d'échapper à toute discussion sur le lien causal »³³⁰.

485 Enfin, la Commission relève que :

« Le recours à la perte de chance pose deux problèmes évidents au regard de l'exigence d'individualisation du préjudice :

d'une part, sa mise en œuvre est dépourvue de rigueur car le comportement de chaque investisseur (...) a nécessairement une incidence sur les conséquences préjudiciables résultant de la fausse information ;

d'autre part, le critère sur lequel elle repose n'est pas adapté car les investissements alternatifs ne peuvent, par définition, être déterminés que pour chaque investisseur donné.

La perte de chance est en réalité détournée de sa fonction - pallier les doutes sur la certitude du dommage - pour devenir l'instrument d'un mécanisme d'indemnisation collective »³³¹.

³²⁹ *Ibidem*, paragraphe 31.

³³⁰ *Ibidem*, paragraphe 32.

³³¹ *Ibidem*, paragraphe 36.

3.1.3. La critique du caractère forfaitaire de l'indemnisation

486 Le mécanisme de l'indemnisation forfaitaire par action pour l'ensemble des investisseurs porte atteinte au principe de la réparation intégrale du préjudice à double titre.

487 D'une part, il est à l'origine d'un effet d'aubaine pour certains actionnaires qui bénéficient d'une indemnisation dépassant leur préjudice réel alors qu'il ne compense nullement l'intégralité du préjudice subi par d'autres.

488 D'autre part, ce mécanisme confère aux actions en responsabilité une dimension non plus réparatrice mais punitive.

489 « La jurisprudence française actuelle ne méconnaît pas simplement le principe de la réparation intégrale, elle s'affranchit en outre de la réalité du fonctionnement des marchés boursiers. (En effet, elle) opère une confusion entre l'aléa boursier, propre à l'évolution de la valeur de tout actif financier coté, et l'aléa de la perte de chance qui vise tout autre chose : une éventualité favorable dont la disparition certaine oblige celui par la faute duquel elle est survenue à réparer le dommage ainsi causé »³³².

490 Face à ces insuffisances, la Commission entend proposer « un abandon de la méthode actuelle au profit d'une méthode objective d'évaluation du préjudice réparable devant les juridictions civiles »³³³.

3.2. La proposition d'une nouvelle méthode de calcul du préjudice financier de l'investisseur

491 Cette nouvelle méthode suppose une identification préalable des préjudices individuels réparables puis une quantification de ces mêmes préjudices par des analyses statistiques - dont les études d'événements (*event studies*) - permettant d'estimer « l'impact réel (et spécifique) de la fausse information sur le prix des titres financiers »³³⁴.

3.2.1. L'identification des préjudices réparables

3.2.1.1 La perte de valeur de l'investissement réalisé

492 C'est l'approche retenue majoritairement à l'étranger, notamment par la jurisprudence américaine. Elle est proposée à titre de principe général par la Commission³³⁵.

³³² *Ibidem*, paragraphe 40.

³³³ *Ibidem*, proposition n°1.

³³⁴ *Ibidem*, paragraphe 42.

³³⁵ *Ibidem*, proposition n°2.

493 Celle-ci considère que :

« Par principe, le préjudice subi par l'investisseur n'est pas une perte de chance de réaliser un meilleur investissement, mais un préjudice direct et certain, consistant dans l'acquisition ou la revente de titres sur un marché dont le fonctionnement a été perturbé par une information inexacte, et à prix supérieur ou inférieur au cours auquel le titre se serait traité si l'information avait été intégrée. (En conséquence), seules les acquisitions ou les cessions de titres effectuées par les investisseurs entre la diffusion de l'information trompeuse et la révélation de son caractère erroné peuvent être la source d'un préjudice réparable »³³⁶.

494 Dès lors que l'analyse se concentre sur la variation induite du cours de bourse, « la Commission estime que la qualité de l'investisseur (averti ou non averti) et sa stratégie d'investissement ne doivent pas être prises en considération dans l'appréciation du préjudice subi »³³⁷.

495 La preuve de la causalité est alors simplifiée. Seule la preuve de l'impact de la fausse information sur le cours de bourse doit être apportée par l'investisseur. Celle-ci suffit à établir l'existence d'un préjudice subi par l'investisseur, sans égard pour son comportement individuel.

496 La Commission estime en revanche :

« Qu'il n'y a pas de préjudice de conservation et de non-acquisition. Ils ne résultent pas directement de l'influence indûment exercée sur le cours des titres par la diffusion de l'information fautive ou trompeuse et apparaissent (...) trop hypothétiques pour être réparables »³³⁸.

497 Cette proposition, si elle était retenue en l'état par nos tribunaux, aurait certes l'avantage d'être complètement objective mais elle pourrait aussi générer des effets pervers non efficaces économiquement. En effet, un investisseur qui détiendrait les titres concernés par la fausse information et qui aurait la possibilité de les conserver après la correction de cette information afin de tenter de minimiser ses pertes, pourrait être incité à les revendre au plus tôt (donc avec la perte la plus forte) afin d'être sûr de recevoir la réparation admise par les tribunaux.

498 Afin de réduire ce risque, il conviendrait d'ajouter un élément de preuve à la charge de l'investisseur : celui-ci devrait démontrer qu'il a pris toutes les précautions raisonnables pour minimiser son préjudice. Les *mitigated damages* ainsi appliqués seraient d'autant plus pertinents que l'on cherchera à transposer la proposition au préjudice contractuel.

³³⁶ *Ibidem*, paragraphe 45.

³³⁷ *Ibidem*, proposition n°5.

³³⁸ *Ibidem*, proposition n°4.

3.2.1.2. La perte d'une opportunité spécifique d'investissement

499Par exception au principe précédent :

« L'investisseur pourrait, s'il le souhaite et démontre son existence, obtenir réparation de la perte d'une opportunité spécifique d'investissement avant la diffusion d'informations erronées en lieu et place de la réparation de la perte de valeur de son investissement que les informations erronées ont entraînée pour lui »³³⁹.

500Dans cette hypothèse, l'investisseur ne subit pas une vague et hypothétique perte de chance d'avoir privilégié un autre investissement, mais la perte d'une opportunité spécifique, dûment identifiée.

501Par ce biais, la Commission entend restituer à la perte de chance sa fonction véritable et encadre doublement sa réparation :

- l'investisseur doit démontrer que a) dans sa situation individuelle, la diffusion de l'information trompeuse l'a conduit à procéder à des arbitrages différents de ceux qu'il aurait faits dans une situation d'information efficiente du marché et b) qu'il aurait pu tirer de l'investissement alternatif un profit dont il a ici été privé ;
- La réparation de la perte d'une chance de réaliser un investissement alternatif plus lucratif ne saurait être cumulée avec la réparation de la perte de valeur de l'investissement réalisé.

3.2.2. La quantification des préjudices réparables

3.2.2.1. Le recours aux études d'événements (event studies) en droit américain

502Le droit boursier américain repose sur une pluralité de fondements dérogatoires au droit commun de la responsabilité civile offerts à l'investisseur victime d'une fausse information. Celui-ci peut engager, à l'encontre de la société ou de ses dirigeants, la responsabilité sans faute liée à l'acquisition de titres sur la base de fausses informations dans le cadre d'une offre de ces titres au public³⁴⁰ ou la responsabilité pour faute intentionnelle ou pour fraude³⁴¹.

503La charge de la preuve du préjudice effectivement subi, à savoir une baisse de la valeur des titres, pèse sur l'émetteur dans le premier fondement (articles 11 et 12(a)(2) du *Securities Act* de 1933) ou sur l'investisseur lésé dans le second fondement (Règle 10b-5 du *Securities Exchange Act* de 1934).

504Les demandeurs ont eu des difficultés pour prouver le préjudice dans ces matières. Un simple test « avant/après » est trop simpliste, puisqu'il ne prend pas en compte les facteurs - autres que la mauvaise information - qui auraient

³³⁹ Rapport cit., proposition n°3.

³⁴⁰ Articles 11 et 12(a)(2) du *Securities Act* de 1933 (marché primaire).

³⁴¹ Article 10(b) du *Securities Exchange Act* de 1934 (*10b-5 Rule*) (marché primaire ou secondaire).

pu causer la variation du prix du titre. Les demandeurs ont donc développé des méthodes analytiques pour essayer de démontrer que les variations du prix du titre étaient spécifiquement dues à la correction de la mauvaise information.

505 Il est désormais établi que cette forme de démonstration nécessite le recours à des analyses statistiques complexes, communément appelées « études d'événements » (*event studies*) qui ont pour but d'isoler les effets de l'information révélée sur le prix du titre et de neutraliser les autres facteurs qui ont pu affecter le prix du titre. Les *event studies* ont une importance cruciale dans les contentieux boursiers américains comme l'évoquent les praticiens interrogés³⁴².

506 Revenant sur quelques affaires célèbres, Laurent Aynès remarque que sans ces technologies nouvelles :

« Les manipulations de cours comme dans l'affaire Vivendi seraient demeurées non résolues : quelle est l'indemnisation de ce préjudice ? Si on regarde la situation de chacune des victimes, c'est un travail titanesque car il y a des milliers de cas particuliers qui sont tous différents et dont les préjudices n'ont rien à voir. La Cour de cassation avait admis - dans une affaire Sidel souvent citée - que l'on puisse fixer le préjudice à tant par action. C'est la première affaire dans laquelle on a admis une sorte de forfait mais qui est absolument contraire avec le principe de la réparation intégrale car il ne considère pas la situation d'espèce de la victime »³⁴³.

*« Les études d'événements (*event studies*) sont de plus en plus utilisées pour analyser les évolutions de cours avant et après un événement donné supposé préjudiciable, comme par exemple une diffusion d'information trompeuse qui pénalise un cours de bourse. Elles sont donc plutôt réservées aux préjudices boursiers et seules quelques juges spécialisés sont familiers avec cette méthode d'évaluation du préjudice »³⁴⁴.*

« Pour le préjudice financier, il existe une jurisprudence fournie qui définit quelle méthode d'évaluation doit être utilisée en fonction des conditions d'espèces. Le Private Securities Litigation Reform Act de 1995 oblige le plaignant à prouver le lien causal entre la fraude et le préjudice mais il ne dit pas comment. C'est la jurisprudence qui détaille le comment.

Mais ce n'est pas un débat simple car, par exemple, si une société a commis une fraude, il est très difficile de connaître

³⁴² Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens, Section 7, p.76.

³⁴³ Praticien n°4 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 7, p. 76.

³⁴⁴ Praticien n°7 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 7, p. 76.

exactement quel est l'impact de cette fraude sur le cours de bourse. Le cours de l'action a pu d'abord monter de 5 USD au moment de l'information frauduleuse puis baisser de 5 USD au moment de la révélation de la fraude (c'est la version du plaignant) mais on peut aussi bien trouver que le marché a monté de 10 USD pendant que l'action ne montait que de 5 USD, ce qui revient à dire qu'elle a baissé de 5 USD. On doit donc « désagréger » l'impact de la fraude des autres facteurs. Donc c'est toujours entre l'évaluation de l'expert et celle du jury que se distribueront les versions. Il n'y a toujours pas de méthode universelle dans les cas de fraude aux marchés financiers.

Toutefois, même si les nouvelles méthodes d'évaluation ne sont pas absolument exactes ni certaines, elles sont quand même moins subjectives et plus prévisibles pour évaluer le préjudice »³⁴⁵.

3.2.2.2. Le déroulement d'une étude d'événement et sa transposition en droit français

507 Typiquement, une étude d'événement se déroule en trois étapes successives. Chacune de ces étapes est évidemment l'occasion de débats juridiques et économiques entre les experts des parties au litige. Le détail de ces débats dépassant largement le propos de notre étude, nous décrivons schématiquement les trois étapes ci-après.

508 **La première étape est la reconstitution de la valeur réelle (*true value*) du titre.** On procède à la sélection d'une période propre (*clean period*) avant l'information trompeuse. On y construit un indice de titres jugés comparables (*true value index*), lequel est censé refléter la performance du titre pendant cette période. Le rapport entre le prix observé du titre et l'indice peut ensuite servir à reconstituer la valeur réelle du titre pendant la période où la mauvaise information a été diffusée.

509 **La deuxième étape est la détermination de la période affectée (*affected period*),** pendant laquelle la mauvaise information a entraîné une surévaluation du prix du titre par rapport à sa valeur réelle. Cette période débute généralement le jour de la diffusion de la mauvaise information et se termine lorsque celle-ci est corrigée.

510 **La troisième étape est le calcul de la perte causée par la fausse information (*calculating the loss*).** A cette fin, on calcule, pour chaque jour de la période affectée, la différence entre le prix observé, par hypothèse surévalué, et la valeur réelle du titre telle que reconstituée dans la première étape. A l'issue de l'analyse, l'étude d'événement de chaque partie au litige se conclut sur l'appréciation du montant de la perte par titre et par acquisition pour chaque jour composant la période affectée. Pour établir le montant total de la perte pour

³⁴⁵ Praticien n°11 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 7, p. 76.

un investisseur donné - ou pour toute une catégorie d'investisseur dans le cadre d'une *class action* par exemple - le tribunal doit encore déterminer combien de titres ont été effectivement acquis par cet investisseur - ou cette catégorie d'investisseur - durant la période affectée et conservés jusqu'à la fin de cette période, moment auquel la perte a été subie.

511 Dans le cadre d'une *class action*, le montant du préjudice est d'abord évalué séparément pour chacun des membres de la catégorie. Le total des pertes individuelles peut alors être calculé pour déterminer le montant global dû par le défendeur³⁴⁶.

« Alors que le raisonnement en termes de perte de chance se focalise sur l'impact de l'information trompeuse au moment de la revente des titres, l'étude d'événement permet d'évaluer l'impact de l'information trompeuse au moment de la diffusion de cette information.

La méthode permet de satisfaire à l'exigence de causalité en déterminant si la diffusion de la fausse information a eu ou non un impact sur le cours et de quelle ampleur et, dans l'affirmative, si cette fausse information a véritablement eu une incidence sur la situation de l'actionnaire considéré »³⁴⁷.

512 La méthode d'analyse d'événement est largement utilisée dans la théorie financière pour étudier le rendement anormal d'un titre, c'est-à-dire l'impact d'un événement particulier sur le cours du titre.

513 Il faut ensuite traduire le pourcentage de rendement anormal du titre en évolution anormale du cours de ce même titre en euros. Pour cela, on va rechercher le prix du titre correspondant au rendement normal et le comparer au cours réellement observé. La différence donnera la variation anormale du cours.

514 Le recours aux études d'événements permet ainsi de s'approcher le plus précisément possible de la réalité du préjudice subi, en conséquence :

La Commission « propose de recourir à des méthodes statistiques appropriées, au premier rang desquelles figurent les études d'événements, pour déterminer l'impact de la fausse information sur le cours du titre et le préjudice en résultant pour les investisseurs »³⁴⁸.

³⁴⁶ Pour un descriptif plus détaillé du droit boursier américain, voir DUGGAN C.S., *Aperçu des actions en responsabilité en droit boursier américain*, Annexe III du Rapport, Le Club des Juristes, novembre 2014.

³⁴⁷ Rapport cit., paragraphe 55.

³⁴⁸ Rapport cit., Proposition n°6.

3.3. La mise en œuvre de la nouvelle méthode de calcul du préjudice financier de l'investisseur

515 La mise en œuvre de la méthode de calcul proposée ci-avant peut se heurter à des difficultés liées à son coût, ainsi qu'à la compétence des magistrats en matière financière, auxquelles la Commission entend remédier par les propositions qui suivent.

3.3.1. Les difficultés liées au coût de la méthode envisagée

516 Le traitement pré-contentieux doit être envisagé en amont sous formes de transaction et de médiation.

517 En aval, au stade contentieux, le recours à l'expertise de justice ne peut être évité pour organiser le débat sur la réalité et l'étendue du préjudice. En tant qu'autorité de régulation, l'AMF peut être un expert judiciaire utile.

3.3.2. Les difficultés liées à la compétence des magistrats en matière financière

518 La réparation des préjudices financiers de l'investisseur devrait relever de la compétence exclusive d'une chambre spécialisée à créer au sein de la juridiction désignée (probablement le Tribunal de Commerce de Paris). La spécialisation de cette juridiction devrait être accompagnée par une formation spécifique des magistrats qui seront appelés à connaître de ces affaires.

4. Les principales approches financières du dommage

519 La plupart du temps, les rapports des experts économiques aboutissent à des évaluations assez éloignées du *quantum* alors qu'ils sont censés évaluer le même préjudice. Cela n'est pas essentiellement dû au fait qu'ils seraient missionnés par les parties aux Etats-Unis ou même en France lorsqu'il s'agit d'experts privés. En fait, ces divergences sont généralement dues à une absence de cadre de travail commun : les évaluations, bien que considérant une même affaire, n'évaluent pas la même chose. De l'aveu même d'un expert « le choix de l'approche juridique applicable a une influence sur le montant du dommage. Toutefois ce choix ne saurait revenir aux experts »³⁴⁹.

³⁴⁹ DE FEUARDENT Anton, Notions d'évaluation du préjudice et principales approches financières du dommage, in. *Revue de l'arbitrage 2015*, Bulletin du Comité Français de l'Arbitrage, N°2, avril-juin 2015, p. 414-428. Voir également en Annexe l'Etude de Cas 1, E c. V., CA Versailles, 2010, 2011 et 2014.

4.1. Les étapes de l'évaluation du préjudice

520 L'évaluation du préjudice économique et financier passe ainsi par trois étapes successives.

521 La première étape est la définition du cadre juridique de l'évaluation :

- à supposer que la fonction recherchée de l'indemnisation soit de compenser le préjudice, cette compensation est-elle celle d'une réparation intégrale ou de la seule perte de chance ?
- pour la réparation intégrale, veut-on intégrer le *damnum emergens* ou le *lucrum cessans* ?
- que cherche-t-on à évaluer : la valeur de marché de l'actif ou la perte de profit ?

Le juriste doit se prononcer sur ces questions structurantes.

522 La deuxième étape est la définition du scénario économique contrefactuel (*but-for scenario*), c'est-à-dire de la situation alternative dans laquelle l'événement qui a causé le préjudice ne s'est pas produit. En d'autres termes, le scénario contrefactuel permet la création d'une hypothèse où sont estimés les revenus (et ainsi indirectement les coûts, profits, les flux financiers, etc.) qui seraient apparus si le contrat n'avait pas été violé. Il s'agit de déterminer, entre autres, les hypothèses économiques suivantes:

- date d'évaluation ;
- éléments subséquents ;
- cycle de vie d'un investissement ;
- appréciation du risque ;
- performance industrielle attendue.

523 La définition de ce scénario contrefactuel est complexe. Plusieurs expertises spécialisées peuvent donc être nécessaires. Néanmoins *in fine*, l'arbitrage dans la détermination de ces hypothèses relève encore essentiellement du juriste.

« Une fois le cadre juridique mis en place et les hypothèses économiques clairement définies, les différences d'évaluation entre les experts de chaque partie seront beaucoup plus faibles (...). Un engagement accru de l'arbitre (ou du juge) dans (ces deux premières étapes), dès le début de la procédure, est donc souhaitable »³⁵⁰.

La troisième étape correspond à l'application des méthodes d'évaluation financière. En tissant la métaphore d'une construction, si la première étape détermine le plan de l'architecte et la seconde fournit les matériaux de construction, la troisième constitue les outils de travail de l'expert économique et financier. Ces méthodes-outils d'évaluation du préjudice se regroupent dans trois approches³⁵¹ :

³⁵⁰ *Idem.*

³⁵¹ Ces méthodes sont abordées plus en détail en Troisième Partie, Introduction de la troisième partie.

- l'approche patrimoniale ;
- l'approche par les comparables ;
- l'approche par les flux de trésorerie actualisés.

« Ces approches permettent de considérer la perte de valeur d'un actif en raison d'un préjudice subi, cette perte de valeur se définissant comme la différence entre la valeur de l'actif sans préjudice (scénario contrefactuel ou but-for scenario) et la valeur de l'actif telle qu'elle est avec le préjudice (scénario réel ou actual scenario). Ces outils d'évaluation conduisent souvent à établir la valeur de marché de l'actif (fair market value) »³⁵².

Présentons maintenant dans leurs grandes lignes ces trois approches.

4.2. Les trois approches d'évaluation financière

524 L'objet de notre étude n'est pas d'explorer les détails techniques ni même de livrer un mode d'emploi de ces approches. Cette section vise à identifier leurs différents cas d'usage : après avoir décrit chacune de ces approches, nous résumerons dans un tableau leurs principales utilisations et limites.

4.2.1. L'approche patrimoniale ou valeur d'actif (asset value)

525 Elle consiste simplement à examiner la valeur de chacune des composantes d'un actif et à en faire la somme arithmétique. Cette valeur peut être selon les cas (1) la valeur de marché, éventuellement minorée d'une décôte pour tenir compte de l'impératif de vente rapide (valeur liquidative), (2) la valeur d'usage ou de remplacement, et enfin, (3) la valeur comptable ou d'acquisition. Le choix de l'une de ces valeurs dépend des instructions données à l'expert par le juge ou l'arbitre.

4.2.2. L'approche par les comparables ou par les multiples (multiple value)

526 Elle implique de constituer un échantillon d'actifs comparables à l'actif à évaluer, à déterminer quels seraient les multiples standards entre leur valeur et certains paramètres financiers et enfin à appliquer ces multiples standards aux paramètres financiers de l'actif à évaluer afin d'en déduire sa valeur³⁵³.

Voici quelques exemples :

³⁵² DE FEUARDENT Anton, *op. cit.*

³⁵³ FILLER Mark G., DIGABRIELE James A., *A quantitative approach to commercial damages – Applying statistics to the measurement of lost profits*, Wiley, New Jersey, 2012, p. 6.

- le multiple de chiffre d'affaires est utilisé pour l'évaluation des fonds de commerce, pharmacies ou charges de notaire ;
- le multiple de superficie est traditionnel dans l'immobilier (plus en France qu'aux Etats-Unis) et l'agriculture ;
- le multiple du nombre d'abonnés s'est imposé dans les industries des télécoms, internet, la presse ;
- le multiple des réserves est essentiel pour évaluer un actif minier ou pétrolier ;
- les multiples d'indicateurs comptables tels que l'Excédent Brut d'Exploitation (*EBITDA*) ou le résultat d'exploitation (*EBIT*) sont courants pour les sociétés industrielles ;
- les multiples de capitalisation, comme le rapport entre la capitalisation boursière et le résultat net (*PER*), sont pratiquement limités aux sociétés cotées.

4.2.3. L'approche par les flux de trésorerie actualisés (*Discounted Cash Flows - DCF*)

527L'approche par les flux de trésorerie actualisés est sans doute la plus complexe à mettre en œuvre, notamment parce qu'elle impose de définir des hypothèses opérationnelles permettant de reconstituer les flux de revenus perdus et que ces hypothèses sont souvent contestées³⁵⁴. C'est aussi la seule approche qui considère la valeur spécifique de l'actif par sa capacité à produire des richesses futures. Elle consiste schématiquement à déterminer les flux de trésorerie (négatifs et positifs) tout au long de la vie de l'actif, à les actualiser (appréciation ou dépréciation) afin de ramener leurs valeurs à aujourd'hui et, enfin, à les cumuler pour calculer la Valeur Actuelle Nette (*VAN* ou *Net Present Value - NPV*). Le taux d'actualisation mesure le niveau de risque porté par l'actif et donc le coût du capital pour rémunérer ce risque porté par les actionnaires. Deux exemples extrêmes : pour un investissement à la Caisse d'Épargne on appliquera un taux d'actualisation de 2%, proche du taux d'intérêt, alors que pour un investissement en capital risque on ira jusqu'à 25%.

4.2.4. Les principales utilisations et limites des différentes approches

Approches	Description	Utilisations	Limites
Valeur d'actif	Somme des composantes de l'actif considéré	Actifs non productifs : objets d'art, voitures de collections Actifs n'ayant pas encore démontré leur capacité à produire <i>Damnum emergens</i>	Ne considère pas la capacité de production future
Valeur de	Constitution d'un	Actifs standards	Actifs spécifiques

³⁵⁴ On verra dans le 5. Le choix d'un modèle de prévision pour extrapoler les gains manqués qu'il existe toutefois des outils statistiques permettant d'extrapoler les flux de revenus perdus et d'en déduire les flux de trésorerie ou de profits perdus.

multiples comparables	échantillon standard d'actifs comparables Puis application des multiples standards à l'actif considéré	Marchés avec beaucoup de concurrents Pratique pour vérifier un ordre de grandeur	Hypothèses de sélection de l'échantillon souvent contestées Disponibilité et pertinence de réels comparables
Valeur actuelle nette (VAN)	Actualisation puis cumul des flux de trésorerie futurs	Existence d'un historique extrapolable (activité récurrente) Niveau de risque clairement appréhendé (marché mature) <i>Lucrum cessans</i>	Complexité de mise en oeuvre Hypothèses opérationnelles et taux d'actualisation souvent contestés

4.2.5. La détermination du taux d'actualisation

528Ce tableau rassemble des arrêts américains récents portant sur la détermination du taux d'actualisation approprié à partir duquel les futures pertes subies doivent être déduites de la valeur actuelle³⁵⁵.

529Il détaille, la référence de l'arrêt (grâce à la note de bas de page située en colonne de gauche), les faits essentiels de l'arrêt ainsi que la décision de la Cour (approche et taux retenu).

³⁵⁵ Pour plus de détails, voir Robert L. Dunn, *op. cit.*, p. 230-234. Also DUNN Robert L., HARRY Everett P., *Modeling and Discounting Future Damages*, 193 J. Acct. 43, Jan. 2002; HARRY Everett P., *Future Damages – Before and After Tax Discount Rates* in. Robert L. Dunn, *Dunn on Damages – The Economic Damages Report for Litigators and Experts*, automne 2012; POLLACK Richard A., BOUCHNER Scott M., ENOS Craig M., JOHNS Colin A., MOYL John D., *Calculating Lost Profits*, *AICPA Practice Aid 06-4*, AICPA, 2006.

#	Faits de l'arrêt Erreur prise en compte par le tribunal	Approche adoptée par le tribunal	Taux retenu
356	Les taux du bon du Trésor et les taux sans risque en général ne prennent pas en compte le risque des affaires, et ce, quelque soit la maturité des bons	Le coût de la dette du demandeur est augmenté de 0,5% afin d'intégrer un niveau de risque plus élevé pour l'investissement dans une équipe de sport professionnel	
357	Les taux du bon du Trésor et les taux sans risque en général ne prennent pas en compte le risque des affaires, et ce, quelque soit la maturité des bons	Taux sans risque + prime de risque sur action + prime de risque industriel + prime de taille + prime de dépendance de client clé	16%
358	Les dommages-intérêts du demandeur devraient être calculés par la différence entre les flux financiers des placements réglementés et non réglementés L'expert du demandeur a relevé des taux d'actualisation respectivement de 11% et de 11,5% L'expert du défendeur (l'État) a relevé des taux de respectivement 6% et 15%	Placements non réglementés : 13% Taux moyen de retour pour les investissements non institutionnels + placement de 1% pour financer les leviers Placements réglementés : témoignage de l'expert du demandeur	14% 11%
359	Ancien salarié d'une société de <i>leasing</i> détournant les baux au profit des concurrents. Les bénéfices futurs liés aux baux détournés devraient être actualisés pendant 5 ans	Moyenne pondérée du coût du capital et du financement pour le demandeur	7,4%
360	Rupture d'un contrat d'extraction et de livraison de pétrole. L'expert du demandeur a utilisé un taux de 10% soit le coût effectif du capital de 8% + 2% de risque de placement du au rythme annualisé de paiement	Le Tribunal a augmenté le taux d'actualisation à la lumière des risques habituels liés à l'extraction du pétrole	15%
361	Retard d'un an dans les revenus locatifs Rupture des obligations contractuelles	Le Tribunal ou le jury acceptent le témoignage du demandeur et/ou de son expert	33%
362	Résiliation injustifiée d'un contrat de	Aucune explication n'a été donnée par	8,5%

³⁵⁶ *Diesel Machinery, Inc. v. B.R. Lee Industries, Inc.*, 418 F.3d 820 (8th Cir. 2005) (South Dakota law) ; *Fishman v. Estate of Wirtz*, 807 F.2d 520 (7th Cir. 1987) ; *Douglass v. Hustler Magazine, Inc.*, 769 F.2d 1128, 1143 (7th Cir. 1985), *cert. denied*, 475 U.S. 1094 (1986). *Swierczynski v. Arnold Foods Co.*, 265 F. Supp. 2d 802 (E.D. Mich. 2003).

³⁵⁷ *Spectrum Sciences & Software, Inc. v. United States*, 98 Fed. Cl. 8 (2011).

³⁵⁸ *Franconia Associates v. United States*, 61 Fed. Cl. 718 (2004).

³⁵⁹ *Fail-Safe, L.L.C. v. A.O. Smith Corp.*, 744 F. Supp. 2d 870 (E.D. Wis. 2010) ; *NCMIC Finance Corp. v. Artino*, 638 F. Supp. 2d 1042 (S.D. Iowa 2009).

³⁶⁰ *In re Clearwater Natural Resources, LP*, 421 B.R. 392 (Bankruptcy E.D. Ky. 2009).

³⁶¹ *SJW Property Commerce v. Southwest Pinnacle Properties, Inc.*, 328 S.W.3d 121 (Tex. App. 2010) ; *Fairmont Supply Co. v. Hooks Industrial Inc*, 177 S.W.3d 529 (Tex. App. 2005).

	concession. La perte des gains peut être compensée par son rendement projeté	les Tribunaux	
³⁶³	Restitution des profits réalisés par le défendeur recherchée par un fabricant de piscine et de composants de spa contre un de ses clients	Le Tribunal a rejeté le témoignage de l'expert du demandeur de 18% car il n'a pas expliqué la base de son calcul	

530Le tableau suivant contient des arrêts similaires mais plus anciens³⁶⁴.

#	Faits de l'arrêt Erreur prise en compte par le tribunal	Approche adoptée par le tribunal	Taux retenu
³⁶⁵	Valeur effective du bien commercial vendu telle que calculée par un expert	Le véritable flux financier est projeté à un taux de croissance de 7,5% sur une période fixe et l'ensemble est actualisé pour obtenir la Valeur Actuelle Nette	18,5%
³⁶⁶	Dommages-intérêts réclamés à l'encontre des Etats-Unis pour rupture injustifiée du contrat	La référence utilisée est constituée des taux des instruments d'investissements prudents actuellement disponibles	9%
³⁶⁷	200 millions USD d'origination de crédits pour améliorer l'efficacité énergétique des logements publics L'administration a mis un terme au contrat avant qu'un prêt ne soit conclu	Le demandeur a obtenu des dommages-intérêts d'un montant de 10 millions USD indemnisant la perte de gains pendant 12 ans. En appel, la Cour a actualisé les dommages-intérêts à la date du jugement en retenant le taux ajusté au risque de l'expert du demandeur (renversant ainsi le taux sans risque du jugement de première instance et rejetant le taux de l'expert de l'administration de 25%) = rendement moyen des fonds de prêts immobiliers (8,5%) + prise en compte de la dette et des profits (2%)	10,5%
³⁶⁸		Taux correspondant aux obligations du Trésor allant de un an à cinq ans	1,24% 3,17%
³⁶⁹	Le franchiseur a reçu des dommages-	Le Tribunal a approuvé le taux	9%

³⁶² *Tractor & Equipment Co. v. Zerbe Bros.*, 348 Mont. 30, 199 P.3d 222 (2008).

³⁶³ *Fail-Safe, L.L.C. v. A.O. Smith Corp.*, 744 F. Supp. 2d 893 (E.D. Wis. 2010).

³⁶⁴ Pour plus d'informations voir R.L. DUNN, *op. cit.*, p. 545-550.

³⁶⁵ *Kool, Mann, Coffee & Co. v. Coffey*, 300 F.3d 340 (3d Cir. 2002).

³⁶⁶ *Northern Helix Co. v. United States*, 624 F.2d 557, 564 (Ct. Cl. 1980).

³⁶⁷ *Energy Capital Corp. v. United States*, 302 F.3d 1314 (Fed. Cir. 2002).

³⁶⁸ *Purina Mills, L.L.C. v. Less*, 295 F. Supp. 2d 1017 (N.D. Iowa 2003).

	intérêts pour perte de gains contre un franchisé qui avait mis un terme au contrat après 29 mois d'opération sur un total de 239 mois	d'actualisation des pertes de <i>royalties</i> futures nettes du franchiseur sur une période de 210 mois et a pris en compte la valeur actuelle au moment où il a statué	
³⁷⁰	Perte de revenus futurs hypothétiques provenant d'un brevet	La Cour a accepté le témoignage de l'expert du demandeur : un taux de retour de 14,4% pour les sociétés à capital ouvert au public + 5% pour le risque de marché	19,4%
³⁷¹	Les dommages-intérêts pour gains manqués suite à fraude sont recouvrables	Revenus futurs estimés et valeur finale actualisés à un taux moitié moins important que ce qu'affirme le défendeur (20%)	10%
³⁷²	Dommages-intérêts pour la perte de gains entre 1994 et 2002	L'utilisation du taux d'actualisation sans risque n'est pas juridiquement erronée	7%

531 L'analyse des deux tableaux nous amène aux observations suivantes :

- les tribunaux n'ont jugé qu'une seule fois que le taux sans risque « n'est pas juridiquement erroné ». Tous les autres arrêts, sans distinction de maturité ou de secteur industriel, ont recours à un taux de risque ajusté pour ajouter la prime de risque générale relative au secteur ainsi que la prime de risque spécifique à la société ;
- la prime de risque est clairement évaluée séparément de l'hypothétique flux futur de profits perdus ;
- le gain manqué est souvent calculé sur la base de la durée projetée du contrat initial ;
- les témoignages des experts sont pris en compte la plupart du temps voire explicitement inclus dans les décisions du tribunal ;
- on n'identifie pas d'évolution claire des taux d'actualisation dans le temps ;
- néanmoins, des explications détaillées sont plus fréquemment données dans les décisions qui témoignent de l'impact fondamental des taux d'actualisation sur le montant des dommages-intérêts et de la meilleure compréhension de cet enjeu technique par les juges.

532 La conclusion naturelle qui en découle est que les parties seraient bien avisées de documenter leurs demandes (ou leurs arguments en défense) sur le taux d'actualisation tout autant que la nature et le montant du préjudice lui-même.

³⁶⁹ *Burger King Corp. v. Barnes*, 1 F. Supp. 2d 1367 (S.D. Fla. 1998).

³⁷⁰ *Olson v. Nieman's Inc.*, 579 N.W.2d 299 (Iowa 1998).

³⁷¹ *Munters Corp. v. Swissco-Young Industries, Inc.*, 100 S.W.3d 292 (Tex. App. 2002).

³⁷² *Knox v. Taylor.*, 992 S.W.2d 40 5tex. App. 1999).

5. Le choix d'un modèle de prévision pour extrapoler les gains manqués

533 Il existe plusieurs approches quantitatives pour les préjudices commerciaux. Comme nous l'avons vu dans le développement précédent, certains requièrent la construction d'un scénario contrefactuel, dit *but-for scenario* en anglais. Dans le développement suivant, nous traiterons des principaux outils statistiques permettant d'extrapoler les flux de pertes de revenus (et par la suite les pertes de revenus, la perte de trésorerie) passés et présents.

« Un analyste des préjudices s'intéresse au revenu qui a été diminué par l'interruption du contrat et aux seules charges et dépenses qui varient directement avec ce revenu. Les coûts fixes sont généralement ignorés étant donné que la partie lésée doit les supporter indépendamment de l'interruption de la relation contractuelle »³⁷³.

534 Dès lors, le calcul de la perte de profits dans la rupture d'un contrat requière de commencer par la prévision de la perte de revenus et par la suite de procéder schématiquement de la façon suivante :

$$\begin{aligned} & \text{Perte de revenus} \\ & - \text{économies, dépenses évitées ou ayant pris fin} \\ & \quad = \text{gains manqués} \\ & + \text{charges supplémentaires dues à l'interruption du contrat} \\ & \quad = \text{préjudice économique} \end{aligned}$$

535 Nous commencerons par détailler les différentes étapes permettant de calculer le préjudice économique³⁷⁴ et nous introduirons ensuite différentes méthodologies de prévision des pertes de revenus avec les situations les plus adaptées pour les appliquer.

5.1. Les quatre étapes pour calculer les gains manqués

536 Étape n°1. Le calcul de la perte de revenus

Le calcul de la perte de revenus est la différence entre les revenus qui auraient dû être gagnés et ceux qui ont effectivement été gagnés pendant la période d'interruption.

Les analystes, lors du calcul des dommages-intérêts, ont besoin d'outils financiers et statistiques permettant d'intégrer divers facteurs dans une prévision de vente. Ces facteurs concernent la capacité du demandeur à produire ainsi que la capacité du marché

³⁷³ FILLER Mark G., DIGABRIELE James A., *op. cit.*, p. 6.

³⁷⁴ La section qui suit détaille les différentes étapes de l'approche par les flux de trésorerie actualisés décrite en 4.2.3. L'approche par les flux de trésorerie actualisés (Discounted Cash Flows - DCF) et apporte une réponse technique aux contestations pouvant survenir lors de son utilisation.

à acheter un service ou un produit. Les analystes commencent par examiner ce qui a été effectivement produit avant et après la fin du contrat³⁷⁵.

537Étape n°2. Le calcul des économies

Les économies sont les dépenses évitées ou ayant pris fin avec l'interruption du contrat.

En combinant l'expérience professionnelle aux modèles statistiques - tels que les coûts et les dépenses liés à la diminution des ventes - ces derniers peuvent s'avérer efficaces pour distinguer les frais fixes des frais variables. Les frais variables - tels que les coûts de production des biens vendus - devraient être déduits des gains manqués dès lors qu'ils sont évités, alors que les frais fixes devraient être inclus³⁷⁶.

538Étape n°3. Le calcul des charges supplémentaires dues à l'interruption du contrat.

Certaines dépenses peuvent augmenter et de nouveaux coûts peuvent être supportés pendant ou après l'interruption de la période contractuelle à la suite de la faute. L'analyse des changements mois par mois - notamment ceux suivant la perte de revenus - permet de calculer ces charges supplémentaires³⁷⁷.

539Étape n°4. Le calcul du préjudice économique.

Le préjudice économique est tout naturellement composé du gain manqué (1 - 2) augmenté des charges supplémentaires (3)³⁷⁸.

5.2. Le choix d'un modèle de prévision

540L'étape la plus délicate ci-dessous consiste à calculer la perte de revenus et donc à bien prévoir les ventes qui auraient dues être générées. Le choix du modèle de prévision le plus approprié dépendra de cinq caractéristiques³⁷⁹.

5.2.1. Le type d'interruption

541Les interruptions contractuelles peuvent être fermées, ouvertes ou infinies³⁸⁰ :

- fermées : l'interruption du contrat a pris fin, seules les pertes de gains actuelles et passées seront prises en considération ;
- ouvertes : l'interruption contractuelle continue, les pertes de gains passées et futures seront calculées ;

³⁷⁵ FILLER Mark G., DIGABRIELE James A., *op. cit.*.

³⁷⁶ *Idem.*

³⁷⁷ *Ibidem.*

³⁷⁸ *Ibidem.*

³⁷⁹ *Ibidem.*

³⁸⁰ *Ibidem.*

- infinies : le cocontractant a cessé ses opérations, la perte de valeur constitue la meilleure mesure des préjudices économiques. Seules les données relatives à la période précédant la perte des ventes sont accessibles, et les prévisions de ventes peuvent être utilisées aussi bien afin de calculer et mettre à jour les pertes jusqu'à la date de la cession ou de la liquidation, qu'afin d'évaluer la société au moment de l'un de ces deux événements.

5.2.2. La durée de la période d'interruption

542 Pour les périodes d'interruption plus courtes, la comparaison avec le même nombre de jours juste avant l'interruption de la même période un an avant peut être suffisante afin de déterminer la perte des ventes³⁸¹.

5.2.3. La disponibilité des données historiques

543 Les données relatives au montant et au type de ventes peuvent influencer le choix d'une méthode de prévision. Ce choix dépendra de la fréquence de la publication des résultats de ventes ainsi que des pratiques industrielles³⁸².

5.2.4. La régularité des tendances et des cadres et des schémas de vente

544 Les deux facteurs les plus importants d'un modèle de prévision sont les tendances (croissantes ou décroissantes, directes ou incurvées) et la saisonnalité (par exemple des ventes dans le domaine hôtelier dans une région touristique de l'hémisphère Nord sont élevées au mois de juillet et août et plus basses en janvier)³⁸³.

5.2.5. La facilité de l'explication

545 Si les mêmes prévisions de ventes peuvent être déduites en utilisant plusieurs modèles de prévision, il convient de choisir celui qui sera le plus facile à expliquer et à comprendre par une personne qui ne serait pas familière avec les statistiques tel qu'un juge par exemple. Cette remarque est à nuancer selon les juridictions. Alors que la plupart des juges français sont uniquement juristes, de nombreux juges américains ont l'équivalent d'une licence en économie les aidant à mieux aborder ces questions. Au sein même des juridictions françaises, il existe de grandes disparités entre les juges de première instance et les magistrats spécialisés de la Chambre commerciale de la Cour de cassation par exemple³⁸⁴.

546 Afin de contrôler l'exactitude des prévisions résultant du modèle choisi, l'analyste du préjudice peut effectuer une prévision ex-post sur les ventes effectivement connues.

³⁸¹ *Ibidem.*

³⁸² *Ibidem.*

³⁸³ *Ibidem.*

³⁸⁴ *Ibidem.*

Cette méthode s'avère très efficace pour crédibiliser l'approche et démontrer le bien fondé du modèle de prévision³⁸⁵.

5.3. Les modèles conventionnels de prévisions

547 Chacun des modèles est adapté à au moins une situation particulière.

5.3.1. Les modèles arithmétiques simples

548 Ils peuvent être aussi simples que le calcul des chiffres d'affaires moyens journaliers au cours du moins précédant l'interruption ; en multipliant cette moyenne journalière par le nombre de jours d'interruption attendue on trouve une estimation de la perte de chiffre d'affaires sur la période.

549 Ils sont appropriés lorsque la période d'interruption est mesurée en jours ou en semaines et lorsqu'il n'existe pas de tendance saisonnière dans les données relatives à l'histoire des chiffres d'affaires³⁸⁶.

5.3.2. Les modèles arithmétiques plus complexes

550 Lorsque des données suffisantes sont disponibles sur l'historique du chiffre d'affaires, deux calculs arithmétiques peuvent être effectués : le chiffre d'affaires moyen comme précédemment et l'augmentation de ce même chiffre sur un an par exemple. Lorsque l'on effectue la moyenne de ces deux calculs on obtient l'estimation du chiffre d'affaires prévu.

551 Les résultats obtenus sont très précis car ils peuvent être ajustés. La moyenne pondérée permettant de prendre en compte de façon précise les tendances et saisonnalité du chiffre d'affaires. Cependant, ces modèles restent plus adaptés lorsque la période d'interruption est inférieure à neuf mois³⁸⁷.

5.3.3. Les modèles traduisibles en tendances et en courbes

552 Ils utilisent le temps comme donnée entrante (variable indépendante) et le chiffre d'affaires antérieur ou postérieur à l'interruption comme donnée sortante (variable dépendante). L'objectif est de construire l'équation de la courbe correspondant à l'historique du chiffre d'affaires antérieur et, si ces données sont disponibles, au chiffre d'affaires effectif après la période d'interruption. La projection de la courbe sur la période de perte donne une estimation de l'écart de chiffre d'affaires.

³⁸⁵ *Ibidem.*

³⁸⁶ *Ibidem.*

³⁸⁷ *Ibidem.*

553 Généralement les corrélations linéaires définissent assez bien l'équation d'une courbe de chiffre d'affaires croissante ou décroissante, les équations exponentielles ou logarithmiques correspondront mieux aux tendances de chiffre d'affaires qui changent à des taux croissants ou décroissants. Par exemple, dans le cas d'une nouvelle société qui connaît une croissance exponentielle, les modèles avec une limite supérieure raisonnable sont plus adaptés afin d'éviter les résultats aberrants³⁸⁸.

5.3.4. Les modèles de facteurs saisonniers

554 Les modèles de facteur saisonnier ajustent les courbes dans les cas où le chiffre d'affaires montre des variations mensuelles ou trimestrielles³⁸⁹.

5.3.5. Les méthodes de lissage

555 Il existe un certain nombre de façons de faire la moyenne entre les hauts et les bas dans une série de données historiques de chiffre d'affaires soit par des moyennes mobiles ou des moyennes pondérées mobiles soit par des moyennes pondérées exponentiellement ou des moyennes mobiles centrées³⁹⁰.

5.3.6. Les modèles multiples de régression

556 Il existe deux types de modèles de régression :

- les modèles de régression *time-series* sont utilisés lorsque le chiffre d'affaires dépend d'une tendance temporelle ainsi que d'une saisonnalité ;
- les modèles économétriques sont utilisés lorsque les variables du chiffre d'affaires dépendent de diverses variables économiques autres que temporelles et saisonnières.

557 Alors que tous les modèles précédents peuvent suffire pour une situation simple, les régressions multiples constituent les modèles habituellement choisis par les statisticiens car ils sont suffisamment flexibles pour intégrer toutes les situations plus complexes, notamment des périodes d'interruption longues³⁹¹.

5.4. Les autres modèles d'application statistiques

« Très souvent dans les cas de pertes de gains, la première tâche consiste à prouver que l'événement dommageable a eu

³⁸⁸ *Ibidem.*

³⁸⁹ *Ibidem.*

³⁹⁰ *Ibidem.*

³⁹¹ *Ibidem.*

un impact statistique significatif sur les revenus du demandeur, et par conséquent que la diminution des revenus ne constitue pas le résultat d'un événement aléatoire. Une façon d'y parvenir est de recourir à un « interrupted time series analysis » (ITSA) qui constitue une application spécifique des régressions multiples »³⁹².

Conclusion

558La recherche du meilleur modèle est souvent jonchée d'essais et d'erreurs pondérés par le bon sens des affaires. Comme nous l'avons vu, l'accès aux données historiques et la facilité d'explication imposent souvent son choix à l'expert chargé d'évaluer le préjudice économique.

³⁹² *Ibidem.*

Chapitre III : L'application aménagée du principe de la réparation intégrale

559 Si sa définition peut paraître simple, le principe de la réparation intégrale subit de nombreuses exceptions, certaines explicitement prévues dans le droit français, d'autres que l'on pressent seront plutôt inspirées des droits étrangers.

Section 1 : Les exceptions explicitement prévues dans le droit français

560 A la suite de Marcel Fontaine et Geneviève Viney³⁹³, nous citerons d'abord certaines exceptions directement issues du Code civil avant d'évoquer les clauses conventionnelles dites pénales et enfin les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.

1. Les exceptions à la réparation intégrale prévues dans le Code civil

561 L'article 1231-3 nouveau du Code civil prévoit que « Le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive »³⁹⁴. La jurisprudence française retient facilement le dol afin d'écarter la limitation³⁹⁵.

562 L'article 1231-4 nouveau dispose « Dans le cas même où l'inexécution du contrat résulte d'une faute lourde ou dolosive, les dommages-intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution »³⁹⁶.

563 L'article 1231-6 nouveau instaure un taux légal forfaitaire d'indemnisation en cas de préjudice résultant du retard de paiement d'une somme d'argent³⁹⁷.

³⁹³ FONTAINE Marcel, VINEY Geneviève, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé*, BRUYLANT Bruxelles, LGDJ Paris, 2001.

³⁹⁴ Formulation pratiquement identique à l'article 1150 ancien : « le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ».

³⁹⁵ Cass. Civ. 1, 24 février 1993

³⁹⁶ L'article 1151 ancien était rédigé un peu différemment : « Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages-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 ».

³⁹⁷ Article 1231-6 nouveau : « Les dommages-intérêts dus à raison du retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent consistent dans l'intérêt au taux légal, à compter de la mise en demeure ». Reprenant sur le fonds tout en le simplifiant l'article 1153 ancien : « Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement ».

2. Les dommages-intérêts conventionnels : clauses pénales et astreintes

564L'article 1231-5 nouveau du Code civil dispose que les clauses pénales consistent en une évaluation anticipée et forfaitaire des dommages-intérêts qui seraient dus en cas d'inexécution : « Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire (...) Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite ».

565L'article 1231-5 nouveau du Code civil, reprend presque mot pour mot la formulation de l'article 1152 ancien. Ce dernier, modifié ainsi en 1975, a placé le droit français à l'avant garde en conférant au juge le pouvoir d'augmenter une clause qui serait en réalité limitative de responsabilité. Le dit pouvoir doit cependant s'exercer de manière exceptionnelle et uniquement lorsque les disproportions entre peine et préjudice sont significatives. Le droit français n'adhère donc pas à une conception strictement indemnitare de la clause pénale. Certains commentateurs étrangers ont même pu dire que le droit français accordait depuis bien longtemps des *penalty damages* sans vraiment l'assumer³⁹⁸.

566L'article L.132-1 du code de la consommation permet au juge de réputer non écrites « les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations entre les parties au contrat ». Ces clauses, reprises dans la liste annexée à cet article, sont considérées comme abusives : à titre d'exemple, sont considérées comme abusives, les « clauses ayant pour objet ou pour effet (...) e) D'imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant disproportionnellement élevé »³⁹⁹.

3. Les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité

567Elles couvrent un domaine bien plus vaste que celui des seuls dommages-intérêts. Circonscrites aux dommages-intérêts, les clauses considérées tendent à écarter l'indemnisation de certains préjudices, ou à plafonner les montants dus en cas d'inexécution. Elles ne font pas l'objet de dispositions dans le Code civil ; leur validité de principe est incontestée mais elle connaît d'importantes limites pratiques.

³⁹⁸ Voir notamment la position de BORGHETTI Jean Sebastien, Punitive damages in France, in. *Helmut Koziol, Vanessa Wilcox, (Dir.) Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*, SPRINGER WIEN New York, 2009, p. 55-67.

³⁹⁹ Code de la consommation, Annexe à l'article L132-1.

568 Ces clauses ne peuvent porter atteinte à l'ordre public. Les clauses relatives à la responsabilité extra contractuelle ou relatives à l'obligation de sécurité sont frappées de nullité. Elles ne peuvent s'appliquer lorsque le manquement résulte d'un dol ou d'une faute lourde en vertu de l'article 1231-3 nouveau du Code civil et d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation depuis 1989⁴⁰⁰. Enfin, elles sont condamnées lorsqu'elles vident l'obligation de sa substance ou détruisent une obligation essentielle du contrat.

Section 2 : Les exceptions prévisibles inspirées de la jurisprudence ou des droits étrangers

569 D'autres exceptions sont implicites ou prévisibles dans les évolutions du Code civil, sous l'influence de la jurisprudence quand ce n'est pas sous celle des droits étrangers. Le principe de la réparation intégrale du préjudice subit des exceptions « vers le haut », c'est-à-dire élargissant la réparation, et « vers le bas », donc la réduisant.

1. Les exceptions « vers le haut »

570 Comme le rappelle Rémy Cabrillac, les atténuations au principe limitant la réparation au seul préjudice certain *et* prévisible sont nombreuses⁴⁰¹.

1.1. La théorie de la perte de chance

571 Revenons tout d'abord à la théorie de la perte de chance dont il a été question plus haut. Elle permet la réparation d'un préjudice simplement probable et prévisible.

572 Le droit français reconnaît à la chance perdue une valeur patrimoniale depuis un arrêt du 17 juillet 1889⁴⁰². La jurisprudence française a précisé que la réparation de la perte de chance applique des décotes statistiques ; nous y reviendrons dans les Chapitres suivants. Déjà, le projet Catala en 2005 dans son article 1346⁴⁰³ et - dans des termes plus précis - le projet de réforme de la responsabilité civile en 2017 dans son article 1238 prévoyaient :

« Seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable. Ce préjudice doit être mesuré à la chance perdue et ne peut être égal à

⁴⁰⁰ Cass. Com, 3 octobre 1989, n°87-18479.

⁴⁰¹ CABRILLAC Rémy, *Droit européen comparé des contrats*, LGDJ, 2012.

⁴⁰² Ch. Req., 17 juillet 1889, S. 1891, 1, p. 399.

⁴⁰³ CATALA Pierre, *Op. cit.*: « la perte d'une chance constitue un préjudice réparable distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée ».

l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée »⁴⁰⁴.

573 La perte de chance a donc pour but d'indemniser le créancier lorsque le comportement fautif du débiteur a eu pour conséquence d'empêcher de manière certaine la survenance d'un événement dont l'issue était en revanche incertaine, quel qu'ait été le comportement du débiteur. Cette indemnisation est certainement justifiée à des fins préventives, pour inciter le débiteur à se comporter de manière diligente. Mais comment démontrer qu'elle l'est également à des fins compensatoires ? En effet dans une telle situation on ne peut a priori pas savoir si le créancier a effectivement subi un préjudice et encore moins le *quantum* de ce préjudice.

574 Une telle indemnisation est admise depuis bien longtemps en droit anglais. Toutefois, le principe du droit anglais admettant cette réparation n'est pas clair car il ne fournit aucune indication quant à l'application de ces concepts vagues. Les difficultés d'évaluation aboutissent souvent à des *nominal damages*, une indemnisation symbolique dans les cas où le plaignant a souffert un préjudice mais n'a su en démontrer ni la nature ni le degré. Selon Adam Kramer, qui se réfère à des cas célèbres de la jurisprudence anglaise, il est temps de substituer aux questions traditionnelles techniques - quel degré de probabilité doit avoir le préjudice prévisible ? quel degré de prévisibilité doit avoir le préjudice probable ? - une question de principe plus globale : quelle étendue de responsabilité les contractants ont-ils raisonnablement voulu prendre dans leur accord⁴⁰⁵ ?

575 En droit américain la perte de chance n'est pas formellement reconnue mais elle a parfois été admise, certes diversement dans le temps et selon les Etats.

576 Robert Sturgess résume les vicissitudes de la théorie de la perte de chance dans l'histoire du droit américain et conclut qu'elle fonde un chef de préjudice parfaitement légitime en responsabilité contractuelle, contrairement à la responsabilité délictuelle : « La Cour suprême de Floride a non seulement accepté la doctrine en dehors du domaine délictuel, mais elle l'a étendue au delà de ses fondements issus du *Restatement (Second) of Contracts* (...) et les avocats américains l'ont rarement contesté »⁴⁰⁶. John Calamari et Joseph

⁴⁰⁴ Ministère de la Justice, *Projet de Réforme de la Responsabilité Civile*, présenté le 13 mars 2017, par Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la justice suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016.

⁴⁰⁵ KRAMER Adam, An agreement-centered approach to remoteness and contract damages, in. Nili Cohen, Ewan McKendrick, *Comparative remedies for breach of contract*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2005, p. 249 et suivantes.

⁴⁰⁶ STURGESS Robert H., The "Loss of Chance" Doctrine of Damages for Breach of Contract, *The Florida Bar Journal*, Volume 79, No. 9, October, 2005, Volume 79, No. 9, p. 29.

Perillo, ont pu évoluer sur cette doctrine au grès des éditions successives de leur ouvrage de référence, mais ils arrivent à la même conclusion⁴⁰⁷.

577 Dans le domaine de la réparation de la perte de chance, les tribunaux américains ont en général réduit le niveau requis de probabilité à un niveau bien inférieur à celui illustré par l'affaire anglaise du XIX^e siècle *Hadley v. Baxendale*, à savoir un dommage certain subi par le créancier et prévisible du point de vue du débiteur.

578 Ainsi, en 1966, dans l'affaire *Rombola v. Cosindas*, la Cour suprême du Massachusetts a jugé que :

*« Il est certes possible que Margy Sampson n'eut rien gagné fut-elle inscrite à la course prévue ; cette éventualité est inhérente à toute prise de risque en affaires. Cela n'est pas suffisant pour lui dénier tout droit à indemnisation. N'ayant pas pu participé à la course (à cause de l'inexécution de la prestation confiée à l'entraîneur des chevaux), elle a perdu toute possibilité d'y défendre ses chances de gagner »*⁴⁰⁸.

579 Il ne reste donc plus qu'à rendre explicite la reconnaissance, souvent implicite dans le droit des contrats, du rôle de la probabilité.

580 Melvin Eisenberg résume ainsi la situation :

*« Est désormais accepté comme principe du droit des contrats que le dédommagement est justifié chaque fois que le plaignant a été privé d'une chance de gain même si le préjudice, certain dans son principe, est incertain dans son évaluation. En conséquence, le calcul des dommages-intérêts ne doit pas porter sur ce que le plaignant aurait gagné si le contrat avait été exécuté mais sur la valeur qu'avait ledit contrat juste avant l'inexécution »*⁴⁰⁹.

581 Selon l'auteur californien, ce changement de perspective est plus équitable car il évite la double injustice d'accorder au plaignant plus que ce qui lui serait dû dans le cas où il satisfait au niveau de probabilité requis ou moins que ce qui lui serait dû dans le cas contraire. La réparation de la perte de chance va dans le sens de la compensation ; elle est de plus en plus facile à appliquer à la lumière des avancées récentes en matière de statistiques :

« Le préjudice causé au plaignant est la perte de l'opportunité de conduire le contrat à son terme. C'est donc cette opportunité qui doit être restituée au plaignant et la valeur

⁴⁰⁷ CALAMARI John D, PERILLO Joseph M., *Contracts, Certainty*, §14-10, pages 533-34, 2d ed. 1977 ; CALAMARI John D, PERILLO Joseph M. , *Contracts*, 5th Edition, Hornbook Series, Hardcover, August, 2003.

⁴⁰⁸ *Paul Rombola v. Peter Cosindas*, 220 N.E. 2d 919, 1966.

⁴⁰⁹ EISENBERG Melvin Aron, *Probability and Chance in Contract Law*, 45 *UCLA Law Review*, 1005, 1998, spéc. p. 1041 ss.

d'actif de cette opportunité donne la valeur des dommages-intérêts auxquels le plaignant a droit »⁴¹⁰.

582 Nous verrons dans le Chapitre consacré aux dommages immatériels⁴¹¹ qu'une autre manière d'indemniser le préjudice de perte de chance consiste à étendre le champ d'application de la réparation pour préjudice moral. Aux Etats-Unis, ce préjudice moral - et donc la perte de chance même lorsqu'elle n'est pas formellement reconnue - donne lieu à une indemnisation au titre de *consequential damages*.

583 Le champ d'application de l'institution de la perte de chance varie donc d'un Etat à l'autre, mais sa reconnaissance témoigne du souci des divers ordres juridiques de reconnaître au créancier le droit de se voir indemniser pour la perte de chance due au comportement fautif du débiteur. L'article 7.4.3 al. 2 des Principes d'UNIDROIT s'en est fait l'expression, en reconnaissant désormais, sur le plan international, le caractère réparable de la perte de chance « dans la mesure de la probabilité de sa réalisation ».

584 Synthétisant la jurisprudence rendue dans divers pays, Thomas Kadner Graziano identifie quatre contextes dans lesquels la question de l'indemnisation de la perte de chance s'est posée : la responsabilité des avocats ayant omis d'ouvrir une action dans le délai, celle des médecins ayant commis une erreur médicale, les situations de compétition (la course de chevaux) et d'autres situations comme le vol de billets de loterie. L'auteur écrit :

« Tous ces cas ont en commun que la personne tenue pour responsable a agi de manière illicite et fautive, mais que la victime n'est pas en mesure de prouver que l'atteinte à ses intérêts ne se serait pas réalisée si l'autre s'était comporté de manière conforme à la loi »⁴¹².

585 Reconnaître à la perte de chance le caractère de dommage réparable a donc pour avantage de donner à la chance une valeur intrinsèque quel que soit le rapport de causalité entre le comportement fautif du débiteur et le préjudice allégué par le créancier. Dans ce cas, l'indemnisation devra éliminer la causalité et se concentrer sur la prévisibilité du point de vue du débiteur, c'est-à-dire fixer un taux de probabilité à l'occurrence positive pour le créancier de l'événement empêché du fait de l'inexécution du contrat par le débiteur. Contrairement aux dommages corporels pour lesquels les tribunaux utilisent des barèmes d'indemnisation plus ou moins officiels, nous n'avons pas connaissance d'un barème équivalent pour la perte de chance. En revanche, des décotes statistiques apparaissent informellement et différemment dans les jurisprudences concernées. Ce point sera évoqué dans le Chapitre consacré aux sources pratiques afin de proposer certaines pistes pour élaborer un barème.

⁴¹⁰ *Idem*.

⁴¹¹ Voir en Troisième Partie, Chapitre II : Atteinte à la réputation.

⁴¹² KADNER GRAZIANO Thomas, « La perte d'une chance en droit privé européen », in. *Les causes du dommage*, ed. Christine Chapuis, Bénédicte Winiger, Zurich, 2007.

1.2. L'intérêt d'opportunité du plaignant (*restitution interest*).

586 On sait que l'intérêt d'opportunité (*restitution interest*) est admis en droit de la propriété intellectuelle. Le plaignant peut en effet demander au défendeur qu'il lui restitue le gain tiré de la propriété intellectuelle qui ne lui appartenait pas. Cela n'est pas prévu en droit commun des contrats. L'exclure de la responsabilité contractuelle au motif que sa protection n'entrerait pas dans la fonction compensatrice des dommages-intérêts, mais pratiquement dans une fonction punitive, ne nous paraît pas justifié.

587 En effet, en conférant un avantage à son débiteur lors de la conclusion du contrat qui sera finalement inexécuté du fait de la défaillance de ce dernier, le créancier-victime se prive de l'opportunité de contracter avec un tiers qui aurait pu être fiable. C'est notamment le cas lorsque le cocontractant défaillant a - en toute mauvaise foi - instrumentalisé le contrat pour empêcher un concurrent potentiel d'entrer sur le marché. Dès que le créancier est en mesure d'établir cela, le *restitution interest* ne sera donc rien d'autre que l'intérêt miroir de la perte de chance, à savoir le gain manqué dans l'intérêt négatif. On ne comprend pas bien que Yves-Marie Laithier, à la suite de Rudolf Von Jhering, Lon Fuller et William Purdue, admette la perte de chance, semble même regretter que ce chef de préjudice soit bien mal indemnisé en intérêt négatif et passe pratiquement sous silence la restitution. En effet, restituer à la victime tout ou partie des bénéfices qu'elle a pu conférer au débiteur est une manière de l'indemniser de sa perte de chance ou, pour utiliser une terminologie économique, de compenser son coût d'opportunité, c'est-à-dire la valeur probabilisée des occasions qu'elle a perdues. Comme la théorie de la perte de chance, la restitution ne devrait pas s'appliquer uniquement en cas de dol.

1.3. Une tentative - pour l'instant avortée - de glissement vers l'amende ?

« Quiconque s'enrichit sans cause au détriment d'autrui doit à celui qui s'en trouve appauvri une indemnité égale à la moindre des deux sommes auxquelles s'élèvent l'enrichissement et l'appauvrissement » disposait l'article 1336 du projet Catala⁴¹³. L'esprit de cet article est repris dans une jurisprudence récente de la Cour de cassation⁴¹⁴. Ce texte positive ainsi l'article 1150 ancien du Code civil, aujourd'hui repris dans l'article 1231-3 nouveau qui dispose que « Le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive »⁴¹⁵.

⁴¹³ CATALA Pierre, *Op. cit.*, p. 157.

⁴¹⁴ Cass. civ. 1, 29 octobre 2014, *Marsh et CMA CGM*, n°13-21980.

⁴¹⁵ Formulation pratiquement identique à l'ancien Art. 1150 : « le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ».

588 Les dommages-intérêts punitifs sont admis ponctuellement en droit anglais uniquement en cas de *lucrative fault*. Ils ne sont pas encore admis en droit français, même si, dans l'arrêt dit *Fontaine Pajot*⁴¹⁶, la Cour de cassation a fait un premier pas vers leur possible acclimatation si leur proportion « au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur » ne heurtait pas l'ordre public français⁴¹⁷. L'article 1371 du projet Catala proposait de les introduire dans un article commun aux deux ordres de responsabilité contractuelle et délictuelle tout en les encadrant strictement. Il envisage notamment de les réserver à l'encontre de « l'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative ». Dans ce cas, disposait le même article, « le juge a la faculté d'(en) faire bénéficier pour une part le Trésor public (...). Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables »⁴¹⁸. Ces derniers points, on le verra, laissent apparaître le spectre du glissement vers l'amende. Notons toutefois que cette disposition n'a pas été retenue dans la réforme adoptée et mise en oeuvre au 1^{er} octobre 2016.

2. Les exceptions vers le bas

589 Logiquement, le principe de la réparation intégrale subit corrélativement des exceptions vers le bas, l'une d'entre elle mérite que l'on s'y attarde.

590 Les *mitigated damages*, obligation faite au créancier-victime de minimiser le dommage résultant pour lui de la défaillance du débiteur ou, au moins, de ne rien faire qui puisse l'aggraver, jusqu'à présent absente du Code civil, a déjà été reconnue par la Cour de cassation⁴¹⁹, avant qu'elle ne revienne à sa première position en 2014⁴²⁰ et 2015⁴²¹. La sanction consiste à exclure de la réparation le préjudice que le créancier aurait pu éviter.

591 Cette obligation est bien connue en droit anglais.

592 A l'instar des Principes d'UNIDROIT (article 7.4.8), les PDEC la prévoient dans leur article 9 : 505.

593 Elle est aussi partiellement introduite dans le projet Catala dont l'article 1373 dispose que « lorsque la victime avait la possibilité (...) de réduire l'étendue de son préjudice ou d'en éviter l'aggravation, il sera tenu compte de son abstention par une réduction de son indemnisation »⁴²².

⁴¹⁶ Cass. civ. 1^e, 1^{er} décembre 2010, n°09-13.303.

⁴¹⁷ « le principe des dommages-intérêts punitifs n'est pas contraire à l'ordre public français ». *Idem.*

⁴¹⁸ CATALA Pierre, *Op. cit.*, p. 182.

⁴¹⁹ Cass. Civ. 2, 19 juin 2003, n°01-13.289 et 00-22.302.

⁴²⁰ Cass. Civ. 1, 2 juillet 2014, n°13-17.599.

⁴²¹ Cass. Civ. 2, 26 mars 2015, n°14-16.011.

⁴²² *Idem.*

Section 3 : Les aménagements du principe de la réparation intégrale

1. Une hypothèse générale à valider

594L'élargissement de la notion de réparation intégrale est une solution - à la fois efficace et respectueuse des principes fondamentaux du droit des obligations contractuelles - pour indemniser plus complètement les victimes d'inexécution, notamment les personnes morales.

595Toute chose égale par ailleurs, la force obligatoire du contrat est directement liée (proportionnelle) à la valeur absolue et à la valeur relative de l'indemnisation en cas d'inexécution. Cela est particulièrement évident dans les contrats internationaux entre sociétés solvables. PLUS l'indemnisation prévue par le contrat ou la loi ET appliquée par les juridictions compétentes est généreuse pour la société victime ET dissuasive pour la société fautive PLUS la force obligatoire du contrat gagnera en substance.

596On est en quelque sorte amené à compléter la recommandation utilisée en guise de titre par Stephan Reifegerste : « Pour une obligation de minimiser le dommage » ... et de maximiser la réparation du dommage⁴²³.

597En effet on démontrera que la primauté - voire l'exclusivité - donnée à la fonction compensatrice des dommages-intérêts dans la responsabilité contractuelle en droit des obligations français sous le principe de la réparation intégrale est, au mieux, illusoire (au plan juridique) et, au pire, contre-productive (aux plans juridique et économique).

- Illusoire au plan juridique, car les décisions de justice analysées en droit français :

- restreignent souvent l'application du principe de la réparation intégrale en application des articles 1231-3 à 1231-5 nouveaux du Code civil⁴²⁴ ;

- cachent parfois, comme on l'a vu en Première Partie, derrière des dommages-intérêts compensatoires des fonctions préventives voire punitives non avouées : clauses pénales déguisées, astreintes légales, évaluation forfaitaire n'ayant pas grand lien avec le préjudice réel mais plus avec l'enrichissement injustifié, etc ;

- Contre-productive aux plans juridique et économique, car l'efficacité juridique et l'efficacité économique commandent toutes deux, sinon un changement de paradigme, au moins une interprétation plus large du principe de la réparation intégrale.

598La définition de la réparation intégrale permet d'ores et déjà d'inclure les notions de perte de chance et de préjudice moral. Pour faire preuve de plus d'audace et aller plus loin sur cette voie, il conviendrait, par exemple, que celle-ci intègre aussi le préjudice économique direct probable mais non strictement

⁴²³ REIFEGERSTE Stephan, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, PUAM, 2002.

⁴²⁴ Art. 1150 à 1152 anciens du Code civil.

quantifiable⁴²⁵ et le préjudice économique certain et quantifiable même indirect sous forme de *consequential damages*.

599 Cette même efficacité économique et la cohérence juridique commanderaient concomitamment la généralisation des *mitigated damages*, c'est-à-dire l'obligation pour le créancier de prendre toutes les mesures raisonnables aux fins de minimiser son préjudice. La tradition française protège le créancier qui est victime de l'inexécution, même si ce créancier est passif. Mais en 2002, Stephan Reifegerste notait déjà qu'il y avait un frémissement jurisprudentiel dans l'autre sens⁴²⁶. Désormais, la jurisprudence française relative aux *mitigated damages* est plus incertaine : alors que l'obligation de minimiser son dommage avait été explicitement exclue du droit français par la Cour de la cassation en 2003⁴²⁷, la deuxième Chambre civile, qui se basait sur la notion de faute de la victime en 2011⁴²⁸, avait laissé entendre qu'une obligation de minimiser le dommage pouvait exister ; elle a toutefois été contredite par une décision de la première Chambre civile en 2014⁴²⁹, avant de s'aligner également sur cette position l'année suivante⁴³⁰.

600 C'est à ce stade que l'exploration de la *common law* et des décisions de justices qui en relèvent relativise l'exclusivité de la fonction compensatrice des dommages-intérêts. La réparation intégrale et les aménagements qui l'accompagneraient seraient ainsi les garants d'une meilleure responsabilisation des parties, d'une efficacité accrue du contrat qui les lie au-delà même de sa force obligatoire.

601 Nous n'irons pas jusqu'à admettre le principe d'une violation efficace du contrat (*efficient breach*) comme en *common law* sauf à le faire d'un commun accord entre les parties. Mais, à ce stade, doit-on encore parler de violation ou plutôt d'avenant au contrat voire de nouveau contrat entre les parties ?

602 En effet, si la violation est véritablement efficace au plan économique, elle doit dégager un surplus de nature à satisfaire toutes les parties : optimiser à la baisse l'engagement du débiteur tout en optimisant à la hausse l'indemnisation du créancier. Dans ce cas les parties, par hypothèse rationnelles, doivent pouvoir s'entendre, sauf éventuellement à considérer des engagements personnels non remplaçables ou l'absence totale de marché.

603 A l'inverse la *common law* n'intègre pas traditionnellement l'indemnisation du préjudice moral (*mental distress*) cas particulier du préjudice non patrimonial (*non pecuniary loss*). Le droit civil français peut ici lui apporter sa contribution. Plus avant, on pourrait adapter la notion de préjudice moral pour les personnes morales par exemple en y intégrant les impacts sur l'image de marque ou la

⁴²⁵ Voir l'application pratique de cette proposition dans l'analyse empirique développée en Troisième Partie : rupture des négociations dans le cadre d'un projet de fusion-acquisition, préjudice d'image ou de réputation commerciale, activités nouvelles, etc.

⁴²⁶ REIFEGERSTE Stephan, *op. cit.*

⁴²⁷ Cass. Civ. 2, 19 juin 2003, n°01-13.289 et 00-22.302.

⁴²⁸ Cass. Civ. 2, 24 novembre 2011, n°10-25.635.

⁴²⁹ Cass. Civ. 1, 2 juillet 2014, n°13-17.599.

⁴³⁰ Cass. Civ. 2, 26 mars 2015, n°14-16.011.

réputation commerciale d'une entreprise. Alternativement, ces derniers pourraient également entrer dans la catégorie des préjudices économiques non (ou difficilement) quantifiables. Nous analyserons ces aspects plus en détail dans l'étude empirique de la Troisième Partie.

604L'élargissement du principe de la réparation intégrale n'est pas exclusif d'autres moyens visant le même objectif en dehors de la *contract law* :

- développer les procès privés en droit pénal ou simplement les clauses pénales contractuelles (*liquidated damages*), dommages-intérêts punitifs (*punitive damages*) ou *restitutionary damages* ;
- développer à l'inverse les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité
- étendre le droit pénal administratif ;
- concéder aux associations le droit de réclamer des *punitive damages* et de les allouer aux autorités publiques ou à des œuvres sociales, ces problématiques dépassant néanmoins le sujet de la présente étude.

605Enfin, une conséquence incidente de l'élargissement du principe de la réparation intégrale serait une meilleure prévention et donc un moindre coût social.

2. L'application irrégulière du principe de réparation intégrale par les juridictions

606Les praticiens semblent s'entendre sur le constat selon lequel, en matière de dommages-intérêts compensatoires, les tribunaux judiciaires français sont moins généreux que les tribunaux arbitraux internationaux ou même que les tribunaux judiciaires américains. L'application plus fréquente de l'exécution forcée en nature en France vient toutefois compliquer la comparaison^{431et432}.

« Le juge français est traditionnellement peu généreux comme le prouve une abondante jurisprudence en matière d'indemnisation des dommages.

A cela plusieurs raisons : d'abord la difficulté technique à quantifier les dommages dans l'absolu, ensuite sans doute la réticence ou le manque de compétence des juges face aux techniques d'évaluation lorsqu'elles existent et enfin des raisons qui tiennent plus à la méfiance traditionnelle vis-à-vis de l'argent dans la culture française.

La position du juge est différente de celle de l'arbitre ; le juge français a tendance à préférer l'exécution en nature. Cela ne convient pas forcément aux grands groupes institutionnels qui

⁴³¹ Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrains avec les praticiens, Section 3, p. 66 et s.

⁴³² A titre d'illustrations, on se réfèrera aux résultats de l'étude empirique comparative en 3ème partie : Application des principes aux préjudices de manque à gagner difficilement quantifiables.

préfèrent transiger. Cela convient en revanche parfaitement aux fonds d'investissement, moins sensibles à leur réputation, qui n'hésitent pas à s'affronter (ou à affronter le management) en justice pour obtenir l'exécution forcée. Ce fut le cas, avec succès, de Carlyle face au management minoritaire qui bloquait la liquidité sur le capital d'Otor »⁴³³.

« Dans l'arrêt Otor c. Carlyle, la justice française a confirmé la sentence arbitrale et a ordonné la mise en oeuvre des mécanismes du droit des sociétés qui ont permis l'exécution concrète du contrat, c'est à dire la prise de contrôle d'Otor par Carlyle »⁴³⁴.

« On constate que les tribunaux français sont moins généreux que les arbitres. Le tribunal est à l'aise lorsque le préjudice est aisément chiffrable : perte d'un meuble, préjudice corporel (où il y même des barèmes publiés).

En revanche, lorsqu'il y a une cession d'entreprise qui tombe à l'eau, le préjudice est plus difficile à quantifier. Le tribunal retient assez facilement les frais d'étude du dossier mais il est réticent à accorder des préjudices financiers et économiques. Comme il ne sait pas les calculer, il préfère les minimiser. De plus, en France projeter la perte de chance dans l'avenir est très difficile à faire admettre au juge et même à l'avocat.

Aux Etats-Unis c'est tout à fait différent car on a le système du jury qui peut s'appliquer aux affaires de responsabilité contractuelle : si on a suffisamment de preuves en matière de M&A (fusions-acquisitions), le jury n'hésite pas à accorder des damages plus généreux que le juge. Et aussi il y a cette différence culturelle qui valorise l'argent et qui deshinibe le juge américain. Les moyens de preuve de la perte de chance sont illimités dès lors qu'il y a un travail sérieux de projection.

Aux Etats-Unis, notamment avec les jurys, la décote sur la perte de chance sera au maximum de 30 à 50% alors qu'en France cette décote sera de 85 à 95%. En France, Saint Thomas fait loi »⁴³⁵.

« Aux Etats-Unis chaque partie conserve la charge de ses propres dépens quel que soit l'issue de la procédure. En revanche le droit anglais fait supporter l'intégralité des frais de justice à la partie défaillante ou de mauvaise foi. Bien sûr il y a en plus des dommages-intérêts punitifs aux Etats-Unis. Au total, il y a sans doute une meilleure prise en compte du

⁴³³ Praticien n°1 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 4, p. 69.

⁴³⁴ Praticien n°2 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 4, p. 69.

⁴³⁵ Praticien n°6 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 4, p. 69.

résultat économique pour les parties et une meilleure célérité que dans les procédures en droit français »⁴³⁶.

⁴³⁶ Praticien n°8 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 4, p. 70.

Section 4 : L'apparence conservatrice de la jurisprudence française

607 Plaçons-nous désormais dans la situation où les dommages-intérêts sont la sanction de l'inexécution, quelle qu'en soit la raison : accord des parties, impossibilité d'appliquer l'exécution en nature ou décision souveraine du juge ou de l'arbitre.

1. L'analyse de la jurisprudence

608 Le droit français a opté pour le principe de la réparation intégrale du préjudice. Cela implique que « tout le préjudice doit être réparé, mais rien que le préjudice »⁴³⁷. Ce principe trouve son expression législative à l'article 1231-2 nouveau du Code civil qui dispose que « les dommages-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 ». Cette formulation n'a pas fait l'objet d'une réception chaleureuse de la doctrine. Il a en effet été fait remarquer que la nouvelle rédaction se contente de souligner le recouvrement de la perte subie et du gain manqué sans prendre en compte les travaux sur la prépondérance des dommages-intérêts indemnifiant l'attente légitime⁴³⁸. La solution est donc restée stable depuis le code napoléonien de 1804. Dès lors, les juges ne sont pas équipés des outils nécessaires afin d'indemniser l'intégralité du préjudice car l'article ne leur permet pas, dans le cadre d'une lecture rigoriste, de prendre en compte l'intégralité du dommage. La doctrine est néanmoins venue en aide aux magistrats afin de leur donner des outils leur permettant de mieux prendre en compte la complexité des préjudices. Deux théories s'affrontent en la matière : l'intérêt positif et l'intérêt négatif.

609 La théorie de l'intérêt positif implique une indemnisation limitée au bénéfice net attendu du contrat⁴³⁹. Le montant des dommages-intérêts est établi par la comparaison entre la situation du créancier et celle dans laquelle il aurait été s'il n'avait pas subi d'inexécution contractuelle et donc de préjudice⁴⁴⁰. L'article III-3 :702 du *Draft Common Frame of Reference* européen propose ainsi la rédaction suivante : « la mesure générale des dommages pour perte causée par le non-respect d'une obligation est une somme qui mettra le créancier le plus près possible dans la position qui aurait été la sienne si l'obligation avait été dûment effectuée »⁴⁴¹.

⁴³⁷ CABRILLAC Rémy, *Droit des obligations*, coll. Cours, 12^e édition, Dalloz, 2016, p. 163.

⁴³⁸ VERKEMPINCK Brecht, *op. cit.*

⁴³⁹ Cass. com., 6 janvier 1970, n°67-13.317 ; BOUCARD Hélène, *Responsabilité contractuelle*, D. 2017, 456.

⁴⁴⁰ VERKEMPINCK Brecht, *op. cit.*

⁴⁴¹ Le *Draft Common Frame of Reference* propose des principes, des définitions et des règles de droit privé européen. Ce document a été préparé par le *Study Group on a European Civil Code* et par le *European Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group)*.

- 610 La théorie de l'intérêt négatif implique une prise en compte la perte subie⁴⁴². Cette possibilité a été expressément reconnue en Allemagne à l'article 284 du BGB qui dispose qu'« en lieu et place de l'exécution par équivalent qui remplace l'exécution en nature, le créancier peut exiger le remboursement des dépenses qu'il a engagées et, en toute équité, avait le droit d'engager en fonction de la réception de l'exécution »⁴⁴³. Elle n'apparaît en revanche pas dans le Code civil français.
- 611 Ces théories peuvent constituer des guides pour les juges mais ne présentent qu'un intérêt limité. En effet, le juge du fond estime de façon souveraine le montant des dommages-intérêts. Dès lors, en l'absence de contrôle uniformisateur de la Cour de cassation, la jurisprudence s'est montrée « intuitive » et « fluctuante »⁴⁴⁴.
- 612 Le principe de la réparation intégrale n'est ainsi pas compris strictement. En effet, au moment de la violation des dispositions d'un contrat, l'obligation a une valeur déterminée. Or, du fait de l'inflation - même modérée - la somme due perd de sa valeur. Les juges comprennent donc le principe de la réparation intégrale comme un principe de dette de valeur⁴⁴⁵. Il s'agit avant tout de prendre en compte l'évolution de la valeur d'une dette plus que de chercher à lutter contre des comportements par le recours à des ersatz de dommages-intérêts punitifs. L'approche semble pertinente, notamment lorsqu'elle est analysée à la lumière des durées des procédures en France⁴⁴⁶. Il apparaît donc juste que les cocontractants ne subissent pas les manquements du système judiciaire français. Il n'empêche que l'attente - qui peut durer des années - avant la décision définitive prononçant des dommages-intérêts n'est pas indemnisée indépendamment comme un préjudice en soi.
- 613 En outre, une évaluation - même à la hausse en fonction d'un indice - ne suffit peut-être pas à indemniser le créancier de l'intégralité de son préjudice. En effet, le recours au juge afin d'obtenir une indemnisation constitue sans doute un préjudice supplémentaire. Le créancier doit supporter des frais de justice et des honoraires d'avocats. Or, les juges peuvent moduler le remboursement des honoraires d'avocats, conformément à l'article 700 du Code de procédure civile, d'autant plus facilement que le contrôle de la motivation opéré par la Cour de cassation est limité⁴⁴⁷. Cela contribue certes à maintenir des montants

⁴⁴² *Idem*.

⁴⁴³ Traduction VERKEMPINCK Brecht, *La mesure des dommages dans la réforme du droit des contrats français - leçons de systèmes plus inspirants, op. cit.*

⁴⁴⁴ GENICON Thomas, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, 1025 s.

⁴⁴⁵ Cass. com., 6 janvier 1970, n°67-13.317 ; BOUCARD Hélène, Responsabilité contractuelle, D. 2017, 456.

⁴⁴⁶ Les procédures en manquement contre la France concernant les délais des procédures judiciaires constituent environ 12% du contentieux impliquant la France devant la CEDH. Voir Ministère de la justice, « *Statistiques sur le contentieux devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme* », p. 8, accessible à

http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_1_b1_statistiques_contentieux_cedh.pdf

⁴⁴⁷ ARBELLOT Frédéric, *Frais irrépétibles*, Rép. pr. civ., juin 2015, 49. Pour des illustrations : Civ. 2^e, 6 mars 2003, n° 02-60.835 ; Civ. 2^e, 22 mars 2006, n° 04-17.215 ; Civ. 1^{re}, 16 janv. 2007, n° 06-10.460 ; Civ. 2^e, 6 déc. 2012, n° 11-26.146.

d'honoraires raisonnables, mais implique aussi qu'un créancier sera incité à saisir un avocat sans doute moins cher afin de tenter d'obtenir le remboursement de l'intégralité des honoraires versés. Cela pèse sur la liberté de choix du client, mais également sur l'accès à la justice des créanciers qui risquent de recourir à des avocats moins chers et moins compétents.

614 La jurisprudence française se montre frileuse dans sa justification des montants des dommages-intérêts. En effet, lorsque les juges accordent une indemnisation à la victime, ils n'expliquent pas les modalités du calcul. Ainsi, sur les 23 décisions prononçant des dommages-intérêts dans notre échantillon français de cas impliquant une rupture des pourparlers, seule une comporte une explication des modalités de calcul⁴⁴⁸. Les juges se contentent la plupart du temps d'expression comme « les dommages-intérêts dûment justifiés » ou « il est équitable d'allouer » afin de tenter de justifier leurs décisions. Or, en l'absence d'accès aux conclusions des avocats il est impossible de comprendre la motivation sur laquelle se fondent les juges. Le raisonnement restant caché l'accès au droit est impossible. Cette situation n'est pas acceptable dans un État de droit où le raisonnement amenant à une décision doit être accessible et compréhensible.

615 En revanche, les juges expliquent les raisons pour lesquelles ils refusent d'accorder des dommages-intérêts⁴⁴⁹. Les décisions de rejet sont le résultat de raisonnements *a priori* purement juridiques alors que les décisions allouant des dommages-intérêts mêlent raisonnements juridiques et factuels. Les juridictions françaises expliquent donc leurs raisonnements juridiques - ce qui s'exprime dans les décisions refusant l'octroi de dommages-intérêts - mais elles offrent rarement d'explication sur leurs raisonnements factuels et donc sur les calculs des montants des dommages-intérêts. Pire, les juges du fond sont tenus de justifier leurs raisonnements, mais la Cour de cassation n'effectuant qu'un contrôle restreint⁴⁵⁰, la justification peut s'avérer largement insuffisante tout en passant le seuil de contrôle des juges du Quai de l'Horloge. La souveraineté des juges du fond constitue donc un risque pour le justiciable⁴⁵¹. Il nous semble que le recours au contrôle restreint est *a priori* de bonne justice dès lors que les juges de la Cour de cassation sont en principe les juges du droit et non pas du fait, mais qu'ils pourraient exiger une justification plus élaborée au lieu de se contenter de formules creuses pour retenir l'existence d'une justification.

616 Le recours à des justifications pour le moins insatisfaisantes s'explique par la cassation d'arrêts ayant procédé à une explication succincte du raisonnement adopté par les juges. La Cour de cassation accepte donc les décisions ne

⁴⁴⁸ CA Douai, 18 avril 2013, 11-02321, SAS Les Variétés c. SARL Beauvais Cinéma Communication. Voir Troisième Partie, Chapitre I, Section 2 : Accord de négociation et dommages-intérêts dans le système de droit civil français.

⁴⁴⁹ CA Paris, 17 novembre 2010, Reuters c. Sogetra, 09/07199 ; CA Paris, Dessange SAS c. J. Dessange HJD, 12/05759 ; 1^{er} septembre 2015, CA Reims, SARL Maison Eguiazabal c. SA Champagne Deutz ; Cass. civ. 3^e, 1^{er} septembre 2015, G&P c. IKEA, n°14-29.733.

⁴⁵⁰ BORÉ Jacques, BORÉ Louis, *La cassation en matière civile*, 5^{ème} éd, Dalloz Action, 2015, n°77.01.

⁴⁵¹ Cass. civ. 2e, 8 janvier 2009, n° 08-12.989.

mentionnant aucun raisonnement et casse les décisions présentant un raisonnement qu'elle estime insatisfaisant. Il est donc compréhensible - sans être excusable - que les juges du fond se contentent de formules creuses afin d'éviter la cassation. La Cour de cassation devrait donc requérir un minimum de justification dans le cadre de son contrôle restreint qu'elle devrait accueillir avec plus de bienveillance en partant du principe qu'il vaut sans doute mieux une justification imparfaite qu'aucune justification pour le bon fonctionnement d'un État de droit.

617 Une autre difficulté tient sans doute à la structure de notre organisation judiciaire. En effet, les tribunaux de commerce sont composés de juges non professionnels choisis parmi les commerçants. Ils sont donc *a priori* en mesure de comprendre, d'estimer et de chiffrer les montants des dommages-intérêts. Cependant, ils restent sous le contrôle indirect des Cours d'appel et de la Cour de cassation via l'appel et le pourvoi en cassation. Les juges consulaires des tribunaux de commerce savent donc que leurs décisions peuvent être annulées et sont donc encouragés à suivre les solutions édictées par des magistrats professionnels mais non-commerçants. Le conformisme qu'induit cette organisation juridictionnelle a pour conséquence de soumettre l'estimation du montant des dommages-intérêts à un cadre de pensée élaboré par des non-commerçants. Or, les magistrats français sont, à l'inverse des juges de certaines juridictions américaines, peu voire pas formés aux sciences économiques. En outre, ils ne reçoivent pas de formation commerciale et sont donc mal préparés à l'estimation des dommages-intérêts. Les juges de l'État du Delaware sont en revanche spécialisés et formés sur les questions économiques. Il s'agit de magistrats professionnels dont les décisions sont rigoureuses et respectées comme telles. Ces magistrats sont tout à fait à même de comprendre les problématiques soulevées dans le milieu des affaires et notamment les montants des dommages-intérêts. L'une des raisons de l'incomplétude de l'indemnisation en France relève de la structure de l'organisation judiciaire. Le système mixte français soumet les entreprises à des non-professionnels du droit en première instance - dont les décisions peuvent donc manquer de rigueur par rapport à des magistrats professionnels - et concomitamment à un cadre de réflexion peu adapté au monde des affaires, notamment à la compréhension des méthodes de calcul des dommages-intérêts.

618 En somme, la réforme n'a sans doute pas suffisamment pris en compte les travaux doctrinaux, mais il apparaît que cela n'aurait présenté qu'un intérêt limité étant donné que les juges du fond restent souverains dans l'évaluation des dommages-intérêts. Il est donc nécessaire de déterminer comment la pratique judiciaire recourt à ces outils intellectuels pour prononcer les dommages-intérêts les plus justes possibles.

2. Le point de vue des praticiens

619 Lors des entretiens avec les praticiens, nous avons posé la question suivante :

620 « *En droit français, le principe de la réparation intégrale, appliqué strictement, limite, en fait sinon en droit, la réparation du préjudice à la perte*

certaine effectivement et directement subie par le créancier, uniquement et directement imputable à l'inexécution du contrat et prévisible du point de vue du débiteur. Que pensez-vous de cette assertion ? »

621 Parmi la quinzaine de réponses obtenues aucune n'était en opposition totale avec l'assertion. Le spectre allant de la franche approbation à un scepticisme plus nuancé ainsi qu'illustré par les deux propos suivants.⁴⁵²

« Ce n'est pas vrai pour les dommages corporels. En revanche c'est tout à fait exact en ce qui concerne les dommages économiques. A cela je vois plusieurs raisons propres aux systèmes juridique et judiciaire français :

- la Cour de cassation est absolument incompétente sur le quantum des dommages ;*
- on exclut les dommages-intérêts punitifs malgré un important courant doctrinal en faveur de la reconnaissance de ces derniers⁴⁵³ ;*
- les aspects culturels des juges qui ont de plus en plus tendance à se fermer sur eux mêmes »⁴⁵⁴.*

« Il ne faut pas confondre les principes du droit et ce qui se passe devant un tribunal. Ce n'est pas parce que les tribunaux sont timides sur l'octroi des dommages-intérêts que l'on doit en conclure que le droit français n'accorde pas la réparation intégrale de ce préjudice. Le tribunal estime lorsqu'il a accordé son dommage qu'il a accordé la réparation de tout le préjudice qu'il a librement apprécié.

La réalité c'est que le texte influe rarement sur la décision. En tant qu'avocat, je n'ai jamais entendu cités ces textes en France. Le texte est vu comme un principe général. A l'audience c'est surtout l'appréciation des faits. Y a-t-il rupture abusive ou au contraire trouve-t-on des raisons valables à l'inexécution ? A supposer qu'il y ait abus, y a-t-il préjudice et comment l'apprécier ? Enfin y a-t-il un lien de causalité entre l'abus et le préjudice »⁴⁵⁵ ?

⁴⁵² Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens. Section 8, p. 77 et s.

⁴⁵³ VINEY Genevieve, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, 3^e éd, LGDJ, 2008, n^{os} 74-5 s. ; CARVAL Suzanne, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, Paris, 1995; BAUDOIN Jean-Louis, *Les dommages-intérêts punitifs : un exemple réussi d'emprunt à la common law*, Mél. Malinvaud, 2006, p. 101.

⁴⁵⁴ Praticien n°3 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 10, p. 78.

⁴⁵⁵ Praticien n°6 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 10, p. 78 et s.

622 Les mêmes praticiens constatent des évolutions dans le temps mais elles restent modestes au regard de leurs attentes⁴⁵⁶.

« Concernant l'évolution des dommages-intérêts compensatoires dans le temps, le juge judiciaire français est un peu plus généreux que par le passé mais il reste toujours bien moins généreux que l'arbitre. Nous sommes encore très loin de l'indemnisation du préjudice réel.

Il y a en revanche plus fréquemment recours aux experts. De la part des parties d'abord ; de la part du juge ensuite. Mais il y a un problème d'hétérogénéité de la compétence des experts et de leur formation »⁴⁵⁷.

« L'avant projet Catala prévoit des dommages-intérêts punitifs en cas de lucrative fault.

*L'évolution constatée en France va vers **plus de générosité des juges lorsque la faute est reconnue (ce qui demeure très rare)**, tout en restant très critiques sur l'appréciation de la faute. Exemple, le juge est très réticent à faire jouer les garanties d'actif et de passif quand elles ne se traduisent en chiffres très concrets. De même, c'est très difficile de se faire réparer le dol parce que le tribunal considère qu'entre professionnels chacun est averti et responsable.*

Aux Etats-Unis, le principe buyer beware s'applique totalement pour les acheteurs professionnels mais les compensations y restent plus généreuses qu'en France.

On constate aussi une amélioration notable de la qualité des experts et des juges consulaires en France, mais on partait de loin. En revanche il reste beaucoup à faire pour améliorer la compétence économique des juges professionnels »⁴⁵⁸.

« La situation en faveur de l'exécution en nature s'améliore mais on est encore loin du compte. On n'a pas encore renversé l'ordre des priorités avec l'exécution par équivalent qui reste souvent privilégiée par les tribunaux car plus simple à mettre en œuvre »⁴⁵⁹.

623 Ces analyses, aussi pertinentes soient-elles, ne peuvent être considérées comme des vérités absolues. Elles sont influencées par le lieu d'exercice des professionnels ainsi que par le type de dossiers qu'ils traitent. Elles permettent néanmoins de dégager une impression générale - sans doute tout aussi

⁴⁵⁶ Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens. Section 6, p. 73 et s.

⁴⁵⁷ Praticien n°3 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 6, p. 73.

⁴⁵⁸ Praticien n°6 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 6, p. 73 et s.

⁴⁵⁹ Praticien n°8 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 6, p. 74.

importante que l'existence même d'une règle - selon laquelle le juge français n'indemnise pas l'intégralité du dommage.

624 Ces remarques posent la question du rôle du juge et plus globalement du recours à un tiers pour résoudre un litige. En effet, l'introduction de la figure du juge a, du moins symboliquement, permis d'écarter la loi du Talion pour lui privilégier une justice prononcée par un tiers. Cela a eu pour résultat de condamner les parties à des sanctions moins dures. Dès lors, il semble que les parties aient, du fait de leur subjectivité inhérente à leurs situations, une compréhension différente de la justice par rapport à celle du juge. Il n'est pas évident que les avocats, qui défendent l'une ou l'autre partie, aient véritablement la distance nécessaire pour déterminer la solution la plus juste à appliquer à une affaire. Ces témoignages doivent donc être compris comme des analyses subjectives et donc partiales et partielles. Néanmoins, une étude empirique américaine a également prouvé - certes dans le domaine de la responsabilité délictuelle - que l'indemnisation n'était pas complète⁴⁶⁰. Les juges se montrent donc globalement frileux dans leur attribution de dommages-intérêts.

625 Il est certes compréhensible que les juges refusent d'expliquer les modalités de calcul amenant à la détermination du montant des dommages-intérêts. Cela leur permet de ne pas se lier à un mode de calcul et donc d'adapter leurs raisonnements à chaque espèce. Cependant, ce manque d'explication débouche sur une insécurité juridique intolérable dans un État de droit. De plus, la justice ne doit pas seulement être rendue, elle doit aussi être vue. Or, en s'abstenant d'expliquer le raisonnement adopté les juges laissent craindre un risque d'arbitraire - sans doute fantasmé - amenant les parties à douter de la justesse de la décision rendue. Enfin, cette situation souligne le paradoxe du système français qui, conformément aux dispositions de l'article 5 du Code civil, interdit aux juges de statuer par arrêts de règlements, mais où les juges utilisent *de facto* les décisions précédentes comme des précédents. Notre système juridique n'assume pas cette hypocrisie. Il introduit une insécurité juridique à laquelle il serait préférable de privilégier un système de calcul des dommages-intérêts sans doute partiellement satisfaisant mais au moins prévisible. L'analyse d'un cas particulier permettra plus de précision.

3. Etude de cas : la violation d'un pacte d'actionnaires, exécution forcée en nature plutôt qu'indemnisation

626 Revenons en détail sur le cas *Otor* contre *Carlyle* qui illustre comment les tribunaux arbitraux ont appliqué le droit français pour décider - sous une forme détournée - l'exécution forcée d'un pacte d'actionnaires⁴⁶¹.

627 La procédure arbitrale démarre le 18 mars 2002 devant un tribunal composé de trois membres et dont le Président est désigné par le Tribunal de Commerce de

⁴⁶⁰ DEWEES Don, DUFF David, TREBILCOCK Michael, *Exploring the Domaine of Accident Law - Taking the Facts Seriously*, Oxford University Press, 1996, p. 412-413.

⁴⁶¹ Voir en Annexe 1 le cas pratique d'arbitrage en France, Cas n°3, p. 42.

Paris. Elle oppose les sociétés *Carlyle 1* et *2*, demanderesses, et *Otor* et ses fondateurs, défendeurs.

628Ce contentieux a marqué la jurisprudence arbitrale française en matière d'exécution de pacte d'actionnaires, non pas tant sur le fond, qui avait un précédent judiciaire, mais en raison du contrat qui était un pacte d'actionnaires extrêmement détaillé, de la qualité de fonds d'investissement de l'une des parties, de la qualité de société cotée d'une autre partie et de la longueur de la procédure qui s'est étalée de mars 2002 à mars 2005. Ce litige a opposé le fonds d'investissement *Carlyle* à l'une de ses participations et ses fondateurs-dirigeants, pour le contrôle de la société *Otor*.

629L'aspect essentiel du litige que le tribunal arbitral devait trancher concernait les conditions d'exercice par *Carlyle* de son droit à convertir les obligations convertibles en actions (OCA) tel que défini par le pacte d'actionnaires. Notamment, le tribunal a ordonné une expertise afin de déterminer le seuil d'*EBITDA*⁴⁶² atteint pour l'exercice 2000, seuil qui déclenchait contractuellement le droit à conversion.

630Dès lors qu'il sera démontré que les fondateurs n'avaient sciemment pas respecté le pacte d'actionnaires, empêchant ainsi à *Carlyle* de prendre le contrôle d'*Otor*. Les points qui retiendront plus particulièrement notre attention dans le cadre de la présente étude seront ceux de la demande de dommages-intérêts qui en résulte et de l'exécution forcée du droit à conversion.

631Les sentences arbitrales sont rendues le 23 mars 2005 : à 10h00 la sentence concernant le droit à convertir les OCA, puis à 11h00 celle relative aux dommages-intérêts.

632Nous sommes en présence du cas typique où le tribunal a choisi de mixer l'exécution en nature et l'exécution par équivalent. En effet, l'indemnisation du préjudice a consisté en l'annulation d'une clause particulièrement avantageuse pour les débiteurs et en l'exécution forcée d'une autre (la conversion des OCA) qui était plutôt avantageuse pour le créancier. Par ailleurs, le tribunal arbitral a accompagné sa sentence d'astreintes pénalisant le défendeur de tout retard dans son exécution.

633Cette analyse confirme l'impression de la pratique selon laquelle les tribunaux arbitraux se montrent plus généreux que les juridictions étatiques. Les premiers sont composés de membres sans doute plus proches du monde des affaires et n'ont pas forcément à composer avec la tension entre les textes de lois et les sentiments populaires ni l'opinion publique. Les arbitres peuvent adopter une approche plus techniciste que les juges. Néanmoins, une véritable difficulté se pose à la lumière des travaux de Susan Franck⁴⁶³. Ces travaux tendent à démontrer que les arbitres condamnent généralement au paiement de la moitié des dommages-intérêts demandés. Ce chiffre d'une régularité déconcertante

⁴⁶² *Earnings Before Interests Taxes Depreciation and Amortization* soit l'Excédent Brut d'Exploitation.

⁴⁶³ FRANCK Susan D., *Inside the Arbitral Mind*, conférence à Columbia University, 27 octobre 2015.

interroge sur la justification des montants prononcés. Toutefois d'autres études empiriques arrivent à des conclusions différentes. Ainsi l'étude de PricewaterhouseCoopers analysant une centaine de sentences en arbitrage d'investissement international cite le chiffre de 37%⁴⁶⁴. L'analyse de notre propre échantillon portant spécifiquement sur des sentences en arbitrage de commerce international aboutit plutôt à 60%. Nous détaillerons respectivement ces études ci-après en Section 6 : La sophistication supérieure des méthodes de la jurisprudence arbitrale internationale et dans la 3ème partie : Application des principes aux préjudices de manque à gagner difficilement quantifiables.

634 Dès lors, bien que la pratique - peut-être par manque de hauteur - considère que les indemnisations des juges étatiques français restent trop faibles, la situation semble bien différente devant les tribunaux arbitraux, notamment les tribunaux arbitraux internationaux.

⁴⁶⁴ PricewaterhouseCoopers LLP, 2015- *International Arbitration damages research, Closing the gap between claimants and respondents*, PwC – Arbitral awards in focus, October 2015. Credibility International LLC, *Study of Damages In ICSID Cases*, 1st Edition, June 2014.

Section 5 : L'évolution « pro-business » de la jurisprudence américaine

635 Aux Etats-Unis les praticiens constatent des évolutions apparemment contradictoires: des dommages-intérêts très importants mais aussi une jurisprudence « pro-business » en faveur des entreprises⁴⁶⁵.

*« Tous les dommages-intérêts deviennent de plus en plus importants avec le temps aux Etats-Unis car la taille des transactions augmente aussi »*⁴⁶⁶.

« Il y a un débat aux Etats-Unis sur le caractère exorbitant de certains dommages-intérêts accordés - notamment par les jurys populaires - aux demandeurs/plaignants face à des entreprises.

Ils sont toutefois approuvés par le juge dès lors qu'il les considère raisonnables.

Ainsi des dommages-intérêts punitifs ne seront jugés raisonnables dans certains Etats que s'ils sont proportionnés aux dommages-intérêts compensatoires. Dans d'autres Etats, au contraire, la loi autorisera des dommages-intérêts punitifs jusqu'à trois fois supérieurs aux dommages-intérêts compensatoires (treble damages). A l'autre extrême, certains cas interdisent tous les dommages-intérêts punitifs.

*Même si les dommages-intérêts punitifs sont destinés à punir le défendeur, ils sont empochés par le demandeur. D'où cette réputation si caractéristique des avocats américains : certains se sont fait la spécialité de chasser les cas les plus profitables et de convaincre les plaignants de leur confier leurs intérêts simplement pour indexer leurs honoraires sur les dommages-intérêts récupérés pour le client »*⁴⁶⁷.

636 Nous avons déjà rappelé les trois principes légaux régissant la définition du préjudice réparable en *contract law* américaine (faute, lien de causalité entre la faute et le dommage, certitude raisonnable et prévisibilité du dommage).

Il reste maintenant à aborder les questions de fait derrière le *quantum* des dommages-intérêts :

- comment calculer la perte subie et le gain manqué indemnisables (*lost profits*) ?
- quels éléments de preuve apporter ?
- comment appliquer ces méthodes lorsque le préjudice existe mais son *quantum* est difficilement quantifiable ?

⁴⁶⁵ Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens. Section 6, p. 73 et s.

⁴⁶⁶ Praticien n°7 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 6, p. 74.

⁴⁶⁷ Praticien n°11 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 6, p. 74.

637 Afin de répondre à ces questions, nous avons procédé à une analyse systématique de la jurisprudence américaine en la matière. La jurisprudence à laquelle nous avons pu accéder est actualisée au 1^{er} juillet 2015⁴⁶⁸ et rapportée dans le traité de référence de Robert Dunn⁴⁶⁹.

638 L'échantillon analysé comporte 752 cas documentés sur les bases en ligne entre 1978 et 2015, dont 29 cas ayant été jugés au premier semestre 2015⁴⁷⁰.

639 Ces cas de toutes les juridictions étatiques américaines se répartissent de la manière suivante.

Fédéral 288 dont :

- Cour Suprême 3 ;
- Cours d'Appel 125 dont :
 - o First Circuit 5 ;
 - o Second Circuit 8 ;
 - o Third Circuit 5 ;
 - o Fourth Circuit 1 ;
 - o Fifth Circuit 16 ;
 - o Sixth Circuit 6 ;
 - o Seventh Circuit 19 ;
 - o Eighth Circuit 24 ;
 - o Ninth Circuit 4 ;
 - o Tenth Circuit 13 ;
 - o Eleventh Circuit 9 ;
 - o Federal Circuit 15 ;
- Cour des requêtes fédérale 27 ;
- Cours de Districts 117 ;
- Cours des procédures collectives 16.

Etats 464 dont :

- Californie 24 ;
- Floride 33 ;
- New York 40 ;
- Texas 76 ;
- Delaware 5 ;

⁴⁶⁸ Une analyse sélective a également été effectuée sur les 26 nouveaux cas jugés au second semestre 2015. Pour des raisons pratiques ces nouveaux cas ne sont pas consolidés dans l'analyse statistique qui suit.

⁴⁶⁹ DUNN Robert L., *Recovery of Damages for Lost Profits*, actualisé par S.C. RUTBERG, Supplement September 2015 et Supplement March 2016, Lawpress, USA, 2015 et 2016.

⁴⁷⁰ Pour des raisons pratiques, ces statistiques consolident les contentieux mettant en jeu la responsabilité contractuelle (*Contract litigation*) et ceux portant sur la responsabilité délictuelle (*Tort litigation*). Toutefois, par la suite, seuls les cas de responsabilité contractuelle sont cités. Nous estimons qu'ils représentent la moitié de l'échantillon global soit environ 25 nouveaux cas par an au rythme actuel de la jurisprudence américaine.

- Autres 286.

Les sections qui suivent détaillent les principales conclusions issues de cette analyse.

1. L'exigence de certitude raisonnable quant à l'existence du dommage

Le montant du dommage, incertain par nature, est laissé à l'appréciation souveraine du juge.

640Le plaignant doit démontrer avec une certitude raisonnable qu'il aurait pu réaliser un profit si le contrat avait été correctement exécuté. Mais il serait faux de laisser penser que la règle de la certitude raisonnable s'applique sans nuance. En effet, les cours qui ont analysé cette exigence ont le plus souvent admis qu'elle s'applique uniquement à l'existence du dommage mais pas à son montant. En matière de faits, une fois la preuve du dommage établie, la jurisprudence américaine admet un niveau de certitude moindre ou une approximation plus grande pour prouver le montant du dommage. Le *quantum* peut donc être une estimation approximative ou incertaine établie par le demandeur, charge au défendeur d'en établir une autre avec un plus grand niveau de certitude.

641La section 1-305 (a) du UCC intitulée « appréciation souveraine du préjudice » est explicitement commentée :

« Le troisième objectif de cette disposition est de rejeter toute doctrine selon laquelle le préjudice doit être calculé avec une précision mathématique. Les dommages-intérêts compensatoires sont souvent au mieux une approximation : ils doivent être calculés avec la précision, quelle qu'elle soit, que les faits permettent, et rien de plus ».

642Une jurisprudence pléthorique va dans ce sens.

643L'affaire à laquelle il est souvent fait référence remonte à 1931 ; elle est connue sous le nom de *Story Parchment*⁴⁷¹. Deux arrêts fédéraux récents la citent explicitement : *AlphaMed* et *TG Plastics*.

« AlphaMed se fourvoie en oubliant la distinction fondamentale entre la preuve de l'existence du dommage et la preuve du montant du dommage. Alors que les précédents tels que Story Parchment nous apprennent que l'exigence de preuve doit être souple pour établir le montant du dommage (...), Robert Dunn⁴⁷² explique dans son traité que, pour être indemnisé de son préjudice, le plaignant doit démontrer avec certitude qu'il aurait réalisé un profit »⁴⁷³.

⁴⁷¹ *Story Parchment Co. V. Patterson Parchment Paper Co.*, 282 U.S. 555 (1931).

⁴⁷² DUNN Robert L, *Recovery of Damages for Lost Profits*, para. 1.8, Lawpress, 6th ed., 2005.

⁴⁷³ *AlphaMed Pharmaceuticals Corp. v. Arriva Pharmaceuticals, Inc.*, 432 F. Supp. 2d 1319-1344 (S.D. Fla. 2006), *aff'd*, 294 Fed. Appx. 501 (11th Cir. 2008).

644 En effet, le demandeur doit d'abord démontrer que le défendeur a commis une faute qui a causé un préjudice au demandeur, avant, le cas échéant, de faire porter au défendeur le risque de l'incertitude concernant le montant du préjudice.

« En mal interprétant Story Parchment (...), AlphaMed tente en vain de faire porter au défendeur la charge de la preuve sur deux éléments distincts de l'enquête. Cela est totalement contraire à la règle de la certitude raisonnable. (...) Assouplir cette règle (au prétexte que la faute du défendeur empêche le demandeur de démontrer son préjudice) reviendrait à faire d'une exception la nouvelle règle. Interpréter correctement Story Parchment, aurait en revanche permis à AlphaMed de se passer de la règle de la certitude raisonnable pour calculer les 79,5 millions USD de préjudice. Une estimation basée sur la réalité économique aurait été suffisante pour justifier le quantum »⁴⁷⁴.

645 D'autres cours ont omis la « distinction fondamentale entre la preuve de l'existence et la preuve du montant du dommage », parfois dans le sens inverse de l'exemple ci-dessus. Ainsi dans l'affaire *TG Plastics* la Cour d'Appel du Premier Circuit commence son analyse des faits en indiquant que, sous la loi de l'Etat de Rhode Island, le montant des dommages doit être prouvé avec « une certitude raisonnable ». Elle confirme ensuite en indiquant qu' « une certitude absolue n'est pas requise pour établir le *quantum* (...) ; le jury doit simplement être guidé par une estimation rationnelle »⁴⁷⁵.

646 Les Cours d'appel de nombreux Etats ont statué dans le même sens.

647 En 2014, en Californie un arrêt indique :

« Seule est requise une base de calcul raisonnable, même si le résultat est approximatif. C'est particulièrement vrai lorsque la difficulté à prouver le montant vient de la faute du défendeur »⁴⁷⁶.

648 En 2015, dans l'Ohio il a été jugé que :

« Les gains manqués doivent être démontrés avec une certitude raisonnable (...). Une certitude mathématique n'est pas requise et le tribunal du fond juge souverainement si le calcul qui lui est présenté serait trop hypothétique »⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ *Idem.*

⁴⁷⁵ *T G Plastics Trading Co. V. Toray Plastics (America), Inc.*, 775 F.3d 31-40 (1st Cir. 2014) (Rhode Island law).

⁴⁷⁶ California : *Asahi Kasei Pharma Corp. v. Actelion Ltd.*, 222 Cal. App. 4th 495, 169 Cal. Rptr. 3d 689 (2014).

⁴⁷⁷ *Ginn v. Stonecreek Dental Care*, 30 N.E.3d 1034, 1043 (Ohio App. 2015).

Pratiquement dans les mêmes termes voir aussi deux arrêts récents de la Cour d'Appel de Géorgie : *EZ Green Associates, LLC v. Georgia-Pacific Corp.*, 331 Ga. App. 183, 188, 770 S.E.2d 273 (2015) et *Legal Academy, Inc. v. JLK, Inc.*, 765 S.E.2d 472 (Ga. App. 2014).

649 La même année, la Cour d'Appel de l'Illinois précise :

« Les gains manqués ne doivent pas être démontrés avec une certitude absolue. Les faits doivent seulement fournir une base de calcul raisonnable du préjudice. (Dans le cas d'espèce) les montants de commissions effectivement gagnées par le demandeur pendant les quatre années précédentes fournissent une base concrète pour estimer le montant de commissions qu'il aurait gagnées la cinquième année. Les profits perdus ne sont donc pas hypothétiques au regard de la loi »⁴⁷⁸.

650 Toujours en 2015, la Cour d'appel du Missouri a statué de la manière suivante :

« Alors que le plaignant doit prouver l'existence du dommage avec une certitude raisonnable, il n'est pas toujours possible d'établir le montant du dommage avec le même niveau de certitude. En matière de gains manqués, si les faits démontrent qu'une partie a subi un préjudice économique certain mais dont le montant ne peut être exactement calculé, alors un niveau de certitude moindre est suffisant pour prouver ce montant ; ce montant est laissé à l'appréciation souveraine du juge (fact finder) »⁴⁷⁹.

651 Fin 2015 enfin, la Cour d'appel du Delaware a confirmé une décision de la *Court of Chancery* d'octroyer 113 millions USD en *expectation damages* des profits perdus au motif que :

« Le montant des dommages intérêts peut être estimé dès lors que le plaignant a prouvé l'existence des expectation damages avec une certitude raisonnable »⁴⁸⁰.

2. Une tendance récente (restant à confirmer) vers une exigence accrue pour prouver le montant du dommage, lorsque c'est possible

652 La divergence de principe des droits français et américain semble être en passe de s'amenuiser. En effet, si le droit français campe sur sa position, le droit américain semble marquer une inflexion.

653 Le commentaire du nouveau UCC cité ci-dessus est en réalité issu de l'ancien UCC. Il n'a pas été modifié en 2003 car il était en accord avec la jurisprudence de l'époque. Depuis, celle-ci a évolué dans le sens d'une exigence accrue, notamment dans les cas où des éléments de preuves « mathématiques » sont effectivement disponibles.

⁴⁷⁸ Illinois : *Westlake Financial Group Inc. v. CDH-Delnor Health System*, 2015 IL App (2d) 140589, 25 N.E.3d 1166 (Ill. App. 2015).

⁴⁷⁹ Missouri : *American Eagle Waste Industries, LLC v. St. Louis County, Missouri*, S.W.3d, 2015 WL 778197, (Mo. App. 2015).

⁴⁸⁰ *Siga Technologies, Inc. v. Pharmathene, Inc.*, A.3d, 2015 WL 9591986 (Del. 2015) (non publié encore au moment de la rédaction).

654 Certaines juridictions ont semble-t-il toujours été sur cette ligne même si **la jurisprudence est ici moins abondante**. Elle apparaît en creux dans la rédaction de certains arrêts déjà cités et, de plus en plus fréquemment, dans des décisions de 2014 et 2015.

655 Deux cas fédéraux font notamment référence aux lois de l'Ohio⁴⁸¹ et du Texas⁴⁸².

656 Selon la loi de l'Ohio, tant l'existence que le montant des gains manqués doivent être démontrés avec une certitude raisonnable ; le montant du dommage doit être établi par des calculs et des faits précis sous peine d'être rejeté comme pure spéculation. La loi du Texas présente la même exigence sous peine de refuser la demande en matière de dommages-intérêts et d'ordonner au plaignant de déposer des conclusions plus circonstanciées.

657 Deux autres cas allant dans le même sens, sont restés au niveau de la Cour d'appel de l'Ohio et de la Cour Suprême du Texas respectivement⁴⁸³.

658 Cette dernière indique dans son arrêt que « la loi est bien arrêtée : les gains manqués peuvent être indemnisés uniquement lorsque le montant est prouvé avec une certitude raisonnable »⁴⁸⁴. Après avoir passé en revue toute une série de cas où elle a refusé ou, au contraire, admis l'indemnisation des gains manqués, la Cour conclut : « la seule leçon à tirer de tous ces cas est que seules sont admises les demandes basées sur des faits établis, non hypothétiques ni même espérés »⁴⁸⁵.

659 La formulation de la Cour d'appel de l'Arizona est plus simple en ce sens qu'elle établit une équivalence entre « précision mathématique » et « certitude raisonnable » : « Etant donné que (dans le cas d'espèce) les profits perdus peuvent être prouvés avec une précision quasi mathématique, l'exigence de certitude raisonnable doit être appliquée avec une force accrue à ce préjudice »⁴⁸⁶. Dans ce cas, la Cour n'indemniserait le plaignant qu'à hauteur des profits perdus effectivement démontrés mathématiquement.

660 Au contraire, la Cour d'appel de Géorgie admet une gradation entre les deux notions :

« Lorsque des données indiscutables et raisonnablement certaines établissent la perte de profits et que ces profits étaient clairement envisagées par les parties au moment du contrat, (...) ce préjudice peut être indemnisé même s'il ne peut être calculé avec une certitude mathématique. Néanmoins

⁴⁸¹ *ASK Chemicals, LP v. Computer Packaging, Inc.*, 593 Fed. Appx. 506 (6th Cir. 2014).

⁴⁸² *McGowan & Co. v. Bogan*, F. Supp. 3d, 2015 WL 1220167 (S.D. Tex. 2015).

⁴⁸³ *Ginn v. Stonecreek Dental Care*, 30 N.E.3d 1034, 1045 (Ohio App. 2015) et aussi *Phillips v. Carlton Energy Group, LLC*, S.W.3d, 2015 WL 2148951, 9-10 (Tex. 2015).

⁴⁸⁴ *Phillips v. Carlton Energy Group, LLC*, cas cit.

⁴⁸⁵ *Idem*.

⁴⁸⁶ *County of La Paz v. Yakima Compost Co.*, 224 Ariz. 590, 607, 233 P.3d 1169, 1186 (Ariz. App. 2010). Nous soulignons.

afin d'être indemnisé de ce préjudice, le plaignant doit démontrer les gains probables avec beaucoup de précision, de même que les dépenses engagées pour réaliser ces gains »⁴⁸⁷.

661 La convergence de la solution américaine vers la rigueur européenne doit être approuvée. En effet, en laissant le *potos* aux portes du tribunal elle permet à la justice de se concentrer sur sa mission première. En outre, elle renforce l'Etat de droit et la démocratie. Les agents économiques pourront se protéger en constituant des preuves tout au long de la relation contractuelle, ce qui se trouve facilité par l'usage de terminaux numériques et d'internet.

3. L'exigence de certitude raisonnable dans la preuve de l'existence et du montant du préjudice indirect (*consequential damages*)

662 Comme son existence, le montant du préjudice indirect (*consequential*) - contrairement au montant du préjudice direct (*general*) - doit être établi avec une certitude raisonnable.

663 Dans un cas complexe décidé en application de la loi de l'Etat de New York, la Cour du 3ème district fédéral avait conclu, en première instance, que le préjudice établi par le plaignant était indirect. En appel, la Cour du 2ème circuit fédéral l'a requalifié en préjudice direct ce qui a réduit le niveau de certitude requis.

« Dans la loi de l'Etat de New York, alors que la certitude du montant n'est pas requise pour établir le préjudice direct, elle l'est pour établir le préjudice indirect. En plus de l'existence raisonnablement certaine du préjudice et de sa prévisibilité, une partie recherchant l'indemnisation de son préjudice indirect doit aussi prouver son montant avec une certitude raisonnable. Donc il existe bien une charge de la preuve plus lourde pour le préjudice indirect que pour le préjudice direct.

La Cour de district a injustement imposé une charge excessive à AEP. Elle s'est fourvoyée en exigeant d'AEP qu'elle démontre l'étendue du dommage avec une certitude raisonnable. La loi de New York est claire qu'une fois établie l'existence du dommage, la partie victime de l'inexécution doit seulement fournir une base stable pour estimer le dommage de manière raisonnable afin que l'indemnisation de son préjudice direct lui soit accordée »⁴⁸⁸.

664 Dans son article consacré au *New Business*, Victor Goldberg analyse le même cas et rappelle que :

« En cadrant la problématique comme étant celle de projeter les gains manqués, la Cour d'appel a implicitement rejeté la

⁴⁸⁷ *Legacy Academy, Inc. v. JLK, Inc.*, 765 S.E.2d 472 (Ga. App. 2014). Nous soulignons.

⁴⁸⁸ *Tractebel Energy Marketing, Inc. v. AEP Power Marketing, Inc.*, 487 F.3d 109-111 (2d Cir. 2007).

conclusion du juge de première instance selon laquelle le projet était une activité sans base établie »⁴⁸⁹.

665 Elle a aussi rejeté la conclusion selon laquelle le préjudice était indirect, considérant que le préjudice était direct et donc qu'il devait être calculé sans plus de certitude que lorsque les parties signèrent le contrat vingt ans auparavant.

4. La mesure du temps

666 Seules les actions antérieures à l'inexécution contractuelles (*ex-ante*) sont prises en compte ; en revanche, les dommages-intérêts ainsi calculés sont actualisés à la date de la décision (*ex-post*).

667 C'est une autre différence entre la *common law* et le droit civil en ce que dans ce dernier, la jurisprudence tend à intégrer le comportement des parties après l'inexécution contractuelle.

668 En effet, les auteurs américains sont plus nombreux à penser que les actions du créancier/vendeur postérieures à l'inexécution ne doivent pas être prises en compte par le débiteur/acheteur, sauf éventuellement quand il n'y a pas de prix de marché au moment de la rupture.

669 Le fait que le contrat soit par nature un actif risqué ne veut pas dire que l'on ne peut pas déterminer la valeur de cet actif juste avant l'inexécution. Selon Victor Goldberg, « la probabilité d'un événement au moment de l'inexécution qu'elle soit ténue ou certaine, est l'un des déterminants de la valeur de l'actif »⁴⁹⁰. Il critique les décisions judiciaires et arbitrales qui ont abondamment tranché en faveur de la prise en compte des événements postérieurs dans les termes suivants : « Si, au moment de la décision de justice, on constate que certains événements postérieurs à l'inexécution - et pas d'autres - concourent au préjudice, alors chaque partie aura tendance à mettre en avant la règle qui l'avantage dès lors qu'elle n'est plus ignorante des faits, et les tribunaux devront déterminer au cas par cas quelles situations autorisent à prendre en compte les événements postérieurs »⁴⁹¹. L'auteur conclut qu'il est important pour le juge ou l'arbitre de disposer d'un principe qui évite au plaignant de faire le choix entre des dommages-intérêts au moment de l'inexécution (*monetary*

⁴⁸⁹ GOLDBERG, Victor P., The New Business Rule and Compensation for Lost Profits (August 2, 2016). *Columbia Law and Economics Working Paper No. 544*, Vol 1, 2016.

⁴⁹⁰ GOLDBERG, Victor P., Rethinking Contract law and Contract Design, *Edward Elgar Publishing*, 27 February 2015, p. 27 : « La probabilité d'un événement au moment de la violation, qu'elle soit éloignée ou prédestinée, est l'un des déterminants de la valeur de l'actif ».

⁴⁹¹ « Si certains événements postérieurs entraînent des dommages-intérêts au moment de la décision, mais pas d'autres, chaque partie sera incitée à plaider pour que la règle qui la favorise lorsqu'elle ne se trouve plus derrière le voile de l'ignorance, et les tribunaux devront déterminer sur une base *ad hoc*, qui justifie la prise en compte des événements ultérieurs » GOLDBERG, Victor P., *op. cit.*

damages) et des dommages-intérêts au moment de la décision (*monetary specific performance*).

670 La jurisprudence américaine actualise généralement les dommages-intérêts de gains manqués au jour du jugement (*ex-post*). Parfois une justification est donnée telle que :

« *La plupart des gains manqués par Energy Capital auraient été réalisés après la date du jugement (...). En conséquence, nous considérons que le tribunal de première instance ne s'est pas fourvoyé en actualisant les gains manqués à la date du jugement plutôt qu'à la date de la rupture* »⁴⁹² ; ou encore : « *Les dommages accumulés entre la date de la rupture et la date du jugement ne sont pas actualisés mais accordés directement* »⁴⁹³.

671 Un seul cas a actualisé les gains manqués futurs *ex-ante* c'est-à-dire au jour de la rupture⁴⁹⁴. Dans ce cas, les gains manqués *post* jugement ont été actualisés à la date du jugement au taux de 14% et les profits perdus *ante* jugement (mais *post* rupture) ont été actualisés au taux de 9%. Ce dernier taux est considéré par la cour comme la prime de risque au jour de la rupture.

⁴⁹² *Energy Capital Corp. v. United States*, 302 F.3d 1314, 1330 (Fed. Cir. 2002).

⁴⁹³ *Northern Helex Co. v. United States*, 634 F.2d 557 (Ct. Cl. 1980) ; *Purina Mills, L.L.C. v. Less*, 295 F. Supp. 2d 1017, 1047-48 (N.D. Iowa 2003).

⁴⁹⁴ *Franconia Associates v. United States*, 61 Fed. Cl. 718 (2004).

Section 6 : La sophistication supérieure des méthodes de la jurisprudence arbitrale internationale

672 Une question méritant d'être soulevée est de savoir s'il existe des différences entre le traitement par les juges nationaux des enjeux soulevés par les préjudices par rapport aux tribunaux arbitraux internationaux ?

673 Cette question a été initialement posée par John Gotanda qui y a répondu de la façon suivante⁴⁹⁵ :

674 Les tribunaux arbitraux confrontés aux litiges internationaux sont mieux placés pour résoudre les affaires impliquant des préjudices complexes :

- premièrement, de nombreux arbitres impliqués dans les litiges internationaux ont une bonne expertise du domaine ;
- deuxièmement, ils semblent mieux saisir les théories économiques et financières ;
- troisièmement, les opinions des experts sur les questions soulevées par les préjudices peuvent être excellentes. En revanche, de nombreux juges nationaux n'ont pas développé d'expertise dans l'appréhension des enjeux soulevés par les préjudices complexes ;
- quatrièmement, les juges nationaux sont plus susceptibles d'adopter un point de vue national envers les préjudices, même si le droit applicable au litige est le droit international ou un droit étranger ;
- enfin, certains juges nationaux, et notamment certains juges américains, ne permettent pas à des experts judiciaires de témoigner sur les questions de préjudices.

675 Les analyses quantitatives effectuées et publiées par différentes agences internationales d'experts judiciaires, notamment PricewaterhouseCoopers (PwC) et Credibility International, aideront à forger notre réponse⁴⁹⁶.

1. Méthodologie et description de l'échantillon

676 Le rapport édité par PwC cité plus haut a analysé 95 sentences arbitrales internationales publiées entre 1990 et 2015 et prononçant des dommages-intérêts. La plupart des sentences analysées concernent des arbitrages d'investissements (fondés sur des traités). La source principale des sentences était celle des cas du CIRDI⁴⁹⁷ (74%) et la jurisprudence de l'*Institute for*

⁴⁹⁵ GOTANDA John Y., Interview in Quantum Quaterly - *The Damages Newsletter*, King & Spalding's International Arbitration Group, Issue 04, 3Q 2012.

⁴⁹⁶ PricewaterhouseCoopers LLP, 2015- *International Arbitration damages research, Closing the gap between claimants and respondents*, PwC – Arbitral awards in focus, October 2015. Credibility International LLC, *Study of Damages In ICSID Cases*, 1st Edition, June 2014.

⁴⁹⁷ ICSID, *International Center for Settlement of Investment Disputes*, ou CIRDI, Centre International pour le Règlement des Différents relatifs aux Investissements.

*Transnational Arbitration*⁴⁹⁸. Cela reflète le fait que la plupart des arbitrages commerciaux (fondés sur des contrats) ne sont pas accessibles au public. Le rapport édité par PwC explique:

« Bien que les arbitrages d'investissement internationaux portent sur des questions spécifiques, la majorité de nos raisonnements sont également pertinents pour les arbitrages commerciaux internationaux »⁴⁹⁹.

677 La valeur moyenne des dommages-intérêts demandés et prononcés dans les arbitrages commerciaux est susceptible d'être inférieure à la moyenne de ceux prononcés dans les cas d'investissements. Étant donné que notre étude ne concerne que les litiges consécutifs à des ruptures contractuelles, nous nous abstenons de tirer des conclusions des rapports de PwC en terme de valeur absolue des dommages-intérêts. En revanche, nous pouvons tirer des conclusions en termes de valeur relative, proportionnalité, fréquence, tendance et, sans doute, en terme de méthodologie d'évaluation⁵⁰⁰.

678 L'échantillon des cas se partage géographiquement entre tous les continents et toutes les régions :

- Amérique du Sud 40
- Europe de l'Est 20
- Asie 12
- Afrique 12
- Moyen Orient 6
- Amérique du Nord 3
- Europe de l'Ouest 2

679 Les sentences vont de 0 EUR à 50 milliards EUR. En écartant la sentence à 50 milliards USD de *Ioukos*, le nombre de sentences et la valeur moyenne des sentences se présente comme suit (après ajustement tenant compte de l'inflation) :

	Nombre de sentences	Quantum moyen des sentences (millions de USD)
Services financiers	5	251
Énergie, ressources naturelles	31	196
Hôtellerie	8	133
Télécom, média, technologie	6	90
Financement des infrastructures	11	65

⁴⁹⁸ ITA, *Institute for Transnational Arbitration* ou IAT, Institut d'Arbitrage Transnational.

⁴⁹⁹ Ces résultats peuvent être observés dans la jurisprudence internationale étudiée dans l'analyse empirique de la 3ème partie : Application des principes aux préjudices de manque à gagner difficilement quantifiables. PricewaterhouseCoopers LLP, 2015- *International Arbitration damages research, Closing the gap between claimants and respondents*, PwC - Arbitral awards in focus, October 2015.

⁵⁰⁰ *Idem*.

Industrie manufacturière	9	49
Transport	8	30
Autres	16	23
Total	94	114

2. Des résultats détaillés contredisant plusieurs idées reçues

2.1. Les *quantum* sont-ils très élevés dans les arbitrages ?

680La recherche de PwC montre que :

« Alors que le nombre de sentences contenant des dommages-intérêts importants a augmenté au cours des 15 dernières années, la très grande majorité des sentences continue à se limiter à des montants inférieurs à 100 millions USD. Malgré les gros titres des journaux, seuls trois des sentences analysées lors des cinq dernières années excédaient un milliard de dollars »⁵⁰¹.

Montant des sentences (millions de USD)	1990-2000	2001-2005	2006-2010	2011-2015
Inférieur à 100	100%	73%	81%	78%
Entre 100-1000	0%	20%	19%	14%
Supérieur à 1000	0%	7%	0%	8%
Total	12	15	32	36

2.2. Le *quantum* prononcé par le tribunal arbitral constitue-t-il un « jugement de Salomon » ?

681En réalité, le montant total prononcé par les tribunaux était, en moyenne, de 37% du montant total demandé. Les tribunaux prononcent un montant proche de la fourchette moyenne demandée par les parties dans seulement 18% des cas⁵⁰².

⁵⁰¹ *Ibidem.*

⁵⁰² *Ibidem.*

Montant prononcé en pourcentage de la demande	0%	1-20%	21-40%	41-60%	61-80%	81-99%	100%
Pourcentage des sentences étudiées	4%	27%	21%	18%	9%	7%	4%

2.3. Les experts nommés par les parties sont-ils subjectifs dans l'estimation des dommages-intérêts ?

682 Dans les cas étudiés par le rapport de PwC, sur le premier chef de demande, le montant quantifié par les experts du défendeur était en moyenne équivalent à 13% du montant quantifié par les experts du demandeur⁵⁰³.

683 Un tel écart place les arbitres dans une position très délicate lorsqu'ils doivent estimer le montant des dommages-intérêts : alors qu'ils sont souvent des juristes, ils n'ont pas de connaissances particulières en matière de questions financières bien qu'ils doivent déterminer le juste montant. Selon le rapport de PwC, « l'écart important entre la position des parties sur l'indemnisation du préjudice doit être réduit afin d'aider les tribunaux à rendre des sentences plus justes »⁵⁰⁴.

684 Dans cette optique, l'étude suggère plusieurs mesures :

- « s'assurer que les experts reçoivent les mêmes instructions et les mêmes questions ;
- lorsqu'il existe des divergences d'opinions sur les éléments juridiques et factuels, les Tribunaux peuvent demander à des experts des calculs alternatifs basés sur deux différentes hypothèses et justifier leurs choix ;
- recourir à des déclarations communes afin de clarifier les réelles différences d'opinions entre experts »⁵⁰⁵.

685 Lorsque la position du défendeur se rapproche de celle du demandeur, le *quantum* prononcé par le tribunal en fait de même. Cela soulève la question de l'« ancrage » de la pensée des tribunaux en matière de *quantum* (*anchoring*). Cet ancrage indiquerait que les arbitres gèrent la question du *quantum* comme dépendant aussi bien du préjudice effectivement subi que de l'autonomie des parties.

⁵⁰³ *Ibidem.*

⁵⁰⁴ *Idem.*

⁵⁰⁵ *Ibidem.*

2.4. Les tribunaux arbitraux sont-ils mieux à même d'estimer le montant des dommages-intérêts ?

686 Les résultats de la recherche confortent cette idée commune selon laquelle les tribunaux arbitraux seraient de mieux en mieux à même d'estimer le montant des dommages-intérêts.

687 Tout d'abord, les tribunaux arbitraux dédient plus de pages qu'avant à expliquer les fondements de la quantification des préjudices : huit pages avant 2000 contre 34 entre 2011 et 2015 en moyenne⁵⁰⁶. Néanmoins, la section dédiée au préjudice ne dépasse pas 15% de la totalité de la sentence.

688 En second lieu, ils expliquent leur approche des préjudices plus en détails, et ils se confrontent à des évaluations plus complexes qu'auparavant.

689 Des méthodes plus variées sont appliquées par les tribunaux comme approches principales :

Méthodologie d'évaluation appliquée	# Arrêts (%)	Type d'approche
DCF + méthode des revenus futurs	37 (39%)	Prospective
Coûts historiques, investissements ou flux financiers passés	33 (35%)	Rétrospective
Marché, transactions comparables	10 (10%)	Prospective
Valeur nette comptable des actifs	2 (2%)	Rétrospective
Autres	13 (14%)	NA
Total	95 (100%)	NA

690 Comme le soulignait John Gotanda :

« Les sentences contenant des dommages-intérêts détaillent les raisons pour lesquelles le tribunal a conclu dans un sens particulier »⁵⁰⁷. Il ajoute néanmoins qu'il « reste aujourd'hui un manque d'uniformité dans les approches concernant le calcul des dommages-intérêts, qui (...) aboutissent à des prononcés de quantum différents dans des cas semblables, ce qui au final empêche les parties de régler leurs litiges »⁵⁰⁸.

691 Enfin, les tribunaux sont de plus en plus enclins à accepter les méthodologies permettant d'établir les pertes reflétant les retours futurs attendus sur les investissements.

692 Les méthodes prospectives (principalement DCF et les approches de marché) ont été adoptées par les tribunaux dans 20% de la totalité des sentences avant 2000 et dans 70% des cas entre 2011 et 2015. Cela permet une meilleure cohérence entre les montants prononcés dans les sentences arbitrales et le

⁵⁰⁶ *Ibidem.*

⁵⁰⁷ GOTANDA John Y., *Interview citation.*

⁵⁰⁸ *Idem.*

monde des transactions tel qu'il existe notamment en matière de fusions-acquisitions.

« *L'augmentation de l'utilisation des approches prospectives (peut refléter) le fait que les tribunaux deviennent plus familiers avec ces approches et plus enclins à les accepter (...) malgré leurs incertitudes inhérentes* »⁵⁰⁹.

693 Néanmoins, le DCF reste rejeté par les tribunaux pour des raisons de preuve lorsque la société ou l'actif en question est un nouveau projet dans un marché naissant ou n'a pas d'antécédent ni d'exploitations profitables pour pouvoir être considéré comme une entreprise établie. En conséquence les *cash flows* ou profits futurs sont considérés comme trop incertains ou spéculatifs. Dans la théorie financière, c'est le taux d'actualisation qui est censé refléter le niveau de risque de l'affaire.

694 « Même lorsque les deux experts sont d'accord sur la méthode d'évaluation, le *quantum* prononcé par les tribunaux atteint, en moyenne, seulement 44% du *quantum* demandé, soit à peine plus que la moyenne globale de 37%. Cela est dû au désaccord entre les experts sur le taux d'actualisation qu'il faut utiliser. De tels désaccords sont constatés dans la moitié des cas où l'approche DCF a été adoptée et ils ont un impact significatif sur les *quantum* prononcés.

2.5. Les intérêts composés sont désormais appliqués dans la majorité des cas

695 « Jusqu'à une époque récente, il a été généralement accepté dans la pratique en matière de litiges internationaux que l'intérêt simple était la référence. Néanmoins, les tribunaux [...] ont commencé à prononcer des intérêts composés, et aujourd'hui la pratique est devenue tellement répandue qu'elle est désormais considérée comme étant la référence »⁵¹⁰.

696 La recherche de PwC confirme l'affirmation de John Gotanda.

Type d'intérêt appliqué par le Tribunal	Avant 2000	2001-2005	2006-2010	2011-2015
Simple	60%	54%	15%	14%
Composé	40%	46%	85%	86%

697 Les intérêts prononcés par les tribunaux peuvent prendre plusieurs formes. Souvent, c'est un taux d'intérêt fixe ou, lorsqu'il s'agit d'un intérêt flottant, il se réfère à un taux interbancaire.

⁵⁰⁹ PwC, *report citation*.

⁵¹⁰ GOTANDA John Y., *interview citation*.

Base pour l'intérêt pré-sentence	La fréquence des cas
Taux flottant	77%
Taux interbancaire	28%
Taux sans risque	15%
Coût de la dette	19%
Taux de dépôt en banque	7%
Coût du capital	2%
Autre	6%
Taux fixe	21%
Non défini	2%

698 Les tribunaux distinguent entre les taux d'intérêt pré et post sentence dans seulement 15% des cas. Plus généralement, le rapport de PwC note que :

« Les taux d'intérêts semblent généralement recevoir beaucoup moins d'attention que les taux d'actualisation. La réalité est que, en fonction de la date des flux financiers, le taux d'intérêt peut avoir autant d'impact que le taux d'actualisation sur la détermination des dommages-intérêts »⁵¹¹.

699 Nous concluons cette analyse quantitative des dommages-intérêts en mentionnant la recherche similaire effectuée par le cabinet *Credibility Consulting* sur un échantillon de 99 sentences CIRDI rendues entre 1981 et 2011, contenant des sentences devenues accessibles au public avant le 30 juin 2013⁵¹². L'analyse a été effectuée de façon détaillée pour 57 décisions dans lesquelles la responsabilité a été retenue et, parmi eux, 34 arrêts constituaient les bases des demandes identifiées. Sans surprise, la plupart des conclusions étaient cohérentes avec celles trouvées par la recherche de PwC. Néanmoins, certaines analyses plus poussées amènent à apporter cinq observations supplémentaires.

700 Tout d'abord, les demandes les plus faibles ont généralement un pourcentage de recouvrement supérieur. Sur cet échantillon, les dommages-intérêts prononcés sont en moyenne de 49% de la demande formulée. Néanmoins, ils sont proches de 60% pour les demandes les plus faibles et en dessous de 30% pour les plus importantes. Cela suggère que les tribunaux sont généralement sceptiques vis-à-vis des demandes plus importantes et se fondent sans doute moins sur les investissements effectifs ou la valeur prouvée et plus sur les flux financiers futurs ou incertains.

⁵¹¹ PwC, *report citation*.

⁵¹² Credibility International LLC, *Study of Damages In ICSID Cases*, 1st Edition, June 2014.

701 En outre, la méthodologie DCF a été la plus utilisée (24%) pour les demandes présentées alors qu'elle arrive en deuxième position, après la méthodologie du coût d'investissement, pour les dommages-intérêts prononcés. Cela est probablement dû aux raisons suivantes :

- les demandeurs tendent à utiliser plus la méthodologie qui leur permet d'obtenir les résultats les plus élevés, d'où le recours au DCF ;
- les tribunaux ont tendance à se fier à la méthodologie avec un calcul simple et une certitude raisonnable, d'où le recours à l'investissement.

702 De plus, plus le *quantum* des dommages-intérêts demandés est important plus la méthodologie DCF est utilisée pour fonder tant la demande que la sentence. Cela est probablement dû au fait que les parties et les tribunaux voient que cela vaut la peine de recourir à une méthodologie plus complexe lorsque les enjeux économiques sont plus importants.

703 En quatrième lieu, pour les affaires où les dommages-intérêts indexés sont prononcés, le taux est basé sur un taux flottant pas seulement dans la majorité des cas - ce que nous savons depuis l'étude de PwC ci-dessus - mais de plus en plus souvent dans les affaires récentes. Il semble que les tribunaux ont adopté les taux flottants comme leur base privilégiée de taux d'intérêt, et ces taux flottants sont surtout basés sur le LIBOR⁵¹³ ou sur les taux des bons du trésor américains.

704 En cinquième lieu, dans toutes les affaires où les demandeurs ont gagné, le demandeur a apporté une argumentation plus détaillée (généralement deux fois plus de pages) que le défendeur. Cela ne surprend pas étant donné que c'est sur le demandeur que pèse la charge de la preuve de ses prétentions. Encore plus intéressant, dans deux arrêts sur trois où le défendeur a gagné, il a davantage développé son argumentation que le demandeur et dans de nombreux cas de façon significative. Cela suggère que l'argent dépensé par les parties - sans doute dans des conseils d'experts et des méthodologies plus sophistiquées - présente une corrélation importante avec le résultat de l'affaire. Si cette conclusion est validée, cela constituerait un argument fort démontant que les arbitres tendent à être plus facilement convaincus par la partie ayant recours à des méthodologies plus objectives et quantitatives afin d'évaluer les préjudices. Cela nous amènerait naturellement à des conclusions prescriptives pour les parties voire normatives pour la doctrine des dommages-intérêts. Nous tenterons de valider cette conclusion par la recherche empirique quantitative dans notre 3ème partie : Application des principes aux préjudices de manque à gagner difficilement quantifiables.

⁵¹³ *London interbank offered rate*, taux interbancaire pratiqué à Londres. Ce taux est un indice publié par l'*ICE Benchmark Administration* et définit chaque le taux pratiqué entre les banques dans une monnaie donnée.

3. Situations particulières et études de cas

3.1. La situation particulière des contrats relationnels et/ou de longue durée

705 Les contrats se subdivisent en deux grandes catégories dites « contrats transactionnels » et « contrats relationnels ».

706 Dans la première catégorie, les négociations sont intéressées et se placent dans une situation concurrentielle. Les agents économiques adoptent une approche à court terme, statique et privilégient une exécution discrète. Dans la seconde catégorie, les parties adoptent un comportement social coopératif et font preuve de solidarité. La relation contractuelle s'inscrit dans le long terme. Elle est dynamique et fait l'objet d'une exécution continue. Les cocontractants suivent *a priori* la théorie relationnelle des acteurs psychologiques.

707 Ces deux types de relations contractuelles sont confrontés à deux catégories de marché : le marché ouvert où les commodités et les biens sont faciles à vendre, et l'absence de marché sur lequel les produits sont uniques ou faits sur mesure. Le tableau suivant présente les deux types de contrats face aux deux catégories de marchés.

	Contrat transactionnel	Contrat relationnel
Marché ouvert	Gains manqués ? Marché - différence dans le prix du contrat Le produit peut être vendu sur le marché	Panachage d'exécution en nature dans un premier temps avec des dommages-intérêts ou une indemnisation couvrant la restitution ?
Aucun marché	Dommages-intérêts réparant les pertes subies ? Les coûts subis et la perte de gains Le produit ne peut être vendu sur le marché.	Exécution en nature ? Ouvert aux deux parties dans les cas d'exécution personnelle

708 Les tribunaux ont travaillé de façon efficace lorsqu'ils ont estimé les dommages-intérêts au moment de la rupture du contrat. En revanche, leur capacité à estimer les prix futurs et à les mettre en perspective avec la complexité de la relation des cocontractants dans le cadre de contrats relationnels est soumise à discussion.

709 Pourtant, la théorie du droit des contrats fournit des outils de compréhension des préjudices. En effet, les contrats constituent des moyens de sécurisation et de prévision de l'avenir. À ce titre, la rupture contractuelle peut résider dans la seule absence de paiement et non pas uniquement dans la fin de l'intégralité du contrat. Victor Goldberg considère ainsi - à l'inverse des tribunaux - que le bénéficiaire de la promesse a choisi l'une des solutions du contrat en ne prenant pas la chose mais en payant. Cette solution est somme toute libertaire - bien qu'il s'agisse d'une liberté que Marx qualifierait de bourgeoise - étant donné que le cocontractant peut recouvrer sa liberté contre paiement. Cette possibilité

est néanmoins réduite dans les contrats relationnels étant donné que la logique économique n'est pas la seule à être prise en considération et que les parties bâtissent des relations sophistiquées et complexes dont la valeur économique est difficilement quantifiable, ce qui introduit *de facto* une limite aux ruptures contractuelles.

710 Malgré les outils intellectuels offerts par la théorie du droit, force est de constater que les normes écrites - qui sont pourtant censées constituer une forme de droit savant⁵¹⁴ qui aurait pu s'inspirer des travaux doctrinaux - n'offrent pas de moyen satisfaisant de répondre à la problématique spécifique de la rupture des contrats de longue durée. En effet :

« *Le UCC est, comme White et Summers l'ont affirmé, inadéquat pour les questions de répudiation des contrats de longue durée. Il fournit une réponse - pas nécessairement une bonne réponse - à la question de savoir à quel prix le bien devrait être utilisé (principalement à la section 2-723). Il ne fournit pas de réponse cohérente à la question de savoir comment (ou même si) les quantités futures devraient être déterminées* »⁵¹⁵.

711 Une difficulté particulière pour le juge, qui n'est pas forcément économiste - notamment en France - est de déterminer le prix que le défendeur est prêt à payer pour se retirer du contrat. En effet, le recours à un tel calcul permet de déterminer le seuil au-delà duquel la rupture contractuelle - et partant de la parole donnée et de la confiance - représente un coût supérieur par rapport au respect de l'engagement contractuel. Le recours à cette méthode permettrait de renforcer la confiance dans les contrats en ce qu'il n'existerait plus de prime à la rupture contractuelle. Cette question est d'autant plus cruciale dans les contrats relationnels que les parties n'ont pas bâti que des relations juridiques mais également des relations sociales sophistiquées représentant une valeur. Or, le droit - et le juge - ne conçoivent généralement les contrats que selon le modèle d'une rencontre ponctuelle entre les parties⁵¹⁶ qui ne permet pas de rendre compte de l'intégralité de la sophistication de la relation des parties. Les relations peuvent pourtant être marquées par la prise en compte de règles émanant d'organisations syndicales, des us et coutumes commerciaux, d'institutions religieuses ou encore de règles de comportements établies par les parties⁵¹⁷.

712 Nous proposons donc un modèle permettant aux juges de lutter contre les ruptures contractuelles lucratives distinguant entre les contrats « *take-or-pay* »

⁵¹⁴ GIORDANENGO Gérard, *Les droits savants au Moyen-Age : Textes et Doctrines - La recherche en France depuis 1968*, Bibliothèque de l'École des chartes, 1990, p. 439 s.

⁵¹⁵ GOLDBERG, Victor P., *op. cit.*

⁵¹⁶ ELLICKSON Robert C., Law and economics discovers social norms, *Journal of Legal Studies*, vol. 27, n°2, p. 537-552.

⁵¹⁷ MACNEIL Ian R., *Values in contracts : An inquiry into modern contractual relations*, Yale University Press, 1980 ; MANDARD Matthieu, *Théorie du contrat relationnel et gouvernance des relations interentreprises - Autour de l'œuvre de Ian MacNeil*, ESKA, 2012/3, n°109, p. 16.

et les « *minimum quantity* ». Les contrats « *take-or-pay* » et « *minimum quantity* » sont, de base, les mêmes. Les premiers établissent une série d'obligations minimum alors que les seconds établissent une seule obligation.

- 1) Dans un contrat « *take-or-pay* », chaque période peut être traitée comme un versement. Ainsi, tant que le Tribunal ne trouve pas que le contrat a pris fin (ou une répudiation anticipée), le contrat reste valide. Si après l'année écoulée - ou tout autre période pertinente - l'acheteur n'a pas réussi à prendre le montant requis, l'acheteur devra payer le prix multiplié par la différence. Le contrat est donc maintenu en vie le plus longtemps possible, alors même qu'avant l'expiration de la période d'un an cela pouvait ne plus correspondre aux attentes des parties.
- 2) Si un acheteur devait répudier un contrat « *minimum quantity* », les dommages-intérêts ne constitueraient pas le prix multiplié par la différence. Les dommages-intérêts devraient être la différence de valeur du contrat au moment de la répudiation - la valeur présente de la différence avec le flux financier attendu. Cela dépendrait de la différence de prix du contrat ou du marché visé. Nous pourrions appeler cela une minimisation, mais il est plus simple de le reconnaître simplement comme un élément dans la recherche du changement de valeur du contrat⁵¹⁸.

713 Si les juges ne se sont pas montrés efficaces dans la lutte contre les ruptures contractuelles lucratives c'est parce qu'ils ont généralement conçu les relations contractuelles comme étant ponctuelles. Il en va autrement des arbitres en matière d'investissement international⁵¹⁹.

714 Ainsi, la décision *Factory at Chorzow* de la Cour Permanente de justice internationale (CPJI) est souvent citée dans les sentences arbitrales en ce qu'elle détermine le standard approprié pour la compensation⁵²⁰. Le panel a retenu que :

*« Le principe essentiel [...] semble être établi par la pratique internationale et en particulier par les décisions des tribunaux arbitraux - et consiste à retenir que la réparation doit, tant que possible, écarter toutes les conséquences de l'acte illégal et rétablir la situation qui, selon toutes probabilités, aurait existé si cet acte n'avait pas été commis [...]. La compensation doit ainsi être déterminée par le test de 'but for' : quelle valeur l'actif (propriété, contrat) aurait eu si le contrat n'avait pas été violé, en la comparant à sa valeur après la violation »*⁵²¹.

715 Il a été retenu que « les dommages-intérêts au moment de la violation devraient être égaux aux dommages-intérêts attendus calculés au moment où la sentence est rendue (ou tout autre moment choisi de façon aléatoire) ». Ce critère surprend étant donné qu'il introduit une forte dose d'insécurité juridique. Les parties ne pourront pas prévoir en avance le moment que les juges prendront en compte pour le calcul du montant des dommages-intérêts. Cependant, cette approche souple correspond aux singularités des contrats relationnels qui ne

⁵¹⁸ GOLDBERG, Victor P., *op. cit.*

⁵¹⁹ *Idem.*

⁵²⁰ *Factory at Chorzow* (Germ. V. Pol.) 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 9 (26 juillet).

⁵²¹ *Idem.*

véhiculent pas que des règles juridiques mais aussi une logique sociale. Cela nécessite du juge une forme d'intelligence sociale l'amenant à comprendre les tenants et les aboutissants de la relation entre les parties.

En outre, « *il y a deux questions concernant les intérêts : la réduction du taux pour les gains et les pertes futures et, si les préjudices sont mesurés au moment de la violation, le taux d'intérêt antérieur au jugement (appelé prejudgment interest rate, PJI). Les demandeurs désirent un taux de réduction bas et un PJI élevé, et les défendeurs l'inverse* »⁵²².

716 Les juges ou arbitres sont donc confrontés, ce qui est traditionnel, à un conflit d'intérêts entre les parties. Ce qui est singulier en revanche en matière de contrats relationnels réside dans l'existence d'une relation *a priori* longue et sophistiquée entre les cocontractants n'impliquant plus uniquement une relation juridique mais également des dynamiques sociales. Les Romains avaient créé la figure du « juge de paix » qui exprime clairement l'idée selon laquelle le juge doit rétablir un ordre social. Dans les contrats relationnels il ne s'agit pas que de trancher en droit mais bien de rétablir un ordre social pacifié, apportant la plus grande satisfaction à chaque partie et non pas forcément leur utilité maximale⁵²³.

717 Les parties sont mises à contribution pour trouver une solution permettant de ne pas rompre l'équilibre qu'elles avaient su construire. En effet, les parties savent que le juge ou l'arbitre n'accueillera pas leurs prétentions dans leur intégralité si elles s'avèrent déraisonnables, elles auront donc intérêt à proposer des estimations au bord de la marge de la plausibilité⁵²⁴. Dès lors, les parties établiront un champ de négociation. Les tribunaux ainsi que les panels arbitraux pourront dès lors se poser la question de la réduction des désaccords au lieu de chercher systématiquement à trancher en droit. Cette possibilité pourra surprendre pour le juge étatique dont le rôle social consiste avant tout à dire le droit au nom du peuple. Néanmoins, l'article 12 du Code de procédure civile autorise le juge étatique français à trancher en équité - et non pas seulement en droit. Cette possibilité offre plus de souplesse aux juges notamment lorsqu'ils doivent se prononcer sur un cas impliquant un contrat relationnel.

718 Les juges et les arbitres pourront recourir à trois techniques. Tout d'abord, la neutralité des experts pourrait être convoquée. Leur neutralité est déterminante étant donné que leurs connaissances dépassent largement celle des avocats, juges et arbitres dans le domaine. Les juristes sont donc prisonniers des avis des experts sans avoir les outils intellectuels pour les critiquer, ce qui peut soulever des difficultés si l'avis d'un expert n'est pas parfaitement impartial mais que le juge ou l'arbitre le suit.

⁵²² BOUTHINON-DUMAS Hugues, Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision, *Revue internationale de droit économique*, 2001/3, t. XV, 3, p. 351.

⁵²³ *Idem.*

⁵²⁴ Les parties auront intérêt à le faire - et en particulier celle qui aura violé une obligation contractuelle - car à défaut les juges peuvent être amenés à trancher clairement en faveur de l'une des parties. Voir pour un exemple notre référence 1IL4 CVIM.

719En outre, certains tribunaux notamment australiens, et certains panels arbitraux ont eu recours à la méthode dite de « *hot tubbing* ». Dans ce schéma, les experts pouvaient se poser réciproquement des questions ou les arbitres pouvaient poser des questions directement aux témoins. Cela permet de renforcer la confiance dans le recours aux experts dès lors que leurs travaux peuvent être critiqués afin de corriger les potentielles erreurs d'appréciation.

720Enfin, le tribunal ou le panel pouvait adopter une forme « d'offre finale d'arbitrage ». La logique est assez simple. Si une partie devient trop agressive, le décideur choisirait l'estimation de l'autre partie. En reconnaissant cela, les deux parties ont une incitation à adopter une position moins agressive. Leurs estimations devraient converger, et ainsi diminuer l'écart du désaccord ou, selon les termes de Allen, revenir du « bord de la marge de la plausibilité »⁵²⁵.

721En somme, la logique se décompose philosophiquement en deux piliers. Le premier est constitué par l'établissement d'une connaissance la plus exacte possible de la réalité. Or, lorsque la vérité objective est établie tout débat sur les faits ne peut que prendre fin et les parties peuvent avec plus de sérénité déterminer les conditions de résolution du différend. Le second pilier réside dans l'autorégulation des parties qui auront intérêt à faire un pas vers l'autre afin d'améliorer leurs chances d'optimiser leurs intérêts. Ce faisant, elles maximisent l'intérêt du cocontractant.

3.2. Etude de cas: Application de la CVIM

Etudes de cas Procédures arbitrales devant des tribunaux internationaux. Soumis à la CVIM.

Entre un vendeur chinois et un acheteur allemand pour l'achat de vêtements et entre un vendeur italien et un acheteur suisse pour des livres d'art. 2000 et 1999.

Les deux cas de jurisprudence suivants appliquent la CVIM.

722**Dans le premier cas**⁵²⁶, **un vendeur chinois a conclu un contrat avec un acheteur allemand pour l'achat de vêtements**. Plus tard, l'acheteur a découvert des défauts sur deux livraisons de marchandises et soulevé des objections, mais a néanmoins vendu les marchandises. À la réception de la troisième livraison, l'acheteur a refusé les marchandises en soulevant des problèmes de qualité. Le vendeur a dû ramener les marchandises en Chine et a engagé une procédure d'arbitrage demandant au tribunal que l'acheteur soit condamné à payer le prix pour les trois livraisons ainsi que les intérêts restant plus les frais de stockage et le coût de retour de la troisième livraison. Le

⁵²⁵ GOLDBERG, Victor P, *op. cit.*

⁵²⁶ Notre ref. 2IA-1, demande et demande reconventionnelle, décision datée du 31/01/2000, disponible sur ce lien :

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/000131c1.html>

paiement de la différence de prix entre l'envoi par air et l'expédition maritime a également été demandé.

723 L'acheteur a soutenu que, puisque les marchandises livrées avaient de graves défauts, ses propres clients ont refusé de les prendre. Par conséquent, le vendeur a violé l'obligation de livraison conforme. L'acheteur avait envoyé dix-sept pièces de vêtements au vendeur pour inspection et le vendeur avait confirmé avoir trouvé les problèmes mentionnés. En outre, après avoir été rappelé à ses obligations par l'acheteur, le vendeur avait confié à une entreprise spécialisée l'inspection du reste de la marchandise dans l'entrepôt de l'acheteur, et le rapport d'inspection indiquait qu'il y avait de graves défauts de matériel, de couleur et de fabrication. Le montant total de la demande reconventionnelle de [l'acheteur] est de 275.007,26 USD.

724 Selon le vendeur, l'acheteur devrait payer le prix de 8.778 USD (préjudice direct, *Expectation General Damages*, EGD) pour la livraison et devrait payer les intérêts sur ce prix pour le montant en Yuans [RMB] à hauteur de 4.087,30 (EGD). En outre, l'Acheteur devrait payer les frais de transport et d'entrepôt pour le transport des marchandises vers la Chine, ce qui équivaut à une valeur de 5.830,10 Deutsche Mark [DM], et les coûts connexes engagés en Chine, soit 981,54 yuans (préjudice indirect, *Expectation Consequential Damages*, ECD). [L'acheteur] devrait payer le prix d'achat de 53.871,20 USD pour les biens et les intérêts de RMB 25 084 sur ce montant (EGD). [L'acheteur] devrait payer la différence de prix entre l'envoi aérien et l'expédition maritime par rapport au contrat d'un montant de 11.422,72 USD, ainsi que les intérêts de 5.318,76 yuans sur ce montant. (EGD). [L'acheteur] doit supporter le coût du [Vendeur] associé au dépôt de la demande d'arbitrage, y compris, mais sans s'y limiter, les honoraires des avocats du [Vendeur], qui sont de 30.000 Yuans. [L'acheteur] devrait supporter l'ensemble des frais d'arbitrage.

725 Les parties n'ont donc pas su s'autoréguler et faire converger leurs demandes vers le « bord de la marge de la plausibilité »⁵²⁷. Les juges n'ont donc pas pu jouer un rôle de juge de paix qui aurait pourtant pu participer du maintien de la relation d'affaire entre les deux parties. Les parties ont donc cherché à maximiser la relation - ce qui est plutôt pertinent dans un contrat transactionnel - au lieu de chercher la satisfaction générale⁵²⁸. Il a par conséquent été retenu que :

- 1) [L'Acheteur] doit supporter le coût de 5.830,10 USD pour réexpédier les marchandises et des intérêts connexes à un taux d'intérêt annuel de 6%, calculé à partir du 8 mai 1998 à la date d'effet de la sentence arbitrale (ECD).
- 2) [L'acheteur] doit payer la différence de coût entre l'envoi par voie aérienne et l'envoi par voie maritime d'un montant 7.653,01 USD, c'est-à-dire la différence totale entre les 11.422,72 USD et la différence de coût pour les 1.236 pièces de vêtements d'un montant de 3.769,71 USD) et l'intérêt correspondant à un taux annuel de 6%, calculé à partir du 20 mars 1998 jusqu'à la date d'effet de la sentence arbitrale (EGD).
- 3) Sauf pour les 1.236 vêtements et la livraison, [l'acheteur] paiera le prix du contrat d'un montant de 36.099,70 USD ainsi que les intérêts correspondants sur ce montant à un

⁵²⁷ GOLDBERG, Victor P, *op. cit.*

⁵²⁸ BOUTHINON-DUMAS Hugues, *op. cit.*, p. 351.

taux annuel de 6%, calculé à partir du 15 mai 1998 à la date d'effet de la sentence arbitrale (EGD).

- 4) [Le vendeur] doit payer à [l'acheteur] la perte de profit résultant de 1.236 pièces de vêtements défectueux c'est à dire 20% de 17 778,50 soit 3.555,70 USD et d'autres coûts de transaction tels que la perte de frais de douanes de 2.842,41 USD, les frais de transport et frais de déplacement en Allemagne de 657,45 USD et frais d'entrepôt de 1.371,96 USD) ainsi que les intérêts correspondants sur le montant ci-dessus. L'intérêt est calculé à partir du 19 juin 1998 à la date d'effet de la sentence arbitrale (EGD).
- 5) [Le vendeur] doit payer 70% du coût de la réparation des vêtements, c'est à dire 70% de 37.641,78 soit 26.329 USD plus les intérêts correspondants. L'intérêt est calculé à partir du 15 mai 1998 à la date d'effet de la sentence arbitrale (ECD).

726Ainsi, en ce qui concerne les demandes de l'acheteur pour les pertes de clients, les pertes de frais d'escompte et la perte de commandes, le tribunal arbitral a jugé que ces pertes n'étaient pas prévisibles par le vendeur à la conclusion du contrat (article 74 de la CVIM) et que, par conséquent, elles devraient être rejetées. Ce principe ne surprendra pas étant donné que l'article 74 de la CVIM limite l'indemnisation des préjudices à ceux qui étaient prévisibles au moment de la conclusion du contrat, tout comme le droit français⁵²⁹ et le droit américain⁵³⁰.

727Le tribunal a jugé que l'acheteur avait réparé les marchandises à un coût raisonnable - ce qui constitue un critère classique et donc prévisible pour les parties - et les a revendues au même prix que celui prévu par le contrat. Cependant, il aurait dû notifier au vendeur le coût qu'il allait subir. En l'espèce, l'acheteur n'a pas correctement exécuté son obligation de minimiser la perte et doit supporter 30% du coût de la réparation. On y verra une expression du principe de solidarité contractuelle dans la mesure où les parties doivent s'informer mutuellement de l'avancée de l'exécution du contrat et des difficultés rencontrées, notamment lorsqu'elles auront un impact sur les finances de l'autre partie. Cette solution est sans doute de nature à encourager les parties à échanger et par conséquent à préserver leurs relations contractuelles. En ce qui concerne les produits défectueux inspectés et restés invendus, le tribunal a décidé que l'acheteur n'avait pas à payer son prix et que le vendeur devait payer les frais engagés en Allemagne, y compris les frais de transport, de déménagement et d'entrepôt, et 20% du prix du contrat, ainsi que la perte de profit résultant des produits défectueux.

728En outre, dans l'arrêt *International Litigation art books appliquant la CVIM*⁵³¹, un acheteur suisse (défendeur) a chargé à plusieurs reprises un vendeur italien (demandeur) d'imprimer, de relier et de fournir des livres d'art. Lorsque l'acheteur n'a pas payé le prix d'achat restant, le vendeur l'a poursuivi. Par la suite, l'acheteur a réclamé le manque de conformité d'un envoi de livres,

⁵²⁹ Article 1150 ancien du Code civil, article 1231-1 nouveau du Code civil.

⁵³⁰ *Hadley v. Baxendale*, 156 Eng. Rep. 145 (Ct. Exch. 1854) ; GEIS George S., *Empirically Assessing Hadley v. Baxendale*, 51 *Stan L. Rev.* 1547, 1999.

⁵³¹ Notre ref. 2IL-3, demande et demande reconventionnelle, décision datée du 10/02/1999, disponible sur ce lien :

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990210s1.html>

ce qui lui confère une réduction de prix et des dommages-intérêts. Il a également allégué qu'il existait un accord entre les parties pour différer le paiement.

729 Le vendeur affirmait qu'au cours des années 1995 et 1996 lui et en partie la société A. S.p.A. - avec lequel il a fusionné le 23 décembre 1995 - ont reçu diverses commissions de l'acheteur qui agit comme maison d'édition pour les livres d'art. Les commandes concernaient l'impression, la reliure et la livraison de livres d'art et de catalogues. Le vendeur exige le paiement des factures en cours concernant diverses commissions. L'acheteur affirmait en revanche qu'il avait le droit à une réduction du prix ainsi qu'à des dommages-intérêts car il a dû utiliser un produit légèrement différent de celui visé au contrat.

730 Le panel a retenu que la CVIM était applicable en l'espèce et que le contrat constituait un contrat de vente conformément à l'article 3(1) de la CVIM. Or, conformément aux dispositions de l'article 31 de la CVIM, le vendeur n'était tenu qu'à une obligation de livraison dans les mains de l'acheteur. En l'espèce, il a été retenu que le vendeur avait respecté ses obligations et n'était pas responsable des défauts du transporteur ni de ses fautes. Partant le vendeur avait le droit au paiement du prix d'achat étant donné qu'il avait respecté ses obligations. L'acheteur est donc tenu au paiement de la somme de 162.329.851 liras italiennes plus les intérêts relatifs soit un total de 164.997.395 liras à un taux de 11,5% à partir du 1^{er} octobre 1996 jusqu'au 31 décembre 1996, à un taux de 9,875% entre le 1^{er} janvier 1997 et le 31 mai 1997, à un taux de 9,375% entre le 1^{er} juin 1997 et le 3 décembre 1997, et à un taux de 9,375% à partir du 4 décembre 1997. Le recours aux intérêts est classique dans ce type de contrats relationnels⁵³² qui s'inscrivent dans la durée, ce qui montre que les arbitres les perçoivent comme des choses dynamiques et non pas statiques comme avait pu le concevoir le législateur français de 1804. Enfin, l'acheteur est tenu au paiement de la procédure et des coûts relatifs. La demande de paiement de la somme de 20 millions de liras italiennes indemnisant les frais de reliure a été rejetée puisque la valeur des livres achetés n'avait pas diminué.

731 Ainsi, la CVIM ne détermine pas quel degré de certitude est nécessaire pour qu'un juge formule son hypothèse de profit et quel est le moment pertinent pour le calcul - ce qui pose un grave problème de sécurité juridique pour les cocontractants. Cependant, la perte d'une simple chance de profit ne conduit généralement pas à un dommage indemnizable, comme le droit français a pu le retenir avec l'arrêt Manoukian⁵³³. La perte de profits de l'acheteur doit être considérée comme normale pour le type d'entreprise de l'acheteur et le vendeur, au moment de la conclusion du contrat, doit avoir été en mesure de prévoir une telle conséquence. Le vendeur n'est responsable des gains manqués exceptionnels que si l'acheteur avait signalé le risque de ce type particulier de perte et s'il a été établi que le vendeur était prêt à supporter ce risque supplémentaire. Les dommages résultant d'un gain manqué doivent être « justifiés et expliqués concrètement ». Les parties sont donc encouragées à communiquer leurs attentes et les risques qu'elles encourent dans le cadre de leur contrat relationnel. Cette logique de discussion devant permettre de

⁵³² Voir notre référence IIL4 CVIM.

⁵³³ Cass. com., 26 novembre 2003, n°00-10243, 00-10949.

prévenir les conflits apparaîtra sans doute parfois naïve, mais il est fort probable qu'elles permettent à des cocontractants - situés parfois dans des espaces lointains et n'étant pas amenés à se rencontrer régulièrement - de maintenir ouvert un canal de discussion et ainsi de préserver la sophistication de leurs relations. Les arbitres ont donc le rôle, dans les décisions analysées, de juge de paix mais également de créateur de règles de comportement obligatoires pour d'autres cocontractants afin de les amener à maintenir leurs relations contractuelles.

732S'il est louable de voir que les arbitres font preuve de souplesse et tentent de comprendre la complexité des relations des parties, ils font peser le risque sur les parties de leur imposer leur propre morale⁵³⁴. Le risque s'est d'ailleurs réalisé⁵³⁵. Certes, l'avantage de l'arbitre moralisateur face au juge moralisateur réside dans le fait que les parties choisissent le premier et acceptent donc *a priori* son système de valeurs morales. Néanmoins, une reconnaissance trop large du principe d'application d'entrée de la morale en arbitrage risquerait d'avoir pour conséquence *in fine* de détourner les parties de l'arbitrage.

733Les juges et les arbitres sont ainsi confrontés à un dilemme cornélien : ils doivent non seulement appliquer le droit dans toute sa dureté, mais concomitamment comprendre la complexité des relations des parties afin de ne pas détruire l'ordre social qu'elles s'étaient créées. Ainsi, la longueur des relations influera sur la décision des juges et, *in fine*, sur le montant des dommages-intérêts.

734Deux cas célèbres d'arbitrage commercial international illustrent notre propos. Il s'agit des cas de grandes entreprises françaises ayant eu maille à partir avec leurs partenaires américain et asiatique respectivement.

⁵³⁴ BOUTHINON-DUMAS Hugues, *Op. Cit.*, p. 361.

⁵³⁵ Voir notre référence IIA19 UNCITRAL.

3.3. Etude de cas: violation des obligations fiduciaires et contractuelles d'un dirigeant envers les associés d'une *Joint Venture*⁵³⁶

Etude de cas

Procédure arbitrale devant un tribunal international composé de trois membres, dont un président faisant autorité en matière d'arbitrage international. Soumis aux règles de l'Institut d'Arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm. Entre Y, un grand groupe international, demandeur Et Z, personnes physiques et morales liées résidents dans le pays X, défendeurs. A la fin des années 2000⁵³⁷.

735Le contentieux dont il est question ici a été largement commenté par la presse internationale. La sentence arbitrale à laquelle nous avons eu accès, n'ayant quant à elle jamais été rendue publique, nous conserverons la confidentialité sur l'identité des parties.

736Remarques introductives sur le contexte

737Des enjeux économiques considérables. Bien que la sentence susvisée soit partielle et ne traite pas directement du *quantum*, on peut estimer à plus d'un milliard d'euros le préjudice subi par le demandeur. Pendant une dizaine d'années, Y était en effet associé à Z dans une *Joint Venture* pour contrôler l'un des principaux marchés de son secteur dans le pays X. Au moment du contentieux, la valeur du marché s'élève à près de 30 milliards EUR et croît à plus de 10% par an. Les frais d'experts et de conseils juridiques dont il est fait état par les parties s'élèvent à eux seuls à une cinquantaine de millions d'euros.

738Une complexité juridique exceptionnelle. « Seulement » cinq personnes sont directement parties à l'arbitrage. Mais une trentaine de sociétés opérationnelles sont directement concernées par l'association entre Y et Z et une centaine le sont indirectement. Huit demandes principales sont soumises à l'arbitrage. La procédure elle-même s'étale sur deux ans et demi avec un nombre incalculable d'incidents et d'échanges d'écritures entre le tribunal et les parties. Sont utilisés, deux langues, deux droits étatiques et le droit international à travers les règles de l'Institut d'Arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm. La décision contient également une bifurcation de la procédure entre la responsabilité et le *quantum* et une sentence partielle rendue sur la responsabilité rédigée sur près de 300 pages.

739Une sensibilité politique particulière. Compte tenu des enjeux hors du commun, de la visibilité médiatique de l'affaire et de la proximité des parties avec les plus hautes autorités politiques, ces dernières sont intervenues auprès des dirigeants afin de préserver leurs intérêts diplomatiques respectifs et la réputation de chacun. L'affaire a finalement été transigée en quelques semaines

⁵³⁶ Voir en Annexe 1 les cas pratiques d'arbitrage commercial international, Cas n° 2, p. 36.

⁵³⁷ Etude de cas 2. Tribunal arbitral présidé par le Professeur Bernard Hanotiau, Affaire opposant Y à Z, Sentence partielle rendue à Oslo le 30 Septembre 2009.

par la cession de tous les intérêts de Y à son ancien partenaire Z et aux autorités du pays X. Cela explique que la sentence dont il est question n'ait jamais été rendue publique. Il est donc difficile de parler de précédent. Pour autant, les décisions prises par le tribunal arbitral constituent une première en ce que les faits qu'elles exposent et l'argumentation qu'elles développent ont ouvert la voie au règlement amiable du litige. Ce règlement amiable, dont les termes précis sont restés secrets, a certainement évité aux défendeurs une condamnation sans appel ; il a aussi évité au demandeur les difficultés plus que probables auxquelles il aurait été confronté pour obtenir l'exécution effective de la sentence, aussi favorable qu'elle eut été pour lui.

740 Nous focaliserons donc l'analyse sur les éléments suivants :

- résumé de la position des parties ;
- bifurcation de la procédure entre responsabilité et *quantum* ;
- clauses essentielles du contrat et décision du tribunal sur leur inexécution alléguée ;
- autres observations et décisions argumentées du tribunal.

741 Ce qu'il faut retenir pour notre étude : ici la force obligatoire ne découle pas du contrat ni même de la menace d'indemnisation du préjudice. L'exécution de cette indemnisation - à défaut du contrat lui-même qui a été résilié - découle de la procédure rigoureuse et patiente du tribunal arbitral et de la menace d'un scandale politique international.

3.4. Etude de cas : violation d'un pacte d'actionnaires et préjudice moral⁵³⁸

Etude de Cas
Arbitrage régi par le règlement d'arbitrage de la Chambre Internationale de Commerce
Groupe C, demandeurs
c.
Groupe D, défendeurs⁵³⁹

742 Les faits

743 En 1999, Groupe C signe des accords avec son partenaire Groupe D, dirigé par Monsieur AD, pour exploiter le marché national. Au départ, C a une position minoritaire et il monte progressivement au capital de la *Joint Venture* dénommée CD (elle-même contrôlée par une structure dénommée W). Vers 2005/2006, C est arrivé à 50% du capital et paye la prime de contrôle. Alors que C prévoyait de payer le complément pour prendre le contrôle en 2012, AD a décidé qu'il devait rester aux commandes du groupe en tant que président et actionnaire de référence. Au début, C a eu une attitude souple et a laissé faire.

⁵³⁸ Voir en Annexe 1 les cas pratiques d'arbitrage commercial international, Cas n° 4, p. 47.

⁵³⁹ Etude de cas 4, C c. D, Cas ICC N° 17977/CA (C-18055/CA), environ 2013.

744 Mais AD en a voulu plus et CD a commencé à entrer en négociation secrète d'abord avec *LVMH - Colony Capital* (octobre 2010 - mai 2011) puis directement avec Carrefour. Les premiers souhaitant prendre une option pour l'avenir au bénéfice du second dont ils étaient les actionnaires de référence.

745 Analyse des arguments et procédures judiciaires/arbitrales

746 Lorsqu'on analyse les *term sheets* qui ont été négociées au départ et surtout les accords extrêmement complexes signés avec Carrefour, on se rend compte que ce dernier était totalement couvert en cas de rupture des accords avec CD par une garantie donnée par D. Leur objectif semblait surtout de pénaliser leur concurrent en toute hypothèse.

747 En droit (boursier et des sociétés) brésilien, comme en droit français, l'intérêt social prime sur tout autre intérêt. C'est l'argument que D a utilisé contre C. Ainsi, l'actionnaire de référence ne peut pas exiger contractuellement (par des dispositions du pacte) que la cible agisse contre son intérêt social : si l'actionnaire de référence vote contre l'intérêt social, son vote est nul. C'est une limite à une réforme législative envisagée en droit brésilien qui prévoit que si la cible est partie au pacte entre ses actionnaires, elle doit respecter le pacte ; ce que C a tenté d'invoquer au début de la procédure. En plus, en droit brésilien, c'est le dirigeant qui détermine en premier lieu l'intérêt social.

748 Dans ce cas, la société était bien partie au pacte d'actionnaires, mais AD a apporté l'offre de Carrefour au conseil d'administration en la déclarant « très intéressante pour tous les actionnaires, y compris les minoritaires » qui n'avaient que des actions de préférence sans droit de vote. « Les actionnaires de référence sont donc en conflit pour juger de cette offre mais c'est dans mon devoir en tant que dirigeant de présenter cette offre ».

749 BNDES, la banque publique brésilienne finançait l'offre de Carrefour sous condition suspensive d'approbation définitive par le conseil d'administration de CD.

750 La défense de C était donc très compliquée face à des institutionnels locaux que ce soit dans la procédure judiciaire brésilienne ou ensuite dans la procédure arbitrale dès que les rumeurs de presse ont laissé filtrer les négociations entre D et Carrefour, et en parallèle la procédure en référé invoquant l'article 145 du Code de procédure civile. Mais après réflexion, BNDES déclare qu'il ne soutiendrait plus l'opération si elle devenait hostile.

751 Alors, la maison mère de C a convoqué son conseil d'administration pour donner ses consignes de vote aux administrateurs de CD, au travers d'une structure dénommée W. Ils ont démontré que l'opération n'était pas dans l'intérêt de CD. Donc BNDES s'est retiré du financement puisque l'opération devenait hostile. Ce qui faisait naturellement échouer l'offre de Carrefour, malgré les tentatives de D pour trouver d'autres financements.

752 C'est ainsi que C a pu finalement racheter à D l'action qui lui manquait pour contrôler W qui elle même contrôlait CD, tout cela dans le délai prévu de 2012.

753 Souvent aux Etats-Unis, le directeur juridique a autant de pouvoir que le directeur financier puisqu'il est le collaborateur direct du DG. Dans ce cas ce serait lui le responsable de l'échec.

754 Mais en France le directeur juridique reporte souvent au Directeur des Affaires Financières (DAF) qui dans ce cas est responsable. Ce qui est arrivé d'ailleurs au DAF de Carrefour qui a dû démissionner.

755 **Transaction avant sentence arbitrale**

756 En dehors des aspects managériaux et des frais bien sûr (banques, investisseurs, conseils juridiques), il y a eu principalement le préjudice moral de C. C a utilisé ce préjudice dans la procédure arbitrale comme moyen de pression. Il serait intéressant d'étudier le préjudice moral (20 M EUR) même si la demande essentielle concernait l'exécution forcée en nature.

757 Nous sommes ici dans un cas où l'*efficient breach* ne paye pas. En d'autres termes, ce n'est pas tant la valeur (que la fusion aurait potentiellement créée) qui a été retenue par le tribunal arbitral mais bien la faute de D dans l'exécution de bonne foi du pacte d'actionnaire. Le tribunal arbitral aurait pu condamner D à exécuter par équivalent, c'est à dire indemniser C du préjudice subi en prélevant une partie de la création de valeur alléguée. Il a préféré aller dans le sens de l'exécution forcée en nature qui était demandée par C et justifié par la *clean hand theory*.

758 C'est ainsi qu'a été surmonté l'argument fort imposé par le droit des sociétés du pays, selon lequel un actionnaire ne peut pas voter contre les intérêts sociaux même si la proposition soumise au vote contrevient au pacte d'actionnaire.

Conclusion de la deuxième partie

759 La réparation intégrale est théoriquement présente dans les trois systèmes juridiques (droit français, droit américain et droit commercial international), mais elle est définie différemment et emporte donc des applications pratiques distinctes.

760 En droit français, pour qu'un préjudice soit réparable, celui-ci doit être direct, certain et prévisible. Le préjudice s'entend donc comme un tout, sans qu'il soit besoin de différencier des catégories de préjudice, ni *a fortiori* à définir le préjudice économique. A l'inverse, le droit américain rend nécessaire la délimitation du préjudice réparable à travers la notion de *pure economic loss* qui fixe le périmètre de l'indemnisation. Ce préjudice correspond à la perte pécuniaire qui peut être indirecte (*consequential damages*) mais qui doit aussi être indépendante de toute atteinte à la personne ou aux biens. De ce point de vue, la CVIM et les Principes d'UNIDROIT s'apparentent plus au droit civil puisque le préjudice moral y est réparable.

761 Ensuite, l'évaluation du préjudice économique et la méthode de calcul des dommages-intérêts, ne sont pas considérées comme des questions de droit. Les trois systèmes juridiques et judiciaires laissent donc les juges du fond souverains de l'appréciation des faits, ce qui débouche sur une grande imprévisibilité pour les parties.

762 Toutefois, alors que le droit français ajoute que les dommages-intérêts ne s'appliquent que si l'exécution (forcée) en nature est impossible ou inadaptée, le droit américain privilégie (*default rule*) l'exécution par équivalent de l'intérêt positif (*expectation damages*). Les tribunaux américains sont donc relativement plus exercés à calculer et décider des dommages-intérêts. C'est aussi la tendance en droit commercial international, notamment avec la CVIM.

763 Enfin, la théorie de la perte de chance existe en droit français, dans la CVIM et dans les Principes d'UNIDROIT, mais elle est souvent détournée. En effet, elle sert souvent de refuge au juge lorsqu'il semble indécis sur la certitude du dommage. En droit américain, la perte de chance n'est pas formellement reconnue mais elle a parfois été admise dans certains Etats. On dit souvent que les *consequential damages* en tiennent lieu.

764 On peut d'ailleurs s'interroger sur la capacité de la perte de chance à assurer aux demandeurs une indemnisation économiquement ou même juridiquement efficace. Cette question devient particulièrement pertinente lorsqu'il s'agit de réparer le préjudice financier de l'investisseur dans les sociétés cotées victimes d'informations fausses ou trompeuses.

765 Les solutions retenues dans les jurisprudences françaises récentes, largement forfaitaires, collectives et injustifiées, ne respectent aucunement le principe de la réparation intégrale. Elles aboutissent à des indemnisations souvent insuffisantes, sous la forme du remboursement des sommes engagées, et parfois excessives comme pour accorder de manière détournée des dommages-intérêts punitifs. La jurisprudence américaine, quant à elle, retient majoritairement des

méthodes de calcul en deux temps : l'identification préalable des préjudices individuels réparables puis une quantification de ces préjudices par des analyses statistiques dont les études d'événements (*event studies*). Ces méthodes présentent des difficultés de mise en œuvre (coût et complexité) auxquelles nous tenterons de remédier dans la 3ème partie : Application des principes aux préjudices de manque à gagner difficilement quantifiables.

766 Réduire l'imprévisibilité judiciaire du dommage passe par le choix et la définition d'un cadre de travail commun : du cadre juridique de l'évaluation (que cherche-t-on à indemniser ?) au scénario contrefactuel (*but-for scenario*) jusqu'aux approches d'évaluation financière. Les experts peuvent assister le juge dans son choix mais ils ne sauraient se substituer à lui. Il existe trois grandes approches d'évaluation financière :

- la valeur d'actif est simple mais elle ne considère aucun flux futur et n'est donc adaptée qu'aux actifs improductifs ;
- la valeur des multiples comparables est pratique pour vérifier un ordre de grandeur mais n'est praticable que des marchés avec beaucoup de concurrents ;
- enfin, la valeur actuelle nette (VAN) est la plus réaliste pour valoriser les flux futurs issus d'actifs productifs mais elle est complexe à mettre en œuvre.

767 La VAN - également appelée *discounted cash flows* (DCF) - est difficile à mettre en œuvre car elle suppose de se mettre d'accord sur les hypothèses opérationnelles justifiant des flux futurs et sur un taux d'actualisation. Il existe aujourd'hui des solutions répondant à ces difficultés.

768 Les taux d'actualisation font l'objet d'études économiques sérieuses et d'une jurisprudence abondante.

769 L'étape la plus délicate est bien le choix d'un modèle de prévision permettant d'extrapoler les flux futurs de revenus qui auraient été engrangés si le contrat n'avait pas été violé ou interrompu. Selon la durée et le type d'interruption, la saisonnalité et la tendance des ventes, on choisira de préférence un modèle arithmétique (simple ou complexe), géométrique, exponentiel ou logarithmique, un modèle de régression simple ou multiple. Les régressions multiples sont habituellement choisies car elles sont suffisamment flexibles pour intégrer tous les cas de figure. Toutefois, l'accès aux données historiques, la facilité d'explication et finalement le bon sens des affaires imposeront souvent son choix à l'expert chargé d'assister le juge ou les parties.

770 Le principe de la réparation intégrale subit de nombreuses exceptions. Certaines exceptions sont explicitement prévues dans le Code civil et d'autres sont par nature conventionnelles : clauses pénales (*liquidated damages* en *common law*) et astreintes, clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité. Beaucoup d'exceptions sont implicites dans le Code civil ou prévisibles sous l'influence de la jurisprudence ou des droits étrangers. Ces exceptions peuvent agir vers le haut en élargissant la réparation, par exemple en reconnaissant un préjudice indirect aux Etats-Unis ou encore un préjudice certain dans son principe mais incertain dans son évaluation dans la CVIM et les Principes d'UNIDROIT.

Elles peuvent aussi agir vers le bas en réduisant la réparation, comme avec les *mitigated damages* aux Etats-Unis dans la CVIM et dans les Principes d'UNIDROIT.

771 Nous avançons l'hypothèse selon laquelle l'élargissement de la notion de réparation intégrale est une solution - à la fois efficace et respectueuse des principes fondamentaux du droit des obligations contractuelles français - pour indemniser plus complètement les victimes d'inexécution, notamment les personnes morales. Nous démontrons que la primauté - voire l'exclusivité - donnée à la fonction compensatrice des dommages-intérêts est, au mieux, illusoire au plan juridique et, au pire, contre-productive aux plans juridique et économique. Une conséquence incidente de cet élargissement serait une meilleure prévention et donc un moindre coût social.

772 Les praticiens du droit et la jurisprudence ont, en quelque sorte, anticipé cette hypothèse dans les différentes juridictions étudiées. Les comparaisons sont un peu biaisées par la différence des systèmes comme on l'a vu plus haut. Toutefois, les praticiens s'accordent à dire qu'en matière de dommages-intérêts :

- le juge français est traditionnellement moins généreux que le juge américain, qui est lui-même moins généreux que l'arbitre (de commerce international), lui-même moins généreux que le jury populaire américain. Les explications avancées sont multiples au premier rang desquelles les différences culturelles face à l'argent et l'expertise des différentes juridictions sur les préjudices économiques complexes ;
- les *quantum* des dommages-intérêts ne cessent de croître.

773 Alors que l'étude empirique confirmera largement le premier point, elle ne confirmera le second point que pour ce qui concerne le contentieux judiciaire français.

774 L'analyse de la jurisprudence française montre que les juges du fond sont plus disert pour justifier leurs décisions de rejeter une demande de dommages-intérêts que pour l'accorder. En effet, les juges se réfugient souvent derrière leur pouvoir souverain et des formules creuses pour justifier des dommages-intérêts qu'ils accordent. A cela, nous avons identifié trois raisons principales.

775 Tout d'abord le contrôle restreint de la Cour de cassation. Elle accepte bien souvent les décisions ne mentionnant aucun raisonnement et casse celles présentant un raisonnement qu'elle estime insatisfaisant. Il est donc compréhensible sinon excusable que les Cours d'appel préfèrent en dire le moins possible.

776 Ensuite l'organisation juridictionnelle. Les juges consulaires qui siègent dans les tribunaux de commerce savent que leurs décisions peuvent être annulées par les juridictions supérieures et sont donc encouragés à suivre les solutions édictées par les magistrats professionnels. Le conformisme induit a pour conséquence de soumettre l'estimation du montant des dommages-intérêts à un cadre de pensée élaboré par des non-commerçants.

777 Enfin la formation judiciaire. Les magistrats - comme d'ailleurs la plupart des professionnels du droit en France - sont, à l'inverse de leurs homologues américains dans certaines juridictions spécialisées, peu voire pas formés aux sciences économiques. Ils sont donc naturellement mal à l'aise lorsqu'il s'agit d'analyser le *quantum*.

778 L'analyse de près de 800 jugements américains entre 1978 et 2015 auxquels nous avons pu accéder fait ressortir les conclusions suivantes :

- l'existence du dommage doit être prouvée avec une certitude raisonnable ; en revanche le montant du dommage, lorsqu'il est incertain, est laissé à l'appréciation souveraine du juge ;
- contrairement au montant du préjudice direct (*expectation general damages*), le montant du préjudice indirect (*expectation consequential damages*) doit être prouvée avec la même certitude raisonnable que son existence ;
- contrairement au système civiliste, seules les actions antérieures à l'inexécution contractuelle (*ex-ante*) sont prises en compte dans l'évaluation du préjudice ; en revanche, les dommages-intérêts ainsi calculés sont actualisés à la date de la décision (*ex-post*).

779 L'analyse d'une centaine de sentences arbitrales internationales entre 1990 et 2015 contredit plusieurs idées reçues :

- la très grande majorité des sentences porte encore sur des montants inférieurs à 100 millions USD ;
- seule une petite minorité de sentences se prononce sur un montant proche de la fourchette moyenne demandée ;
- les arbitres sont désemparés techniquement lorsque les expertises des parties divergent fortement ;
- toutefois leur compétence technique s'améliore, les sentences rendues donnent plus d'explications sur leur approche du préjudice et ils sont de plus en plus enclins à accepter les méthodologies - tels la VAN ou DCF - permettant d'établir les pertes en extrapolant les flux futurs attendus.

780 Dans la Troisième Partie, nous illustrerons ces tendances sur trois types de situations dans lesquelles le préjudice est difficilement quantifiable. L'analyse empirique quantitative de ces trois situations nous permettra d'avancer vers l'ébauche de barèmes d'indemnisation référencés :

- cette analyse est paradoxalement la plus utile lorsque les données tangibles manquent parce que c'est là que l'aléa judiciaire est grand, comme dans les cas où il n'y a pas beaucoup de reliance (pas d'investissements lourds comme dans les contrats de négociation ou les New Business) et/ou lorsque les estimations du préjudice d'expectation sont très différentes (chefs de préjudice portant sur l'image, un business plan futur, une perte de chance) ;
- il est possible objectiver et limiter l'arbitraire par des méthodes plus ou moins sophistiquées telles que celles proposées en Troisième Partie.

Toutefois il serait illusoire de vouloir tout quantifier ; la reconnaissance publique d'inexécution restant un symbole souvent aussi important⁵⁴⁰.

⁵⁴⁰ VANDENBUSSCHE Wannes, *Rethinking non-pecuniary remedies for defamation: the case for court-ordered apologies*, à paraître.

3ème partie : Application des principes aux préjudices de manque à gagner difficilement quantifiables

Introduction de la troisième partie

781 Les juges du fond bénéficient d'une grande liberté dans le choix des méthodes d'évaluation du préjudice qu'ils appliqueront. Ces méthodes ne sont généralement pas contrôlées par la Cour de cassation, qui précise qu'aucune règle n'impose au juge le choix d'une méthode ou d'une autre pour évaluer le préjudice que la victime a subi. Les évaluations qui reposent sur des motivations insuffisantes, contradictoires ou erronées sont cependant contrôlées et censurées par la Cour de cassation. Ce contrôle, hors du droit, doit-il rentrer dans le champ de la Cour de cassation ? Cette question dépasse largement le cadre de notre étude mais une réforme récente a conféré à la Cour de cassation la possibilité de devenir juge du fait également lorsqu'il en va d'une bonne justice. Favoriser l'utilisation de certaines méthodes d'évaluation relèverait-il d'une bonne justice ? Nous le pensons et essaierons de le démontrer de manière plus empirique dans cette Troisième Partie.

782 Nous nous sommes d'emblée placés dans la situation où l'exécution en nature (*specific performance-equitable relief*) n'était pas disponible ou pas adaptée et où les parties ne se sont pas entendues sur l'indemnisation du préjudice. Au terme de ce parcours, le juge ou l'arbitre doit donc évaluer le préjudice et décider des dommages-intérêts. On a vu précédemment qu'il était nécessaire d'élargir la culture économique et financière du monde juridique pour le rendre plus accueillant aux techniques quantitatives d'évaluation du préjudice et de calcul des dommages-intérêts. On a vu aussi que les techniques sophistiquées étaient souvent longues et coûteuses et donc parfois inadaptées voire non disponibles. Les remèdes non économiques peuvent néanmoins parfois offrir une solution satisfaisante pour les parties victimes de l'inexécution. Toutefois, le plus souvent c'est quand même l'objectivation d'un *quantum* que les parties soumettent à l'« appréciation souveraine » du juge ou de l'arbitre. L'expérience montre qu'elles sont désireuses de réduire l'aléa judiciaire voire de supprimer l'arbitraire.

783 La technique des barèmes peut dans ces cas s'avérer utile, pour peu que ces barèmes existent et qu'ils soient partagés au moins officieusement. C'est ainsi que des barèmes s'appliquent maintenant couramment hors du domaine contractuel général pour indemniser le préjudice économique en droit du travail (licenciements individuels), en droit de la famille (divorces) ou - depuis plus longtemps - le préjudice personnel/corporel (accidents au sens large engageant la responsabilité délictuelle et plus particulièrement les erreurs engageant la responsabilité civile professionnelle du médecin).

784 Ainsi, pour les dommages corporels, les juges se réfèrent la plupart du temps à des barèmes. Ces barèmes ne servent que de référence au juge, sans le lier dans son appréciation du préjudice, celle-ci devant s'effectuer *in concreto*.

Ils peuvent être de natures très différentes : barèmes médicaux⁵⁴¹, barèmes spécifiques pour certains accidents médicaux⁵⁴², barèmes d'organismes sociaux⁵⁴³, tableaux de jurisprudence publiés par les revues, etc.

785 En 2009, un rapport de la Commission des Lois du Sénat, notait que :

« Cette très grande diversité des barèmes a pour conséquence des divergences d'appréciation qui peuvent être très fortes sur des préjudices similaires, entre les différentes juridictions, selon le barème auquel elles ont chacune l'habitude de se référer plus facilement »⁵⁴⁴.

786 Cette situation est dénoncée tant par les associations de victimes, que par les sociétés d'assurance et une partie de la doctrine.

787 Pour y remédier, le rapport du groupe de travail du Conseil National de l'Aide aux Victimes (CNAV) sur l'indemnisation du dommage corporel a proposé la mise en place d'un Référentiel Indicatif National, Statistique et Evolutif (RINSE), construit sur la base de la nomenclature établie en matière de préjudice corporel, et qui couvrirait toutes les sources d'accidents corporels⁵⁴⁵. Ce référentiel centraliserait les évaluations des Cours d'appel, en fourchette et en moyenne, et serait publié annuellement et diffusé auprès de toutes les Cours d'appel. Ce faisant, « le groupe de travail a entendu privilégier la voie de l'évaluation référencée qui permet une personnalisation de l'appréciation du préjudice sur celle de l'évaluation « barémisée » qui attribue une valeur monétaire, déterminée par un barème, à un étalonnage médicalisé des préjudices »⁵⁴⁶.

788 L'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, dit avant-projet Catala, quant à lui, prévoyait la création d'un barème d'invalidité qui ne porterait que sur le préjudice fonctionnel⁵⁴⁷. Ce faisant, il réduirait son champ par rapport au RINSE promu par le groupe de travail du CNAV qui porte lui sur la totalité des éléments relevant du préjudice corporel, y compris par exemple les préjudices esthétiques ou d'agrément.

789 Les rapporteurs de la Commission des Lois du sénat « estiment cependant qu'une telle réduction est justifiée par la plus grande difficulté de comparer les

⁵⁴¹ Par exemple, le barème du concours médical 2001 ou le barème de la société de médecine légale et de criminologie.

⁵⁴² Par exemple, le barème du fonds d'indemnisation des transfusés et des hémophiles contaminés par le virus de l'immunodéficience humaine - VIH.

⁵⁴³ Notamment celui de la Sécurité sociale ou celui des pensions civiles et militaires.

⁵⁴⁴ ANZIANI Alain, BÉTEILLE Laurent, *Rapport d'information n° 558 (2008-2009)*, Commission des lois du Sénat, 15 juillet 2009.

⁵⁴⁵ Conseil National de l'Aide aux Victimes, *Rapport sur l'Indemnisation du Dommage Corporel*, Juin 2003.

⁵⁴⁶ ANZIANI Alain, BÉTEILLE Laurent, *Rapport cité*.

⁵⁴⁷ CATALA Pierre, *Op. cit.*

autres types de préjudices corporels entre eux, notamment ceux liés à la douleur éprouvée, par rapport au préjudice fonctionnel d'invalidité »⁵⁴⁸.

790La seconde critique formulée à l'encontre de la proposition de l'avant-projet Catala de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription porte plus fondamentalement sur le recours à la technique du barème. Lors de son audition, Gaëlle Patetta, directeur juridique de l'Union Fédérale des Consommateurs - Que Choisir s'est inquiétée de ce qu'elle a estimé être « l'officialisation d'une technique d'indemnisation forfaitaire qui contreviendrait au principe de la réparation intégrale du préjudice »⁵⁴⁹.

791Les rapporteurs ne partagent pas cette opinion.

« Le barème n'est destiné qu'à servir de référence au juge pour évaluer le préjudice allégué, afin de favoriser une certaine convergence statistique des évaluations. Il ne saurait lier son pouvoir souverain d'appréciation, mais il permet de l'informer utilement. Surtout, il garantit une meilleure égalité de traitement entre tous les justiciables »⁵⁵⁰.

792C'est pourquoi les rapporteurs soutenaient cette proposition de l'avant-projet Catala de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription. Par ailleurs, ils estimaient que, « compte tenu de l'objectif assigné au barème national d'invalidité, l'intérêt qu'il suscitera dépendra de son actualité »⁵⁵¹. Les rapporteurs recommandaient enfin de « prévoir qu'il fera l'objet, de la part du pouvoir réglementaire, d'une révision régulière, en fonction des données collectées sur l'ensemble du territoire national »⁵⁵².

793La recommandation n° 26 du Rapport d'information conclut ainsi : « Prévoir l'adoption, par décret, d'un **barème national d'invalidité**, faisant l'objet d'une révision régulière, qui puisse servir de référence au juge dans son évaluation du dommage »⁵⁵³.

794Enfin, en juillet 2005, le rapport Dintilhac a proposé un tel barème sous forme d'une nomenclature normalisée⁵⁵⁴. Cette nomenclature n'a qu'une valeur indicative. Cependant, le Ministère de la Justice, par circulaire, a demandé aux professionnels du droit de l'utiliser et il est effectivement de plus en plus utilisé par les assureurs et les médecins experts pour évaluer le préjudice corporel et

⁵⁴⁸ ANZIANI Alain, BÉTEILLE Laurent, *Rapport cité*.

⁵⁴⁹ *Idem*.

⁵⁵⁰ *Ibidem*.

⁵⁵¹ *Ibidem..*

⁵⁵² *Ibidem*.

⁵⁵³ *Ibidem*.

⁵⁵⁴ Le rapport DINTILHAC, déjà évoqué plus haut, du nom du Président de la deuxième Chambre Civile de la Cour de cassation, Jean-Pierre DINTILHAC qui a présidé un groupe de travail sur le sujet de l'indemnisation du préjudice corporel, propose une nomenclature des différents postes de préjudice.

par les tribunaux pour l'indemniser⁵⁵⁵. Référencer, voire barémiser les différents postes de préjudice corporel a pu paraître surprenant au départ mais est totalement admis aujourd'hui.

795 Est-il envisageable d'adapter une méthodologie similaire et développer des barèmes ou références pour certains dommages contractuels ?

796 Commençons par reconnaître qu'en dehors de ces trois cas de préjudices spécifiques (dommages corporels et dommages en cas de licenciement ou de divorce), les praticiens interrogés imaginent mal comment des méthodes aussi simples pourraient servir l'indemnisation de dommages complexes tels ceux résultant de l'inexécution des contrats d'affaires⁵⁵⁶.

« C'est un peu difficile d'arriver à un barème chiffré unique pour indemniser les préjudices économiques et financiers, mais on peut au moins proposer une méthodologie du type :

- *premièrement, placez-vous dans la situation favorable ; quels auraient été les profits du créancier si le contrat avait été exécuté ?*
- *ensuite, capitalisez ces profits à l'infini ? ;*
- *enfin, quel profit ou perte le créancier a-t-il vraiment réalisé ?*

Le juge aurait l'obligation de suivre cette méthode même s'il resterait souverain sur les chiffres. Dans la pratique, son appréciation ne pourra pas être trop éloignée des chiffres obtenus »⁵⁵⁷.

« En France, j'estime qu'il sera difficile, sinon impossible, de définir des barèmes dans le préjudice économique et financier. Il me semble même difficile d'imposer au juge des méthodes d'évaluation. Je suis réservé à l'idée de légiférer sur ces sujets.

Aux Etats-Unis, ce serait peut être possible mais je serais opposé à aller dans le sens de l'application de barèmes. Le juge doit conserver son appréciation souveraine du préjudice »⁵⁵⁸.

« Le seul domaine où on applique des barèmes aux Etats-Unis concerne les préjudices corporels engageant la responsabilité civile professionnelle des médecins. Il est vrai que certains

⁵⁵⁵ Ministère de la Justice, Bulletin Officiel du Ministère de la Justice, Circulaire de la DACS n°2007-05 du 22 février 2007 relative à l'amélioration des conditions d'exercice du recours subrogatoire des tiers payeurs en cas d'indemnisation du préjudice corporel.

⁵⁵⁶ Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrains avec les praticiens, Section 8, p. 77 et s.

⁵⁵⁷ Praticien n°4 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 8, p. 77.

⁵⁵⁸ Praticien n°6 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 8, p. 77.

Etats imposent des limites aux dommages-intérêts compensatoires, d'autres suggèrent des méthodes, jamais des barèmes. Dans ce domaine rien n'est imposé au niveau fédéral. Les standards de preuves et les méthodes d'évaluation du préjudice sont définis au sein de chaque Etat lorsqu'il s'agit de procédure au civil et je dirai presque au sein de chaque jury lorsque la procédure en prévoit un. Dans ce dernier cas, le jury a librement le choix de la méthode pour rassembler les faits et il est souverain pour apprécier les évidences du préjudice »⁵⁵⁹.

Et même, « pour le préjudice corporel, il y avait des plaidoiries d'avocats qui bâtissaient leur raisonnement sur le per diem par préjudice qui semblait très faible mais qui arrivait à des sommes déraisonnables sur toute l'espérance de vie du plaignant. Finalement cette méthode a été supprimée dans l'Etat de New York et dans plusieurs autres Etats car elle était certes objective (un préjudice par jour multiplié par l'espérance de vie) mais totalement déraisonnable »⁵⁶⁰.

797 Arrivé au terme de l'étude comparative légale, jurisprudentielle et doctrinale, il convient donc de choisir avec beaucoup de modestie et de prudence les domaines d'applications pour tester la méthode des barèmes référencés ou plus généralement des méthodes quantitatives simples basées sur l'observation de tendances empiriques. Pour cela nous avons choisi, par sélections successives, quelques types de contrats, d'inexécutions ou de préjudices pour lesquels il y a de nombreuses raisons objectives de penser que cette application pourrait être pertinente. Parmi ces raisons on peut citer :

- celles qui rendent inadaptées les techniques d'évaluation sur mesure plus sophistiquées :
 - o des enjeux économiques relativement peu élevés ne justifiant pas la mise en place de techniques coûteuses ;
 - o des données tangibles inexistantes ou inaccessibles rendant impossible l'évaluation précise du *quantum* et pouvant donc laisser croire que le préjudice est spéculatif alors qu'il est bien réel ;
 - o une occurrence d'inexécution relativement fréquente nécessitant une certaine « normalisation » des méthodologies ;
- l'existence d'une jurisprudence suffisante (idéalement sous les trois systèmes juridiques étudiés) qui permette d'envisager une généralisation ;
- un aléa judiciaire observé important ; ou
- à l'inverse, une évolution jurisprudentielle récente favorable aux dommages-intérêts (responsabilité et exécution par équivalent).

798 Ces raisons sont complémentaires mais ne sont pas parfaitement indépendantes. Par exemple, c'est souvent lorsque les données tangibles manquent que les

⁵⁵⁹ Praticien n°7 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 8, p. 77.

⁵⁶⁰ Praticien n°2 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 8, p. 77.

techniques d'évaluation sophistiquées sont inadaptées ou que l'aléa judiciaire est grand.

799A ces raisons « objectives » on ajoutera une pondération issue de l'expérience professionnelle de l'auteur de la présente thèse.

800Nous verrons dans le tableau ci-dessous que trois types de contrat ou de préjudice nous semblent particulièrement pertinents à l'application de méthodes quantitatives simples : ceux dans lesquels il n'y a pas beaucoup de *reliance* (pas d'investissements lourds comme dans les contrats de négociation de pourparlers ou les *New Business*) et lorsque les estimations du préjudice d'*expectation* sont très difficiles à cerner (atteinte à l'image ou à la réputation, *business plan* futur). Le tableau ci-dessous présente ainsi le choix des situations étudiées (lignes) en fonction des critères d'étude mentionnés (colonnes). Les chiffres décrivent la pertinence de l'analyse de la situation en fonction du critère (+1 = pertinent ; 0 = neutre ; -1 = peu pertinent).

801Ce sont aussi des situations pour lesquelles la jurisprudence américaine a évolué ces trois dernières décennies vers une interprétation plus souple/libérale de la règle de la certitude raisonnable, ce qui a permis d'indemniser plus complètement les demandeurs.

		A	B	C	D	E	F	G
	Types de contrats ou de préjudices	Enjeux économiques relativement peu élevés	Données tangibles inexistantes ou inaccessibles	Occurrence relativement fréquente	Techniques d'évaluations sophistiquées inadaptées	Jurisprudence suffisante pour envisager une généralisation	Aléa judiciaire important et jurisprudence récente	Expérience personnelle de l'auteur
1	Accord de négociation	+1	+1	0	+1	0	+1	+1
2	Atteinte à l'image ou à la réputation	+1/0	+1	0	+1/0	+1	+1	0
3	Activité nouvelle <i>Voir en Annexe I</i>	+1	0	+1	+1	0	+1	+1
4	Engagement de non concurrence	-1	+1	+1	-1	0	0	-1
5	Pacte d'actionnaires	0	0	-1	-1	-1	0	+1
6	Perte de chance	-1	-1	+1	0	+1	+1	0

802Nous commencerons donc par étudier l'application de ces techniques aux ruptures abusives des pourparlers, des négociations commerciales ou capitalistiques avant d'en faire de même pour évaluer le préjudice d'image, de réputation ou de crédit commercial et enfin pour les situations de *New Business*. Pour chacune des trois situations, nous comparerons la doctrine et la jurisprudence. La jurisprudence fera l'objet d'une analyse empirique quantitative et qualitative.

803 Pour chaque situation, l'analyse empirique identifiera des hypothèses issues de la doctrine, développera un modèle (cadre d'analyse) fondé sur des critères liés aux faits, recherchera et identifiera les arrêts récents et pertinents et construira une base de données à partir de ces arrêts. Nous utiliserons ensuite la base de données afin de valider ou de modifier l'hypothèse initiale, d'identifier le cadre et - lorsque cela sera pertinent - pour suggérer un barème référencé des dommages-intérêts.

804 Dans un but comparatiste, la recherche couvrira aussi bien l'arbitrage de commerce international que les décisions des plus hautes juridictions françaises et américaines prises en référence au droit commercial local ou international (CVIM, Principes d'UNIDROIT).

805 Nous commencerons avec la méthodologie globale de la recherche empirique et nous développerons les défis principaux à anticiper. Par la suite, nous procéderons à l'analyse suivante dans les trois situations :

- résumé des lois et de la doctrine ;
- détail des sources des données ;
- description de l'échantillon ;
- et enfin nous concluons par les résultats clés de la recherche.

806 Les résultats de la recherche rassemblent une base importante de données concernant les dommages-intérêts prononcés dans des situations de grande imprévision, ce qui aidera à :

- construire un guide des précédents contenant les fourchettes - ou un barème référencé - des dommages-intérêts prononcés ;
- comparer entre les différentes juridictions les réactions face à ces situations imprévisibles en terme de dommages-intérêts ;
- déterminer les tendances dans le temps de la probabilité de gagner et, en cas de gain, de la proportion du-dit gain par rapport à la demande.

Méthodologie et défis de la recherche empirique

807 La méthodologie emprunte à la recherche empirique en sciences sociales en ayant recours à un raisonnement inductif, c'est-à-dire en extrayant les données pertinentes afin de valider ou de modifier les hypothèses de travail élaborées *ex-ante*. Nous nous concentrerons en particulier sur l'analyse détaillée - bien que simple - des données quantitatives et des données qualitatives codées. Certaines analyses seront communes à toutes les situations et toutes les juridictions et d'autres seront spécifiques à certaines d'entre elles seulement.

1. Analyses communes à toutes les situations et sous l'empire des différents régimes comparés

808 Afin de cibler les informations que nous devons extraire des cas, nous avons dès le départ défini un nombre limité d'analyses clés.

Il s'agit notamment de :

- nombre et pourcentage d'arrêts prononçant des dommages-intérêts par type :
 - o compensatoires, punitifs, aggravés ;
 - o les dommages-intérêts compensatoires comprenant la perte subie, le gain manqué et la restitution ;
 - o nous nous concentrerons probablement surtout sur les dommages-intérêts de gain manqué (*Expectation Damages*) ;
- *quantum* prononcé en valeur absolue et en pourcentage des demandes formulées ;
- évolution dans le temps des *quantum* demandés et prononcés ;
- méthodologies d'évaluation :
 - o valeur des actifs ;
 - o valeur de multiple sur des transactions comparable ;
 - o valeur *DCF* (Valeur nette présente des flux financiers futurs) ;
 - o études d'évènements⁵⁶¹, analyses conjointes et autre marketing quantitatif⁵⁶² ;
- facteurs expliquant les écarts observés par rapport aux moyennes ;
- modélisations simples déterminant les *quantum* prononcés.

2. Analyses spécifiques à chaque situation ou régime

809 La liste des analyses spécifiques est *a priori* beaucoup plus longue ; elle a eu tendance à évoluer en fonctions des données disponibles de la recherche.

2.1. Rupture des pourparlers, particulièrement dans le cas des fusions-acquisitions

810 Aux Etats-Unis, ces accords sont souvent appelés contrats de Type II Leval⁵⁶³.

811 Plusieurs variables sont utiles afin de tenter de déterminer un modèle :

- le montant absolu et relatif des *break up fees*⁵⁶⁴ ;
- le bénéfice aux actionnaires, incluant la prime, que les dirigeants cherchent à protéger ;

⁵⁶¹ Voir le détail de ces méthodologies en 3. Réparation du préjudice financier de l'investisseur dans les sociétés cotées victime d'informations fausses ou trompeuses et plus particulièrement en 3.2.2.1. Le recours aux études d'événements (event studies) en droit américain.

⁵⁶² Voir le détail de ces méthodologies en Chapitre II : Atteinte à la réputation.

⁵⁶³ Du nom du Juge Pierre Nelson Leval, né le 4 Septembre 1936 à New York. Il a été nommé en 1993 par le Président Bill Clinton à la Court d'Appel des Etats-Unis pour le Second Circuit et a théorisé la notion des contrats en formation progressive au cours des pourparlers, dans un arrêt *Teachers Ins. and Annuity Ass'n v. Tribune Co.*, 670 F. Supp. 491 (S.D.N.Y. 1987).

⁵⁶⁴ Les *break up fees* sont des frais de rupture d'un contrat et par extension des indemnités de rupture contractuelle qui sont parfois prévues dans un accord de pourparlers (clause de *break up fees*).

- la taille absolue de la transaction, ainsi que la taille relative des parties ;
- le pouvoir d'interdiction ou de coercition des protections contractuelles prévues.

812 Certains facteurs peuvent expliquer des indemnités de rupture contractuelle exceptionnellement élevées à l'encontre des acquéreurs potentiels :

- la renonciation des droits du vendeur rendant toute transaction alternative impossible ;
- la longueur du processus de recherche d'alternatives stratégiques ;
- le nombre de directeurs indépendants et désintéressés ;
- sans doute le plus important, l'opportunisme et dans certains cas la mauvaise foi.

813 Dans un article récent, Robert Scott « affirme que l'opportunisme est la raison principale pour laquelle les parties à un contrat commercial rompent délibérément leurs engagements »⁵⁶⁵. Nous vérifierons la façon dont ce facteur est pris en considération par les tribunaux lorsqu'ils prononcent des dommages-intérêts.

2.2. L'atteinte au fonds de commerce, à la réputation ou à l'image de marque.

814 Nous considérons qu'il existe deux types de préjudice moral pour les personnes morales.

815 Le préjudice moral *lato sensu* existe lorsqu'il peut être démontré que l'atteinte (à la réputation par exemple) a eu un impact - souvent indirect, *expectation consequential damages* - sur la réduction des ventes de biens ou de services. Les dommages-intérêts se quantifient alors de la même manière que l'évaluation générale des gains manqués (*direct expectation damages*). Le préjudice moral *lato sensu* au fonds de commerce, à la réputation commerciale ou à l'image concerne tous les demandeurs dès lors qu'ils ont un objectif économique (voir la classification plus bas).

816 Le préjudice moral *stricto sensu* surgit lorsqu'il ne peut être démontré que l'atteinte (à l'image par exemple) a eu un impact - même indirect - sur la réduction des ventes de biens ou de service. Dans ce cas, la difficulté est la suivante : l'existence du préjudice est certaine mais on ne peut théoriquement pas l'indemniser car il n'existe pas de moyen simple de le quantifier. Les méthodes traditionnelles d'évaluation ne suffisent plus. Afin de surmonter cette difficulté, il existe deux solutions :

- les nouveaux outils d'analyse économétrique permettent de quantifier avec une fiabilité raisonnable les atteintes à la réputation (image, marque,

⁵⁶⁵ SCOTT, Robert. E., « *Contract Design and the Shading Problem* », *Marquette Law Review*, à paraître ; Columbia Public Law Research Paper No. 14-472, 1^{er} juillet 2015, disponible sur le lien <https://ssrn.com/abstract=2628256> (dernier accès : 21/10/2017).

honnêteté) qui ne se traduisent pas forcément ou pas visiblement en perte de profits (voir les exemples ci-dessous) ;

- depuis 1993, la Cour de cassation a décidé en matière délictuelle que le préjudice est une conséquence directe de la faute⁵⁶⁶. En France, les juges ont souvent eu recours à l'expression suivante dans leurs décisions : « le dénigrement suffit pour déduire l'existence du préjudice ; il n'est pas nécessaire de prouver une diminution du chiffre d'affaires ou un débauchage de clientèle ». Pour le moment, le droit des contrats ne semble pas prêt à importer ou adapter cette jurisprudence existante en matière de responsabilité délictuelle.

817 La recherche des données peut s'avérer plus ou moins complexe en fonction des demandeurs.

818 Pour **les associations ou les petites sociétés**, l'enjeu économique est souvent limité et les données manquent ou ne sont pas accessibles au public. Le *quantum* étant du même ordre de grandeur que pour des personnes physiques, une première approche consiste à recourir aux mêmes techniques et barèmes que ceux utilisés dans les arrêts concernant les individus.

819 Pour les **grandes sociétés**, les données sont souvent accessibles.

820 Quand les critères économiques traditionnels (chiffre d'affaires, marge, bénéfice, etc.) sont impactés, les dommages-intérêts peuvent être mesurés par la perte de ventes, la diminution des prix, l'augmentation des publicités afin de contrer l'effet du dénigrement, la dépréciation des actifs matériels ou immatériels - tels que les marques, etc.

821 Quand les critères non-économiques sont impactés, les préjudices peuvent être mesurés par d'autres indicateurs tels que ceux dits ESG (Environnement, Sociétal, Gouvernance). Ils mesurent les actifs immatériels ainsi que l'image de la société. Ces indicateurs peuvent inclure la satisfaction du client, l'attractivité du recrutement auprès des étudiants, le classement dans « *Great Place to Work* »⁵⁶⁷, l'inclusion dans un indice ou un portefeuille d'Investissements Socialement Responsables (ISR), etc. La détérioration de ces indicateurs peut se traduire en un préjudice économique ; par exemple : une satisfaction moindre des clients se traduira par une augmentation des dépenses promotionnelles et, par conséquent, en des prix de revient plus élevés d'où des profits plus faibles ; une attractivité moindre auprès des étudiants se traduira en des salaires ou coûts de recrutement plus élevés d'où encore des profits plus faibles ; l'exclusion d'un indice ISR détériorera le cours des actions et augmentera les coûts de financement.

Type de préjudice Type de demandeur	Préjudice de réputation <i>Lato sensu</i>	Préjudice de réputation <i>Stricto sensu</i>
Petite société	1 Mêmes techniques que pour	3 Existe-t-il un actif intégrant

⁵⁶⁶ Cass. Ass. Pl. 9 juillet 1993, n°89-19.211.

⁵⁶⁷ La certification « *Great Place to Work* » distingue chaque mois toutes les entreprises où il fait bon travailler. Le palmarès vient ensuite récompenser les meilleures d'entre elles.

Association	les personnes physiques.	la bonne foi, la réputation ou l'image? <i>New Business Rule</i> ?
Grande société	2 Techniques économiques traditionnelles permettant de mesurer la perte de profits.	4 Techniques alternatives/non économiques permettant de mesurer les préjudices qui ne se traduisent pas facilement en gains.

2.3. Gains manqués pour les activités sans base établie et les *start-ups*

822La *New Business Rule* a profondément évolué en droit américain. L'approche traditionnelle excluait quasiment toutes les nouvelles sociétés du champ des dommages-intérêts car elles ne pouvaient démontrer un historique de profits.

823La forme traditionnelle de cette règle - qui n'a pas d'équivalent dans les autres systèmes juridiques - a progressivement laissé place à une jurisprudence plus libérale. Avec la nouvelle *New Business Rule*, le bénéficiaire de la promesse a le droit à une indemnisation dès lors qu'il démontre son préjudice avec le même niveau de certitude raisonnable que celui exigé de tout type de demandeur bénéficiaire d'une promesse non tenue.

824Cette évolution législative, initiée par le *Uniform Commercial Code*, puis formalisée dans le *Restatement (Second) of Contracts* de 1981 est cohérente avec les règles économiques. Aucune théorie économique ne peut justifier le refus d'indemniser une société du seul fait qu'elle est nouvelle ou que son activité n'est pas encore établie. Si le coût d'une opportunité perdue est la meilleure alternative, alors une startup aura un coût d'opportunité relativement plus élevé (et par conséquent une plus grande *expectancy* légitime) qu'une société bien établie. En effet, son coût moyen pondéré du capital est également plus élevé que celui d'une société bien établie car ses actionnaires, aussi bien que ses créanciers, attendront un retour sur investissement plus fort afin de compenser le niveau du risque également plus élevé que celui d'une société bien établie.

825Plusieurs critères permettent de caractériser une « société non-établie » ; il peut s'agir :

- d'une start-up ou d'une activité récemment initiée ;
- d'une société ne pouvant démontrer aucun profit antérieur ni aucune expérience réussie ;
- d'un nouveau point de vente au sein d'un réseau commercial ou d'une chaîne existant ;
- d'une entreprise totalement nouvelle au sein d'un groupe déjà existant.

826En cherchant sur la base de données référençant des jurisprudences *Westlaw* avec les mots clés « *New Business Rule* », on obtient 173 cas. Ces cas et d'autres peuvent également se retrouver sous d'autres mots clés tels que « *start-ups* », « *new venture* », etc.

827 Dans un article récent Victor Goldberg a divisé cette jurisprudence en quatre catégories⁵⁶⁸ :

- le demandeur n'a effectué aucun investissement en conséquence du contrat et il demande l'indemnisation d'un manque à gagner ; le coût d'opportunité du capital donne le retour attendu sur un nouvel investissement ;
- le propriétaire d'un actif (par exemple un élément de propriété intellectuelle) le cède sous licence à une partie et le bénéficiaire de la licence ne l'exploite pas ;
- le promettant a retardé l'exécution ou a fourni un produit défectueux ;
- l'acquéreur a répudié par anticipation un contrat à long terme dans lequel le vendeur s'est partiellement exécuté.

828 Selon notre propre lecture des cas sélectionnés pour l'étude empirique, les juges peuvent schématiquement adopter quatre types de comportement en référence à la *New Business Rule* :

- ils appliquent la *New Business Rule per se* ;
- ils n'appliquent pas la *New Business Rule per se* mais appliquent officiellement un standard plus élevé pour les nouvelles entreprises que pour celles déjà établies ;
- ils appliquent *de facto* un standard de preuve plus élevé pour les nouvelles entreprises que pour celles déjà établies, mais ils ne le disent pas officiellement ;
- ils exigent tout simplement les mêmes standards de preuves pour les nouvelles entreprises que pour celles déjà établies.

3. Codification

829 Nous avons jusqu'ici détaillé l'analyse quantitative et identifié assez précisément les données quantitatives nécessaires. Afin de déterminer les données qualitatives pertinentes à intégrer et à coder nous en avons établi la liste ci-dessous. Cette liste se veut simplement illustrative et les annexes sont plus précises sur les valeurs codifiées. Nous avons sélectionné des données et attribué des valeurs codifiées cohérentes pour toutes les juridictions et toutes les situations lorsque cela nous paraissait pertinent.

830 Outre l'information détaillée dans la sous-section 1 ci-dessus⁵⁶⁹, nous rechercherons les données qualitatives suivantes :

- les raisons - mentionnées dans les décisions - pour accorder ou refuser l'indemnisation :

⁵⁶⁸ GOLDBERG, Victor P., The New Business Rule and Compensation for Lost Profits (August 2, 2016). *Columbia Law and Economics Working Paper No. 544*, 2 août 2016, accessible à : <https://ssrn.com/abstract=2817600>

⁵⁶⁹ Voir ci-dessus 1. Analyses communes à toutes les situations et sous l'empire des différents régimes comparés.

- certitude raisonnable. Dans la jurisprudence américaine, nous vérifierons le postulat selon lequel le standard de preuve est moins élevé pour démontrer le *quantum* que pour démontrer l'existence du manque à gagner direct (*expectation general damages*). En outre, nous contrôlerons le postulat selon lequel le standard de preuve pour démontrer le *quantum* est plus élevé pour le manque à gagner indirect (*expectation consequential damages*) que pour le manque à gagner direct ;
- la prévisibilité du préjudice ;
- le moment de survenance du préjudice avant ou après la violation des obligations ;
- les raisons - mentionnées dans les décisions - pour prononcer des dommages-intérêts plus proches des demandes (« affaires gagnées ») :
 - le demandeur et le défendeur ont des demandes très proches en ce qui concerne le *quantum* ;
 - le rapport de l'expert du demandeur est particulièrement convaincant ;
 - le marché est très limité, il n'existe pas d'alternative pour le demandeur ;
 - l'entreprise demanderesse n'exerce pas dans un secteur risqué (entreprise mature et non pas émergente, marché stable et non pas volatile, faible coût du capital, etc.).

NB : Tous ces critères (à l'inverse) peuvent expliquer pourquoi les dommages-intérêts accordés se trouvent du côté le plus bas, le plus près des positions de la défense.

- le cas échéant, comparer la décision du juge avec la perception du jury et expliquer la différence :
 - le juge suit l'opinion du jury ;
 - le juge rejette l'expertise du demandeur ;
 - le juge revoit à la baisse les demandes de dommages-intérêts manifestement déraisonnables ;
 - le juge ne statue pas sur le *quantum* ;
- l'arbitrage de commerce international peut s'effectuer en référence à différents droits :
 - droit américain ;
 - droit français ;
 - un corpus de droit commercial international uniforme ;
- le droit commercial international devrait être détaillé :
 - CVIM ;
 - Principes d'UNIDROIT ;
 - CNUDCI.

4. L'extraction d'un échantillon de données suffisant, défis supplémentaires de la recherche empirique et indications permettant de lire les résultats annexés

831 Pour chaque situation nous avons imaginé et recherché des mots clés qui se trouveraient dans des affaires pertinentes et nous avons exploité les principales bases de données (*Westlaw* et *Lexis Nexis* pour les Etats-Unis, *Dalloz* et *Lamyline* pour la France, *Pace* et *Unilex* pour le droit commercial international).

- 832 Nous nous sommes concentrés sur des affaires jugées pendant la période allant de 1989 à 2016, ce qui constitue un bon équilibre pour analyser non seulement les tendances historiques mais également pour tirer des conclusions sur les plus récentes. Ces affaires sont aussi les plus accessibles sur les bases de données en ligne.
- 833 Nous avons généralement retenu des arrêts des juridictions supérieures (Cour Suprême et Cours d'appel aux Etats-Unis, Cour de cassation et Cours d'appel en France) afin de construire une base de données et d'en tirer des conclusions à partir des affaires les plus significatives. Dans le cas de la France cependant, la Cour de cassation n'est que juge du droit et non pas des faits. Cela ne constitue pas *a priori* un problème étant donné que nous aurions pu nous référer aux faits et au *quantum* étudiés par les Cours d'appel lorsque la décision se trouvait confirmée par la Cour de cassation. Pour des raisons pratiques néanmoins, les bases de données publient rarement l'arrêt de la Cour d'appel si l'arrêt correspondant de la Cour de cassation est publié. Cela peut démontrer un manque d'intérêt de la communauté juridique pour les questions factuelles et statistiques, un manque que l'on retrouve également aux Etats-Unis et en droit commercial international.
- 834 Par conséquent, nous avons dû nous concentrer sur les décisions de Cour d'appel qui n'ont pas - ou pas encore - fait l'objet de décisions publiées de la Cour de cassation. Cela ne devrait pas diminuer l'importance de ces arrêts étant donné que (1) ces décisions sont les plus pertinentes pour notre étude, (2) la Cour d'appel décide selon des critères identiques à ceux que la Cour de cassation a adopté dans ses décisions les plus récentes, et surtout (3) eu égard au grand nombre d'affaires présentées aux juges français tous les ans, les demandeurs qui ne se pourvoient pas en cassation savent très certainement qu'ils ont peu de chance de gagner ou - plus généralement - que leur espérance de gain ne compensera pas les frais supplémentaires occasionnés, ce qui rend ces affaires d'autant plus intéressantes pour notre étude.
- 835 Ensuite, pour chacun des trois systèmes juridiques et des trois situations, nous avons extrait au hasard 30 arrêts afin de déterminer la proportion accordant ou refusant les dommages-intérêts compensatoires du préjudice. Nous avons respecté des contraintes méthodologiques lourdes afin d'obtenir une base de données représentative. Par exemple, à partir d'un échantillon de 150 arrêts dans chaque situation, nous avons sélectionné un arrêt sur cinq afin de respecter la distribution des résultats eu égard à la chronologie et d'autres critères descriptifs.
- 836 Pour toutes les autres analyses, nous sommes partis d'une seconde extraction au cours de laquelle nous avons à dessein surpondéré les arrêts prononçant des dommages-intérêts afin de mieux analyser le *quantum*. Dès lors, pour chaque situation et chaque juridiction, les deux échantillons sont différents bien que certains arrêts puissent logiquement se trouver dans les deux.
- 837 Pour le droit commercial international nous avons pris aussi bien des arrêts que des sentences arbitrales. Pour les Etats-Unis, nous nous sommes concentrés

principalement sur trois États : New York, la Californie et le Delaware⁵⁷⁰. Pour la France, la plupart des affaires ont été décidées à Paris et à Versailles. Ces choix sont cohérents avec la concentration géographique des litiges américains et français. Cette concentration est renforcée ici car les affaires qui nous intéressent doivent être bien documentées afin de mettre en évidence les préjudices, ce qui nécessite des sociétés ayant suffisamment de ressources financières pour soutenir les expertises nécessaires. Néanmoins, nous avons également trouvé certains arrêts décidés dans d'autres villes de France ou d'autres États des Etats-Unis. Ils concernent souvent des sociétés de taille moyenne et ont des enjeux économiques moindres.

838D'autres difficultés doivent être affrontées. L'un des principaux problèmes méthodologiques rencontrés dans la plupart des recherches empiriques est le biais de sélection. Nous répondrons à ce problème à la fois du point de vue théorique général ainsi que du point de vue de l'objectif pratique poursuivi par notre recherche spécifique.

839Nous savons, depuis que George Priest et Benjamin Klein ont publié leur article fondateur en 1984, que, en raison du biais de sélection, « les affaires se retrouvant devant les tribunaux ne constituent pas un échantillon aléatoire de tous les différends »⁵⁷¹. Pendant trois décennies, de nombreux chercheurs ont conclu que l'on ne devait pas déduire le sens de la loi en n'observant que les cas décidés en justice. Cependant, Daniel Klerman et Yoon-Ho Alex Lee ont démontré en 2014 et en 2015 que, « malgré le biais de sélection, on peut tirer des conclusions valables à partir du pourcentage de victoires du demandeur, car les effets de sélection sont partiels »⁵⁷². Par conséquent, comme Schweizer a pu conclure dans un article publié en 2016, « l'analyse empirique confinée aux données provenant des décisions de justice est possible et fructueuse malgré le biais de sélection »⁵⁷³.

840Dans le cas précis de notre recherche, la sélection des cas qui sont effectivement jugés est en soi un parti pris étant donné que la plupart des cas aux États-Unis ou en droit commercial international et une partie significative des affaires en France sont effectivement transigés en dehors des tribunaux. Ces litiges sont les plus incertains et - parfois - ceux où les parties ont des attentes les plus divergentes en termes de résultat. Ce sont précisément ces cas que nous voulons analyser ici. Dès lors, cette deuxième réponse pratique combinée à la démonstration théorique précédente conforte la pertinence de notre choix de sources dans le cas particulier de notre recherche empirique.

⁵⁷⁰ Ces trois Etats regroupent une majorité des grandes affaires commerciales. Le Delaware notamment est le siège de la moitié des sociétés du *Fortune 500*.

⁵⁷¹ PRIEST, George L., KLEIN Benjamin, The Selection of Disputes for Litigation, *The Journal of Legal Studies*, 13(1), 1-55. 1984.

⁵⁷² KLERMAN, Daniel M., LEE, Yoon-Ho Alex, Inferences from Litigated Cases, *The Journal of Legal Studies*, 43(2), 209-248, 2014; KLERMAN, Daniel M., and LEE, Yoon-Ho Alex, The Priest-Klein Hypotheses: Proofs and Generality, *USC Class Research Paper 14-34 USC Law Legal Studies Paper 14-43*, 27 septembre 2016, accessible à <http://ssrn.com/abstract=2538854>.

⁵⁷³ SCHWEIZER Urs, Litigated Cases: The Selection Effect Revisited, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 172, 409-416-ISSN 0932-4569, Mohr Siebeck, 2016.

841 Un autre défi méthodologique est spécifique à l'analyse comparative. Les procédures en droit français et américain sont déjà très différentes, et le droit commercial international ajoute encore un niveau supplémentaire d'hétérogénéité. Par exemple, les clauses d'indemnisation conventionnelles forfaitaires (*liquidated damages*) réduisent, peut-être de manière inégale, les affaires allant jusqu'au verdict du juge. Cela ne devrait toutefois pas entamer la validité des conclusions tirées de ces échantillons ainsi que décrit précédemment.

842 En outre, l'existence du procès devant un jury aux Etats-Unis nous conduira probablement à comparer de préférence les décisions en appel où le juge corrige souvent l'opinion du jury. Le défi le plus important aura probablement été de trouver suffisamment de cas documentant aussi bien le *quantum* de la demande que celui finalement décidé par le juge. Les données extraites et compilées au cours de notre étude montrent que ce défi existe vraiment (en particulier pour la jurisprudence américaine) mais peut encore être réduit en augmentant les échantillons.

843 Avant de décrire les résultats clés de notre recherche, nous fournirons les indications de base permettant de lire les tableaux ainsi que les graphes annexés en fin de la présente thèse. Toutes les données que nous avons extraites et analysées sont compilées sur des fichiers Excel, un pour chaque situation (1, 2 et 3) et pour chaque droit (français, américain, commercial international). Cependant, pour visualiser les résultats les plus importants, nous avons produit des tableaux récapitulatifs et des graphes plus visuels (appelés *storylines*).

844 Les tableaux récapitulatifs sont systématiquement basés sur une analyse comparative. Il convient de souligner que, bien que nous ayons une grande quantité de données et que la plupart d'entre elles soient cohérentes, nous n'avons pas de données complètes sur chaque cas et certaines des données que nous avons ne sont pas exactement comparables entre les systèmes juridiques. Dès lors, le nombre d'observations varie en fonction de nos analyses et selon la disponibilité des informations pertinentes.

845 Les graphes ont tendance à suivre le même ordre pour chaque situation et pour chaque régime.

846 Les premiers graphes présentent les résultats essentiels de la recherche comparative. Ils décrivent l'échantillon de chaque situation en répartissant en fonction de l'octroi ou du refus d'octroi des dommages-intérêts et selon les raisons principales pour lesquelles un juge les prononce. Cette répartition constitue la première étape de notre travail. Cela montre la probabilité que le juge (ou l'arbitre) décide que le défendeur est responsable ou non responsable et, par conséquent, la probabilité qu'il attribue ou non des dommages-intérêts au demandeur. Une telle analyse peut être trouvée plusieurs fois dans l'historique et constitue toujours une condition préalable à l'analyse du *quantum* des dommages-intérêts.

847 Ensuite, nous avons testé différentes hypothèses afin de comprendre comment fonctionne la distribution entre les arrêts accordant et ceux refusant les dommages-intérêts, ainsi que la valeur absolue des dommages-intérêts et le ratio

Grant to Claim (G/C) c'est à dire le ratio des dommages-intérêts accordés par rapport à ceux demandés. Nous avons testé les corrélations entre ces variables sortantes et certaines variables entrantes quantitatives ou qualitatives. Notamment, nous avons testé l'évolution au cours du temps, l'influence du *quantum* de la demande et de la sophistication de la méthodologie sous tendant cette demande. Nous avons aussi observé l'impact des circonstances de fait telles que la longueur des négociations (Situation 1 sur la rupture abusive des pourparlers ou la violation d'un accord à négocier ou à contracter), l'importance de la réputation pour l'entreprise du demandeur (Situation 2 sur l'atteinte à l'image, à la réputation ou au crédit commercial), les tailles respectives des parties et de leurs conseils, le risque pesant sur l'entreprise du demandeur, etc.

848 Enfin, chaque diapositive contient, en tête de graphe, un résumé rapide des résultats présentés et, le cas échéant, de la méthodologie utilisée.

Chapitre I : Rupture abusive des pourparlers, violation d'un accord de négociation ou de conclusion

849 Dans ce Chapitre, nous analysons la doctrine et la jurisprudence de la rupture des pourparlers⁵⁷⁴ puis nous détaillons les résultats de nos analyses empiriques sur ce même sujet.

850 Dans un processus de négociation capitalistique ou commerciale, on peut schématiser le consentement progressif des parties par cinq phases juridiques successives formalisées par autant d'écrits :

- l'indication d'intérêt ;
- la lettre d'intention non contraignante, également appelée accord de négociation ;
- la *term sheet* contient les principaux termes des conditions du contrat ; elle peut être non contraignante ou engageante juridiquement en fonction du niveau de détail des termes et conditions (accord de principe) ;
- le *memorandum of understanding* toujours engageant sous conditions suspensives ; il s'agit du protocole d'accord.
- le *closing* qui n'est autre que la réitération du *memorandum of understanding* après levée des conditions suspensives ; il signifie la conclusion de l'accord.

Si une violation se produit à l'une des phases préliminaires, il y a un préjudice économique reposant sur :

- la perte subie des frais investis de bonne foi au cours de la négociation (*reliance damages*) ;
- les gains manqués des profits escomptés à l'issue de la transaction (*lost profits* ou *expectation general damages*) ;
- les dommages indirects éventuels tels que le préjudice de réputation commerciale ou la perte de chance de signer un autre contrat (*expectation consequential damages*).

851 Afin de minimiser le contentieux il existe deux solutions symétriques :

852 L'acheteur (ou, en général, la partie qui n'a pas forcément l'intention de conclure définitivement la transaction), a tout intérêt à inclure dans la lettre d'intention des clauses de renonciation les plus larges possibles voire dans l'idéal à éviter la signature même de cette lettre ou, à tout le moins, à ne pas parler d'*agreement to agree*.

853 Au contraire, le vendeur (ou, en général, la partie qui a véritablement l'intention de conclure la transaction), a tout intérêt à formaliser des accords préliminaires (lettre d'intention et *Term Sheet*) les plus détaillés possibles en y intégrant des

⁵⁷⁴ Les américains connaissent une division dans la notion d'accord de pourparlers entre (1) l'*agreement to agree* et (2) l'*agreement to negotiate*. Le premier désigne un engagement fort d'arriver à un accord finalisé, alors que le second n'est qu'un engagement à négocier de bonne foi.

dispositions relatives à la rupture notamment des indemnités de rupture (*liquidated damages* ou *break up fees*).

854 Nous interrogerons successivement les systèmes juridiques américain, français et en droit commercial international avant de tirer des conclusions générales sur les indemnités de rupture et les barèmes de dommages-intérêts.

Section 1 : Rupture des engagements à négocier et dommages-intérêts en système de common law américaine

1. La jurisprudence varie d'un régime à l'autre

1.1. Certains Etats refusent l'exécution forcée des engagements à négocier (*agreement to negotiate*) alors que beaucoup d'autres limitent l'indemnisation à la perte subie

855 Depuis 1992 et un contentieux célèbre pour la construction d'un stade à New York⁵⁷⁵, il semble que, dans la majorité écrasante des cas, la rupture de pourparlers⁵⁷⁶ ne puisse donner lieu à des dommages-intérêts pour gains manqués en droit américain⁵⁷⁷. En effet, comment le juge des faits peut-il décider s'il existe un accord ? Dans ce cas, quel serait le contenu de l'accord définitif alors que les parties elles-mêmes ne l'ont jamais conclu ?

856 Il convient ici d'introduire deux distinctions :

- Entre les contrats selon leur niveau de formation, qui permet de distinguer le type d'accord conclu par les parties. Le Juge Pierre Leval distingue ainsi entre deux types de contrats⁵⁷⁸ :
 - les contrats de Type I où l'accord est complet et la seule formalité manquante est la signature du contrat ;
 - les contrats de Type II où des éléments essentiels du contrat doivent encore être négociés ;
- Entre le type de pourparlers, selon l'intensité de l'engagement :
 - l'Agreement to agree où les parties s'engagent à arriver à un accord, se rapprochant d'un contrat de Type I et dont la rupture peut être indemnisée si les termes de l'accord sont suffisamment précis ;
 - l'*Agreement to negotiate* où les parties s'engagent à négocier de bonne foi (semblable à un contrat de Type II) et dont l'indemnisation n'est pas possible sur le terrain contractuel comme le montre l'affaire pré-citée⁵⁷⁹.

⁵⁷⁵ *Goodstein Construction Corp., et al., v. The City of New York*, 80 N.Y.2d 366, 604 N.E.2d 1356, 590 N.Y.S.2d 425 (1992).

⁵⁷⁶ Dans ce cas, *Agreement to negotiate*.

⁵⁷⁷ *Citadel Group Ltd. V. Washington Regional Medical Center*, 692 F.3d 580 (7th Cir. 2012) ; *Learning Annex Holdings, LLC v. Whitney Educ. Group, Inc.*, 765 F. Supp. 2d 403 (S.D.N.Y. 2011) ; *CSX Transportation, Inc. v. Professional Transportation, Inc.*, 467 F. Supp. 2d 1333 (M.D. Fla. 2006) ; *L-7 Designs, Inc. v. Old Navy, LLC*, 647 F.3d 419 (2d Cir. 2011) ; *COC Services, Ltd. V. CompUSA, Inc.*, 150 S.W.3d 654 (Tex. App. 2004) ; *Brown v. Cara*, 420 F.3d 148 (2d Cir. 2005).

⁵⁷⁸ *LEVAL Pierre, Teachers Ins. and Annuity Ass'n v. Tribune Co.*, 670 F. Supp. 491 (S.D.N.Y. 1987).

⁵⁷⁹ *Goodstein Construction Corp., et al., v. The City of New York*, 80 New York Reports 366, 604 N.E.2d 1356, 590 N.Y.S.2d 425 (1992).

857 Les tribunaux ont des moyens limités pour répondre à la question de l'existence d'un accord définitif : ils peuvent se fonder sur leur propre appréciation des faits ou sur la confiance en un jugement rendu par un jury.

858 Nous verrons dans le paragraphe suivant que la situation dépend largement de l'Etat et que les demandes peuvent être couronnées de succès notamment en ce qui concerne l'indemnisation de la perte subie.

859 Un article récent note que :

« Plusieurs États (notamment Californie, Delaware, Illinois, New York et Washington) ont longtemps accordé force obligatoire aux accords de négociation, mais ont généralement limité le recouvrement des dommages-intérêts à la perte subie des honoraires juridiques et autres honoraires de conseil. De nombreux autres États (par exemple : Géorgie, Hawaï, Kentucky, Michigan, Minnesota, Nebraska, Tennessee, Texas, Utah et Virginie) ont refusé de faire exécuter des accords de négociation en se fondant sur le manque de compétence spécifique des juges pour indemniser suffisamment les violations contractuelles. De nombreux autres États ont adopté une position mixte ou leur jurisprudence n'a pas abordé la question »⁵⁸⁰.

860 Un tribunal fédéral appliquant la loi de l'Etat de New York a conclu qu'une lettre d'intention faisait naître un engagement préliminaire ayant force obligatoire, les deux parties s'engageant à conclure un accord de prêt selon les conditions convenues et en négociant de bonne foi pour la détermination des questions non encore discutées⁵⁸¹. De même, la Cour suprême du Delaware a confirmé une décision de la juridiction inférieure selon laquelle, en vertu de la loi de l'Etat du Delaware, une lettre d'intention signée et un échéancier proposé créaient une obligation pour les parties de négocier de bonne foi un crédit⁵⁸².

« Les accords de négociation n'ont pas de valeur obligatoire en Virginie et, dans une affaire, une mauvaise rédaction a eu pour effet d'amener le juge à écarter une clause d'exclusivité qui obligeait les parties à négocier de bonne foi⁵⁸³. En revanche, sur l'autre rive du Potomac, la Cour d'appel du district de Columbia a confirmé la décision d'un tribunal inférieur ayant expressément imposé un accord de négociation en ordonnant judiciairement à la partie récalcitrante de signer l'accord définitif »⁵⁸⁴.

« En fonction de la juridiction, l'obligation d'agir (ou de négocier) de bonne foi pourrait être imposée par le juge dans

⁵⁸⁰ BODAMER Benton B., GOTSHAL Weil, *The New Frontier Of Agreements To Negotiate*, Law360, New York, 12 juin 2013.

⁵⁸¹ *Teachers Insur. & Annuity Association v. Tribune Co.*, 670 F. Supp. 491 (S.D.N.Y. 2012).

⁵⁸² *Titan Investment Fund II LP v. Freedom Mortgage Corp.*, n° 2627, at 32 (Del. 2012).

⁵⁸³ *Virginia Power Energy Marketing Inc. v. EQT Energy LLC*, 3:11-cv-00630 (E.D.Va.2012).

⁵⁸⁴ *Stanford Hotels Corp. v. Potomac Creek Associates, L.P.*, 18 A.3d 739 (D.C. 2011).

la formation de tout contrat. Par exemple, dans un cas fédéral récent appliquant la loi de l'Etat de New York, une clause d'exclusivité contraignante contenue dans une term sheet autrement non contraignante a été considérée, en summary judgment, comme un engagement à négocier de bonne foi après l'expiration de l'exclusivité »⁵⁸⁵.

1.2. Les Etats les plus avancés donnent force obligatoire aux engagements à négocier de bonne foi et accordent l'indemnisation des gains manqués ou même du préjudice indirect

861Malgré un bilan pour le moins incertain, les demandes de dommages-intérêts continuent d'affluer pour différentes raisons. L'édifice décrit commence à se fissurer et il y a eu trois cas aux circonstances spécifiques où des dommages-intérêts ont été prononcés :

- comme nous l'avons déjà mentionné, les demandes peuvent porter sur la perte subie plutôt que les gains manqués (profits non réalisés) et les dépenses liées au contrat en formation sont souvent recouvrées⁵⁸⁶ ;
- la responsabilité pour les dommages indirects (comme l'atteinte à la réputation) peut théoriquement être soulevée par le demandeur et ordonnée par la Cour, mais la difficulté d'apporter une preuve du dommage peut s'avérer insurmontable en pratique⁵⁸⁷ ;
- les gains manqués (tels que des profits manqués), peuvent être recouverts si et quand :
 - o tous les termes de la transaction ont été convenus dans une *term sheet* détaillée, et on peut discerner quel accord définitif aurait été atteint⁵⁸⁸ ;
 - o les parties auraient conclu un accord définitif, si le défendeur n'avait pas rompu de mauvaise foi l'accord de négociation⁵⁸⁹.

⁵⁸⁵ *EQT Infrastructure Limited v. Smith*, 861 F. Supp. 2d 220 (S.D.N.Y. 2012).

⁵⁸⁶ *Copeland v. Baskin Robbins U.S.A.*, 96 Cal. App. 4th 1251, 117 Cal. Rptr. 2d 875 (2002) ; *Valdez Fisheries Development Association, Inc. v. Alyeska Pipeline Service Co.*, 45 P.3d 657 (2002) ;

⁵⁸⁷ *Venture Associates Corp. v. Zenith Data Systems Corp.*, 96 F.3d 275 (7th Cir. 1996) ; *Logan v. D.W. Sivers Co.*, 343 Or. 339, 169 P.3d 1255 (2007).

⁵⁸⁸ *Network Enters. Inc. v. APBA Offshore Prods. Inc.*, 427 F.Supp.2d 463 (N.Y. 2006) ; *Fairbook Leasing, Inc. v. Mesaba Aviation, Inc.*, 519 F.3d 421, 425-26 (8th Cir.), *reh'g denied* (2008) ; *Stanford Hotels Corp. v. Potomac Creek Associates, L.P.*, 18 A.3d 739 (D.C. 2011) où le tribunal a accordé une injonction selon Victor Goldberg ; tous les deux cités dans *United House of Prayer for All People v. Therrien Waddell, Inc.*, 112 A.3d 340 (D.C. 2015).

⁵⁸⁹ *Public Service Company of New Mexico, Inc. v. Diamond D Construction Co.*, 131 N.M. 100, 33 P.3d 651 (2001), *cert. Denied*, 131 N.M. 221, 34 P.3d 610 (2001) ; *United House of Prayer for All People v. Therrien Waddell, Inc.*, 112 A.3d 346 (D.C. 2015) ; *Siga Technologies, Inc. v. Pharmathene, Inc.*, A.3d, 2015 WL 9591986 (Del. 2015) (non publié) « confirmant l'attribution de 113 millions USD de dommages-intérêts par la *Court of Chancery* pour pertes de profits; lorsque le défendeur a manqué à son obligation de négocier de bonne foi un contrat de licence conforme à l'accord ». Cette approche a été privilégiée par Melvin Eisenberg en 2000.

862 Dans ce dernier type de circonstances, un arrêt très discuté en 2011 a permis au demandeur de recouvrer des gains manqués (profits non réalisés) en les renommant. Nous décrivons entièrement le cas du parc de golf dit *Columbia Park*⁵⁹⁰ dans le Chapitre relatif à la *New Business Rule*, quoiqu'il soit intéressant de le développer rapidement dès à présent⁵⁹¹. La Cour d'appel de Washington D.C. a retenu que même si le *development option agreement* (DOA) ne constituait qu'un engagement à négocier (et non pas à trouver un accord), les dommages-intérêts ne se limitaient pas à la perte subie. Les dommages-intérêts pour gains manqués ont également été recouverts car il n'y a pas eu de preuve (et la charge de la preuve reposait sur le défendeur) que les négociations pour un accord définitif auraient échoué en l'absence de la mauvaise foi du défendeur. Le tribunal a retenu que :

« Les tribunaux qui limitent à la seule perte subie les dommages-intérêts pour violation d'un contrat de négociation le font en général lorsqu'il est difficile de prouver l'existence ou le quantum du préjudice (voir *Restatement (Second) of Contracts* para. 352, commentaire A et para. 349, illustrations 1, 2, et 3 (1981)) (...). Nous ne trouvons aucun fondement dans le droit de Washington D.C. pour adopter une règle spéciale ayant pour effet de systématiquement exclure le gain manqué (*expectancy damages*), en matière de dommages-intérêts - si ce n'est une présomption selon laquelle les gains manqués ne peuvent jamais être prouvés avec une certitude raisonnable - alors même (...) qu'une exigence générale très ancienne de certitude raisonnable protège déjà contre les dommages-intérêts indus ».

863 En citant et en se fondant sur l'arrêt *Venture Associates Corp. c. Zenith Data Systems Corp.*⁵⁹², le tribunal a conclu que l'importance du précédent impliquait ce résultat.

864 Cet arrêt n'est pas isolé et des décisions similaires ont été adoptées. En 2013, la Cour suprême de l'Etat du Delaware a retenu que (1) l'obligation de négocier de bonne foi est valable sous la loi du Delaware, sa violation pouvant dès lors faire l'objet d'une indemnisation et (2) que l'indemnisation que le demandeur peut recevoir peut l'être également pour les gains qu'il a manqués en raison de l'inexécution de la promesse⁵⁹³. L'affaire impliquait une *term sheet* pour une licence qui contenait une note de bas de page « non contraignante » sur les deux pages. La *term sheet* a ensuite été rattachée à un contrat de crédit-bail et à un accord de fusion. Les deux accords obligeaient les parties à négocier de bonne

⁵⁹⁰ *Columbia Park Golf Course, Inc. v. City of Kennewick*, 160 Wash. App. 66, 248 P.3d 1076-77 (2011).

⁵⁹¹ Pour une description plus complète des faits, se référer, en Troisième Partie, au Chapitre III : Activité sans base établie (*New Business Rule*) et à la Section 2 : Qu'est qu'une activité sans base établie selon la *common law* américaine ?.

⁵⁹² *Venture Associates Corp. v. Zenith Data Systems Corp.*, 96 F.3d 275 (7th Cir. 1996).

⁵⁹³ *PharmAthene, Inc. v. SIGA Technologies, Inc.*, 2011 WL 4390726, (Del. Ch. 2011), confirmé par *SIGA Technologies* 2013 WL 2303303 (Del. Supr. May 24, 2013).

foi un contrat de licence pour un médicament en développement conformément à la *term sheet*. Dans un premier temps, au procès, la *Court of Chancery* a estimé que ces accords (*term sheet*, contrt de crédit-bail et accord de fusion) créaient un engagement de faire et accordait à PharmAthene 50% des bénéfices nets pour la vente du médicament pendant les 10 années suivant la première vente.

865 Saisie d'un recours, la Cour suprême du Delaware a :

- confirmé le jugement selon lequel les parties étaient obligées de négocier de bonne foi une licence sensiblement similaire aux termes de la *term sheet*⁵⁹⁴ ;
- affirmé que le défendeur avait agi de mauvaise foi en insistant sur des termes très différents tout au long de la négociation ;
- réaffirmé que l'obligation expressement souscrite de négocier de bonne foi est contraignante en vertu du droit du Delaware ; et
- retenu pour la première fois qu'une partie peut recouvrer ses gains manqués pour violation d'un engagement de négocier de bonne foi. L'indemnisation appropriée consistait en un paiement équitable se rapprochant des termes du contrat de licence que les parties auraient finalement accepté si les négociations avaient été menées de bonne foi. L'arrêt renvoyait à la *Court of Chancery* le réexamen des dommages-intérêts.

1.3. Les parties doivent donc rédiger leurs accords avec soin

866 Dans ce contexte juridique instable, les parties qui concluent un accord de négociation ou une lettre d'intention devraient savoir que les litiges - voire les dommages consécutifs - peuvent éventuellement résulter d'une action en violation des obligations contractuelles.

867 Si l'une des parties a une raison pour conclure un accord qui n'est pas destiné à être appliqué sur le fond, elle devrait prévoir des clauses expresses pour (1) se réserver explicitement le droit de ne pas être liée par les termes de l'écrit (inclus ou non dans la *term sheet*), (2) décliner toute intention d'être liée par des termes ou des actions futures, (3) autoriser explicitement la négociation ou la renégociation de tous les termes et conditions, tant ceux décrits dans la *term sheet* que ceux qui restent à discuter, (4) « rédiger des conditions spécifiques de renégociation en cas de variations significatives des conditions économiques (si des événements spécifiques interviennent pendant les négociations), et (5) inclure une date de résiliation proche, de sorte que la portée temporelle de l'obligation des parties de négocier de bonne foi soit clairement délimitée »⁵⁹⁵.

⁵⁹⁴ Cette obligation de négocier de bonne foi ne va pas de soi traditionnellement en droit américain contrairement au droit français. Dans le cas d'espèce l'accord des parties - par ailleurs non engageant - stipulait explicitement leur engagement à négocier de bonne foi.

⁵⁹⁵ SHINE David N., HERMAN Aliza, Agreements To Agree: Breacher Beware, *Law360*, New York, 25 octobre 2013.

868 En revanche, bien qu'il n'y ait aucun moyen certain de faire en sorte qu'un accord soit conclu et/ou que les ressources ne soient pas investies en pure perte en cas d'échec des négociations, il existe des moyens légaux pour la partie souhaitant créer un accord contraignant permettant de maximiser ses chances de succès et/ou de dissuader un partenaire qui serait tenté de rompre les négociations. Parmi ces moyens, on peut citer :

- la signature d'une lettre d'intention comprenant tous les termes importants de l'accord des parties, « de cette façon, même si la lettre d'intention indique également qu'un contrat plus complet est envisagé, (la partie) aura un argument puissant lorsqu'elle rappellera que la lettre d'intention était contraignante, même si aucun contrat définitif n'a jamais été signé »⁵⁹⁶ ;
- le choix d'une loi et d'un juge qui reconnaissent la lettre d'intention comme un contrat de type II (voir les paragraphes précédents) ;
- l'incorporation d'une clause de frais de rupture (*break up fees*) dans la lettre d'intention. Il s'agit d'une disposition « prévoyant que si les pourparlers sont rompus, une partie paiera à l'autre une indemnité forfaitaire (*liquidated damages*). De toute évidence, une telle disposition peut dissuader la partie (qui doit payer les frais) de se retirer d'un accord, et fournir un mécanisme compensant certains ou tous les coûts d'opportunité que la partie la plus diligente a dépensé sur une transaction échouée »⁵⁹⁷. Par conséquent, elle limite l'incertitude liée à l'indemnisation contentieuse du préjudice en cas de rupture des pourparlers.

2. La jurisprudence et la doctrine américaine ont évolué

2.1. S'il n'y a pas de contrat au sens de la section 71 du UCC, la règle traditionnelle se contente de donner force obligatoire aux engagements détaillés à signer un accord (Type I)⁵⁹⁸

869 Les arrêts *Coley v. Lang*⁵⁹⁹ et *Hoffman v. Red Owl Stores*⁶⁰⁰ soulèvent la question de savoir si les affirmations faites lors de la période de négociation avant que la négociation ne soit finalement conclue peuvent avoir valeur obligatoire conformément à la section 90 du UCC (en supposant qu'il n'y ait pas de contrat en vertu de la section 71 du même texte). Dans ce contexte, la plupart des tribunaux ont jugé que les affirmations initiales n'ont pas de valeur obligatoire lorsqu'elles sont si incomplètes ou inachevées qu'elles ne respectent pas le standard selon lequel une promesse a été établie conformément à la section 2 du *Restatement (Second) of Contracts*. Une promesse ainsi définie exige une manifestation de la volonté d'agir justifiant que le bénéficiaire de la

⁵⁹⁶ DAVIDSON Shep, Contracts, Letter of Intent in <http://www.inhouseadvisor.com/contracts>, posted on January 13th, 2015.

⁵⁹⁷ *Idem*.

⁵⁹⁸ Les sous-sections 2.1 et 2.2 sont retranscrites du cours de Robert SCOTT, « *Contracts Course summary* », Columbia Law School, printemps 2016.

⁵⁹⁹ *Coley v. Lang*, 339 So.2d 70, Ala. Civ. App. 1976.

⁶⁰⁰ *Hoffman v Red Owl Stores*, 26 Wis. 2d 683, 133 N.W.2d 267, 1965 Wisc.

promesse ait pu croire qu'un engagement a été pris. Dès lors, la section 90 est rarement applicable pour faire assurer le respect d'une promesse faite avant que les parties ne parviennent à un accord pour agir à l'avenir. Cette réticence des tribunaux à utiliser la *promissory estoppel*⁶⁰¹ pendant le processus de négociation peut être justifiée de plusieurs façons. Tout d'abord, les parties ont déjà de fortes incitations à faire des déclarations véridiques, même si elles ne sont pas juridiquement contraignantes, car le retard dans la conclusion d'un contrat est coûteux pour les deux parties. En outre, pendant la période de négociation, l'accord est toujours trop incertain pour qu'il puisse être supposé qu'aucune des parties n'a l'intention d'être liée jusqu'à ce qu'elle sache exactement le contenu de la contrepartie du cocontractant. Comme dans *Coley v. Lang*⁶⁰², les parties peuvent également indiquer leur intention de ne pas être liées avant qu'un accord futur ne soit conclu. Dans les deux cas, le droit présume que les deux parties, par défaut, préfèrent supporter le risque de perte de gains pour leur *reliance* légitime plutôt que l'alternative consistant à payer pour les préjudices liés à la perte de *reliance* légitime de leur contrepartie.

870Dès lors, que nous explique *Hoffman v. Red Owl Stores*⁶⁰³ ? Il faut tout d'abord reconnaître que la solution du tribunal (selon laquelle les exigences nécessaires à une « promesse » en vertu de la section 90 du UCC sont moins rigoureuses que pour une « promesse » sur le fondement de la section 71) n'a pas été suivie par d'autres tribunaux. Le défaut dans le raisonnement du tribunal résidait dans le fait qu'il ne s'est pas rendu compte que la doctrine de l'indétermination est partie intégrante de la définition de la promesse. Ainsi, en matière de doctrine contractuelle, *Hoffman* est un cas isolé : l'étude jurisprudentielle de Robert Scott a montré que les tribunaux exigent une « promesse claire, définie et non ambiguë » avant de déclarer obligatoire une affirmation faite lors des négociations préliminaires. L'approche de *Hoffman* peut-elle néanmoins être rationalisée sur d'autres fondements ? La configuration la plus simple pour engager la responsabilité consisterait à prouver que *Red Owl* a effectué une fausse déclaration des faits au cours des négociations, mais le tribunal n'a trouvé aucune preuve en ce sens. Une alternative consisterait à montrer que *Red Owl* a induit l'action de *Hoffman* afin d'apprendre s'il était ou non un bon manager et, ce faisant, a dissimulé le pessimisme quant aux perspectives d'attribution d'une franchise. Ainsi, les avocats de *Hoffman* pourraient essayer de prouver que *Red Owl* et ses managers pensaient que les perspectives d'une franchise étaient faibles mais cachaient ce fait pour voir si *Hoffman* avait plus de compétences qu'ils ne le soupçonnaient. S'il se révélait être un gestionnaire exceptionnel, ils pourraient alors lui attribuer la franchise. Mais s'il n'était qu'un

⁶⁰¹ Dans de nombreux Etats américains, la *promissory estoppel* peut-être considérée comme une contrepartie et donc former la base d'un engagement. On parle aussi de *detrimental reliance*. En 1932, l'*American Law Institute* a ajouté le principe d'*estoppel* à la section 90 du *Restatement (Second) of Contracts* en expliquant :

« A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance of a definite and substantial character on the part of the promisee and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise ».

⁶⁰² *Coley v. Lang*, 339 So.2d 70, Ala. Civ. App. 1976.

⁶⁰³ *Hoffman v Red Owl Stores*, jurisprudence citée.

gestionnaire lambda, ils le licencieraient. Si *Red Owl* avait dissimulé son pessimisme afin de recevoir un bénéfice (les informations concernant les talents de *Hoffman*), dès lors sa responsabilité est engagée. La base doctrinale appropriée pour une telle responsabilité est, néanmoins, quasi-contractuelle et non pas fondée sur la *promissory estoppel*. *Hoffman* a conféré un bénéfice (constitué par l'information), *Red Owl* a pris en compte le bénéfice, la rétention constituant un enrichissement injuste de *Red Owl* car le bénéfice a été induit par la tromperie. Cet argument est recevable en théorie, mais la théorie ne semble pas bien correspondre aux faits, du moins lorsque Robert Scott les a découverts en lisant le procès-verbal de l'audience. Il considère que les parties n'ont pas correctement appréhendé la nature de la contribution de 18.000 USD ; un malentendu qui est dû autant au fait que *Hoffman* n'a pas demandé des éclaircissements qu'à l'insouciance de *Red Owl Stores*.

2.2. La règle moderne a introduit les engagements préliminaires à négocier de bonne foi (Type II)⁶⁰⁴

871 Lorsque les parties ont conclu un « accord » sur des points clés, même si des détails restent à résoudre, un cadre d'analyse moderne est apparu ces dernières années à partir de l'opinion du juge Pierre Leval dans l'arrêt *TIAA v. Tribune Co* cité précédemment⁶⁰⁵. Dans le système de Leval, il existe deux catégories d'accords préliminaires obligatoires : les accords de Type I sont des contrats totalement contraignants, où les parties ont convenu de tous les termes pertinents, mais acceptent de graver leur accord dans un document plus formel plus tard. Cela exige que le tribunal conclut que la formalisation finale anticipée de l'accord n'était pas légalement obligatoire, mais simplement souhaitable. Dans l'arrêt *Ciaramella v. Readers Digest Association*, au contraire, le tribunal ne trouve aucun accord de Type I parce que les parties ont indiqué - par des mots ou des comportements - qu'elles n'avaient pas l'intention d'être liées jusqu'à la signature du document final⁶⁰⁶. Elles sont libres de prévoir de telles limites à l'engagement tant que leurs intentions sont clairement exprimées. Les accords de Type I, par conséquent, ne constituent pas un changement doctrinal majeur. En effet, leur définition correspond précisément aux dispositions de la section 27 du *Restatement (Second) of Contracts*.

872 Le grand changement dans la loi vient de la création d'une catégorie d'accords de « Type II ». Les accords de Type II, comme celui de l'arrêt *Brown v. Cara*, constituent des « engagements préliminaires contraignants » lorsque les parties conviennent de certains termes, mais laissent expressément des dispositions ouvertes à d'autres négociations. Ces accords sont souvent exprimés par les parties comme une « lettre d'intention » ou un « protocole d'accord »⁶⁰⁷. Dans ce cas, la règle émergente oblige les parties à conclure de véritables accords « préliminaires » pour continuer à négocier de « bonne foi ». Les accords de Type

⁶⁰⁴ Les sous-sections 2.1 et 2.2 sont retranscrites du cours de Robert SCOTT, « *Contracts Course summary* », Columbia Law School, printemps 2016.

⁶⁰⁵ *TIAA v. Tribune Co.*, 670 F. Supp. 491 (S.D.N.Y. 1987).

⁶⁰⁶ *Ciaramella v. Reader's Digest Association*, 131 F.3d 320 (2d Cir. 1997).

⁶⁰⁷ *Brown v. Cara*, 420 F.3d 148 (2nd Cir. 2005).

II représentent une novation par rapport à l'approche de tout ou rien du système de *common law*. En effet, dans ce système, les engagements à trouver un accord (*agreements to agree*) sont jugés soit inopposables en vertu de la doctrine de l'indétermination, soit entièrement exécutoires en vertu du UCC⁶⁰⁸. Le nouveau cadre a été adopté dans au moins treize États, seize tribunaux de district fédéraux et sept circuits fédéraux. Les différends relatifs aux accords de Type I surviennent principalement parce que les parties n'ont pas exprimé clairement leur intention quant au moment de l'exécution. Les différends relatifs aux accords de Type II obligent les tribunaux à déterminer si un accord préliminaire a été conclu, et ensuite à déterminer précisément ce qu'implique l'obligation de négocier de bonne foi. La théorie de Robert Scott est que la mauvaise foi est constituée lorsque (1) les deux parties ont promis de faire des investissements spécifiques simultanés dans la relation afin de voir si un projet qu'ils envisagent pourrait réussir et, (2) par la suite, la partie A retarde ses investissements afin de laisser la partie B « se découvrir » et ensuite, après que B ait réalisé son investissement, A refuse de poursuivre la relation. Dans ces conditions, un tribunal est susceptible d'exiger de la partie A qui n'a pas respecté sa promesse d'indemniser la contrepartie B pour ses dépenses au titre des pertes subies (*reliance damages*).

873 Victor Goldberg a une opinion différente. Son examen minutieux de la décision du juge Leval dans *Brown v. Cara* l'amène à deux conclusions :

« Tout d'abord, dit-il, l'accord de Type II n'est pas précisément caractérisé. Ensuite, le principal problème pour les parties était le prix de l'option (plutôt que l'obligation de négocier de bonne foi). Il existe un certain nombre de mécanismes à leur disposition pour déterminer l'option de manière explicite. (En conséquence), la reconnaissance de l'obligation de négocier de bonne foi était inutile »⁶⁰⁹.

874 Dans le litige entre *Citicorp c. Wachovia & Wells Fargo*, l'accord d'exclusivité constituait un engagement préliminaire obligatoire de Type II⁶¹⁰. L'action de *Wachovia* dans le traitement de *Wells Fargo* pendant la période d'exclusivité pourrait donc être caractérisée comme une violation de sa promesse d'investir dans la relation et une violation de son obligation de négocier de bonne foi. Mais la question clé était de savoir si *Citicorp* pourrait développer un argumentaire qui lui permettrait de recouvrer une indemnisation supérieure à la perte subie vérifiable (*reliance damages*). Le préjudice des gains manqués (*expectation damages*) n'était pas indemnisable car il n'y avait aucune obligation de conclure l'accord de fusion. Une suggestion originale consistait pour *Citicorp* à plaider la restitution de l'avantage qui a été accordé à *Wachovia* (*restitution damages*). En effet les avances de fonds de *Citicorp* ont permis à *Wachovia* de ne pas déposer le bilan jusqu'à la conclusion d'un accord plus favorable avec *Wells Fargo*. Une alternative serait de s'appuyer sur la théorie

⁶⁰⁸ Section 2-305 du UCC.

⁶⁰⁹ GOLDBERG, Victor P., Chapter 14: *Brown v. Cara*, the Type II Preliminary Agreement, and the option to unbundle, *Rethinking Contract law and Contract Design*, *Edward Elgar Publishing*, 27 February 2015, p. 207-224.

⁶¹⁰ *Citicorp v. Wachovia & Wells Fargo*, 613 F. Supp. 2d 485 (S.D.N.Y. 2009).

de l'enrichissement injustifié. Dans l'un et l'autre cas, la restitution consisterait à rembourser la plus value extraite de la transaction de 13 milliards USD que *Wells Fargo* a réalisé pour racheter les actions de *Wachovia*.

3. Le point de vue des praticiens

3.1. Les avocats négociant des fusions-acquisitions aux Etats-Unis intègrent souvent une clause de *break-up fees* pour accroître la force obligatoire du contrat et rendre son inexécution dissuasive aux yeux du débiteur

« Le contrat a par définition force obligatoire mais on peut prévoir des pénalités comme une menace.

Dans les pays anglo-saxons je prévois souvent une clause de specific performance et plus rarement une clause pénale de liquidated damages

Dans un contrat de fusions-acquisitions, il y a des conditions suspensives sous forme de clauses MAE (Material Adverse Effect) ou MAC (Major Adverse Change)⁶¹¹ qui prévoient le versement d'indemnités en cas de survenance d'un MAC.

Aux Etats-Unis on voit beaucoup moins souvent une exécution forcée qu'en France. Sauf pour les ventes d'immeubles où c'est systématique.

J'ai compris en France que les Sale and Purchase Agreements (accord d'achat de titres) mènent souvent à l'exécution forcée »⁶¹².

« Même à l'intérieur des Etats-Unis la clause de choix de loi (et dans une moindre mesure celle attributive de juridiction, dite forum clause) est importante sur les damages. Ce sont souvent les lois des Etats de New York et du Delaware qui sont choisies, ces Etats sont très expérimentés en droit des affaires. Il y a une grande différence entre la loi de Californie et la loi de New York.

Par exemple, en cas de litige dans un pacte d'actionnaires post fusion-acquisition, on est très content au Delaware car les juges ont une grande pratique de ces transactions, surtout les grosses transactions. Mais également au Texas où ils sont très pro business.

Les clauses pénales (liquidated damages, break up fees) sont importantes mais il faut savoir si ces clauses résilient

⁶¹¹ Clause MAC - *Material Adverse Change* : clause d'ajustement de prix en cas de survenance d'un événement négatif significatif.

⁶¹² Praticien n°6 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 2, p. 65.

complètement le contrat ou seulement certains de ses aspects. Par exemple, j'ai un arbitrage qui a une clause compliquée de résiliation mais celle-ci n'annule ni la confidentialité ni la propriété intellectuelle.

Il y a aussi des clauses de limitations de responsabilités (cap on damages). Par exemple, la loi de l'Etat de New York impose des limites à la liberté des parties de s'exonérer ou de limiter leur responsabilité. Par exemple on ne peut pas capper les damages en cas de fraudes ou de viol de dispositions d'ordre public.

Dans les contrats de M&A, les tribunaux du Delaware admettent aussi de plus en plus la résiliation unilatérale du contrat, dès lors que le débiteur a failli à son engagement, sans même que le créancier n'ait à démontrer que cette faute lui a causé un préjudice (repreheble harm).

Liquidated damages vs. clause pénale : l'application est à peu près similaire. On voit ce genre de clause dans les Sale and Purchase Agreements mais moins dans les pactes d'actionnaires qui règlent la gouvernance »⁶¹³.

« La force majeure existe en jurisprudence américaine qui permet de ne pas tenir ses engagements si les conditions ont changé radicalement - MAC - (par exemple le cas d'un investisseur s'étant engagé à investir dans le capital d'une start-up, la décision de justice habituelle serait de l'obliger à exécuter le contrat) mais ce n'est pas facile. Si l'investisseur peut démontrer que la start-up a elle même commis une fraude au contrat, alors cet investisseur peut se défendre en disant que le demandeur ne peut pas demander l'exécution forcée car il ne peut se prévaloir de ses propres turpitudes, c'est la doctrine des unclean hands.

Attention cette doctrine ne s'applique pas en cas de demande de dommages-intérêts mais seulement en cas de demande d'exécution en nature »⁶¹⁴.

« Une violation efficace (efficient breach) des obligations contractuelles n'existe pas vraiment en matière de fusions et acquisitions. En revanche, le remboursement des frais ou les dommages-intérêts existent s'ils sont inscrits dans le contrat (liquidated damages).

D'autre part, la responsabilité fiduciaire pourrait imposer de refuser la fusion et, dans ce cas, il y aurait lieu de payer des

⁶¹³ Praticien n°7 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 2, p. 65 et s.

⁶¹⁴ Praticien n°2 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 2, p. 66.

dommages-intérêts, mais il n'y a pas vraiment de lien avec une violation du contrat »⁶¹⁵.

3.2. L'exécution en nature constitue souvent le remède recherché en cas de rupture d'un engagement capitalistique

« Je ne rédige pas des contrats puisque j'interviens en cas de contentieux. Le choix entre specific performance et damages est entièrement question d'espèces. Les meilleurs litigateurs essaient d'éviter le procès pour transiger rapidement.

Souvent les campagnes de correspondance très fréquentes ne servent qu'à préparer une procédure, même si en théorie elles sont destinées à ôter tout malentendu.

Une fois que la procédure a démarré, les remèdes recherchés (remedies) dépendent des objectifs poursuivis.

1) Si vous êtes la cible qui souhaite une fusion et que l'acquéreur tergiverse en invoquant tel ou tel prétexte, alors oui vous allez rechercher l'exécution en nature. Dans ce cas vous devez veiller au choix de la juridiction car certaines seront plus accueillantes que d'autres sur une demande de specific performance. Le Delaware sera accueillant.

Typiquement aux Etats-Unis la procédure démarre après l'annonce de la transaction mais avant son closing. Dans le passé, la plupart des procédures se terminaient au closing de la transaction ; depuis peu on assiste à des procédures qui se poursuivent au-delà du closing.

2) En revanche, dans des contrats commerciaux classiques, les parties préfèrent demander des dommages-intérêts plutôt que l'exécution en nature car elles ne souhaitent plus du tout travailler ensemble. D'ailleurs, aux Etats-Unis, on ne peut forcer à l'exécution en nature pour tous les contrats de service. L'histoire du travail forcé et de l'esclavage est passée par là.

Il n'y a pratiquement jamais de demande de dommages-intérêts conjointe avec l'exécution en nature (injunction). Le juge serait très mal à l'aise si vous demandez les deux. En effet, pour demander l'exécution en nature forcée ou l'injunction, il faut en premier lieu démontrer des irreparable harms ; c'est-à-dire que le préjudice que vous subiriez en cas d'inexécution ne pourrait jamais être indemnisé en dommages-intérêts. C'est pourquoi vous n'allez pratiquement jamais demander les deux à la fois, ça causerait un problème juridique. En revanche vous pouvez faire une déclaration

⁶¹⁵ Praticien n°13 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 3, p. 68.

préalable en equitable relief (décision de la cour en équité demandant une action ou une inaction spécifique à la partie n'ayant pas respecté ses engagements) et en dommages-intérêts »⁶¹⁶.

« Au Delaware, il existe la procédure d'injonction préliminaire utilisée pour les limited liability partnerships pour faire respecter leurs conventions d'actionnaires. Par exemple, les hedge funds privés utilisent cette procédure pour avoir un jugement rapide »⁶¹⁷.

3.3. Les dommages-intérêts ne sont pas un remède pertinent dans les OPA

« Les avocats de fusions et acquisitions ne pensent pas beaucoup à ces questions. Nous travaillons principalement conformément au droit du Delaware, et la Cour du Delaware fait appliquer les contrats de façon très efficace pour les fusions et acquisitions : si une disposition est écrite, elle sera appliquée. Ce qui n'est pas le cas, par exemple, pour un emploi lorsqu'il y a une politique publique limitant la clause de non concurrence »⁶¹⁸.

« Exemple de protection d'une transaction dans l'affaire Revlon concernant le système de common law dit 1984/85 appliqué au Delaware. Le tribunal a retenu que le but du conseil d'administration en acceptant la vente d'une société publique doit être de maximiser la valeur immédiate pour les actionnaires. Vous ne pouvez pas considérer l'intérêt des employés ou de l'entité (...). Par conséquent, en termes de recours, tout ce qui est écrit sur le contrat sera appliqué. Le contrôle judiciaire au Delaware se fait selon la règle du business judgment et sanctionne la décision des administrateurs. La décision des administrateurs ne sera sanctionnée qu'en cas de conflit d'intérêts personnels ou lorsque les administrateurs n'ont pas respecté leurs obligations fiduciaires et n'ont pas pris de décision dans l'intérêt des actionnaires. Lorsque la décision de vendre une société est examinée par le tribunal, celui-ci s'intéresse aux procédures inhabituelles ou aux opportunités représentées par des offres concurrentes. Le tribunal ne s'est pas référé à la décision des administrateurs parce que le tribunal a pensé qu'ils ont usurpé leur pouvoir décisionnaire. Tout un ensemble de lois a été introduit sur les recours contre les mécanismes de

⁶¹⁶ Praticien n°7 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 3, p. 67.

⁶¹⁷ Praticien n°13 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 3, p. 68.

⁶¹⁸ Praticien n°13 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 15, p. 85.

protection de l'entreprise : accord de résiliation trop large, clause interdisant la sortie d'un actionnaire, frais de rupture excessifs, engagement d'exclusivité déraisonnable, pilule empoisonnée, vote forcé, etc. tout ce qui, dans l'opinion du juge, interférerait de façon déraisonnable avec le processus de vente habituel. Tous ces mécanismes sont susceptibles d'être rejetés par le tribunal. Donc, si l'acheteur négocie une très bonne affaire, cette transaction risque d'être complètement annulée »⁶¹⁹.

875 Il s'agit de l'état d'esprit normal du juriste américain : dans une transaction portant sur l'achat des actifs d'un vendeur société non cotée, une clause d'ajustement après signature ou après *closing* peut être insérée ; alors que, par opposition, dans une transaction visant une société cotée en bourse, il n'y a ni ajustement après *closing* ni recours en cas de problème. Cependant, la pratique commerciale a évolué : aux États-Unis - plus que dans l'Union européenne - la plupart des transactions ont une énorme quantité de conditions suspensives qui doivent être levées lors de la signature et lors du *closing* à la fois pour les entreprises cotées que non cotées. C'est le produit d'une pratique de marché : la clause MAC. Il existe une opinion générale dans les affaires selon laquelle tout ce qui est écrit est possible, mais il est vraiment très difficile de l'appliquer légalement, notamment dans un contexte d'entreprise cotée. Et cela devient encore plus difficile dans un contexte de droit étranger ou d'arbitrage de commerce international.

3.4. Que se passe-t-il en cas de contentieux sur l'indemnisation du préjudice ?

3.4.1. Le cas des transactions portant sur des sociétés cotées n'est pas complètement pertinent pour notre étude

« Pour les transactions de sociétés cotées, cela ne s'applique pas parce que le temps entre la signature et le closing est très limité. Ce délai peut être prolongé pour des raisons relevant de l'antitrust, de l'emploi ou d'autres raisons légales. Mais généralement, la société cible disparaît si elle était cotée. Il n'y a personne pour se plaindre ; les actionnaires reçoivent leur contrepartie et partent ; l'acheteur reste avec tout ce qu'il a acheté.

⁶¹⁹ Praticien n°2 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 15, p. 85.

Dès lors les litiges portant sur la transaction se concentrent autour des :

- conditions préalables à la clôture : litiges en matière de droit des sociétés, obligations fiduciaires non liées au contrat ;
- compléments de paiement conditionnels ⁶²⁰ : par exemple, dans une transaction entre laboratoires pharmaceutiques, l'acheteur s'intéresse aux futurs médicaments de la cible. Donc, il y a une plus value potentielle et il pourrait y avoir un conflit d'intérêts sur le partage de cette plus value à l'avenir. L'objectif des avocats est de rédiger clairement afin d'éviter tout malentendu concernant les conditions imprévues à l'avenir.

Ces exceptions ne constituent pas vraiment des dommages-intérêts pour violation du contrat, dès lors elles sortent du sujet de notre étude »⁶²¹.

3.4.2. Le cas particulier des sociétés cotées ayant un bloc actionarial de contrôle

« Aux Etats-Unis, il est rare d'avoir un accord entre le fondateur et la société. Dès lors, les seuls points pertinents pour notre sujet sont les frais de rupture ou le pacte d'actionnaires.

La plupart des sociétés cotées ont des actionnaires institutionnels mais pas de pacte entre eux.

Les quelques accords entre les sociétés et certains actionnaires sont constitués avec les actionnaires les plus impliqués qui acquièrent un ensemble d'actions.

Ici encore, l'objectif principal de l'avocat n'est pas le dommage en cas de violation, mais plus sur ce que les mots disent et sur la façon dont ils seront interprétés et évidemment sur les responsabilités fiduciaires. La règle juridique de base demeure que je dois écrire ce que je veux dire.

Lorsqu'il existe un actionnaire fondateur - comme la famille Walton chez Walmart, Michael Dell chez Dell, et Serguei Brin chez Google - il peut y avoir un accord entre la société et son fondateur. Néanmoins, dans une telle hypothèse, cet accord sera davantage axé sur la gouvernance et les responsabilités

⁶²⁰ En anglais on parle d'*Earn out* ou de *Contingent Value Rights (CVR)*.

⁶²¹ Praticien n°13 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 15, p. 86.

fiduciaires : droits de vote faible/élevé et équilibre des pouvoirs au sein de l'entreprise »⁶²².

3.4.3 Le cas des transactions portant sur des sociétés non cotées : l'indemnisation des dommages est pertinente

« En 1999, j'ai travaillé sur un cas intéressant de cession d'une entreprise. Avant la fin de la période de prescription, l'acquéreur a soutenu qu'il n'avait pas eu le résultat escompté. Une responsabilité environnementale est apparue. Y avait-il une violation d'une obligation ? Est-ce que ce sont des dommages indirects ? Devrait-il y avoir une information préalable ? À l'époque, il n'y avait pas la même loi en termes d'environnement. Ensuite, la loi change ; elle engage la responsabilité de l'acquéreur et celui-ci doit indemniser l'Etat de l'atteinte à l'environnement. L'acquéreur peut-il se retourner contre le vendeur en cas d'indemnisation ?

Évaluer le montant des dommages-intérêts ?

Sur les indemnités, il peut y avoir des dommages indirects. De manière plus générale, il existe des choses très factuelles, plus que l'évaluation réelle du montant des dommages-intérêts. Aux États-Unis, il existe un large éventail de pratiques en raison d'un contexte culturel/personnel.

Toute résolution de ce type de conflit se conclut par un quantum en indemnisation du préjudice. Larry Silverstein sur le World Trade Center (WTC) a perçu une indemnisation d'assurance de 3,5 milliards USD. Quelle est la valeur marchande ? Quel serait le coût de remplacement ? Nous avons eu des experts qui ont étudié ce qu'il en coûterait pour remplacer le WTC tel qu'il était. Larry avait accepté de payer un loyer à l'Administration portuaire pendant 99 ans et il a été maintenu. La compagnie d'assurance a accepté de payer à Larry le coût de la reconstruction, soit 7 milliards USD »⁶²³.

Cas où nous avons dû défendre nos clients contre une demande de dommages-intérêts

« En 1999/2000 : IBP, Inc. se portant acquéreur de Tyson Foods, Inc. »⁶²⁴

Le Chief Justice Strein de la Cour Suprême du Delaware a émis une injonction contre l'acquéreur IBP pour acheter et a

⁶²² Praticien n°2 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 15.1, p. 86 et s.

⁶²³ Praticien n°2 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 15.2, p.87.

⁶²⁴ *IBP, Inc. v. Tyson Foods, Inc.* Court of Chancery of Delaware, 2001. 789 A.2d 14.

expliqué à quel moment une clause MAC peut être utilisée pour sortir d'une transaction. C'est en fait très rare.

En 2005/2006 : Hexion Specialty Chemicals, Inc. a remporté les enchères pour acquérir Huntsman Corp.⁶²⁵

Leon Black et Josh Harris, les dirigeants du fonds Apollo actionnaire de Hexion, voulaient sortir des pourparlers. Huntsman a poursuivi Apollo et les banques en paiement de dommages-intérêts. Cela s'est terminé par une fusion.

Des dommages pourraient également être invoqués lorsqu'ils ont un manquement important aux clauses restrictives dans un contrat de prêt bancaire (breach of covenants). Chaque partie nomme un expert et évalue son coût d'opportunité »⁶²⁶.

« En arbitrage, il existe également des dommages-intérêts pour perte de profits, perte de la valeur des actifs ou perte d'une opportunité commerciale. Un cas célèbre a impliqué Iusacell SA de CV - un opérateur télécom appartenant au milliardaire mexicain Carlos Slim - qui a poursuivi la société de systèmes d'information IBM Corp. IBM a violé le contrat et n'a pas terminé un projet qui aurait considérablement amélioré la rentabilité commerciale de la compagnie mexicaine. C'était un arbitrage de la CCI ayant opté pour un siège au Mexique »⁶²⁷.

« Au Mexique, il existe une règle dite « DOLO » permettant aux préjudicés de perte de chance d'être indemnisés en cas de rupture ou de violation du contrat international comme dans les pays de droit civil.

Ceci n'est pas autorisé dans le système de common law des États-Unis. Selon la loi de l'Etat de New York il est nécessaire de prouver la fraude. Dans ce cas, la demande d'indemnisation au titre des gains manqués (expectation damages) a échoué, la réparation du préjudice n'est pas accordée pour fraude, mais vous pouvez obtenir des dommages-intérêts punitifs »⁶²⁸.

⁶²⁵ *Hexion Specialty Chemicals, Inc. v. Huntsman Corp.*, C.A. No. 3841-VCL, 2008 WL 4457544 (Del. Ch. Sept. 29, 2008).

⁶²⁶ Praticien n°13 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 5, p. 72.

⁶²⁷ Praticien n°13 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 5, p. 72.

⁶²⁸ Praticien n°13 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 5, p. 72.

Section 2 : Accord de négociation et dommages-intérêts dans le système de droit civil français

876 Les modifications du droit des obligations dans le Code civil sont entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2016. Les règles relatives à la négociation des contrats sont codifiées, alors qu'il n'en existait aucune avant la réforme. Elles sont libres mais doivent être placées sous l'égide de la bonne foi. Par ailleurs, la sanction de la rupture déloyale est consacrée. Le Code précise que la réparation ne peut avoir pour objet la perte des avantages attendus du contrat non conclu (article 1112 nouveau).

877 Les articles qui intéressent particulièrement notre étude sont les suivants :

- « Art. 1112 alinéa 1^{er} – L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.
- « Art. 1112 alinéa 2 – En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu.
- « Art. 1112-1. – Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.
- « Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.
- « Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.
- « Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.
- « Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.
- « Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants.
- « Art. 1112-2. – Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun ».

1. L'arrêt Manoukian, référence en droit français

878 **En droit français c'est l'arrêt Manoukian** rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 26 novembre 2003 **qui fait figure de référence**⁶²⁹. Cet arrêt précise en effet l'étendue du dommage réparable⁶³⁰. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir retenu l'existence d'une faute dans la rupture des pourparlers entre Alain Manoukian et les actionnaires de Stuck, rupture ayant eu lieu pendant le délai de réalisation prévu. Surtout elle définit plus précisément le dommage réparable, ce qui est suffisamment rare - surtout à l'époque- pour être détaillé.

879 Sans jamais formaliser la liste des dommages réparables, de nombreux précédents avaient permis aux juges d'indemniser la victime d'une rupture de pourparlers :

- de tous ses frais liés à la négociation : frais de déplacement⁶³¹, d'aménagement de locaux⁶³² ou d'études préalables comprenant, le cas échéant le recours à des prestataires avocats et autres experts⁶³³ ;
- de la perte de chance de conclure un contrat de même nature avec un tiers , notamment lorsque l'initiative ou la durée de la négociation auront constitué un comportement de mauvaise foi, de la part du négociateur qui la rompt, destiné à détourner son partenaire d'une autre négociation ;
- de son préjudice moral du fait de l'atteinte à sa réputation ou à son image : l'échec de la négociation peut, dans certaines circonstances, laisser penser qu'il est dû au manque de compétence du négociateur fut-il lui même victime. L'exemple cité ci-après est postérieur à l'arrêt Manoukian. En 2014, la Cour de cassation a confirmé un arrêt d'appel de 2013 en ce qu'il a condamné CDC Climat, sur le fondement de l'article 1134 ancien du Code civil, à indemniser MyCO2 à hauteur de 750 000 EUR de son préjudice d'image « résultant de la rupture brutale et fautive du protocole » que les parties avaient signé en vue tout d'abord d'une étude de faisabilité puis, éventuellement, d'un investissement majoritaire de CDC Climat dans MyCO2⁶³⁴ ;
- parfois même, de différents préjudices résultant de la diffusion d'informations confidentielles obtenues pendant les négociations.

⁶²⁹ Cass. com., 26 novembre 2003, n°00-10243 et 00-10949.

⁶³⁰ Rappelons que cet arrêt faisait suite à plusieurs décisions antérieures ayant admis le principe de l'engagement de la responsabilité délictuelle de l'auteur de la rupture fautive des pourparlers. Plusieurs auteurs préféreraient retenir le caractère contractuel de cette responsabilité : P. DELEBECQUE Philippe, PANSIER Frédéric-Jérôme, *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, 7^e éd., LITEC, 2016, n° 79, p. 54 ; Voir déjà VON JHERING Rudolf, *Œuvres choisies*, t.II, trad. Meulenaere, 1893, p.23.

⁶³¹ Cass. com., 20 mars 1972, Bull. civ. IV, n° 93.

⁶³² Cass. 3^e civ., 3 oct. 1972, Bull. civ. III, n° 491.

⁶³³ Cass. com., 7 janv. 1997, D. 1998, Jur. P. 45, note P. Chauvel.

⁶³⁴ Cass. com., 16 sept. 2014, 13-16.524, maintenant une partie de l'arrêt CA Paris, 21 fév. 2013. Voir aussi Chapitre 2 de la Troisième Partie consacré au préjudice d'image.

Ces décisions sont conformes à la doctrine de l'intérêt négatif selon laquelle « le négociateur devra être replacé dans la situation qui aurait été la sienne s'il n'avait pas entrepris de négocier avec l'auteur de la rupture fautive »⁶³⁵.

880 Dans le cas présent, la Cour de cassation commence par approuver les juges du fond qui ont accordé l'indemnisation de tous les frais occasionnés par la négociation et les études préalables effectuées. Ensuite, elle les conforte en ce qu'ils excluent du préjudice les gains qu'Alain Manoukian pouvait espérer tirer de l'exploitation du fond de commerce en cas de conclusion du contrat ainsi que la perte de chance d'obtenir ces gains. En l'espèce, elle définit le gain manqué comme recouvrant quatre hypothèses : (1) une atteinte portée à la réputation qui nuirait à la conclusion de contrats ultérieurs, (2) la perte de chance de conclure un contrat avec un tiers, (3) la perte des bénéfices escomptés de la conclusion du contrat et (4) la perte d'une chance de réaliser ces bénéfices. Alain Manoukian ne fait état ni d'atteinte à sa réputation ni de perte d'une chance d'avoir pu conclure un contrat avec un tiers⁶³⁶, ce qui excute les hypothèses (1) et (2). Les hypothèses (3) et surtout (4) sont spécifiquement invoquées par la victime, mais également rejetées par les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation. Sur l'hypothèse (3), la Cour de cassation semble édicter un principe selon lequel, en l'absence de contrat, seule une rupture fautive⁶³⁷ engagerait la responsabilité (délictuelle donc) de l'auteur de la rupture et ouvrirait droit à réparation du préjudice subi par la victime. Ou, comme l'indique Philippe Stoffel-Munck, « c'est une chose de compenser l'espoir déçu et la perte d'une chance de conclure, ailleurs pendant le temps des négociations, mais c'en est une tout autre de considérer que la rupture a entraîné un gain manqué »⁶³⁸. En l'espèce, l'absence de contrat excluait l'indemnisation des gains que la victime pouvait espérer tirer de la conclusion du contrat. En d'autres termes « il s'agit de ne pas contourner l'absence de rapport d'obligation en procurant à la victime une indemnisation équivalente au contrat

⁶³⁵ MAZEAUD Denis, La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée, *Dr. et patrimoine*, juill.-août 1996, p.44, spéc. n° 21, p. 49.

⁶³⁶ Contrairement au cas Cass. 2^e civ., 27 févr. 1985, Bull. civ. II, n° 52 ; Cass. com., 3 mai 1979, Bull. civ. IV, n° 137.

⁶³⁷ La notion délictuelle de « faute » a longtemps été débattue en matière de responsabilité pré-contractuelle. Pour engager la responsabilité de la partie défaillante, les tribunaux ont d'abord exigé une « faute sérieuse » caractérisée par l'intention de nuire, l'abus de droit ou la mauvaise foi. La mauvaise foi a d'abord été retenue comme condition nécessaire avant d'être elle-même rejetée par la Cour de cassation qui dans un arrêt de 1994 parle seulement de « légèreté blâmable » (Cass. com., 22 février 1994, RTDCiv 1994, 849, cit. in. CARTWRIGHT John, HESSELINK Martijn, *Precontractual Liability in European Private Law*, Cambridge University Press, 17 févr. 2011, p. 29). Les tribunaux ont par ailleurs reconnu l'influence déterminante de la « croyance légitime » : dès lors que la victime a - du fait du comportement de l'autre partie - de bonnes raisons de croire que le contrat sera conclu, la faute est caractérisée et la responsabilité pré-contractuelle de l'auteur de la rupture peut être engagée (Cass. com., 31 mars 1992, Bull. Civ. IV, n° 145 cit. in. CARTWRIGHT John, HESSELINK Martijn, *op. cit.*, p. 202).

⁶³⁸ STOFFEL-MUNCK Philippe, *L'abus dans les contrats, essai d'une théorie*, préf. R. Bout, th. LGDJ, 2000, spéc. n° 312, p. 250.

non conclu »⁶³⁹. L'hypothèse (4) est rejetée au motif que « la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains (que permettait d'espérer la conclusion du contrat) ne réside pas dans les circonstances (fussent-elles fautives) de la rupture mais dans l'existence d'un accord ferme et définitif »⁶⁴⁰.

881 Il existe différentes phases dans la formation du contrat : les formes non contractuelles de pourparlers précèdent les formes contractuelles, à savoir les contrats préparatoires qui conduisent au contrat définitif lui-même. Les contrats préparatoires, une promesse de vente par exemple, parfois improprement qualifiés d'avant-contrats, traduisent déjà l'accord ferme et définitif des parties. En ce sens, la perte de chance de réaliser les gains liés au contrat envisagé ne peut être indemnisée que lorsque la responsabilité contractuelle de l'auteur de la rupture peut être engagée, c'est-à-dire lorsque les pourparlers sont contractualisés⁶⁴¹ et que le dit auteur n'a pas respecté les obligations contenues dans ces documents contractuels. La Cour de cassation s'oppose ainsi à des jurisprudences antérieures qui, dans des circonstances similaires, avaient accordé « la réparation de la perte de chance de conclure le contrat envisagé et d'en tirer profit » sous réserve que les négociations soient suffisamment avancées⁶⁴².

882 En revanche, l'arrêt Manoukian a servi de précédent à plusieurs autres qui l'ont consolidé⁶⁴³ :

- dans un arrêt du 18 septembre 2012, la Chambre commerciale de la Cour de cassation, au visa de l'article 1382 ancien du Code civil, a jugé encore que « la faute de la société S consistait dans la rupture abusive des pourparlers au préjudice de la société B, elle ne pouvait pas indemniser celle-ci de la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat »⁶⁴⁴ ;
- dans un arrêt du 26 novembre 2013, la même Chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que « les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte

⁶³⁹ MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe, *Les obligations*, Defrénois, 2013, 6^{ème} édition, n° 464, p. 218.

⁶⁴⁰ DUPRÉ-DALLEMAGNE Anne-Sophie, *Nouvelles précisions sur le régime applicable à la rupture unilatérale des pourparlers*, Recueil Dalloz 2004, p. 869.

⁶⁴¹ DELEBECQUE Philippe, PANSIER Frédéric-Jérôme, *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, 7^e éd., LITEC, 2016, op. cit., n° 82, p. 58.

⁶⁴² CA Paris, 16 déc. 1998, Bull. Joly, 1998, para. 98 ; CA Rennes, 29 avri. 1992, Bull. Joly, 1993, p. 463 ; CA Paris, 10 janv. 1990, Dr. sociétés, 1991, Comm. n° 32 ; CA Paris, 25 mai 1991, Dr. sociétés, 1991, Comme. N° 428 ; Cass. com., 6 juin 1990, Bull. Joly, 1990, p. 768, para. 226.

⁶⁴³ Voir aussi Cass. civ. 3, 28 Juin 2006, RTD Civ. 2006, 754 (J. MESTREET, B. FAGES) et JCP G 2006, II, 10130 and JCP E 2006, 1524 (O Deshayes) cit. in. Cartwright John, Hesselink Martijn, *Precontractual Liability in European Private Law*, Cambridge University Press, 17 févr. 2011, p.30.

⁶⁴⁴ Cass. com., 18 septembre 2012, n° 11-19.629.

d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat »⁶⁴⁵ ;

- dans un arrêt du 16 septembre 2014 cité plus haut, la Cour de cassation a annulé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris « en ce qu'il a condamné la société CDC climat à payer à la société MyCO2 la somme de 1 000 000 EUR à titre de dommages-intérêts pour la perte de chance de réaliser le projet définitif (...) Confirme le jugement de première instance en ce qu'il a rejeté la demande de dommages-intérêts de la société MyCO2 au titre de la perte de chance de réaliser le projet définitif »⁶⁴⁶. La Cour de cassation s'appuie sur « l'article 2 du Protocole (qui) précisait que la signature de ce dernier ne comportait aucun engagement de mettre en oeuvre le projet mais traduisait la seule volonté des parties d'étudier sa faisabilité et viabilité et de négocier de bonne foi, ce dont il résultait que la rupture intervenue au cours de la phase d'étude ne pouvait être à l'origine d'une perte de chance d'aboutir au projet définitif »⁶⁴⁷.

2. La clause de *break-up fee* dans le système juridique français⁶⁴⁸

883 Comme il a été dit plus haut, cette clause veut dissuader la partie la moins diligente de sortir de la négociation sauf à payer le prix de cette option ; elle permet aussi d'indemniser l'autre partie de tout ou fraction de son préjudice et donc de limiter l'aléa judiciaire sur les dommages-intérêts en cas de rupture abusive des négociations.

2.1 La qualification juridique et fiscale de la clause de *break-up fee* dépend de l'objectif qui ressort de sa rédaction

884 En droit français, les clauses de *break-up fee* ou indemnités de rupture peuvent être considérées différemment selon leur objectif. Cette qualification commande l'application de règles différentes, chacune ayant ses propres risques.

885 Si l'objectif est de permettre à une partie de se retirer de l'accord en payant l'indemnité, la clause sera considérée comme une clause de dédit ayant force obligatoire. La Cour d'appel de Versailles a traité de cette question dans un arrêt du 21 décembre 2006. Dans le cas d'espèce, la clause indemnitaire était incluse dans une offre d'acquisition pour permettre aux actionnaires de la cible (société côtée) de se retirer unilatéralement de leur engagement à apporter leurs titres à l'offre initiale en payant la dite indemnité. La Cour l'a donc interprétée comme une clause de dédit plutôt qu'une clause pénale contractuelle. En conséquence, le juge n'a pu réviser la clause. Ce genre de clause définit

⁶⁴⁵ Cass. com., 26 novembre 2013, n° 00-10.243.

⁶⁴⁶ Cass. com., 16 sept. 2014, 13-16.524. Cet arrêt casse l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 21 fév. 2013, alors qu'il l'avait maintenu sur l'indemnisation du préjudice d'image.

⁶⁴⁷ Cass. com., 16 sept. 2014, 13-16.524.

⁶⁴⁸ MEKKI-KADDACHE Maxime, LAM Lucile, NEMSI Wanissa, Break-up Fees in Business Agreements, in. *QuickCounsel*, 23 octobre 2014.

simplement le prix de l'option d'achat et n'a rien à voir avec la réparation d'un dommage quelconque.

886 Si l'objectif est au contraire de sanctionner une partie qui se retirerait, la clause sera considérée comme une clause pénale. Cela permettra au juge de la réviser, en vertu de l'article 1152 ancien du Code civil, s'il considère que le montant est « manifestement excessif ou insuffisant »⁶⁴⁹.

887 Selon sa rédaction, la Cour de cassation considèrera la clause plutôt comme une clause pénale, visant à forcer les parties à conclure⁶⁵⁰, ou plutôt comme une clause de dédit offrant la possibilité de se retirer moyennant le paiement de l'indemnité⁶⁵¹.

888 Du point de vue fiscal, l'indemnité perçue par le bénéficiaire de la clause pénale est non imposable aux Bénéficiaires Non Commerciaux (BNC)⁶⁵² si elle répare effectivement le dommage qu'il a subi du fait de la rupture⁶⁵³. Toutefois, si l'indemnité correspond à un service rendu à l'autre partie, tel que l'octroi d'une option d'achat, elle peut être taxable⁶⁵⁴.

2.2. La clause de *break-up fee* concernant des sociétés cotées

889 Les *break-up fees* ont été spécialement conçues pour les négociations précédant une OPA. Dans ces cas, des problématiques particulières apparaissent concernant notamment le montant de ces *fees*. En pratique, ce montant reste faible au regard du montant global de l'offre. En général, il est inférieur à 2% car les parties cherchent à préserver l'effet positif d'une surenchère éventuelle qui, en droit boursier français, doit être supérieure à l'offre précédente d'au moins 2%. Ce seuil des 2% est ainsi défini à l'article 232-7 du Règlement Général de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) : « Pour être déclarée recevable une surenchère en cash doit être supérieure d'au moins 2% au prix de l'OPA initiale en cash ». Ce seuil esquisse de fait une sorte de barème informel pour le *break-up fee*⁶⁵⁵. Par exemple, dans l'OPA lancée par *Cameleon Software*, la notice d'information souligne « l'engagement de la Société cible à payer à l'émetteur de l'offre une indemnité de rupture de :

⁶⁴⁹ Une formulation anglo-saxonne plus positive le qualifie de *inducement fee* ou « indemnité incitative ».

⁶⁵⁰ Cass, Com., 20 mars 1990, 88-15.795, Inédit.

⁶⁵¹ Cass, Civ. 1, 17 novembre 1993, 91-18.773, Bulletin 1993, n° 337 p. 233.

⁶⁵² Article 92 CGI.

⁶⁵³ Le Conseil d'Etat a confirmé cette solution dans deux décisions rendues les 7 mai 2014 et le 26 septembre 2014. CE. 7 mai 2014, n°362741 ; CE. 26 septembre 2014, n°363555.

⁶⁵⁴ Confirmé dans une décision du Conseil d'Etat rendue le 19 février 2014. CE, 19 février 2014, n°354380.

⁶⁵⁵ Au Royaume-Uni, le *Panel on Takeovers and Mergers* a émis en 1999 une recommandation reprise à l'article 21.2 du *Takeover Code* qui dispose notamment que pour être admis, l'*inducement fee* ne doit pas excéder 1% de la valeur de la société. Là encore, cette réglementation n'est pas loin d'esquisser un barème informel pour le *frais de rupture*.

- 750 000 EUR si la Société recommandait une offre concurrente non conforme aux attentes de l'AMF, ou si la Société prenait des mesures qui modifieraient sa substance et qui, selon l'article 232-11 du Règlement Général de l'AMF, permettraient le retrait de l'OPA initiale ;
- 500 000 EUR si la Société recommandait une offre concurrente conforme aux attentes de l'AMF sous réserve de la publication par l'AMF d'une notice confirmant le succès de l'offre concurrente. L'absence de contre offre de la part de l'initiateur n'entraîne aucune conséquence sur le paiement de la dite indemnité »⁶⁵⁶.

3. Le point de vue des praticiens

3.1. Accroître la force obligatoire du contrat, rendre son inexécution dissuasive

890Lorsqu'on leur demande quels moyens juridiques ils utilisent pour accroître la force obligatoire du contrat et rendre son inexécution dissuasive aux yeux du débiteur, les avocats négociant des fusions-acquisitions et des pactes d'actionnaires en droit civil continental répondent :

« Dans les pactes d'actionnaires (qui sont ma spécialité) :

- *je fais adhérer la personne morale ;*
- *j'intègre des clauses relatives au capital : Tag along (préemption de sortie), Drag along (sortie conjointe), anti-dilution, sortie à prix minimum garanti, etc.*
- *la clause d'arbitrage précise la composition du tribunal arbitral et ses compétences pour sanctionner l'inexécution d'une clause contractuelle.*

- *Ces clauses sont dissuasives mais elles ne peuvent empêcher toute tentative de violation du contrat de la part d'un débiteur :*
- *n'ayant pas la même interprétation de la force obligatoire en général (ou de son engagement en particulier) ;*
- *souhaitant instaurer un rapport de force pour renégocier les termes du contrat ;*
- *ou tout simplement indélicat »*⁶⁵⁷.

« Dans les pactes d'actionnaires, il y a des clauses qui concernent la cession des actions et d'autres qui organisent la

⁶⁵⁶ Cameleon Software : Offre Publique d'Achat, initiée par la Société PROS Holdings, Inc., présentée par Bryan Garnier, Paris, Visa AMF, 13 novembre 2013, n°13-606.

⁶⁵⁷ Praticien n°1 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 2, p. 64.

vie de la société. Sur les premières on constate un retour en force de l'exécution forcée. C'est une évolution lente mais certaine dans la jurisprudence française.

Les clauses sur les cessions d'actions sont surtout des obligations de faire, elles se résolvent en dommages-intérêts selon l'article 1142 ancien du Code civil. Mais notre client va souvent considérer que les dommages-intérêts ne sont pas satisfaisants :

- *le juge est avare en dommages-intérêts ;*
- *de l'exécution du pacte dépend le contrôle stratégique de la société, ce qui a beaucoup plus de valeur.*

Donc notre première préoccupation est souvent d'écartier l'article 1142 ancien du Code civil, ce que la jurisprudence admet facilement. Elle considère que ce texte s'applique lorsqu'il n'y a pas moyen de faire autrement. L'article 1142 ancien n'a donc pas la portée excessive que certains juristes veulent lui attribuer. Je ne dis pas que la réparation en nature dépasse en efficacité la réparation par équivalent mais la responsabilité du juge est bien de déterminer la réparation la plus efficace. Petit à petit la jurisprudence s'éloigne de l'article 1142 ancien en s'appuyant sur d'autres textes plus récents qui le contredisent.

L'article 809 du Code de procédure civile dispose que « dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, le juge des référés peut accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire ».

L'article 1184 ancien du Code civil dispose quant à lui que « la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts ». A mon sens, l'article 1184 ancien du Code civil, complété par le Code de procédure civile est plus fort que l'article 1142 ancien car il donne le choix à la victime de l'inexécution. Voilà pourquoi notre priorité consiste désormais à écartier l'article 1142 ancien selon la volonté expresse des parties dans les clauses contractuelles du pacte d'actionnaires, notamment les promesses de vente. Cette volonté est aussi une poursuite du concept de la force obligatoire (article 1134 ancien) et son application à l'hypothèse de l'inexécution.

Toutefois la difficulté de l'exécution forcée revient lorsqu'elle touche le fonctionnement de la société et a fortiori un engagement de vote. L'arrêt Metal Europe a confirmé que seul

l'intérêt social primait⁶⁵⁸. Le juge n'ordonne jamais l'exécution forcée du vote en revanche il prive les associés de leur droit de vote et ordonne la désignation d'un mandataire ad hoc pour se substituer à eux. On peut dire que c'est respectueux du droit de vote ; on peut aussi penser que c'est hypocrite de la part du juge. L'intervention du mandataire ad hoc est très souple »⁶⁵⁹.

3.2. L'exécution par équivalent gagne ses lettres de noblesse

891 En cas d'inexécution, les mêmes avocats considèrent qu'en matière de remède, l'exécution en nature ne serait plus le comble de la force obligatoire ; pas plus en tous cas que l'exécution par équivalent.

« Le projet de réforme du Code civil est d'actualité puisqu'il va entrer en vigueur au 1^{er} octobre 2016 (l'entretien avec ce praticien est antérieur au 1^{er} octobre 2016).

Pour le moment il y a une disposition qui est dans la lignée de Yves-Marie Laitier qui consiste à dire que le créancier a droit à l'exécution en nature - s'il le demande bien sûr - seulement dans la mesure où elle ne produit pas des conséquences excessives. Dans le cas contraire, le créancier n'aurait plus droit qu'à l'exécution par équivalent. Cette disposition est raisonnable mais comme toujours ces atténuations sont contraires à l'article 1134 ancien du Code civil selon lequel « les conventions tiennent lieu de loi ». La jurisprudence est en fait déjà alignée sur ce côté raisonnable.

L'exécution en nature paraît encore préservée dans la protection du droit à la propriété. Là on touche à quelque chose d'encore plus profond dans la mentalité française qui est la propriété.

On verra ce que devient ce texte qui réécrit complètement un article du Code civil. Tout ça est inspiré des Principes d'UNIDROIT, du droit européen et, bien sûr, de la common law qui sont un peu plus pragmatiques que la pure exécution nature.

En droit anglo-américain, c'est l'économie et l'efficacité qui priment au delà du droit du créancier. Au contraire, en droit français, le créancier a le droit de forcer (l'exécution) car on rattache l'exécution en nature à la force obligatoire du contrat.

A l'avenir, je serais assez favorable à la limitation en droit français de l'exécution en nature en la mettant en balance

⁶⁵⁸ Cass. Civ. 1, 19 avril 2005, n°05-10.094.

⁶⁵⁹ Praticien n°3 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 2, p. 64 et s.

avec d'autres intérêts comme le principe d'efficacité. Le concept de force obligatoire du contrat ne débouche pas forcément sur le droit à l'exécution en nature. Force obligatoire du contrat veut dire qu'il y a un lien d'obligation entre un débiteur et un créancier. Mais cela ne veut pas forcément dire qu'il y ait un droit à l'exécution en nature, notamment lorsque cette exécution s'étire dans le temps. Dans ces cas, il serait légitime de prendre en considération les modifications des conditions d'espèces et d'environnement. On ne peut tout de même pas assimiler « force obligatoire » à « prison » »⁶⁶⁰ !

« La réparation (qu'elle soit en nature ou indemnitaire) pose d'abord un problème de délai judiciaire et même en procédure arbitrale. Le cas Otor l'illustre : mise de fonds initiale pour acheter mais deux ans s'écoulent entre les conditions de levée de l'option pour prendre le contrôle et la prise de contrôle effectif, c'est beaucoup trop et incompatible avec les objectifs poursuivis car entre temps la société a été dirigée par des managers qui ne devaient plus être là. Et la procédure rapide en référé n'est pratiquement pas ouverte sur le fond des contrats complexes de ce type.

Conséquences :

1) C'est pourquoi on prévoit dans la rédaction des contrats des procédures ad hoc automatiques en cas de difficultés d'exécution, par exemple : un mécanisme de séquestre où on s'en remet à un tiers pour la détention de certaines actions ; un mécanisme d'arbitrage « fast track » dans la clause compromissoire, y compris sur le fond.

2) Le cas Otor est riche d'enseignements : quelles que soient les dispositions contractuelles, si on veut prendre le contrôle, il faut vraiment le faire dès le début. La force obligatoire du contrat dépend de la bonne foi des parties bien sûr. Mais à terme, la mauvaise foi coûtera plus cher que la bonne exécution du contrat si ce contrat initial était équilibré économiquement. Même en l'absence de dommages-intérêts punitifs, les débiteurs ont été conduits à des comportements antiéconomiques. En revanche, il est vrai que si le contrat n'est plus équilibré avec le temps, le débiteur peut être conduit à des comportements déviants pour ne pas exécuter le contrat, surtout en France, car il ne serait condamné qu'à payer le préjudice réel subi par son créancier (rien à voir avec le gain supplémentaire du débiteur), que le temps de la procédure est

⁶⁶⁰ Praticien n°4 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 3, p. 66 et s.

long et son coût limité pour la partie qui se sera bien défendue juridiquement »⁶⁶¹.

4. Illustration par deux cas de jurisprudence

4.1. Albert Pavie c. Mazars-Pavie et Associés

892L'affaire *Albert Pavie c. Mazars-Pavie et Associés* illustre parfaitement le fait qu'en cas de mauvaise foi manifeste du défendeur, les tribunaux peuvent accorder des dommages-intérêts plus généreux au demandeur⁶⁶². Cette règle s'applique même si celui-ci n'avance pas une méthode très sophistiquée pour quantifier son préjudice.

893**Contexte factuel.** Par lettre du 28 juillet 1987 adressée à la directrice unique de la société Mazars-Pavie et Associés (MPA), Albert Pavie a précisé les conditions de l'offre de vente de ses titres et exigé une réponse ferme et définitive. La société MPA a donné son accord sur ces propositions. Albert Pavie a répondu à la lettre en affirmant qu'elle ne correspondait ni ne répondait à sa proposition. La société MPA a fait connaître à Pavie qu'elle le tenait pour responsable de la rupture des accords et que réparation en serait demandée par voie judiciaire. Elle lui a rappelé à cette occasion qu'il était toujours engagé par le droit premier refus (DPR) au bénéfice de MPA. A l'inverse, Albert Pavie estime qu'il peut se libérer à tout moment. S'estimant libéré de toute obligation, Albert Pavie a alors cédé ses titres de participation à la SA *ACL audit* malgré l'existence d'un droit de la clause de DPR contenue dans la convention.

894**Le demandeur souhaitait obtenir des dommages-intérêts, à hauteur de 2,26 millions EUR** (valeur 2015). La société MPA étant demandeur, elle souhaite faire juger que la cession des actions détenues par Albert Pavie au profit de MPA est parfaite étant donné que les parties ont trouvé un accord sur la chose et sur le prix. Elle demande au tribunal de prononcer la résolution de la cession aux torts exclusifs d'Albert Pavie et de condamner ce dernier à payer 5 millions de francs pour indemniser ses gains manqués. À titre subsidiaire, elle demande de dire que la rupture des pourparlers a été effectuée de mauvaise foi et a causé un préjudice moral et une perte de chance à MPA qui réclame à ce titre 5 millions de francs de dommages-intérêts.

Total : 10 millions de francs.

895**Position du défendeur.** Albert Pavie est défendeur et fait valoir que le protocole se trouvait « résilié et sans objet » en raison des fautes antérieurement dénoncées du cabinet MPA. De plus, le protocole était à durée illimitée et

⁶⁶¹ Praticien n°8 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 3, p. 67 et s.

⁶⁶² CA Paris, 10 janvier 1990, *Albert Pavie c. Mazars-Pavie et Associés*, Dalloz, 89/13910. Notre ref. 1F01.

autorisait donc chaque partie à se retirer à tout moment. De ce fait, MPA n'a pas droit à indemnisation.

896La Cour alloue finalement 1,58 million EUR (valeur 2015). Considérant qu'en se dérochant à ses obligations, Albert Pavie a retiré à ce protocole beaucoup de son intérêt et a causé à MPA un préjudice résultant :

- de la perte du bénéfice de l'acquisition d'une grande partie du capital d'une société florissante ayant réalisé en 1987 un chiffre d'affaires de 51 millions de francs ;
- du temps perdu et de la mise en échec de la stratégie de la société au moment où des regroupements importants avaient lieu dans la profession.

Considérant que la Cour dispose d'éléments d'appréciation suffisants lui permettant de fixer à 7 millions de francs le montant des dommages-intérêts réparant intégralement le préjudice subi par MPA.

897Les ratios sont finalement les suivants :

- 70% de ratio moyen G/C, dont 100% sur le gain manqué direct et 40% sur le gain manqué indirect ;
- l'appel réduit de 30% les dommages-intérêts de première instance.

4.2. UCA c. MC et GAC

898Le cas *UCA c. MC et GAC*, au contraire, illustre parfaitement le fait qu'en cas de bonne foi manifeste du défendeur, les tribunaux peuvent accorder des dommages-intérêts moins généreux au demandeur qui a bénéficié d'un contrat trop favorable même si celui-ci présente une méthode très sophistiquée pour quantifier son préjudice⁶⁶³.

899Contexte factuel. La société *UCA* veut contrôler *MC* et *GAC*. La première nommée agit indirectement et met en place un système permettant à *MC* d'acheter *GAC* et à elle-même, *UCA*, d'acheter *MC*, par l'entremise d'une filiale. Les négociations ont été avancées, mais finalement le conseil d'administration d'*UCA* n'a pas approuvé l'accord affirmant qu'il était illégal.

Les sociétés *UCA* et *MC* ont finalement signé un accord de partenariat, légèrement en faveur de *MC* mais qui a également permis à *UCA* de conserver de bonnes relations commerciales avec son partenaire.

900Position du demandeur : 3,11 M EUR (valeur 2015, le détail qui suit est 2,96 M EUR courants). Le total est réparti comme suit :

⁶⁶³ CA Angers, 22 septembre 2009, *UCA c. MC et GAC*, Lexis-Nexis, 303, 02/01704. Notre ref. 1F15.

- (1) 625 000 EUR correspondant au coût de l'acquisition de la société *E. et B.*, et de l'amortissement de la survalueur comblée à la suite de cette acquisition ;
- 45 000 EUR au titre du coût de l'acquisition de la société *GAC* ;
- 105 000 EUR en remboursement des prestations de services *GAC* réglées pour le compte de l'*UCA France Champignon* ;
- 505 872 EUR au titre de la perte de marge contractuelle projetée sur 3 ans et non suivie d'effets ;
- 69 475 EUR au titre des frais financiers dûs au manque de trésorerie ;
- 150 000 EUR en réparation de l'atteinte à son image de marque ;
- 150 000 EUR en réparation du coût de la main d'oeuvre investie à perte ;
- 51 130 EUR au titre de l'investissement dans du matériel inutilisé ;
- 29 000 EUR en réparation de la perte de marchandises achetées pour le compte de l'*UCA France Champignon* et finalement détruites.

Total : 1 730 477 EUR

- (2) 505 872 EUR de perte de marge contractuelle ;
- 625 000 EUR de coût d'acquisition de la société *E. et B.* afin de servir de plate-forme à la coopérative *Champiland* sur le site de Rungis (comprenant les pertes de résultat comblées par *M. Champi*) ;
- 69 475 EUR de frais financiers dus au manque de trésorerie ;
- 29 000 EUR de pertes de marchandises achetées pour le compte de l'*UCA France Champignon* et refusées.

Total : 1 229 347 EUR

901 Position du défendeur. La société *UCA* affirme que :

- le conseil d'administration n'a pas approuvé l'accord principalement à cause de son caractère illégal. Dès lors, le vote et sa justification ne devraient pas engager la responsabilité de la société *UCA* ;
- L'accord n'était pas valable à cause de l'absence de contre partie (*consideration*). En effet, il favorisait uniquement *MC*.

902 Décision de la Cour et méthodologie : 398 K EUR (valeur 2015, le détail qui suit est 372 K EUR courants). Le détail qui suit expose la demande et la décision de la Cour (demande = décision) :

(1) 625 000 = 0 ; 45 000 = 0 ; 105 000 = 105 000 (100% *reliance*) ; 506 000 = 169 000 (33% *Expectation General Damages*) ; 69 000 = 69 000 (100 % *reliance*, intérêt payé) ; 150 000 = 0 (0% préjudice à l'image de la marque, *Expectation Consequential Damages*) ; 150 000 = 0 (0% *reliance*, coût de l'opportunité concernant la main-d'oeuvre et investi sans retour) ; 51 000 = 0 (0% *reliance*, investissement dans du matériel non utilisé) ; 29 000 = 29 000 (100% *reliance*, stocks).

(2) Rien

903 Les ratios sont finalement les suivants : G/C ratios sont : 33% pour *Expectation General Damages*, 50% de perte subie et 0% pour *Expectation Consequential Damages*.

Section 3 : Références en arbitrage international et en droit commercial international (Principes d'UNIDROIT et CVIM)

1. Analyse des principes

904 ARTICLE 2.1.14 des Principes d'UNIDROIT (CLAUSE À DÉTERMINER ULTÉRIEUREMENT)

- 1) Dès lors que les parties entendent conclure un contrat, le fait qu'elles renvoient la détermination d'une clause à un accord ultérieur ou à la décision d'un tiers ne fait pas obstacle à la conclusion du contrat.
- 2) L'existence du contrat n'est pas compromise du fait que, par la suite :
 - a) les parties ne sont pas parvenues à un accord ; ou
 - b) le tiers n'a pas pris de décision, à condition qu'il y ait un autre moyen de déterminer le contenu de cette clause et qu'il soit raisonnable dans les circonstances de l'affaire, ce qui sera déterminé en tenant compte de l'intention des parties.

905 Dans une sentence arbitrale d'avril 1998 (affaire ICC n°7110 [Seconde Sentence Partielle], Unilex n°650), le tribunal arbitral a fait application de l'article 2.1.14 des Principes d'UNIDROIT en retenant qu'un accord avait été trouvé concernant les termes essentiels de l'accord : dans la lettre d'accompagnement, les parties s'étaient mises d'accord sur le principe de la licence et de la levée de fonds et de son montant, c'est-à-dire des termes essentiels de la licence (...). Le fait que les parties aient laissé certaines clauses à un accord futur (...) n'empêche pas l'accord d'entrer en vigueur (voir Principes d'UNIDROIT, article 2.14 ancien (désormais article 2.1.14)⁶⁶⁴.

906 ARTICLE 2.1.15 des Principes d'UNIDROIT (MAUVAISE FOI DANS LES NÉGOCIATIONS)

- 1) Les parties sont libres de négocier et ne peuvent être tenues responsables si elles ne parviennent pas à trouver un accord.
- 2) Toutefois, la partie qui, dans la conduite ou la rupture des négociations, agit de mauvaise foi est responsable du préjudice qu'elle cause à l'autre partie.
- 3) Est, notamment, de mauvaise foi la partie qui entame ou poursuit des négociations sachant qu'elle n'a pas l'intention de parvenir à un accord.

⁶⁶⁴ VOGENAUER Stefan, *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC) Second Edition*, Oxford University Press, 2015.

907 Dans son *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Stefan Vogenauer évoque également quelques éléments essentiels des Principes d'UNIDROIT. Il aborde notamment certains articles (dont ceux cités ci-dessus) et la jurisprudence⁶⁶⁵. Trois de ces éléments sont abordés ci-après.

908 Dans une sentence arbitrale en date du 19 janvier 2007, deux parties s'opposaient sur la question de la reconnaissance de l'existence d'un contrat⁶⁶⁶. Le plaignant a invoqué, devant le CIRDI, l'article 2.1.14 des Principes d'UNIDROIT en soutenant que le contrat était valable même si certains termes restaient ouverts. Le tribunal arbitral a suivi cette approche, contre le défendeur qui avait opposé l'article 2.1.15 du même texte selon lequel il n'y avait pas d'obligation à conclure un accord. Sans conclure à un comportement de mauvaise foi, le tribunal a toutefois retenu l'existence d'une négligence du défendeur dans sa gestion des négociations, et donc, que le traité bilatéral existant entre les deux pays avait été violé, ouvrant le droit à une indemnisation de la reliance du demandeur.

Ce cas montre ainsi que la responsabilité d'une des parties à une négociation peut être engagée dès lors qu'elle adopte un comportement fautif au cours de la négociation, en n'agissant de mauvaise foi ou négligemment. Par ailleurs, en privilégiant une application de l'article 2.1.14 (au lieu de l'article 2.1.15), le tribunal rappelle que le principe de mauvaise foi (*bad faith*) doit être interprété restrictivement⁶⁶⁷.

« La notion de pertes est plus restrictive que celle de préjudice telle qu'énoncée à l'article 7.4.2 des Principes d'UNIDROIT. Cependant les règles gouvernant l'indemnisation de l'inexécution contractuelle sont également applicables par analogie à des situations dans lesquelles le droit à l'indemnisation naît avant la finalisation du contrat (voir articles 2.1.15, 2.1.16 et 3.2.16) »⁶⁶⁸.

909 En droit commercial international, le terme d'accord doit s'entendre de manière très large en ce qu'il peut couvrir depuis le plus simple, jusqu'aux plus complexe des accords. De même, les accords préliminaires peuvent revêtir de nombreuses formes comme la lettre d'intention, le *memorandum of understanding*, etc. La nature juridique (et leur force obligatoire) dépend en réalité, non pas de la forme, mais plutôt du contenu et varie selon les régimes juridiques⁶⁶⁹.

⁶⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶⁶ *PSEG Global Inc c. Turquie* (CIRDI, No ARB/02/5), Sentence, 19 janvier 2007

⁶⁶⁷ VOGENAUER Stefan, *op. cit.*, Note n° 134, p. 361.

⁶⁶⁸ VOGENAUER Stefan, *op. cit.*, Note n° 135, p. 361.

⁶⁶⁹ VOGENAUER Stefan, *op. cit.*, Note n° 141, p. 362. Pour plus de détails, voir FARNSWOTH Edward.A., *Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*, 1987, 87 *Colum LRev* 217, p. 249-269 ; voir aussi ICC Paris, n°8540, Sentence, 4 septembre 1996.

2. Le point de vue des praticiens

910Lorsqu'on leur demande quels moyens juridiques ils utilisent pour accroître la force obligatoire du contrat et rendre son inexécution dissuasive aux yeux du débiteur, voici ce que répondent les avocats qui interviennent dans des procédures d'arbitrage de commerce international sur des litiges concernant des fusions-acquisitions et des pactes entre actionnaires de nationalités différentes :

« C'est particulièrement difficile de faire exécuter des contrats négociés entre des entreprises, des dirigeants ou des actionnaires ayant des origines culturelles différentes. Il en va ainsi de Y face à son partenaire X ou de Groupe C face à son partenaire local Groupe D »⁶⁷⁰.

« Dans cette dernière affaire, il était prévu à l'avance que Monsieur AD transfère ses parts à Groupe C en 2012. Monsieur AD avait tenté de céder ses parts dans Groupe D à Carrefour sans en avertir Groupe C. Cela aurait dilué la participation de Groupe C dans Groupe D et empêché tout transfert au bénéfice de Groupe C. Groupe C a fait jouer la clause arbitrale en droit brésilien pour demander, non pas des dommages-intérêts, mais bien l'exécution forcée du transfert à son profit de cet actif stratégique. L'affaire n'a finalement pas donné lieu à une sentence arbitrale car elle a été transigée ainsi que le souhaitait Groupe C.

Il y a une tendance à mon avis accrue à assurer l'effectivité des clauses, la specific performance, des contrats tant aux Etats-Unis qu'en France. Même en fusions-acquisitions où la jurisprudence était traditionnellement favorable aux dommages-intérêts, on assiste à des décisions de plus en plus favorables à l'exécution forcée »⁶⁷¹.

Section 4 : Considérations concernant les clauses de rupture communes aux trois droits

911Les clauses de rupture (*break up fees*) ont été progressivement introduites dans divers types de contrats d'affaires. Commençons par évoquer avec Maxime Mekki-Kaddache, Lucile Lam et Wanissa Nemsy⁶⁷², quelques questions auxquelles sont confrontés les praticiens.

⁶⁷⁰ Praticien n°1 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 2, p. 64.

⁶⁷¹ Praticien n°2 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 2, p. 64.

⁶⁷² MEKKI-KADDACHE Maxime, LAM Lucile, NEMSI Wanissa, Break-up Fees in Business Agreements, in. *QuickCounsel*, 23 octobre 2014.

1. Quand les clauses de frais de rupture sont-elles utilisées ?

912 Les clauses de frais de rupture sont utilisées dans les lettres d'intention, les accords préliminaires, ainsi que dans les conventions d'option. Les clauses de frais de rupture apparaissent pour la première fois dans le cadre des prises de participations dans des sociétés cotées et en particulier dans les accords conclus par les actionnaires d'une entreprise cible lorsque ceux-ci se sont engagés à apporter leurs actions à une offre de rachat. Ces clauses ont généralement été incluses pour conclure un contrat de rachat, pour augmenter le capital social ou dans un appel public à l'épargne. Elles ont maintenant une portée d'application plus large et se retrouvent également dans divers accords liés à des entreprises non cotées ainsi qu'à des accords industriels ou des projets de construction.

2. Quand est-il opportun d'entrer dans un accord portant sur les frais de rupture ?

913 La disposition sur les frais de clôture est généralement conclue le plus tôt possible pendant les négociations. Dans le cadre d'une offre publique, elle peut également être ajoutée au cours du processus d'appel d'offres.

3. Qui paie les frais de rupture ?

914 Habituellement, le bénéficiaire de l'offre de l'option ou de tout engagement pré-contractuel doit payer les frais de rupture. Cependant, avec la concurrence croissante entre les fonds d'investissement participant aux offres publiques, celui qui fait occasionnellement l'offre doit payer les frais de rupture. Les frais sont alors appelés frais de rupture inversés. Dans le cas d'un appel public à l'épargne, la société cible accepte parfois de payer des frais de rupture lorsque le conseil d'administration décide d'accepter une offre concurrente. Les frais de rupture mutuels sont également possibles (comme le montre la transaction *NYSE / Euronext* par exemple), mais ils semblent plutôt rares.

4. Quel événement implique l'application de la clause de frais de rupture ?

915 Les parties peuvent convenir de divers événements comme étant déclencheurs du paiement des frais de rupture. Ils incluent fréquemment :

- la rupture unilatérale et non justifiée des négociations par l'une des parties ;
- le choix par le vendeur d'un autre investisseur ou partenaire que celui qui a signé l'accord préliminaire ;
- une offre publique lorsque le bénéficiaire d'une offre préfère l'ouverture du capital au public à l'offre initiale d'investisseurs privés ; et
- la découverte, dans le cadre de la diligence raisonnable, d'un défaut de la société cible qui n'avait pas été divulgué précédemment. Les frais de

rupture ne nécessitent pas que les parties concluent l'opération en toutes circonstances.

5. Quand les frais doivent-ils être payés ?

916 Les parties peuvent lier le paiement à l'heure de survenance de l'événement déclencheur : par exemple, à 08:00 (dans un fuseau horaire sélectionné) du jour ouvrable suivant immédiatement l'événement déclencheur.

Section 5 : Essai de barème d'indemnisation à partir d'une étude empirique

1. La rupture abusive des pourparlers en fusions et acquisitions

917 En droit français, l'article 232-7 du Règlement Général de l'Autorité des Marchés Financiers n'étant pas pertinent dans certains secteurs de l'économie tels que les projets de construction ou les accords industriels, il convient de prendre en compte les spécificités de ces secteurs avant d'exporter les clauses de frais de rupture.

918 Nous avons vu que dans certains cas les faits permettent au juge d'accorder à la partie la plus diligente le remboursement de ses frais voire l'indemnisation de son préjudice d'image ou de sa perte de chance. Que faire dans les cas où cette partie a convaincu le juge de l'existence de son préjudice mais ne dispose que d'éléments qualitatifs ne permettant pas d'évaluer précisément le *quantum* ? Le juge peut évidemment décider de ne rien accorder. Il peut aussi souhaiter s'appuyer sur un barème officieux comme il le ferait dans les cas des préjudices corporels ou des procédures prudhommales.

919 Dans ces cas, en France, le chiffre de 2% (expliqué plus haut en 2.2. La clause de *break-up fee* concernant des sociétés cotées) de la valeur de la transaction pourrait servir de base à l'élaboration d'un barème simple pour les transactions sur les titres d'une société qu'elle soit publique ou privée : cession, acquisition, fusion-absorption, augmentation (ou réduction) de capital. A partir de ce chiffre pivot nous imaginons une fourchette qui tiendrait compte de la gravité perçue de la rupture et du dommage occasionné. A titre d'illustration, le barème pourrait commencer entre 0 et 1% lorsque les pourparlers sont récents (quelques mois) et/ou peu formalisés pour atteindre 3 à 4% lorsque les pourparlers sont anciens (plusieurs années) et plus formalisés, sans pour autant remplir les conditions d'indemnisation de la perte de chance tel qu'il a été dit plus haut.

Quel est le montant des frais de rupture ?

920 En de rares occasions, les frais de rupture peuvent correspondre soit à un remboursement des frais payés aux banques, aux conseils et à d'autres prestataires soit à la différence entre l'offre initiale et une offre ultérieure. « Ils

sont la plupart du temps d'un montant déterminé ; c'est-à-dire qu'il n'y a pas d'évaluation directe des dommages ; c'est purement le prix d'une option qu'une partie est prête à payer pour une violation potentielle à laquelle elle préfère procéder »⁶⁷³ ou - à l'inverse - la peine demandée par l'autre partie (souvent la cible ou le vendeur) pour la même infraction parce qu'elle préférerait réellement conclure l'affaire. Cette dernière interprétation est mise en évidence par le tableau ci-dessous mentionnant les plus importants frais inversés de rupture.

921 En droit américain, il existe une quantité importante de données statistiques pour étayer une proposition générale selon laquelle les frais se cantonnent habituellement dans la fourchette de 3% à 4%. Une variété d'études rapportées par David Fox a montré que « les frais de résiliation médians en pourcentage de la valeur de la transaction se situaient régulièrement entre 3,2% et 3,4% au cours des quatre dernières années. Les frais mesurés par la valeur de l'entreprise ont été également stables entre 3,1% et 3,3% au cours de la même période »⁶⁷⁴. Les études ont également montré qu'à « mesure que la taille de l'opération augmente, les frais, mesurés en pourcentage, ont tendance à diminuer en raison du montant absolu, plutôt que relatif (pourcentage) des frais dans les contrats très importants »⁶⁷⁵. Alors que le vice-chancelier Leo Strine a critiqué, dans une décision importante de 2005, le fait que « lorsque les décideurs travaillent avec des valorisations (d'entreprises) importantes, ils peuvent se laisser aller à des frais de résiliation prohibitifs commençant par 'b' plutôt que 'M' »⁶⁷⁶.

922 Bien que les données statistiques aient une certaine valeur de référence, notamment en raison de leur cohérence pendant des longues périodes, les tribunaux du Delaware ont résisté à fournir un critère éclairant ou une fourchette fixe afin d'établir le caractère raisonnable des frais de rupture. Dans un ensemble relativement restreint de décisions, les tribunaux du Delaware ont confirmé les frais de rupture dans la fourchette de valeur de l'actif de 3% à 4%⁶⁷⁷. Sur quelques-unes des rares occasions où un juge du Delaware a examiné des frais de rupture en dehors de cette fourchette, le tribunal :

- a déclaré licite un tarif de 4,4% décrivant qu'il était « près de l'extrémité supérieure d'une fourchette « conventionnellement acceptée »⁶⁷⁸ ;
- a rejeté la légalité d'une redevance de 6,3% en relevant qu'elle « semble étirer la définition de la portée du caractère raisonnable (...) au-delà de son point de rupture »⁶⁷⁹ ;

⁶⁷³ MEKKI-KADDACHE Maxime, LAM Lucile, NEMSI Wanissa, Break-up Fees in Business Agreements, in. *QuickCounsel*, 23 octobre 2014.

⁶⁷⁴ FOX David, Breakup Fees - Picking Your Number, *Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*, 11 septembre 2012.

⁶⁷⁵ *Idem*.

⁶⁷⁶ Le b fait référence à *billions* (milliards) et le M à *millions*. Delaware Court of Chancery, *In re Toys "R" Us, Inc. Shareholders*, Cons. C.A. No. 1212-N, Filing ID 6085566, 877A.2d 975, 1015, 24 juin 2005.

⁶⁷⁷ 3% in *Cogent*, 3.3% in *MONY*, 3.75% in *Toys "R" Us* and 4.3% in *Topps*.

⁶⁷⁸ Delaware Court of Chancery, *In re Answers Corp. Shareholders*, Case No. 6170-VCN, Transaction ID 36970093, April 11, 2011.

⁶⁷⁹ Delaware Court of Chancery, *Phelps Dodge Corp. v. Cyprus Amax Minerals Co.*, C.A. No. 17398, 27 septembre 1999.

- a qualifié une taxe de 5,5% comme « testant les limites de ce que ce tribunal a jugé être dans une fourchette raisonnable pour les frais de rupture »⁶⁸⁰.

923 Cela dit, les tribunaux du Delaware⁶⁸¹ ont régulièrement retenu que la validité de frais de rupture était le fruit d'une enquête factuelle spécifique et qu'il ne s'agissait pas d'une question de cohérence avec les fourchettes statistiques⁶⁸² :

- le chancelier William Chandler a dès lors souligné un certain nombre de facteurs que le tribunal prendra en considération, y compris :
*« La taille globale des frais de résiliation, ainsi que sa valeur en pourcentage ; le bénéfice des actionnaires, y compris une prime d'acquisition que les dirigeants cherchent à protéger ; la taille absolue de la transaction, ainsi que la taille relative des partenaires à la fusion ; le degré auquel une contrepartie a constaté que ces protections étaient essentielles à l'accord et ce compte tenu des différences de pouvoir de négociation ; et le pouvoir prohibitif ou coercitif de toutes les protections incluses dans une transaction »*⁶⁸³. Il a en outre conclu en disant que *« l'enquête, par sa nature très intense, ne peut être réduite à une équation mathématique »*⁶⁸⁴ ;
- dans un litige récent, le tribunal a refusé de rejeter les demandes de frais de rupture cumulés qui atteignaient au moins 13%, au motif que certains facteurs justifiaient des frais supérieurs à la normale. Ces facteurs comprennent l'obtention par le conseil d'administration d'une renonciation aux droits de l'acquéreur, ce qui a rendu possibles des transactions alternatives ; un processus long de 18 mois pour rechercher des alternatives stratégiques ; et tous les administrateurs, sauf un, étant indépendants tout en possédant une participation importante dans l'entreprise⁶⁸⁵.

924 Les acquéreurs potentiels peuvent aussi payer des frais de rupture inversés.

925 Tel a été le cas lorsque *AT&T* a accepté de payer, en vertu d'un accord contenant une clause de frais de rupture, des frais de rupture inversés de 6 milliards USD au cas où l'offre de 39 milliards USD qu'ils avaient faite sur *T-Mobile* ne réussissait pas. L'offre n'ayant pas abouti, *AT&T* a dû payer ces frais, l'autorité antitrust s'étant opposée à l'opération. La promesse formulée par *AT&T* a été rendue juridiquement obligatoire par un contrat ainsi que Steven Davidoff le qualifie dans un article de

⁶⁸⁰ Delaware Court of Chancery, *In re Comverge, Inc. Shareholders*, 2014 WL 6686570, 25 novembre 2014.

⁶⁸¹ Voir les nombreuses exceptions citées dans le tableau ci-après.

⁶⁸² Voir les nombreuses exceptions citées dans le tableau ci-après.

⁶⁸³ Delaware Court of Chancery, *In re Caremark RX Inc. Shareholders*, C.A. No. 2635-N. Transaction ID 13909563, 23 février 2007.

⁶⁸⁴ *Idem*.

⁶⁸⁵ Delaware Court of Chancery, *In re Comverge, Inc. Shareholders*, cited in Fried Frank Client Memorandum « Termination Fees: Possible Expanded Judicial Flexibility—Comverge, Practice Tips, and Ideas for Structuring », 3 février 2015.

journal⁶⁸⁶. Il s'agit en fait d'un accord portant sur une société dont le capital n'est pas accessible au public puisque *Deutsche Telekom* possédait 100% de *T-Mobile*.

926 Un autre exemple est celui de *Google* qui a accepté de payer au terme d'une clause des frais de rupture inversés de 25%, si leur acquisition de *Motorola* n'allait pas à son terme. La transaction a finalement été conclue et *Google* n'a pas dû payer ces frais.

927 Le tableau suivant présente les transactions avec les plus importants frais de rupture inversés par ordre décroissant en fonction du montant des frais en dollars américains⁶⁸⁷.

Description de la transaction	Date de signature	Valeur de la transaction au moment de la signature	Frais de rupture inversée	Conditions le pour paiement de frais
L'acquisition d'actions de <i>Vodafone Americas Finance 1 Inc.</i> par <i>Verizon Communications Inc.</i> (propriétaire indirect de toutes les participations de <i>Vodafone</i> dans <i>Cellco Partnership d / b / a Verizon Wireless</i>) de <i>Vodafone Group Plc</i>	2 septembre 2013	130 milliards USD	Variable: 1,55 milliard EUR (1.19% de la valeur de la transaction), 4,65 milliards USD (3.58%), 10 milliards USD (7.69%) ou un remboursement des dépenses jusqu'à 1,55 milliard USD	<i>Verizon</i> paye les frais de 1,55 milliard USD si ses actionnaires rejettent la transaction. <i>Verizon</i> paye les frais de 4,65 milliards USD s'il y a un changement de recommandation pour la transaction. <i>Verizon</i> paie les frais de 10 milliards USD si <i>Vodafone</i> met fin à l'accord parce que le produit complet de tout financement par emprunt n'est pas disponible pour <i>Verizon</i> et <i>Vodafone</i> était prêt, disposé et capable de signer. Les frais de 10 milliards USD constituent l'indemnisation exclusive pour <i>Vodafone</i> afin de financer l'échec, mais seulement si cela ne résulte pas de la violation volontaire et effective par <i>Verizon</i> de son engagement de financement <i>Verizon</i> doit payer le remboursement des frais si <i>Vodafone</i> résilie l'accord en raison d'une violation par <i>Verizon</i> qui entraîne une défaillance d'une condition de signature
<i>Pfizer Inc.</i> acquisition de <i>Wyeth</i> via une fusion	25 janvier 2009	68 milliards USD	4.5 milliards EUR (6.62% de la valeur de la transaction)	<i>Pfizer</i> paye les frais si toutes les conditions (autres que la condition de financement) à l'accord de fusion sont satisfaites et si <i>Pfizer</i> ne parvient pas à signer dans la période spécifiée
<i>AT&T Inc.</i> acquisition d'actions de <i>T-Mobile USA, Inc.</i> de <i>Deutsche Telekom AG</i>	20 mars 2011	39 milliards USD	3 milliards USD en espèces (7,69% de la valeur de la transaction), plus une obligation de conclure un contrat d'itinérance et de transférer un certain spectre sans fil	<i>AT&T</i> paie les frais et exécute les autres obligations si: - L'acquisition n'a pas été signée à la date d'échéance ou une norme gouvernementale interdit la clôture ; - <i>Deutsche Telekom</i> met fin à l'accord en raison de l'échec intentionnel d' <i>AT&T</i> de mauvaise foi des clauses et accords relatifs à certains documents déposés par le gouvernement. Dans les deux cas, les conditions de signature relatives aux consentements réglementaires ou à l'absence de norme gouvernementale ou à la condition de signature d' <i>AT&T</i> relatives aux normes gouvernementales ne doivent pas être satisfaites
<i>Merck & Co., Inc.</i> acquisition de	8 mars 2009	41.1 milliards	Variable : 1.25 milliards USD	<i>Merck</i> verse le paiement des frais et des dépenses de 1,25 milliard USD aux termes d'un changement de

⁶⁸⁶ DAVIDOFF SOLOMON Steven, AT&T's Battle for T-Mobile is political as well as legal, in. *Mergers & Acquisitions, The Deal Professor*, New York Times, 6 septembre 2011.

⁶⁸⁷ Thomson Reuters, « *Largest Reverse Break-up Fees in M&A History* » *Practical Law*, September 12, 2013.

<i>Schering-Plough Corporation</i> via une fusion		USD	(3.04% de la valeur de la transaction) ou 2.5 milliards USD (6.08%) et un remboursement des frais pouvant aller jusqu'à 150 millions USD	recommandation et d'une proposition d'acquisition concurrente <i>Merck</i> verse le remboursement des frais et des dépenses de 2,5 milliards USD s'il ne parvient pas à signer en raison d'un échec du financement. <i>Merck</i> paie le remboursement des dépenses seul s'il n'est autrement pas payable et que <i>Merck</i> a violé, n'a pas réussi à signer à la date butoir ou n'a pas réussi à obtenir l'approbation des actionnaires
Google Inc. acquisition de Motorola Mobility Holdings, Inc. via une fusion	15 août 2011	12.5 milliards USD	2.5 milliards USD (25% de la valeur de la transaction)	<i>Google</i> paie les frais si le contrat de fusion est résilié parce qu'un <i>restraining order</i> est émis sur la base d'une loi antitrust ou la fusion n'est pas conclue à la date butoir quand aucune condition de clôture liée à la législation antitrust n'a été satisfaite
<i>Berkshire Hathaway</i> et <i>3G Capital</i> acquisition de <i>H.J. Heinz Company</i> via une fusion	13 février 2013	28 milliards USD, incluant l'hypothèse d'une dette	1.4 milliard USD (5.00% de la valeur de la transaction)	Les acheteurs payent les frais s'ils ne parviennent pas à signer lorsque les conditions de conclusion du contrat ont été remplies. Si l'échec de la signature est dû à un échec du financement, les acheteurs ont tout d'abord quatre mois pour contester l'action les prêteurs
<i>Mars, Incorporated</i> acquisition de <i>Wm. Wrigley Jr. Company</i> via une fusion	28 avril 2008	23 milliards USD	1 milliard USD (4.35% de la valeur de la transaction)	<i>Mars</i> paie les frais si sa violation entraîne une défaillance d'une condition de signature, s'il ne parvient pas à signer la fusion avant la fin de la période de commercialisation lorsque d'autres conditions de signature ont été satisfaites, ou si la date butoir est échue et certaines conditions de signature, y compris l'approbation antitrust, n'ont pas été satisfaites
<i>Exelon Corporation</i> acquisition de <i>Constellation Energy Group, Inc.</i> via une fusion	28 avril 2011	7.9 milliards USD	800 millions USD (10.13% de la valeur de la transaction)	<i>Exelon</i> paie les frais dans des circonstances impliquant un changement de recommandation et une proposition d'acquisition concurrente
<i>Equity Residential</i> et <i>AvalonBay Communities, Inc.</i> acquisition d'un portfolio d'appartements de <i>Archstone Enterprise LP</i>	26 novembre 2012	16 milliards USD, incluant l'hypothèse d'une dette de 9,5 milliards USD	650 millions USD (4.06% de la valeur de la transaction), montant à 800 millions USD (5,00%) si la signature initiale n'a pas lieu dans un délai de 60 jours commençant à courir à partir de la date de la signature	Les acheteurs payent les frais pour défaut de signature ou une violation qui cause un échec de la condition de signature
<i>The Dow Chemical Company</i> acquisition de <i>Rohm and Haas Company</i> via une fusion	10 juillet 2008	15.3 milliards USD	750 millions USD (4.90% de la valeur de la transaction)	La <i>Dow Chemical Company</i> paie les frais si la fusion n'est pas signée avant la date butoir ou une injonction interdit la transaction une fois que les autres conditions de signature ont été remplies
<i>IntercontinentalExchange, Inc.</i> (<i>ICE</i>) acquisition de <i>NYSE Euronext</i> via une fusion.	20 décembre, 2012 (modifié et mis à jour le 19 mars 2013)	8.2 milliards USD	Variable : 100 millions USD (1.22% de la valeur de la transaction), 300 millions USD (3.66%), 450 millions USD	<i>ICE</i> paie les frais de 100 millions USD s'il ne parvient pas à obtenir l'approbation des actionnaires et qu'aucun autre frais de rupture inversés n'est payable. À moins que les frais de rupture inversés de 750 millions USD ne soient payables, <i>ICE</i> paie les frais de 300 millions USD, moins les frais de 100 millions USD qu'il aurait précédemment payés ou qui seraient payables, dans

			(5.49%) ou 750 millions USD (9.15%)	des circonstances impliquant un changement de recommandation et une proposition d'acquisition concurrente. <i>ICE</i> verse l'investissement de 450 millions USD s'il apporte une modification de la recommandation à ses actionnaires en réponse à un événement futur. <i>ICE</i> paie les frais de 750 millions USD en cas d'échec de l'obtention des autorisations antitrust requises ou de l'approbation de la réglementation et la fusion n'est pas conclue pas à la date de signature, il existe une ordonnance définitive non susceptible d'appel restreignant définitivement la fusion ou l'échec volontaire et importante de <i>ICE</i> dans l'exécution de l'un de ses engagements ou accords constitue la principale cause de l'incapacité d'obtenir les autorisations antitrust requises ou l'approbation
--	--	--	-------------------------------------	--

928L'observation des 11 transactions ci-dessus, détaillant uniquement les frais les plus importants (et donc les plus atypiques) payables en vertu des accords respectifs, ne peut certainement pas nous conduire à un barème référencé standard. Cependant, elle aide certainement à catégoriser les frais de rupture inversés de la manière suivante :

- quatre sont payables pour l'échec du financement (*Verizon Wireless, Pfizer / Wyeth, Merck / Schering-Plough* et *Heinz LBO*) ;
- trois sont payables pour antitrust ou autre échec réglementaire (*AT&T* a finalement mis fin à l'acquisition de *T-Mobile*, *Google* de *Motorola Mobility* et *ICE* de *NYSE*) ;
- trois sont payables en raison de toute violation qui empêche le *closing* (*Mars / Wrigley*, la vente immobilière d'*Archstone Enterprise* et *Dow Chemical / Rohm et Haas*) ;
- un est payable dans des circonstances semblables à celles qui déclenchent le paiement d'une redevance de répartition ordinaire et fiduciaire (*Exelon / Constellation Energy*).

929De tous ces frais de rupture, un seul est structuré comme un droit d'option « pur », les frais payables dans l'affaire *Mars / Wrigley*. Comme le résume un analyste de *Thomson Reuters* « la plupart des entreprises ciblées et les vendeurs conservent le droit d'exécution en nature avant de permettre à l'acheteur de sortir de l'opération »⁶⁸⁸.

930Pour résumer, l'analyse ci-dessus nous conduit à deux échelles pour les frais de rupture en pourcentage de la valeur de la transaction :

- une première échelle environ entre 1% et 3%, validée par la jurisprudence française ;
- une seconde échelle environ entre 3% et 5%, validée par la jurisprudence américaine.

⁶⁸⁸Thomson Reuters, « *Largest Reverse Break-up Fees in M&A History* » *Practical Law*, September 12, 2013.

931 Une recherche empirique avec plus d'analyses statistiques serait nécessaire pour essayer de trouver des corrélations entre les frais de rupture validés par la jurisprudence (en termes absolus ou relatifs) et les facteurs énumérés par la *Chancery Court* du Delaware, tels que :

- l'avantage pour les actionnaires, y compris une prime que les administrateurs cherchent à protéger ;
- la taille absolue de la transaction, ainsi que la taille relative des partenaires à la fusion ;
- la mesure dans laquelle une contrepartie a constaté que ces protections étaient cruciales pour l'affaire, compte tenu des différences de pouvoir de négociation ; et
- le pouvoir prohibitif ou coercitif de toutes les protections incluses dans une transaction, prise dans son ensemble.

2. Analyse empirique de la jurisprudence en droit français : rupture abusive des pourparlers, violation d'un engagement à négocier ou à contracter

932 La Situation 1, telle que nous l'avons définie, comprend tous les cas dans lesquels les parties ont entamé des négociations (sur un contrat existant ou un nouveau contrat) qui échouent finalement pour cause de rupture des pourparlers par l'une des parties. Nous avons extrait les cas pertinents des bases de données en utilisant plusieurs combinaisons des mots-clés suivants (liste non exhaustive): « pré-contrat » ; « engagement à négocier » ; « rupture des pourparlers » ; « fusion et acquisition » ; « joint venture » ; « droit de préemption » ; « droit de premier refus » ; « clause d'exclusivité » ; « performance insuffisante du contractant » ; « responsabilité contractuelle » ; « mauvaise foi » ; « dommages-intérêts ».

933 Sur les 150 premiers cas pertinents ainsi obtenus entre 1990 et 2016, nous avons tout d'abord sélectionné au hasard un cas sur cinq. Sur l'échantillon des 30 cas sélectionnés, nous avons trouvé 12 cas accordant des dommages-intérêts (40%)⁶⁸⁹ et 18 n'accordant aucun dommage et intérêt⁶⁹⁰.

934 Ensuite, nous avons extrait un autre échantillon de 30 cas⁶⁹¹ (quelques-uns pouvant se retrouver dans les deux échantillons) dans lequel nous avons volontairement surpondéré les arrêts octroyant des dommages-intérêts afin d'analyser plus en détail les raisons du « succès » du demandeur et les *quantum*. Nous avons cependant gardé quelques cas n'accordant pas de dommages-intérêts afin d'évaluer les raisons de l'« échec » du demandeur. Sur ces 30 cas, 27 quantifient la demande et 21 (70%)⁶⁹² accordent effectivement des

⁶⁸⁹ Nous utiliserons souvent le symbole *G/NoG* (*Grant/NoGrant* ou *win rate*) pour définir la probabilité d'obtenir une indemnisation, autrement dit la probabilité que la justice reconnaisse à la fois l'existence d'un dommage chez le demandeur et la responsabilité du défendeur.

⁶⁹⁰ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 3.

⁶⁹¹ Ces cas ont été référencés par nos soins de 1F01 à 1F30.

⁶⁹² Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 4.

dommages-intérêts⁶⁹³. C'est sur cette base que nous avons mené toutes les analyses détaillées dans la présente section.

935 Nous avons d'abord analysé pourquoi les tribunaux accordaient des dommages-intérêts, en particulier des dommages-intérêts indemnifiant le gain manqué. Les tribunaux sont réticents à accorder une indemnité au seul motif de rupture des pourparlers. Dans près d'un cas sur deux, ils requalifient la « rupture » de « violation contractuelle », notamment lorsque la négociation est suffisamment avancée - ou la relation antérieure est suffisamment longue - pour considérer que les parties étaient parvenues à un accord.

936 Toutefois, la mauvaise foi ou le comportement immoral du défendeur ressort comme le facteur unique le plus important. Dans plus de la moitié des cas, il est explicitement mentionné pour accorder des dommages-intérêts au demandeur⁶⁹⁴. Cela semble confirmer que certains dommages-intérêts compensatoires sont effectivement des dommages-intérêts punitifs déguisés. À l'inverse, une demande déraisonnable de la part du demandeur sera probablement disqualifiée. Ces deux facteurs expliquent la plupart des cas avec le plus grand écart par rapport au ratio moyen indemnisation/demande ou G/C⁶⁹⁵. Nous avons défini ce ratio comme le pourcentage d'une indemnisation réellement prononcée par le tribunal par rapport à la demande formulée.

937 L'échantillon de cette Situation 1 a été le plus complexe pour obtenir des données quantitatives précises, mais il a donné des résultats très intéressants. En effet, les arrêts comportent des dommages-intérêts compensatoires réparant différents types de préjudice : le gain manqué (*Expectation General Damages*, EGD), la perte de chance (*Expectation Consequential Damages*, ECD), la perte subie (*Reliance Damages*, RD) et, plus rarement, la restitution du bénéfice injustifié. Presque tous les cas demandent des EGD. Parmi eux, 10 réclament aussi des RD, 4 réclament des ECD et 4 réclament les trois types de dommages-intérêts. Les dommages-intérêts de restitution ne sont réclamés qu'une fois dans notre échantillon. Les chiffres sont à peu près les mêmes pour les dommages-intérêts accordés, sauf qu'aucun cas n'accorde les trois types de dommages-intérêts compensatoires et seulement deux arrêts accordent des RD⁶⁹⁶.

938 Cependant, l'étude des *quantum* donne une perspective entièrement différente, notamment si l'on se concentre sur la répartition entre EGD et RD. Alors que les EGD et les RD représentent respectivement 76% et 24% des demandes, les proportions sont inversées pour les indemnisations accordées : 26% pour les

⁶⁹³ Même remarque que dans la note relative au ratio *G/NoG* ci-dessus.

⁶⁹⁴ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 5. Sur ce point, la jurisprudence a, en quelque sorte, anticipé la réforme du droit des obligations mise en oeuvre en Octobre 2016. Les proportions varient toutefois selon les Situations en France : 54% dans la Situation 1, 23% dans la Situation 2 et 100% dans la Situation 3 ; voir aussi en Troisième Partie, le Chapitre II : Atteinte à la réputation et le Chapitre III : Activité sans base établie (*New Business Rule*).

⁶⁹⁵ Nous utiliserons souvent le symbole *G/C* (*Grant/Claim* ou *recovery rate*) pour définir le ratio entre le montant des dommages-intérêts obtenus et la demande effectuée.

⁶⁹⁶ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 7.

EGD contre 74% pour les RD⁶⁹⁷. Cela confirme la théorie selon laquelle, une fois que le défendeur est jugé responsable de la rupture abusive des pourparlers, les dommages-intérêts indemnifiant la perte subie sont presque toujours accordés car le demandeur peut facilement fournir au tribunal les justificatifs des sommes qu'il a engagées en vue ou sur la base de la négociation, alors qu'il lui est beaucoup plus difficile de prouver et d'obtenir le recouvrement des gains manqués - *a fortiori* de la perte de chance.

939 Les *quantum* ont été analysés pour chaque type de demande (en USD constants 2016) :

- les RD ont été réclamés pour une moyenne de 1,8 million USD et une médiane de 160 K USD ;
- les EGD ont été réclamés pour une moyenne de 9,0 millions USD et une médiane de 730 K USD ;
- les ECD ont été réclamés pour une moyenne de 7,0 millions USD et une médiane de 995 K USD.

940 Le ratio G/C a été analysé pour chaque type de dommages-intérêts compensatoires :

- les RD ont été accordés avec un ratio G/C moyen de 93%; tous les cas ont accordé 100% de la demande, sauf un qui a accordé 50% ;
- les EGD ont été accordés dans la moitié des cas avec un ratio G/C moyen de 29% ;
- la plupart des demandes ECD ont échoué. Une seule a réussi avec un G/C de 40% ; c'est l'affaire 1F1 (*MPA c. Pavie*⁶⁹⁸) dans laquelle le défendeur faisant preuve d'une mauvaise foi évidente a été condamné à des dommages-intérêts particulièrement élevés dans tous les chefs de préjudice.

941 Dans l'échantillon, nous avons choisi des cas entre 1990 et 2016 afin d'analyser l'évolution des *quantum* et ratios dans le temps. On constate que le ratio G/C pour les EGD augmente de façon continue. Nous avons réparti les arrêts en trois sous-échantillons de taille similaire sur trois périodes de temps successives, le résultat a été extrêmement éloquent en donnant respectivement des valeurs moyennes de 26%, 33% et 40%⁶⁹⁹.

942 Au fur et à mesure que le *quantum* de la demande augmente, on constate une baisse de la probabilité de gagner de 67% à 57% pour des *quantum* respectivement inférieurs ou supérieurs à 1 200 K EUR⁷⁰⁰ :

- toutefois, on ne constate pas une corrélation très claire entre le *quantum* demandé et le ratio G/C ;
- les interprétations peuvent être de plusieurs ordres : tout d'abord lorsque l'enjeu économique augmente le défendeur investit lui aussi plus de

⁶⁹⁷ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 8.

⁶⁹⁸ CA Paris, 10 janvier 1990, *Mazars-Pavie et Associés c. Albert pavie*, Dalloz, 89/13910, notre Réf. 1F1.

⁶⁹⁹ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 10.

⁷⁰⁰ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 11.

moyens ; lorsque le *quantum* demandé augmente, l'écart se creuse avec la défense ; la décision du juge reflète cet écart croissant. Par ailleurs, on ne peut exclure que le juge répugne à accorder des dommages-intérêts trop importants : s'agit-il d'une certaine méfiance face aux effets d'aubaine potentiels et d'une formation économique insuffisante ou au contraire d'une volonté délibérée de favoriser la libre entreprise des parties ? Seule une étude comportementale qualitative et quantitative - hors du champ de la présente étude - permettrait de répondre plus précisément à cette question.

943 Il existe une corrélation claire entre la sophistication de la méthodologie utilisée par le demandeur et son succès en justice. Nous avons codé chaque demande avec une note de sophistication allant de 1 à 4.

- 1) Le demandeur donne un *quantum* global sans aucun détail ni justification.
- 2) Le demandeur détaille le *quantum* entre plusieurs catégories de dommages ou indique que sa demande tient compte plusieurs facteurs, mais il ne précise pas comment.
- 3) Le demandeur prend en compte plusieurs facteurs et explique comment ils déterminent sa demande en utilisant des méthodes de calcul simples.
- 4) Le demandeur prend en compte plusieurs facteurs et explique comment ils déterminent sa demande en utilisant des méthodes de calcul variées et/ou sophistiquées.

La chance d'obtenir une indemnisation augmente de 31% (4 cas sur 13) à 64% (7 cas sur 11) et le ratio G/C augmente de 23% à 42% lorsque la sophistication est respectivement de 1-2 et 3-4⁷⁰¹.

Comme on pouvait s'y attendre ce sont les cas les plus importants qui appellent les méthodologies les plus sophistiquées. Nous démontrons un peu plus loin que la corrélation (négative) entre le *quantum* demandé et le *quantum* obtenu est supérieure à la corrélation (positive) entre la sophistication de la méthodologie et le *quantum* obtenu.

944 Nous observons que la durée de la relation (contrat existant) ou des négociations (contrat nouveau) entre les parties a une influence déterminante sur la décision du tribunal d'ordonner des dommages-intérêts et sur le ratio G/C. En effet, lorsque la relation dure moins de 12 mois, seulement 20% des cas accordent des dommages-intérêts. Cependant, lorsque la relation dépasse 12 mois, le pourcentage augmente à 56%⁷⁰². En outre, ce rapport augmente de façon continue à mesure que la relation s'étend.

945 Il semble que les tribunaux soient réticents à accorder des dommages-intérêts dans les cas où le demandeur est une entreprise plus importante que le défendeur : 20% des cas seulement à comparer au 70% de moyenne dans notre échantillon global⁷⁰³.

⁷⁰¹ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 21.

⁷⁰² Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 12.

⁷⁰³ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 13.

946 Nous avons extrait et codé les données qualitatives des cas. Par exemple, nous avons classé chaque cas en fonction du type d'industrie du prestataire (distribution, service, construction, high-tech, fabrication). Les résultats sont surprenants car les cas de high-tech et de fabrication accordent proportionnellement moins de dommages-intérêts. Les arrêts concernant la distribution ont le ratio G/C le plus élevé (28%) et les arrêts concernant les services ont un ratio intermédiaire de 11,5%⁷⁰⁴.

947 Nous avons ensuite attribué un indice de risque à l'activité de chaque demandeur selon une série de facteurs tels que le secteur, la volatilité des prix du marché, l'âge et la taille de l'entreprise, etc. Cet indice varie de 1 (risque très faible) à 4 (risque très élevé). Là encore nos observations sont surprenantes : plus le risque du demandeur est faible, plus l'indemnisation accordée par les tribunaux est élevée. En effet, dans notre échantillon, les cas d'indice 1 ou 2 ont un ratio G/C moyen de 42%, contre 21% pour les cas d'indice 3 ou 4⁷⁰⁵.

948 Ces deux résultats semblent contredire la théorie économique selon laquelle les parties agissant sur un marché risqué et sans substitut évident devraient être plus largement indemnisées. Toutefois, la cohérence avec la théorie économique peut être rétablie avec une autre interprétation : ces corrélations paradoxales ne sont en rien des causalités ; elles viennent démontrer que les preuves sont plus facilement apportées par des entreprises établies de longue date évoluant dans des secteurs où les prix sont peu volatiles tels que la distribution ; à l'inverse, les startups dans les hautes technologies notamment auront plus de mal à démontrer leur préjudice. Cette remarque est en lien direct avec l'analyse de la *New Business Rule* en droit américain que nous aborderons, dans cette Troisième Partie, au Chapitre III : Activité sans base établie (*New Business Rule*).

949 En outre, nous avons comparé les indemnisations dans tous les cas entre la première instance et les décisions d'appel. Nous sommes parvenus à trouver des données complètes pour 23 des 30 cas de notre échantillon. 13 de ces 23 cas ont finalement accordé des dommages-intérêts en appel, dont 6 qui ont renversé une décision de première instance ne prononçant aucun dommage et intérêt, 2 qui ont augmenté le *quantum* accordé en première instance et 5 qui l'ont réduit⁷⁰⁶.

950 La répartition de ces cas au fil du temps est extrêmement éloquent. Nous avons réparti les cas entre deux périodes (1990-2004 et 2005-2016) et nous avons remarqué un changement clair dans les décisions de la Cour. En effet, avant 2005, la Cour d'appel a réduit le *quantum* de deux décisions sur trois (64%). Depuis 2005, les réductions ont complètement disparu et ont laissé place à des décisions plus tranchées portant sur la reconnaissance de responsabilité du défendeur : 56% des cas renversent la décision de première instance - en accordant une indemnisation qui était auparavant refusée ou en annulant l'indemnisation accordée - et 25% confirment l'absence d'indemnisation. Seuls

⁷⁰⁴ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 14.

⁷⁰⁵ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 15.

⁷⁰⁶ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 16.

19% des cas se contentent d'augmenter le *quantum* des décisions de première instance⁷⁰⁷.

3. Analyse empirique de la jurisprudence en droit américain : rupture abusive des pourparlers, violation d'un accord à négocier ou à contracter

951 **Description de l'échantillon.** Notre base de données initiale comprenait environ 150 cas. Après avoir sélectionné environ 1 cas sur 5 - en surpondérant les cas où le *quantum* est documenté pour les demandes et/ou les octrois de dommages-intérêts - notre base de données américaine se compose finalement de 35 cas pour la situation 1⁷⁰⁸. Elle comporte 11 cas pour lesquels le tribunal a accordé des dommages-intérêts et 24 où il n'en a accordé aucun⁷⁰⁹.

952 **Principales raisons d'octroi des dommages compensatoires.** Les cas présentés dans nos bases de données expliquent parfois les raisons pour lesquelles le tribunal a décidé d'accorder des dommages-intérêts EGD. Nous avons donc analysés ces explications tant lorsqu'elles sont clairement mentionnées que lorsqu'elles sont implicites dans la rédaction de la décision⁷¹⁰.

La première raison mentionnée dans la Situation 1 aux Etats-Unis est évidemment la reconnaissance d'un accord contraignant entre les parties ; soit entre un cas sur deux et deux cas sur trois.

Juste derrière, la mauvaise foi ou le comportement immoral du défendeur sont mentionnés dans environ un cas sur trois⁷¹¹. Cela est plus surprenant si l'on considère que, contrairement au droit civil français, en système de *common law*, il n'y a aucune obligation de négocier - ou même rompre - de bonne foi⁷¹². Aux Etats-Unis, le tribunal est censé accorder une indemnisation complète du préjudice causé par la violation du contrat. Que le contrat ait été négocié de bonne ou de mauvaise foi ne devrait en rien changer l'évaluation du préjudice. Celui-ci ne devrait laisser aucune place à une quelconque considération morale ni de quelconques *punitive damages*. L'analyse empirique suggère néanmoins que ces considérations sont bel et bien présentes dans le raisonnement du juge.

⁷⁰⁷ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 19.

⁷⁰⁸ Ces cas ont été référencés par nos soins de 1U01 à 1U35.

⁷⁰⁹ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 37.

⁷¹⁰ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 38.

⁷¹¹ Les proportions varient selon les Situations aux Etats-Unis : 29% dans la Situation 1, 20% dans la Situation 2 et 60% dans la Situation 3 ; voir aussi en Troisième Partie, le Chapitre II : Atteinte à la réputation et le Chapitre III : Activité sans base établie (*New Business Rule*).

⁷¹² Sauf bien sûr lorsque les parties le stipulent explicitement dans leur accord. Voir *PharmAthene, Inc. v. SIGA Technologies, Inc.*, 2011 WL 4390726, (Del. Ch. 2011), confirmé par *SIGA Technologies* 2013 WL 2303303 (Del. Supr. May 24, 2013).

953L'indemnisation du gain manqué (EGD) est proportionnellement plus modeste que celle de la perte subie (RD)⁷¹³ : un cas sur trois demandant une indemnisation du gain manqué (EGD) est indemnisé alors que la quasi-totalité des cas demandant une indemnisation de la perte subie (RD) le sont. Par ailleurs, les ratios G/C moyens pondérés pour l'EGD et la RD sont respectivement de 20% et 34% et, si l'on considère uniquement les cas indemnisés, l'écart est encore plus important avec respectivement 46% et 83%⁷¹⁴.

Bien entendu ces ratios s'appliquent sur des *quantum* très différents :

- en USD courants :
 - o la demande moyenne de dommages-intérêts pour gain manqué s'élève à 743 millions USD et l'indemnisation moyenne obtenue est de 146 millions USD (20%) ;
 - o la demande moyenne de dommages-intérêts pour perte subie s'élève à 2,5 millions USD, et l'indemnisation moyenne obtenue est de 1,1 million USD (46%) ;
- en dollars constants 2016 :
 - o la demande moyenne de dommages-intérêts pour gain manqué s'élève à 62 millions USD et l'indemnisation moyenne obtenue est de 21 millions USD (34%) ;
 - o la demande moyenne de dommages-intérêts pour perte subie s'élève à 0,6 million USD, et l'indemnisation moyenne obtenue est de 0,5 million USD (83%).

Ces résultats sont conformes à ceux de la Situation 1 des autres juridictions, en particulier en France.

Certains ratios G/C peuvent atteindre des sommets bien supérieurs à 50%. Cela signifie que si le standard de « certitude raisonnable » est atteint, le demandeur peut recouvrer la plus grande partie de sa demande non seulement sur le fondement de la perte subie, mais aussi pour le gain manqué : « lorsque les termes sont suffisamment précis dans l'accord des parties, l'indemnisation du gain manqué peut être accordée » (accord de Type I).

954Une baisse historique des ratios G/C sur-compensée par une augmentation des *quantum*⁷¹⁵ : le ratio G/C moyen est passé de 80% en 1989-2002 à 54% en 2003-2006 et 45% en 2007-2015. Cette évolution a toutefois été accompagnée d'une hausse importante des montants réclamés (de 2,5 millions USD à 63 millions USD et à 197 millions USD respectivement) et attribués (de 2,3

⁷¹³ Cette analyse a été effectuée en excluant un cas hors norme (1U13) ayant une demande d'indemnisation de la perte subie (RD) exceptionnellement élevée.

⁷¹⁴ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 49.

⁷¹⁵ Nous avons analysé séparément trois ratios G/C hors norme.

1U11: ratio très élevé parce que le demandeur a demandé l'exécution d'une sentence arbitrale.

1U16: ratio très élevé parce que le tribunal a conclu que l'accord était contraignant et le demandeur a développé une méthodologie très sophistiquée.

1U17: ratio très faible car la réclamation du demandeur semblait déraisonnable et sa méthodologie peu sophistiquée.

millions USD à 6,7 millions USD et à 50 millions USD respectivement). Tous ces chiffres sont exprimés en dollars américains constants 2016⁷¹⁶.

955 Une corrélation négative entre le *quantum* demandé et la probabilité de gain ainsi que le ratio G/C. Nous avons réparti les cas en deux sous-échantillons selon que le *quantum* demandé est inférieur ou supérieur à 10 millions USD. La probabilité de gain (G/NoG) passe de 57% (8 cas sur 14) à 33% (2 cas sur 6) et le ratio G/C passe de 74% à 16% respectivement dans ces deux sous-échantillons⁷¹⁷.

Les interprétations peuvent être de plusieurs ordres : tout d'abord lorsque l'enjeu économique augmente le défendeur investit lui aussi plus de moyens ; lorsque le *quantum* demandé augmente, l'écart se creuse avec la défense ; la décision du juge reflète cet écart croissant. Par ailleurs, on ne peut exclure - même aux Etats-Unis - que le juge répugne à accorder des dommages-intérêts trop importants : s'agit-il d'une certaine méfiance face aux effets d'aubaine potentiels et d'une formation économique insuffisante ou au contraire d'une volonté délibérée de favoriser la libre entreprise des parties ? Seule une étude comportementale qualitative et quantitative - hors du champ de la présente étude - permettrait de répondre plus précisément à cette question.

956 Il existe une corrélation claire entre la sophistication de la méthodologie utilisée par le demandeur et son succès en justice. Nous avons codé chaque demande avec une note de sophistication allant de 1 à 4.

- 1) Le demandeur donne un *quantum* global sans aucun détail ni justification.
- 2) Le demandeur détaille le *quantum* entre plusieurs catégories de dommages ou indique que sa demande tient compte plusieurs facteurs, mais il ne précise pas comment.
- 3) Le demandeur prend en compte plusieurs facteurs et explique comment ils déterminent sa demande en utilisant des méthodes de calcul simples.
- 4) Le demandeur prend en compte plusieurs facteurs et explique comment ils déterminent sa demande en utilisant des méthodes de calcul variées et/ou sophistiquées.

La chance d'obtenir une indemnisation augmente de 0% (aucun des 3 cas) à 20% (2 sur 10 cas), 80% (4 sur 5 cas) et 100% (l'intégralité des 3 cas) et le ratio G/C augmente de 0% à 54%, 59% et 65% lorsque la sophistication est respectivement de 1, 2, 3 et 4⁷¹⁸.

957 Nous démontrons un peu plus loin que la corrélation (négative) entre le *quantum* demandé et le *quantum* obtenu est supérieure à la corrélation (positive) entre la sophistication de la méthodologie et le *quantum* obtenu.

958 Evolution de la probabilité de gain et du ratio G/C selon la durée des négociations : cette analyse produit des résultats contradictoires par rapport à la

⁷¹⁶ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 41.

⁷¹⁷ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 42.

⁷¹⁸ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 46.

même situation en France ou à l'international. Elle ne montre pas l'augmentation, pourtant intuitive, des dommages-intérêts lorsque les négociations sont plus longues.

959 Probabilité d'indemnisation et rapport G/C selon le secteur et le niveau de risque : la probabilité d'obtenir une indemnisation est similaire dans tous les secteurs de notre échantillon (environ une chance sur trois), sauf dans la construction où aucune indemnisation n'est obtenue. Toutefois, lorsqu'ils perçoivent des dommages-intérêts, les demandeurs des industries de services et de fabrication obtiennent des ratios G/C plus élevés (respectivement 80% et 58%) que les industries de haute technologie ou de construction (respectivement 11% et 0%)⁷¹⁹.

Nous proposons l'explication suivante : les entreprises de fabrication et de services sont plus grandes et mieux structurées que celles de haute technologie et de construction. Et les grandes entreprises ont plus de moyens financiers et humains que les petites entreprises pour quantifier leur préjudice.

Cette explication est confirmée lorsqu'on analyse le ratio G/C moyen en fonction du niveau de risque de l'industrie du demandeur, si l'on suppose que plus la société est grande, plus son risque est faible.

Nous avons attribué un indice de risque à l'activité de chaque demandeur selon une série de facteurs tels que le secteur, la volatilité des prix du marché, l'âge et la taille de l'entreprise, etc. comme cela a été fait pour la Situation 1 en France : 1 = risque très faible, 2 = risque faible, 3 = risque élevé, 4 = risque très élevé.

8 demandeurs sur 17 (47%) ayant un niveau de risque 1 ou 2 obtiennent des dommages-intérêts contre seulement 2 demandeurs sur 18 (11%) ayant un niveau de risque 3 ou 4. De plus, lorsqu'ils reçoivent des dommages-intérêts, les demandeurs ayant un faible risque (1- 2) obtiennent de meilleurs ratios G/C que les entreprises à risque élevé (indice 3-4) soit respectivement 72% et 31%⁷²⁰.

Ces résultats sont congruents avec ceux de la Situation 1 en France et sont en apparence contradiction avec la théorie économique. Tout d'abord, un contrat est censé réduire le niveau de risque des parties. Deuxièmement, les demandeurs présentant un indice de risque plus élevé fonctionnent probablement dans un marché plus mince. Si tel est le cas, il faudrait leur accorder des dommages-intérêts plus importants pour compenser le fait qu'ils n'ont probablement pas trouvé d'alternatives lorsque la partie adverse a rompu le contrat. Cela semble indiquer que les tribunaux ne sont pas aussi sensibles à la théorie économique qu'ils le sont aux moyens financiers et humains mis en œuvre pour démontrer et quantifier le préjudice.

960 Les cabinets d'avocats plus importants ou internationaux ont relativement plus de succès dans cette demande.

Nous avons défini 5 catégories de cabinets d'avocats :

1) Très petit : cabinet local avec moins de 5 avocats.

⁷¹⁹ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 44.

⁷²⁰ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 45.

- 2)Petit : cabinet national avec moins de 30 avocats.
- 3)Moyen : cabinet national avec 30 à 100 avocats.
- 4)Grand : cabinet national avec plus de 100 avocats.
- 5)Très Grand : cabinet international majeur avec plus de 300 avocats.

Dans notre échantillon, la taille des cabinets d'avocats a un impact clair sur le résultat des demandeurs. Sur 16 demandeurs ayant eu recours à des cabinets d'avocats plus petits (catégories 1 à 3), seul 1 (6%) obtient des dommages-intérêts. En revanche, sur 15 demandeurs avec des cabinets d'avocats plus importants (catégories 4 et 5), 8 (53%) obtiennent des dommages-intérêts⁷²¹.

Les demandeurs qui utilisent des cabinets d'une taille similaire à ceux des défendeurs ont en moyenne 46% de ratio G/C, tandis que les demandeurs utilisant des cabinets d'avocats relativement plus importants atteignent un ratio G/C supérieur à 76%⁷²².

Les valeurs moyennes des *quantum* demandés et obtenus sont également très différentes. Les grands cabinets d'avocats ont tendance à choisir les affaires les plus importantes qui sont aussi les plus rémunératrices. Et le résultat est étonnant puisque les demandeurs obtiennent un *quantum* moyen de 146 K USD, 4,6 millions USD et 31,5 millions USD⁷²³ lorsqu'ils utilisent des cabinets de catégorie 3, 4 et 5 respectivement⁷²⁴. Bien que relativement récent aux Etats-Unis, ce chef de préjudice de rupture des pourparlers a déjà atteint un intérêt économique important. Il est désormais régulièrement invoqué et indemnisé devant les tribunaux de sorte que les grands cabinets nationaux et internationaux ont pu trouver un modèle économique rentable pour leur pratique.

⁷²¹ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 47.

⁷²² *Idem*.

⁷²³ Tous ces chiffres sont exprimés en dollars américains constants 2016.

⁷²⁴ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 48.

4. Analyse empirique de la jurisprudence en droit commercial international : rupture abusive des pourparlers, violation d'un accord à négocier ou à contracter

961 **Informations générales.** L'instrument d'harmonisation international le plus utilisé est la CVIM. Les cas faisant référence à la CVIM ont été trouvés dans la base de données jurisprudentielle de la CNUDCI ou dans la base de données de l'Université de Pace. La base de données Unilex nous a fourni quelques cas faisant référence aux Principes d'UNIDROIT. Les cas que nous avons extraits ont été rassemblés dans un fichier Excel. Chaque cas y est référencé le plus complètement possible, décrit qualitativement (avec les extraits des arrêts ou sentences auxquels nous avons eu accès), puis quantitativement (en reportant les *quantum* demandés, défendus et obtenus par type de dommages).

962 Principales bases de données dont sont issus les arrêts ou sentences

Corpus juridique	Arbitrage commercial international	Litige international
CVIM	Base de données Pace University Law: http://iicl.law.pace.edu/cisg/cisg	Base de données Pace University Law: http://iicl.law.pace.edu/cisg/cisg
CNUDCI	Base de données Unilex: http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2375&dsmid=14276 Base de données jurisprudentielle CNUDCI CLOUT: http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html	Base de données Unilex: http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2375&dsmid=14276
UNIDROIT PICC	Base de données Unilex: http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2375&dsmid=14276	Base de données Unilex: http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2375&dsmid=14276
Droit Français ou Américain	IACL, International Arbitration Case Law : http://www.internationalarbitrationcaselaw.com	Westlaw https://www.westlaw.com/

963 **Termes recherchés et mots-clés.** Nous avons commencé par le type de loi. Par exemple, la base de données de la CNUDCI offre une fonction pour choisir la CVIM en tant que droit applicable et un moteur de recherche permettant de chercher les résultats d'« Arbitrage international ».

Pour toutes les recherches, nous avons utilisé certains mots-clés communs tels que « contrats » ; « dommages-intérêts » et « demande » / « *claim* ».

Pour la Situation 1, nous avons ajouté toutes les combinaisons des mots-clés suivants : « fusion » ; « acquisition » ; « frais de rupture » ; « accord » ; « *agreement to agree* » ; « *agreement to negotiate* » ; « perte de profits » ; « gains manqués » ; « perte subie » ; « perte de valeur ».

964Choix des cas. Pour les dommages-intérêts concernant des contrats internationaux, nous n'avons pas sélectionné *a priori* les cas en fonction de l'octroi ou non d'une indemnisation.

Nous avons examiné tous les cas que nous avons pu extraire pour voir, d'abord, s'ils étaient pertinents pour notre recherche et, ensuite, si nous pouvions utiliser les méthodes de calcul auxquelles les juges avaient eu recours. La plupart du temps, nous avons donc pu limiter nos recherches en choisissant les cas avec des demandes quantifiées.

Cette surpondération des cas avec des demandes quantifiées est volontaire puisque nous cherchions à analyser les *quantum* d'indemnisation demandée, défendue et obtenue. Les Cours d'appel ont jugé nécessaire de décrire les demandes initiales lorsqu'elles ont prononcé une indemnisation financière. Nous avons ensuite analysé les différents types d'indemnisation demandée et obtenue, les raisons invoquées pour accorder les indemnisations et les meilleures méthodes utilisées par les demandeurs pour maximiser leur chance de réussite (ratio G/NoG) et leur taux d'indemnisation (ratio G/C).

Cependant, nous avons conservé certains cas pertinents où aucun dommages-intérêts n'a été prononcé ; certains cas présents dans notre fichier Excel ayant donc un ratio G/C de 0%. Nous avons également conservé certains cas pertinents sans demande quantifiée lorsque la Cour a expliqué pourquoi et comment elle accordait 100% de l'indemnisation réclamée. Il serait donc difficile d'extrapoler à partir de cette base la proportion de cas quantifiant une demande en dommages-intérêts. L'ensemble de l'échantillon est également affecté par le fait que, de manière générale, seuls les cas d'appel sont publiés et les cas en première instance peuvent avoir des *quantum* différents.

965Principaux résultats quantifiés. Les paramètres de base pour la partie internationale de notre recherche empirique sont les suivants.

Au total, nous avons extrait des différentes bases de données environ 150 cas demandant des dommages-intérêts : 75 étaient pertinents pour la situation 1 ; environ la moitié de cet échantillon aléatoire a reçu des dommages-intérêts.

Notre échantillon surpondéré en cas indemnisés était composé de :

- 26 cas - 31 demandes ;
- 21 cas (81%) pour lesquels des dommages-intérêts ont été prononcés⁷²⁵ ;
- lorsque des dommages-intérêts sont prononcés le ratio G/C moyen est de 66%.

Nous devons rester prudents sur les conclusions à tirer de ces chiffres globaux mais ils semblent indiquer des probabilités et taux d'indemnisation supérieurs à la France ou aux Etats-Unis.

966Description générale de l'échantillon. Les dommages-intérêts ont été attribués dans la plupart des cas parce que le juge ou l'arbitre considérait qu'un contrat avait bien été formé, qu'il y avait une violation des obligations contractuelles et que les dommages-intérêts devaient replacer le demandeur dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été respecté. Il s'agit donc le plus souvent de dommages-intérêts pour gains manqués (*expectation damages*).

⁷²⁵ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 82.

Les dommages-intérêts pour perte subie (*reliance damages*) sont moins fréquents que les dommages-intérêts pour gains manqués, tant directs (*expectation general damages*) qu'indirects (*expectation consequential damages*). À ce stade, et compte tenu de notre échantillon de cas, nous n'avons que des hypothèses pour expliquer cela :

- un temps plus long se serait écoulé après que les investissements initiaux (base de la *reliance*) eussent été effectués et le contrat aurait été violé à mi-parcours de son exécution ;
- les juges internationaux prononceraient plus volontiers des dommages-intérêts sur les demandes importantes d'*expectation* ;
- la perte subie est généralement inférieure au gain manqué et ne justifie pas à elle seule de recourir à une procédure internationale (judiciaire ou arbitrale) dont les frais sont conséquents ;

967Le ratio G/C moyen a baissé au cours des trois dernières décennies. Les arrêts montrent une diminution du ratio G/C de 93% dans les années 1994-1998 (93%) à 71% dans années 1999-2002, puis une stabilisation autour de 60% au cours des années 2003-2015. Ce ratio reste significativement plus élevé que le ratio de 40 à 45% obtenus pendant la période équivalente des échantillons français américains⁷²⁶.

968Le ratio G/C moyen baisse lorsque le *quantum* de la demande augmente. Pour le droit international comme pour les deux droits domestiques considérés, l'une des conclusions les plus claires de l'analyse empirique est que le *quantum* de la demande semble constituer un facteur important influant le ratio G/C. Plus le *quantum* demandé est important moins le taux de recouvrement est élevé. Cela semble indiquer que même les tribunaux décidant en référence à un instrument de droit international hésitent encore à accorder un *quantum* important de dommages-intérêts compensatoires. Les ratios G/C sont d'environ 80% et 60% pour les demandes inférieures à 10 millions USD et d'environ 55% pour les demandes supérieures à 10 millions USD⁷²⁷. Ce résultat est relativement surprenant ; le tribunal arbitral est supposé être moins réticent à accorder des montants importants de dommages-intérêts que les tribunaux nationaux.

969Les demandeurs opérant dans des industries stables sont mieux indemnisés. Nous avons également extrait des données qualitatives. Par exemple, nous avons classé chaque cas selon le type d'industrie du demandeur : distribution, service, high-tech et fabrication. Les résultats ont été plutôt surprenants étant donné que les cas de haute technologie et de service n'étaient pas ou peu indemnisés. Les cas de distribution et de fabrication ont le ratio moyen G/C le plus élevé (respectivement de 72% et 99%). Les services ont un ratio inférieur à 25% respectivement⁷²⁸.

Ensuite, nous avons attribué un indice de risque au demandeur dans chaque cas en fonction de facteurs multiples : secteur, volatilité des prix du marché, ancienneté de

⁷²⁶ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 83.

⁷²⁷ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 89.

⁷²⁸ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 84 et 85.

l'entreprise, taille de l'entreprise. Cet indice varie de 1 (risque très faible) à 4 (risque très élevé). Plus le risque commercial du demandeur est bas, plus le taux d'indemnisation accordée par les tribunaux est élevé. Dans notre échantillon, les demandeurs ayant un niveau de risque 1 ou 2 ont des ratios G/C moyens de 79% et 81% respectivement, comparé respectivement aux ratios moyens de 64% et 46% pour les demandeurs ayant un niveau de risque 3 et 4 respectivement⁷²⁹. Comme pour la France et les Etats-Unis, il est probable que les entreprises établies depuis longtemps et ayant des prix plus stables - comme dans le secteur de la distribution par exemple - aient plus de moyens humains et financiers pour démontrer leur préjudice que les startups des hautes technologies. Cette remarque présente un lien intéressant avec l'analyse de la *New Business Rule* en droit Américain, abordée en Chapitre III : Activité sans base établie (*New Business Rule*).

970 La sophistication de la méthodologie du demandeur augmente ses chances de succès. La sophistication de la méthodologie fournie par le demandeur à l'appui de sa demande et utilisée devant le tribunal arbitral ou la Cour d'appel a un impact positif sur le ratio G/C. Par exemple, les cas utilisant une sophistication faible (indice de sophistication 1 ou 2) ont un ratio G/C moyen inférieur à 40% alors que ceux avec une demande plus rationalisée (indice de sophistication 3-4) ont un ratio G/C moyen proche de 65%. Cependant, cette corrélation positive reste plus faible que la corrélation négative avec le *quantum* de la demande telle que mentionnée plus haut⁷³⁰.

971 Les contrats les plus longs ont plus de chance d'être indemnisés. Dans la Situation 1, il est généralement démontré que plus la durée du contrat est longue, plus le demandeur a des chances d'obtenir une indemnisation : les taux de succès (ratio *Grant/NoGrant*) sont de 78%, 80% et 100% pour les contrats de 1-2 ans, 3-4 ans et plus de 4 ans respectivement. C'est un résultat très intuitif. Cependant, les rapports G/C ne suivent pas le même schéma avec respectivement 83%, 23% et 58%. Ce dernier résultat est dû à des *quantum* moyens nettement plus élevés dans la catégorie des 3-4 ans (204 millions USD en moyenne) que dans les contrats plus courts ou plus longs⁷³¹.

972 Elargissement et approfondissement des hypothèses développées. Les analyses et hypothèses développées ci-dessus constituent une première étape pour comprendre le comportement et les raisons sous-tendant les décisions des juridictions de commerce international (tant juges qu'arbitres) en matière d'octroi de dommages-intérêts. Afin d'aller plus loin dans ce projet comparatif, il conviendrait de distinguer les différents instruments juridiques internationaux, les différents *fori* voire les différentes personnalités qui ont pu influencer sur le prononcé des dommages-intérêts. Enfin, une taille d'échantillon plus large - notamment pour les cas d'arbitrage commercial international - serait nécessaire pour confirmer certaines hypothèses.

⁷²⁹ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 86.

⁷³⁰ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 87 et 88.

⁷³¹ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 91 et 92.

Chapitre II : Atteinte à la réputation

973 La notion d'atteinte à la réputation couvre une variété de préjudices étudiés dans le présent Chapitre : l'atteinte à l'image (de marque), à la réputation ou au crédit commercial.

974 Les dommages immatériels ont été reconnus plus difficilement que les dommages matériels. Le droit civil français a longtemps été hésitant, empilant des préjudices peu indemnisés (1.1). C'est encore plus vrai en *common law* en général et *a fortiori* en *contract law* américaine. Comme on le verra dans les sections 1.2 et 1.3 de ce Chapitre, les jurisprudences anglo-saxonnes ont commencé, relativement récemment, à indemniser le préjudice moral consécutif à une inexécution contractuelle et UNIDROIT a suivi. Il a fallu adapter la notion de patrimoine et développer des appréciations et des règles de calcul différentes pour chaque type de dommages immatériels.

975 Parmi les dommages immatériels, ceux des personnes physiques, notamment leurs dommages corporels, sont reconnus et formalisés depuis assez longtemps (2.1). D'autres dommages immatériels subis par les personnes physiques ont ensuite été reconnus, comme dans le cas d'inexécution d'un contrat comportant une part de jouissance pour le consommateur (2.2). Une fois reconnue l'existence des dommages immatériels, encore faut-il les évaluer objectivement. Les méthodes traditionnelles d'évaluation trouvent ici leur limite conceptuelle ; il aura fallu élargir la vision du préjudice économique (2.3.1) et, là aussi, adapter la notion de patrimoine (2.3.2).

976 Cependant, après ces développements essentiellement consacrés aux personnes physiques, c'est sur le cas du créancier personne morale que nous nous attarderons. Nous commencerons par questionner la doctrine et rechercher dans la jurisprudence l'existence même d'un préjudice moral chez les personnes morales (3.1). Nous verrons que cette notion a eu des difficultés à s'imposer - encore plus que pour les personnes physiques - tant dans les droits internes que dans les outils d'harmonisation internationale. De plus, elle reste encore souvent liée au préjudice économique. A ce titre, nous distinguerons le préjudice moral *stricto sensu* qui ne nécessite aucun calcul des conséquences économiques (3.2), du préjudice moral *lato sensu* qui pourra se traduire indirectement en valeur monétaire (3.3).

977 Nous illustrerons notre propos sur les cas de préjudice d'image de marque, de réputation et de crédit commercial (4.1) dans les jurisprudences arbitrales, américaines (4.2) et françaises (4.3).

Section 1 : Les difficultés à reconnaître les dommages immatériels

1. En droit français, un empilement de préjudices peu indemnisés

978 En dehors de l'institution de la perte de chance, « le droit français apparaît comme l'un des plus généreux au monde (...) pour l'indemnisation des dommages (extra-patrimoniaux) »⁷³². La souplesse et la généralité des termes de l'article 1382 ancien du Code civil⁷³³ ont en effet entraîné une patrimonialisation croissante de ces préjudices. Certes, de prime abord, l'indemnisation de ces préjudices, fréquemment liés aux séquelles physiques résultant d'accidents, relève avant tout de la responsabilité délictuelle. Selon Xavier Pradel, « il en est de même par extension en matière contractuelle »⁷³⁴. Cette extension n'est pas l'apanage du droit français. Néanmoins, ce qui fait sa particularité en la matière, c'est la variété des préjudices concernés.

979 Outre le *pretium doloris*⁷³⁵ - c'est-à-dire le prix de la douleur - et le préjudice esthétique, c'est avant tout le préjudice d'agrément dont on constate la montée en puissance et en importance dans la jurisprudence française. Ainsi Philippe Gilliéron relève que la Cour de cassation a successivement « indemnisé la privation du plaisir de jardiner, de se promener, de voyager, de chasser, de conduire, de lire, etc., sans compter la réparation du préjudice sexuel, à l'origine intégré au préjudice d'agrément avant d'être érigé en chef de réparation autonome, le préjudice juvénile (...) voire la perte du goût ou de l'odorat »⁷³⁶.

980 Philippe Le Tourneau critique dans son principe l'énumération de ces chefs de préjudice prétendument divers car ils ne sont que « des aspects, différemment considérés, d'une même et unique réalité qui est la diminution du bien être de la personne (...). A les indemniser séparément, on indemnise plusieurs fois le même préjudice »⁷³⁷. Philippe Le Tourneau s'oppose donc à l'approche mercantile américaine et entend réduire les risques encourus par les parties qui y sont plutôt averses. Cette distinction doit être replacée dans une divergence initiale entre les cultures française d'une part, et anglaise et américaine d'autre part. La première, fortement influencée par l'Église catholique et s'inscrivant depuis le Code Napoléon dans une approche plutôt agricole et sécurisante des parties, s'oppose à la culture protestante, mercantiliste et plus ouverte au risque.

⁷³² JOURDAIN Patrice, VINEY Geneviève, *Les conditions de la responsabilité*, 4^{ème} éd., LGDJ, 2017.

⁷³³ Correspondant à l'article 1240 nouveau du Code civil, définissant la responsabilité extracontractuelle.

⁷³⁴ PRADEL Xavier, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Thèse Paris 1, Paris, 2004, p. 115.

⁷³⁵ Les barèmes en la matière sont connus même s'ils n'ont pas de valeur juridique, cf. P. LE TOURNEAU Philippe, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 7^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2008, N° 1555.

⁷³⁶ P. GILLIÉRON, « *Les dommages-intérêts contractuels* », Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne (CEDIDAC), Lausanne, 2011, p. 560.

⁷³⁷ LE TOURNEAU Philippe, *Op. Cit.*

Les philosophies - et par voie de conséquence les solutions - reflètent donc ces divergences civilisationnelles.

981 Toutefois, si le droit français reconnaît très - voire trop - largement la réalité des intérêts extra-patrimoniaux, y compris sur le plan contractuel, il ne les indemnise, sauf cas exceptionnels, que lorsque le dommage subi est de nature physique. Le droit français sacralise le corps et assure donc une indemnisation particulièrement large⁷³⁸. Au contraire, le droit américain a reconnu récemment, certes dans des circonstances moins nombreuses que le droit anglais, que ces intérêts immatériels faisaient partie intégrante de la prestation promise, y compris lorsque l'intégrité physique du créancier n'est pas concernée.

982 Encore faudrait-il que la prestation promise ainsi reconnue soit calculée méthodiquement de sorte à motiver la décision du tribunal d'une part et à assurer effectivement la réparation intégrale du préjudice d'autre part. Nous allons voir dans le paragraphe suivant que tel n'est pas le cas, tant s'en faut.

2. En droit américain, une évolution vers l'indemnisation du préjudice moral

983 Au départ, le *Restatement (Second) of Contracts* adopte une position restrictive puisqu'il prévoit en sa section 353 que « l'indemnisation du désarroi émotionnel est exclue, à moins que la violation n'ait causé un préjudice corporel ou que le contrat ou sa violation soient d'une nature telle qu'un grave désarroi émotionnel apparaissait comme un résultat à l'évidence probable »⁷³⁹. La jurisprudence majoritaire tend d'ailleurs à démontrer que l'indemnisation contractuelle d'un préjudice immatériel est exclue pour protéger un simple intérêt financier⁷⁴⁰ ou lorsque le préjudice immatériel n'était pas prévisible pour l'auteur du dommage⁷⁴¹. La jurisprudence contraire est relativement exceptionnelle pour justifier de ne pas s'y attarder immédiatement⁷⁴².

984 Près de vingt ans avant Ewan McKendrick et Katherine Worthington, Charlotte Goldberg, dans son article consacré à l'étude des dommages-intérêts contractuels pour désarroi moral (*emotional distress damages*), distinguait trois

⁷³⁸ « Le corps humain entre sacralisation et marchandisation », Journée d'étude organisée par l'Association Jeunes Chercheurs-RDST et le Centre de Recherche en Droit Médical de l'Université Paris Descartes, 16 décembre 2009.

⁷³⁹ Nous soulignons.

⁷⁴⁰ *American Central Corp. V. Steven Van Lines, Inc.*, 303 N.W.2d 234, Michigan App., 1981 spéc. p. 237 ; *Kewin v. Massachusetts Mutual Life Ins. Co.*, 295 N.W.2d 50, Michigan, 1980, spéc. p. 55 ; *Fogleman v. Peruvian Assocs.*, 622 P.2d 63, Arizona App., 1980, spéc. p. 65.

⁷⁴¹ *Robertson v. Dale*, 464 F.Supp. 680 (N.D. California, 1979), spéc. p. 683 ; *Stanback v. Stanback*, 254 S.E.2d 611 (North Carolina, 1979), spéc. p. 619 ; *Lamm v. Shingleton*, 55 S.E.2d 810 (North Carolina, 1949).

⁷⁴² *Simon v. Solomon*, 431 N.E.2d 556 (Mass. 1982), spéc. p. 561 ; *Godfrey v. Steinpress*, 180 Cal. Rptr. 95 (5th Cir. 1982), spéc. p. 109.

catégories de contrats où les implications personnelles pouvaient justifier l'octroi de tels dommages⁷⁴³ :

- ceux ayant un rapport avec le décès d'un proche (procession funéraire), un handicap ou un divorce ;
- ceux qui ont trait à des biens présentant une valeur sentimentale ou esthétique (animaux, objets faisant partie d'un héritage, contrats de construction) ;
- ceux conclu dans le but d'apporter un certain bien être (organisation d'une réception, contrats de voyage ou de vacances).

985 Pour l'auteur le critère déterminant devrait résider dans la question de savoir si ces éléments personnels revêtent un caractère prédominant par rapport aux aspects commerciaux.

986 Ce critère a reçu un certain écho comme dans l'affaire *Francis v. Lee Enterprise Inc.*, étudiée en 1999 par la Cour Suprême de l'Etat de Hawaï, qui a considéré que la nature du contrat revêtait un caractère déterminant pour savoir si une indemnisation au titre de l'*emotional distress damages* était envisageable. Tel n'était pas le cas à son sens du contrat de travail, dominé par les aspects commerciaux⁷⁴⁴. Cette approche est incomplète. En effet, les individus se déterminent non pas par ce qu'ils sont mais par ce qu'ils font⁷⁴⁵. Dès lors, le travail constitue une partie fondamentale de l'identité des individus⁷⁴⁶ et notamment des victimes des violations des obligations découlant des contrats de travail.

987 Le critère étant par essence affaire d'appréciation, il en résulte une certaine disparité d'un Etat à l'autre, le Michigan, par exemple, s'avérant plus restrictif que la Californie. La situation n'a pas vocation à changer étant donné que la Cour Suprême n'est par principe pas compétente pour les questions relevant de droit étatique⁷⁴⁷.

988 Selon Charlotte Goldberg, un contrat revêt un aspect commercial lorsque les deux parties le concluent en vue d'en retirer un gain financier. Seuls les autres cas - une au moins des parties a contracté en vue d'en retirer une satisfaction personnelle - devraient donner lieu à indemnisation au titre de l'*emotional distress damages*. En définitive, sont visés essentiellement les contrats de consommation ainsi que les contrats de location de biens immeubles ayant un

⁷⁴³ GOLDBERG Charlotte K., *Emotional Distress Damages and Breach of Contract: A New Approach*, in. *20 U.C. Davis L.R.* 57, 60, 1986.

⁷⁴⁴ *Francis v. Lee Enterprises, Inc.*, 971 P.2d 707, 713, (Hawaï, 1999): « (...) *damages for emotional distress may be recoverable, but only where the parties specifically provide for them in the contract or where the nature of the contract clearly indicates that such damages are within the contemplation or expectation of the parties* » ; dans le même sens : *Silva v. Albuquerque Assembly & Distribution Freeport Warehouse Corp.*, 738 P.2d 513, (New Mexico, 1987).

⁷⁴⁵ COSTALAT-FOUNEAU Anne-Marie, *Identité, action et subjectivité. Le sentiment de capacité comme un régulateur des phases identitaires*, *Connexions*, 2008/1 (n°89), p. 63-74.

⁷⁴⁶ *Idem.*

⁷⁴⁷ Article III de la Constitution des Etats-Unis d'Amérique.

usage d'habitation. La distinction entre le domaine commercial et les activités qualifiées de non-commerciales fondée sur une *summa divisio* contestable entre un domaine économique exempt de sentiments et de considérations extra-patrimoniales et un domaine non-commercial qui en serait emprunt n'est pas convaincante. En effet, les activités commerciales n'ont pas qu'un objectif lucratif mais également une recherche de statut, une ambition à plus ou moins long terme, ou encore tout simplement un intérêt pour l'activité en question. Le droit des sociétés américain connaît ainsi des mécanismes permettant d'évincer les directeurs de sociétés qui voudraient maintenir leurs postes - même sans rémunération - par simple intérêt pour l'activité lorsque les actionnaires estiment que le directeur n'est pas apte aux fonctions. Les activités commerciales peuvent donc présenter une dimension extra-patrimoniale qu'il y a lieu d'indemniser.

989 En 1986, au moment de la parution de l'article de Charlotte Goldberg, rares étaient les arrêts ayant admis une indemnisation pour *emotional distress* au sens des deuxième et troisième catégories définies par l'auteur. Toutefois, un mouvement est apparu récemment en faveur d'une plus large reconnaissance de ces préjudices, laissant penser qu'une évolution se dessine aux Etats-Unis pour admettre l'indemnisation contractuelle du préjudice moral, en interprétant plus largement la deuxième hypothèse visée par la section 353 du *Restatement (Second) of Contracts*⁷⁴⁸.

3. Le droit anglais indemnise de plus en plus le préjudice moral

990 On l'a déjà dit⁷⁴⁹, la *common law* - à l'inverse du droit civil - privilégie l'exécution par équivalent sur l'exécution forcée en nature. La réparation du préjudice ou des conséquences économiques de l'inexécution est donc privilégiée.

⁷⁴⁸ *Kishmarton v. William Bailey Construction Inc.*, 754 N.E.2d 785 (Ohio, 2001), spéc. p. 788: « *We are confident that allowing emotional distress damages in breach-of-contract actions involving vendees and builder-vendors will not open the floodgates.* » ; dans le même sens : *B. & M. Homes v. Hogan*, 376 So.2d 63 (Alabama, 1979) ; *Salka v. Dean Homes of Beverley Hills*, 22 Cal. Rptr.2d 902 (App. Connecticut, 1993).

⁷⁴⁹ Voir 3.2. L'exécution par équivalent gagne ses lettres de noblesse.

991 Une analyse de jurisprudences plus récentes effectuée par Ewan McKendrick et Katherine Worthington montre que les juges anglais octroient de plus en plus fréquemment aux victimes des dommages-intérêts pour le préjudice non économique (*moral distress*) subi du fait de l'inexécution du contrat⁷⁵⁰. Deux principaux groupes de cas ont été identifiés par les auteurs selon le type de préjudice moral reconnu :

- le préjudice moral résultant de la perte d'un intérêt positif, à savoir la non obtention d'un bénéfice moral attendu comme objet même du contrat (ex. célébration, plaisir, repos, tranquillité d'esprit, etc.) ;
- le préjudice non économique résultant directement de l'inexécution du contrat sans en être l'objet même (ex. dommages corporels, inconfort physique, souffrance psychologique, etc.).

992 Toutefois, en dehors des dommages corporels, la reconnaissance de ce préjudice moral est pour l'instant limitée aux cas où le défendeur a explicitement promis un avantage non économique au demandeur et/ou le demandeur a explicitement attendu une valeur ajoutée personnelle de l'exécution du contrat. De fait, il s'agit essentiellement de cas où le demandeur est un consommateur (droit de la consommation) ou un salarié (droit du travail), mais jamais une entreprise. Par exemple en droit de la consommation, l'arrêt rendu en appel par le juge britannique Bingham dans le cas *Watts and Another v. Morrow* établit clairement que le préjudice moral des acquéreurs d'un bien immobilier est indemnisable indépendamment du préjudice économique subi, même et y compris s'il n'existe pas de formule de calcul simple pour estimer un tel préjudice⁷⁵¹. Ce cas identifie que lorsqu'un acquéreur mandate un expert évaluateur il le fait pour se « rassurer » et « avoir l'esprit tranquille » que la maison ne lui causera pas inconfort, stress ou autres soucis. *Watts and Another v. Morrow* a été utilisé comme référence dans plusieurs cas ultérieurs indemnisant le préjudice moral⁷⁵².

Section 2 : Les dommages immatériels des personnes physiques

1. Les dommages corporels sont les plus formalisés

993 Bien que notre étude ne traite pas directement du dommage corporel, la règle de calcul dite du *per diem* mérite d'être mentionnée dans la mesure où elle peut nous inspirer pour donner une appréciation monétaire à d'autres types de préjudices immatériels. Elle consiste à évaluer quotidiennement, en termes monétaires, les activités dont le lésé se trouve privé, et déterminer ensuite un montant en capital, en multipliant le chiffre obtenu par le nombre de jours de son espérance de vie restante.

⁷⁵⁰ MCKENDRICK Ewan, WORTHINGTON Katherine, Damages for non-pecuniary loss, in. *Nili Cohen, Ewan McKenbrick, (Dir.), Comparative remedies for breach of contract*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2005, p. 287 s.

⁷⁵¹ *Watts and Another v. Morrow*, 1 W.L.R. 1421, 1991.

⁷⁵² *Farley v. Skinner*, UKHL 49, 2001 et *Hoadley v Edwards*, PNLR 4119, 2001.

994Selon Douglas Laycock, cette méthode, à l'origine développée par les assureurs, reprise par les conseils et utilisée par les plaideurs pour fournir aux jurés américains un cadre méthodologique, serait désormais admise par les tribunaux dans la moitié des Etats-Unis⁷⁵³. Elle fut ainsi admise dans l'affaire *Debus v. Grand Union Stores* dans le Vermont dès 1993⁷⁵⁴. On peut à juste titre reprocher à cette règle d'adopter une approche de la souffrance uniforme et constante dans le temps, ce qui n'est en rien réaliste. Ce reproche doit être pris en compte pour améliorer la règle du *per diem*, mais ne suffit pas à l'écarter par principe.

995Néanmoins, le recours à une méthode claire assure plus de prévisibilité et de transparence aux procès. En outre, étant donné que le procès par un jury populaire - donc non professionnel - constitue un droit constitutionnel aux Etats-Unis, il est louable de recourir à une méthode accessible et compréhensible pour les membres du jury. La solution n'est certes pas entièrement satisfaisante, mais elle présente des avantages indéniables dans le système américain.

2. La perte de jouissance pour le consommateur

996Lorsque le préjudice immatériel a pour origine la déception résultant d'une violation contractuelle, aucun tribunal, fut-il américain, ne semble avoir développé une quelconque méthode de calcul. La solution est d'autant plus critiquable que les parties ont un droit constitutionnel à être jugées par un jury non-professionnel⁷⁵⁵. Ces jurés ont donc particulièrement besoin d'un cadre afin de les aider à décider et à déterminer le montant des dommages-intérêts. Les montants octroyés reposent sur une appréciation des juridictions saisies sans motivation aucune⁷⁵⁶, si ce n'est, dans le cas d'un voyage par exemple, la mention que le montant octroyé à titre d'*emotional distress* doit tenir compte du prix payé par le créancier, en tant que révélateur de la valeur qu'il plaçait dans la prestation⁷⁵⁷.

997Peut être le constat précédent explique-t-il l'observation qui suit. Lorsque le préjudice n'est pas corporel mais essentiellement immatériel, le droit américain privilégie l'exécution en nature plutôt que les dommages-intérêts. Il en va ainsi notamment dans le cadre de contrats de construction ou de vacances impliquant un consommateur. L'exécution en nature présente en effet l'avantage de conférer au créancier la prestation qui, par définition, comporte en elle la valeur

⁷⁵³ LAYCOCK Douglas, *Remedies*, New York, 2002.

⁷⁵⁴ *Debus v. Grand Union Stores*, 621 A.2d 1288, Vt., 1993.

⁷⁵⁵ Article III de la Constitution des Etats-Unis d'Amérique.

⁷⁵⁶ Les montants suivants ont été accordés sans motivation en droit américain :

- 35 000 USD pour l'insalubrité d'un logement qui avait entraîné un traitement psychiatrique de la locataire pour dépression (*Simon v. Salomon*, 431 N.E.2d 556, Mass., 1982) ;
- 19 000 USD sur le principe pour la privation d'usage d'une villa (*Kishmarton v. William Bailey Construction Inc.*, 754 N.E.2d 785, Ohio, 2001).

⁷⁵⁷ *Harris v. Waikane Corp.*, 484 F.Supp 372, 1980.

subjective qui se laisse si difficilement chiffrer. Ce constat permet une fois de plus de contredire l'idée reçue selon laquelle le droit de la responsabilité contractuelle américain privilégie l'exécution par équivalent quand le droit français opte plutôt pour l'exécution en nature. Les jurisprudences sont - fort heureusement - plus nuancées.

998 Philippe Gilliéron propose quelques lignes directrices limitées à l'appréciation du préjudice immatériel résultant de la déception d'un contrat inexécuté qui comportait un facteur psychologique aisément reconnaissable - et donc prévisible - pour le débiteur.

Ces propositions, précise l'auteur, ne sont pas « *une science exacte (...) et ne prétendent nullement apporter un mode de calcul précis qui permettrait de se substituer au pouvoir d'appréciation du juge du fond (...). Elles permettraient toutefois de cantonner ce pouvoir en favorisant la prise en compte de certains critères destinés à éviter un arbitraire total* »⁷⁵⁸.

999 Cela revient à quantifier et indemniser légitimement l'intérêt positif (la jouissance qui constitue le gain manqué du consommateur tel qu'introduit par la théorie de la commercialisation) auquel le consommateur a droit en plus de l'intérêt négatif (la perte des dépenses qu'il a inutilement effectuées en vue d'obtenir la prestation telle que développée dans la théorie de la frustration).

1000 Il existe dès lors deux pistes de calcul :

- s'interroger sur le montant de la prime d'assurance que le consommateur aurait accepté de payer pour sa couverture s'il avait su que le contrat pouvait ne pas être exécuté. Cette approche est toutefois difficile à mettre en pratique ;
- une approche plus pratique consiste à se rattacher à des valeurs patrimoniales quantifiables, à l'instar de la théorie allemande de la commercialisation.

1001 Dans cette seconde approche, il convient à nouveau de distinguer suivant la nature de la prestation dont le consommateur se trouve privé :

- s'il s'agit d'une prestation matérielle portant sur un bien meuble ou immeuble, la jouissance peut se définir comme la valeur de location d'un bien comparable pour le laps de temps durant lequel le créancier a été effectivement privé dudit bien ;
- s'il s'agit d'une prestation de services, il est difficile de se référer à la valeur locative puisque, par définition, il n'existe pas de bien matériel équivalent (pas de marché) et que le service présente un élément psychologique destiné à satisfaire le bien-être du consommateur. Nous prendrons par la suite l'exemple des vacances. La règle *per diem* décrite plus haut apporte alors un élément de réponse.

⁷⁵⁸ GILLIERON Philippe, *op. cit.*, p. 562-565.

1002 A ce stade, il faut encore distinguer en fonction du statut professionnel du cocontractant :

- si le créancier est un indépendant, il faut en déduire qu'il valorisait ses vacances, quel qu'en ait été le coût, à un montant supérieur ou égal aux revenus qu'il aurait réalisés s'il avait travaillé ;
- si le créancier est un salarié, on ne peut pas affirmer avec certitude qu'il valorise ses vacances à un montant supérieur ou égal à son salaire, puisque celui-ci lui est versé quand bien même il est en vacances.

1003 Dans le cas d'un créancier salarié, on peut dès lors envisager deux méthodes voisines :

- la première consisterait justement à se fonder sur l'hypothèse que le salarié valorise ses vacances à un montant supérieur ou égal à son salaire, de façon à éviter une discrimination entre les individus selon leurs statuts ; ce qui ne s'avère pas forcément réaliste ;
- la seconde consisterait à cumuler les dépenses que le salarié aurait effectué durant ses vacances (= moyenne des dépenses effectuées au cours des vacances précédentes) aux « valeurs patrimoniales » des prestations dont il s'est vu privé (par exemple, au minimum, le coût de l'abonnement de piscine pour une famille privée d'un séjour au bord de la mer durant les vacances d'été).

1004 Les méthodes ne sont pas obligatoires, ce qui laisse aux juges la possibilité d'opter pour la méthodologie la plus adaptée à chaque situation. La prévisibilité n'est que moyennement satisfaisante car les parties ne peuvent prévoir quelle méthode sera choisie. Néanmoins, elles sauront que les juges ne pourront choisir qu'entre ces deux méthodes en fonction des faits de l'affaire, ce qui renforce partiellement la prévisibilité de la méthode appliquée.

3. Les méthodes d'évaluation des dommages immatériels

3.1. La nécessité d'élargir la vision traditionnelle du dommage économique

1005 Remettre en cause une vision trop strictement économique est désormais un prérequis pour refléter plus fidèlement les actifs non financiers valorisés par la société moderne : le temps, l'espace, le calme, le bien être, la réputation, l'intégrité ou tout simplement la jouissance de son patrimoine constituent des chefs de préjudices ayant vocation à être indemnisés. On le voit bien, ces actifs non financiers recouvrent des notions intrinsèquement subjectives qui nécessitent d'être juridiquement et économiquement objectivées. Les tribunaux nationaux américains et, dans une moindre mesure, français ont bien compris l'importance prise par ces valeurs dans notre société. Ils élargissent progressivement la notion de préjudice réparable, étendant le patrimoine à la valeur subjective rattachée par le cocontractant lésé à certains biens et services. Au niveau international, cette tendance a trouvé son écho dans l'article 7.4.3 alinéa 2 des Principes d'UNIDROIT qui reconnaît le principe de la réparation contractuelle des préjudices extra-patrimoniaux, en retenant que

« le préjudice peut être non pécuniaire et résulter notamment de la souffrance physique ou morale »⁷⁵⁹.

1006 L'un des arguments le plus fréquemment opposé à l'encontre d'une plus large reconnaissance des préjudices immatériels réside dans le caractère difficilement quantifiable de ce type de préjudice. Les préjudices moraux ne pouvant pas - ou difficilement - être quantifiés il s'avère particulièrement ardu de les estimer et de les chiffrer. Ainsi Geneviève Viney et Patrice Jourdain citant Gabriel Roujou de Boubée, rappellent qu'« il est impossible de convertir un préjudice moral directement en unités monétaires, les valeurs morales ne pouvant avoir d'équivalent qu'en nature »⁷⁶⁰. Cet argument n'est pas propre au droit français. S'exprimant pour le compte de la Cour d'appel de New York, le juge Sol Wachtler rappelait en 1989 dans l'affaire *McDougald v. Garber* que « traduire la souffrance humaine en dollars et cents ne requiert aucune formule mathématique, mais repose (...) sur une fiction légale »⁷⁶¹. De même en Angleterre, Patrick Atiyah rappelle-t-il que « plaisir et souffrance sont des notions fondamentalement subjectives et inquantifiables »⁷⁶². En droit français, Philippe Le Tourneau reconnaît que « l'allocation de dommages-intérêts pour réparer un préjudice moral comporte une objection pratique tirée de la difficulté d'évaluer le préjudice en argent ; mais (cette objection) n'est pas péremptoire »⁷⁶³.

1007 Il apparaît donc un consensus sur la difficulté à estimer le montant des dommages-intérêts moraux.

1008 Cette difficulté fondamentale soulève deux problématiques. En effet, l'imprécision de l'indemnisation risque de ne pas dissuader les comportements tombant sous le coup d'une réprobation sociale. Le respect de la règle de droit n'est donc pas encouragé. En outre, dans une perspective plus économique, l'imperfection du calcul empêche une indemnisation complète du dommage permettant aux victimes de faire face à leur nouvelle situation. Les tenants de l'analyse économique du droit eux-mêmes reconnaissent les limites de leur modèle. Ainsi Richard Posner écrit-il que :

*« L'octroi de dommages-intérêts pour la souffrance morale, bien que parfois généreuse en apparence, peut très bien sous-indemniser des victimes affectées par un handicap sérieux à la suite d'un accident. (...) Le problème est encore plus important en cas d'accident mortel »*⁷⁶⁴.

⁷⁵⁹ Contrairement à la CVIM qui ne reconnaît pas ce chef de préjudice.

⁷⁶⁰ VINEY Geneviève, JOURDAIN Patrice, *Les effets de la responsabilité*, 4^{ème} éd., LGDJ, 2017.

⁷⁶¹ *McDougald v. Garber*, 356 N.E.2d 372, 376, N.Y. 1989.

⁷⁶² ATIYAH Patrick S., *An Introduction to the Law of Contract*, 5th ed., Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 604.

⁷⁶³ LE TOURNEAU Philippe, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 7^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2008.

⁷⁶⁴ POSNER R. Allan, *Economic Analysis of Law*, 9th ed., New York, Aspen Publishers Inc., 2014, p. 196.

1009 L'aveu d'impuissance face à l'estimation juridictionnelle des dommages-intérêts moraux est confirmé par les économistes classiques selon lesquels les valeurs immatérielles ne pouvant donner lieu à un marché, les sciences économiques seraient incapables de quantifier ces valeurs. Donald Harris, Anthony Ogus et Jennifer Philips résument bien leur position : « les économistes (...) ne peuvent guère offrir d'assistance quant aux méthodes par lesquelles un tiers, comme un tribunal, pourrait apprécier en termes monétaires la valeur d'un *consumer surplus* perdu »⁷⁶⁵, à savoir la valeur qu'attribue le consommateur au bien dont il est privé.

1010 Pourtant, cet avis n'empêche pas l'existence effective de ces valeurs. Ainsi la Cour d'appel de New York, retenait dans l'affaire *McDougald v. Garber* précitée que :

« La réparation de préjudices immatériels comme la souffrance ou la perte de joie de vivre repose sur une fiction légale selon laquelle des dommages-intérêts peuvent compenser le préjudice de la victime. (...) Nous n'avons aucun espoir de mesurer ce qui a été perdu mais une somme d'argent peut apporter un certain soulagement ».

1011 L'objectif consistant à replacer la victime dans la situation dans laquelle elle se trouvait avant le dommage ne semble donc applicable qu'aux préjudices patrimoniaux. En effet, un préjudice moral peut être indemnisé mais il sera impossible de replacer la victime dans la situation dans laquelle elle se trouvait avant le préjudice. Croire le contraire consisterait à faire fief de la construction de chaque être humain qui se fonde sur des expériences de vie. Les dommages-intérêts indemnifiant les préjudices moraux visent donc à réparer des expériences de vie que nos sociétés considèrent comme négatives et, en creux, comme des expériences qui ne devraient pas être vécues. Le droit est ainsi parvenu à une incroyable réduction des risques permettant aux individus d'être - au moins partiellement - protégés contre les aléas de la vie.

1012 Dire d'un dommage immatériel qu'il est difficile à évaluer en argent ne signifie donc pas qu'il soit inexistant ni même qu'il faille renoncer à l'évaluer. Nous irons même jusqu'à affirmer que ce dommage dit immatériel peut fort bien revêtir un caractère « patrimonial ».

Au delà de l'oxymore, cette affirmation se justifie dès lors que l'on prend la peine, comme l'écrit Philippe Gilliéron, de « repenser la notion de patrimoine à l'aune de la société consumériste dans laquelle nous vivons, une société où les préjudices de nature subjective sont monnaie courante et (...) doivent être indemnisés par le juge en vertu de son pouvoir d'appréciation »⁷⁶⁶. Et plus loin : « Toute la difficulté consiste dans la manière de calculer ces nouvelles valeurs patrimoniales. Apposer un chiffre à un préjudice d'ordre

⁷⁶⁵ HARRIS Donald, OGUS Anthony, PHILIPS Jennifer, *Contract Remedies and the Consumer Surplus*, 95 L.Q.R. 581, 1979.

⁷⁶⁶ GILLIERON Philippe, *op. cit.*, p. 554-555.

moral n'est pas une science exacte. On pourra tout au plus limiter l'arbitraire du magistrat en s'efforçant de dégager certaines lignes directrices en en formulant certaines propositions ».

1013 Les praticiens sont unanimes à souhaiter que la doctrine, sinon le droit, aille plus loin et propose au juge⁷⁶⁷ :

- une définition plus fine des intérêts non économiques ;
- une délimitation plus inclusive de l'étendue de la réparation ;
- l'instauration d'indicateurs de mesure permettant d'objectiver les préjudices ;
- l'élaboration d'un cadre général d'évaluation des dommages-intérêts à l'usage des juges.

1014 S'agissant de la réparation d'un préjudice moral, nous ne pouvons que souligner l'importance de la dimension humaine - psychologique et affective - du procès. Concernant plus particulièrement la réparation d'un préjudice d'image ou de réputation, tant fragilisées par l'usage abusif et instantané des medias sociaux, nos procédures auraient tout intérêt à se réapproprier un certain rituel du pardon qui a toujours cours dans les droits coutumiers arabes ou africains⁷⁶⁸. Les droits occidentaux semblent timidement se diriger vers cette situation qu'ils avaient initialement connue. En effet, les droits occidentaux étaient au Moyen-Âge soumis au droit canonique qui se fonde - du moins en principe - sur la valeur cardinale du pardon⁷⁶⁹. La sécularisation des droits européen et américain a eu pour conséquence de tourner partiellement le dos à cette idée du pardon. Les droits post-modernes ont, pour des raisons philosophiques et économiques, désormais de plus en plus recours à la médiation⁷⁷⁰. Ce mécanisme alternatif de résolution des litiges amène les parties à discuter, à se comprendre, et *in fine* à se pardonner quitte à ce que l'une d'entre elle indemnise l'autre partie. La compréhension des parties et le pardon sont ainsi susceptibles de permettre une indemnisation mieux comprise. Le montant des dommages-intérêts sera par conséquent mieux accepté et pourra apparaître comme plus adéquat eu égard à la situation de la victime et du débiteur. Il existe donc un mouvement global tendant vers le pardon selon des modalités différentes et propres à chaque civilisation.

⁷⁶⁷ Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrains avec les praticiens, Section 8, p. 77.

⁷⁶⁸ On se réfèrera utilement à TELOMONO BISANGAMANI Matthieu, La réparation du préjudice moral. *Etude du droit congolais à la croisée des sources endogènes et exogènes, Mémoire réalisé sous la direction de Gilda Nicolau*, Université Paris I Pantheon Sorbonne, 2007.

⁷⁶⁹ RICOT Jacques, *Le pardon, notion philosophique ou notion religieuse ?*, Horizons philosophiques, 2003, 13(2), 131-138.

⁷⁷⁰ JACQUIN Jean-Baptiste, Face à une justice civile débordée, la médiation devient un marché convoité, *Le Monde*, 17 octobre 2017.

3.2. La nécessité d'adapter la notion de « patrimoine »

1015 Conscients des restrictions injustifiables posées par la notion traditionnelle de « valeur patrimoniale », les tribunaux ouvrent peu à peu la porte à la réparation effective de préjudices immatériels résultant de violations contractuelles, en reconnaissant à certains biens une « valeur de jouissance » indépendant de leur valeur de marché.

1016 En effet, la notion usuelle de « patrimoine » est en décalage avec une société de consommation où les valeurs « extra-patrimoniales » prennent un rôle toujours plus important. A la différence du professionnel ou de l'entreprise, le consommateur personne physique contracte dans le but de retirer, non pas un profit, mais une jouissance - une utilité, une satisfaction ou encore un *consumer surplus*⁷⁷¹ selon la terminologie économique - du bien considéré. Si le consommateur consent à acquérir un bien ou un service au prix du marché, c'est en effet parce qu'il y attache une valeur supérieure à celui-ci.

1017 Ainsi David Barnes retient-il :

« La valeur ne se cantonne pas au profit financier. (...) Au niveau des consommateurs, il se peut qu'aucun flux financier ne découle du contrat, mais que ce flux ressortisse au plaisir ou à l'utilité. La valeur reflète alors tout le plaisir ou toute l'utilité que l'on peut retirer du contrat. Le surplus ou le profit n'est autre que la quantité de plaisir ou d'utilité qui subsiste après avoir acquitté tous les coûts résultant du contrat »⁷⁷².

1018 Le droit américain ne connaît pas de réglementation aussi large et exhaustive que le droit européen en matière de consommation. La jurisprudence a parfois pallié cette carence du législateur⁷⁷³. En effet, les tribunaux américains saisis dans des affaires de constructions défectueuses ont fait leur la conception selon laquelle seule la prise en compte d'un élément immatériel permet d'assurer une réparation adéquate du préjudice effectivement subi. Ils ont reconnu que les spécifications données par le maître d'ouvrage dans le cadre de la construction de sa maison individuelle reflétaient une valeur esthétique essentielle pour celui-ci ; l'entrepreneur qui y déroge est donc tenu de réparer la

⁷⁷¹ HARRIS Donald, OGUS Anthony, PHILIPS Jennifer, Contract Remedies and the Consumer Surplus, 95 L.Q.R. 581, 1979, spéc. p. 583.

⁷⁷² BARNES David W., *The Meaning of Value in Contract Damages and Contract Theory*, 46 am. U.L.R. 1, 1996, spéc. p. 7.

⁷⁷³ Register.com, Inc. v. Verio, Inc., 356 F.3d 393, 2004 U.S. App. LEXIS 1074, 69 U.S.P.Q.2D (BNA) 1545 (2d Cir. N.Y. 2004) ; Specht v. Netscape Communs. Corp., 306 F.3d 17, 2002 U.S. App. LEXIS 20714, 48 U.C.C. Rep. ; M. ROBERTSON, « *Is Assent Still a Prerequisite for Contract Formation in Today's Economy ?* », 78 Wash. L. Rev. 265, février 2003, p. 289.

Serv. 2d (Callaghan) 761 (2d Cir. N.Y. 2002).

construction, même dans les cas où les coûts peuvent s'avérer disproportionnés par rapport à la moins-value du bien ou du service lui-même⁷⁷⁴.

1019 Prétendre « réparer intégralement » le dommage du consommateur tout en refusant de reconnaître l'utilité que revêtait pour lui le bien ou le service, serait tout aussi absurde que prétendre « réparer intégralement » le dommage du professionnel ou de l'entreprise tout en refusant de reconnaître la valeur de son gain manqué. La jouissance manquée du consommateur, c'est le gain manqué du professionnel. Rien ne justifie d'indemniser le second et de refuser la première, sauf à nier la place toujours plus importante prise par les loisirs et la jouissance de la vie dans le quotidien de chacun, sans commune mesure avec celle qu'ils avaient lors de l'apparition de notre Code civil. Ici encore, l'indemnisation d'un préjudice extra-patrimonial vient partiellement corriger une expérience que la société considère comme négative et qui n'aurait donc pas due être vécue par la victime.

Section 3 : Les dommages immatériels des personnes morales

1. Un chef de préjudice qui s'est imposé peu à peu dans la doctrine

1020 Il résulte de l'examen de la jurisprudence et de la doctrine que l'idée de « préjudice moral » des personnes morales s'est imposée peu à peu. Notons pour commencer que la plupart des systèmes juridiques étatiques limitent le principe et l'existence d'un préjudice moral essentiellement aux personnes physiques. C'est sans doute la raison principale pour laquelle, la jurisprudence est relativement limitée en la matière. La plupart des sociétés qui s'estiment victimes de ce genre de préjudice préfèrent alors soit le passer sous silence, soit le requalifier en préjudice économique. Encore faut-il démontrer l'impact économique et en estimer le *quantum*, c'est ce que nous verrons un peu plus loin.

1021 La jurisprudence arbitrale internationale est hésitante sur le sujet. En 1996, un tribunal arbitral siégeant à Milan, statuant *ex aequo et bono* et appliquant les Principes d'UNIDROIT, a rejeté une demande d'indemnisation pour préjudice moral formulée par une société américaine à l'encontre d'une société italienne⁷⁷⁵. Le tribunal avait retenu que la demanderesse n'étant pas une personne physique mais une personne morale, elle ne pouvait se prévaloir d'un tel préjudice. Dix ans plus tard, un tribunal arbitral siégeant à Mexico, appliquant également les Principes d'UNIDROIT, a bien distingué le préjudice économique, conséquence de l'atteinte à la réputation, et le préjudice non économique, d'atteinte à la réputation elle-même. Il a cité l'article 7.4.2 en ce qui concerne le préjudice non économique, ce qui équivaut à accepter le principe du préjudice moral d'atteinte à la réputation pour une entreprise cliente

⁷⁷⁴ *Fox v. Webb*, 105 So.2d 75, Ala., 1958, spéc. p. 82 ; *Gory Associated Industries v. Juniper Roofing*, 358 So.2d 93, Fla. Dist., Ct. App., 1978.

⁷⁷⁵ Chambre d'Arbitrage National et International de Milan, Cas n° 1795, Sentence (1996), 24 (a) *Y.B.C.A.* p. 205-206, 1999.

d'un fournisseur qui n'a pas livré les marchandises contractuelles. Toutefois, il a conclu que le demandeur n'a pas apporté la preuve de l'existence ou du *quantum* d'un tel préjudice⁷⁷⁶.

1022 Les cas jugés sous le régime de la CVIM ne s'avèrent pas plus homogènes. En effet, en 1999 et 2000, deux tribunaux nationaux ont refusé d'indemniser « la détérioration d'image et de réputation commerciale en soit, dans la mesure où elles n'avaient entraîné aucun préjudice matériel démontré », et qu' « un entrepreneur peut être complètement indifférent à son image, tant qu'il réalise le chiffre d'affaires nécessaire »⁷⁷⁷. Ces arrêts semblent refléter l'opinion selon laquelle l'atteinte à l'image, à la réputation ou au crédit commercial ne constitue pas un chef de préjudice à part entière. Trois cas pratiquement contemporains ont néanmoins été arbitrés en sens inverse⁷⁷⁸.

1023 L'atteinte au crédit commercial (réputation, image de marque, etc.) mériterait pourtant une indemnisation plus large pour conférer au principe de la réparation intégrale le sens qui lui revient. La marque par exemple, bien immatériel s'il en est pour une entreprise, a une valeur intrinsèque. Sa perte de valeur se mesure immédiatement dans l'esprit des consommateurs et risque de se traduire à plus ou moins long terme par une baisse de chiffre d'affaires. En pratique, le lien de causalité entre l'événement dommageable et la baisse de chiffre d'affaires sera moins aisée à prouver que celui entre le dit événement et l'atteinte à la réputation elle-même (ce qui est pourtant nécessaire pour justifier la perte d'image). Cela explique qu'un grand nombre de juridictions - y compris arbitrales - aient rejeté des demandes d'indemnisation pour atteinte au crédit commercial, à l'image ou à la réputation, en se fondant sur l'idée selon laquelle l'existence ou le *quantum* de ce préjudice moral n'était pas suffisamment démontré⁷⁷⁹. Toutefois si le lien de causalité et l'existence du préjudice sont

⁷⁷⁶ Centro de Arbitraje de Mexico, Unilex, 30 novembre 2006, Cit. Ewan MC KENDRICK, *Damages*, in Stefan VOGENAUER, *op. cit.*, p. 985-986.

⁷⁷⁷ CA Grenoble, 21 Octobre 1999, *Sté Calzados Magnanni c. SARL Shoes General International*, infirmant le jugement de première instance qui avait accordé l'indemnisation du même préjudice ; Cour du District de Darmstadt, Allemagne, Cas N° 10 O 72/00, LG Darmstadt (9 Mai 2000) ; Ces deux cas sont cités par D. SAIDOV, « *Damage to Business Reputation and Goodwill under the Vienna Sales Convention* » in. Djahongir Saidov, R. CUNNINGTON, *Contract Damages : Domestic and International Perspectives*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2008, n. 12 et 13 p. 391.

⁷⁷⁸ Cour d'Arbitrage de la CCI, Cas N° 11849, 2003 ; Tribunal de Commerce de Zurich, Suisse, Cas N° HG 970238.I, 10 Février 1999 ; Cour d'Appel d'Helsinki, Finlande, Cas N° S 00/82, 26 Octobre 2000. Ces trois cas sont cités par Djahongir Saidov, « *Damage to Business Reputation and Goodwill under the Vienna Sales Convention* » in. Djahongir Saidov, Ralph Cunningham, *Op. Cit.*, n. 71 p. 403.

⁷⁷⁹ Voir notamment les sentences d'arbitrage du commerce international: CCI Cas n° 5834, Sentence finale 1989, Extrait, 5 :1 CCI Bull. CI Arb. 65, 1994, décidant que l'argumentation du demandeur était basée sur des pures hypothèses ; Tribunal d'Arbitrage Commercial International de la CCI de la Fédération de Russie, Cas n° 304/1993, Sentence 1995 ; CCI Cas n° 13133 entre un entrepreneur Tunisien et un fournisseur Indien, Sentence Finale, 35 Y.B.C.A. 129, 2010 ; CRCICA Cas n° 173/2000, Sentence Finale, 2000, p. 57-62 entre un une société de conseil le syndicat professionnel des sociétés de construction du secteur public ; LCIA Cas n° 4533, Sentence finale, 2004, 3 (3) J. International d'Arbitrage Arabe p.

établis par le créancier, ils suffisent théoriquement à justifier son indemnisation⁷⁸⁰.

1024 Si la jurisprudence française a longtemps hésité avant d'adopter une position plus libérale, que dit la doctrine ? Une personne morale peut-elle subir un « dommage immatériel » ? Qu'est ce que le préjudice moral d'une personne morale ? Les personnes morales ne possédant aucune « intégrité physique » et n'éprouvant aucune « douleur » ni aucun « sentiment », de quoi donc serait constitué leur préjudice moral ? En somme, c'est la question de l'attribution de sentiments à une entité autre qu'humaine qui se trouve posée.

1025 Dans la mesure où les droits de la personnalité ne sont pas propres aux personnes physiques, sans doute faut-il aller chercher dans le respect de ces droits subjectifs, et notamment du droit de la personne, pour trouver matière à sanctionner les atteintes à l'image de marque ou à la réputation des personnes morales. C'est la piste suivie par Philippe Stoffel-Munck qui a écrit que « pour une personne morale, le préjudice moral c'est l'atteinte à son image, à sa réputation »⁷⁸¹. Peut être même faudrait-il aller encore un peu plus loin et inclure dans le préjudice moral des personnes morales l'atteinte à d'autres actifs immatériels comme l'ambiance de travail, la motivation des salariés, la gouvernance, etc.

1026 Selon Dominique Ledouble :

« La doctrine relève d'une manière assez unanime que le préjudice moral d'une personne morale sera rarement pur et que l'on sera souvent en face d'une situation mêlant des éléments strictement moraux et d'autres qui sont plutôt matériels mais difficilement évaluables, 'le simple ersatz d'un préjudice économique dont la matérialité serait difficile à saisir' »⁷⁸². Cette frontière floue entre le préjudice moral et matériel dans le cas des personnes morales est à leur avantage, du point de vue de l'évaluation tout au moins »⁷⁸³.

211, 2011 entre le Dr. Alla Chafik Dib et F&F International Ltd. ; CCI Cas n° 12580, 2 (3) J. International d'Arbitrage Arabe p. 270, 291, 2010.

⁷⁸⁰ Voir notamment les sentences d'arbitrage du commerce international: CRCICA Cas n° 109/1998, Sentence finale 1999, entre une SSII Africaine et deux SSII, l'une Nord Américaine et l'autre Européenne ; CRCICA Cas n° 117/1998, Sentence finale 1999, entre une autorité régionale de tourisme Africaine et une société de tourisme Africaine ; CCI Cas n° entre l'homme d'affaire Chilien Max Marambio et le gouvernement Cubain, Sentence partielle de Juillet 2012. En jurisprudence française: voir Cass. Com. 15 mai 2012, JCP EA 2012. 1510, note Mortier.

⁷⁸¹ STOFFEL-MUNCK Philippe, *Le préjudice moral des personnes morales, Libre droit Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008.

⁷⁸² Cf. Note Barbieri sous l'arrêt Cass. Com. 15 mai 2012, JCP EA 2012.1510, in Bull. Joly Sociétés 2012 N° 302.

⁷⁸³ LEDOUBLE Dominique, *L'évaluation du préjudice moral : va t-on sortir du 'doigt mouillé' ?*, <http://blog.ledouble.fr/>, 8 février 2013.

1027 Cette distinction avec les personnes physiques est le résultat des différences intrinsèques entre les personnes physiques et morales. Les premières ont avant tout un corps et des sentiments avant d'avoir un patrimoine, alors que les secondes sont d'abord constituées par un patrimoine avant d'avoir des intérêts extra-patrimoniaux. La confusion régnant pour les personnes morales n'est donc que le résultat de leur nature.

1028 On distinguera en tout état de cause le préjudice moral *stricto sensu* du préjudice moral *lato sensu*.

2. Le préjudice moral *stricto sensu* ne nécessite aucun calcul des conséquences économiques

1029 Le préjudice moral ne vient indemniser que les suites directes du préjudice et non pas les conséquences économiques et ce pour plusieurs raisons :

- il est bien cerné pour une organisation sans but lucratif, c'est l'atteinte à la cause qu'elle défend ;
- pour une société commerciale, il est a priori plus difficile de démontrer qu'elle puisse souffrir d'un préjudice moral *stricto sensu*. En réalité, même en l'absence de toute conséquence économique pour la société, l'atteinte à sa réputation d'honnêteté par exemple, constitue un préjudice moral certain, prévisible et donc réparable, même s'il est souvent non mesurable et que la réparation risque de se limiter à l'euro symbolique.

1030 Après avoir fait l'objet de nombreuses controverses en France et dans d'autres pays européens, cette doctrine s'impose progressivement. Marc Isgour a ainsi écrit :

« Les personnes morales jouissent, en principe, des mêmes droits que les personnes physiques pour défendre leur patrimoine et peuvent donc, comme celles-ci, réclamer réparation de l'ensemble de leur préjudice. Ainsi, selon une doctrine déjà ancienne, si une personne morale ne peut invoquer une atteinte à des sentiments d'affection, à son esthétique ou à son intégrité physique, celle-ci possède un honneur, et toute atteinte portée à sa considération ou à sa réputation peut constituer un dommage d'ordre moral »⁷⁸⁴.

1031 L'indemnisation est donc adaptée aux spécificités des personnes morales. Il s'agit donc d'une adaptation factuelle - et non pas juridique - aux personnes morales. Il s'agit donc du même procédé que celui utilisé lors de

⁷⁸⁴ ISGOUR Marc, L'atteinte à l'image de marque des personnes morales, *Rubrique Doctrine Droit des médias*, Auteurs et Média, 2007/3. L'auteur cite notamment MAZEAUD Denis et TUNC, t. II, nos 1874-4 et 1878- 18; J. Van Ryn, *Principes de droit commercial*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1954, p. 256 ; WESTER-OUISSE Véronique, *Le préjudice des personnes morales*, J.C.P. – Sem. jur., éd. gén., no 26, 2003, p. 1189.

l'avènement de l'internet pour lequel le droit commun est adapté - à quelques exceptions près - aux spécificités factuelles. La méthode est donc courante.

1032 Enfin, le droit pour une personne morale de demander la réparation de son dommage moral a également été reconnu à plusieurs reprises par la Cour Européenne des Droits de l'Homme⁷⁸⁵. Notamment dans une affaire où une société réclamait un dédommagement moral à l'Etat portugais pour violation de son droit à un procès dans un délai raisonnable⁷⁸⁶. La solution doit être approuvée car il n'y a pas lieu de limiter l'État de droit aux personnes physiques, et ce d'autant plus que les sociétés complexes comme les sociétés occidentales ont largement recours aux personnes morales. Écarter ces dernières du droit à un procès équitable aurait pour conséquence d'exclure indirectement les personnes physiques de ce droit.

3. Le préjudice moral *lato sensu* pourra se traduire indirectement en valeur monétaire⁷⁸⁷

1033 Le préjudice moral concerne toutes les personnes morales, avec ou sans but lucratif, pourvu qu'elles aient une activité économique. Dans ce cas il n'a aucune raison de se limiter à l'euro symbolique - pour des raisons de justice et *in fine* d'accès à un procès équitable - d'où l'intérêt d'en objectiver le calcul. Cela permettra en outre aux parties de bénéficier d'une meilleure sécurité juridique.

1034 Deux cas se dégagent schématiquement selon la taille de l'entreprise concernée :

- le premier concerne les associations non professionnelles, les sociétés d'exercice libéral (SEL) et les Très Petites Entreprises (TPE) pour lesquelles les enjeux sont souvent limités et les informations non publiques voire inexistantes. La situation s'apparente plus à celle des individus. Dans ce cas on peut, en première approche, se reporter aux techniques d'expertise et aux barèmes forfaitaires utilisés dans la jurisprudence des particuliers évoqués dans la section précédente ;

⁷⁸⁵ CEDH, 6 avril 2000, Comingersoll SA c. Portugal, req. 00035382/97 ; CEDH, 21 décembre 2004, Centrum Stavebního Inženýrství, A.S. c. République tchèque, req. N°65189/01 ; CEDH, 30 mars 2006, Ozgur Radyo-Ses Radyo Televizyon Yayin Yapim Ve Tanitim A.S. c. Turquie, req. N°64178/00, 64179/00, 64181/00, 64183/00, 64184/0.

⁷⁸⁶ CEDH., 6 avril 2000, Comingersoll s.a. c. Portugal, req. 35382/97 qui considère que «La Cour ne peut donc exclure, au vu de sa propre jurisprudence et à la lumière de cette pratique, qu'il puisse y avoir, pour une société commerciale, un dommage autre que matériel appelant une réparation pécuniaire» et que «puisque la principale forme de réparation que la Cour peut octroyer est de nature pécuniaire, l'efficacité du droit garanti par l'article 6 de la Convention exige qu'une réparation pécuniaire puisse être octroyée aussi pour dommage moral, y compris à une société commerciale».

⁷⁸⁷ C'est pourquoi, on peut aussi le considérer comme un « préjudice matériel indirect » ou *consequential damages* en common law américaine.

- pour les fondations et les sociétés les plus importantes, les enjeux justifient que l'on utilise une information toujours plus abondante voire que l'on développe des techniques d'analyse adaptées :
 - pour Maurice Nussenbaum, l'évaluation du préjudice causé par l'atteinte à l'image de marque doit se faire en fonction des effets de cette atteinte sur les indicateurs économiques traditionnels : ventes perdues, baisses de prix, coût de la publicité supplémentaire pour corriger les effets du dommage, dépréciation des investissements, dépréciation de la marque, etc.⁷⁸⁸ ;
 - des indicateurs non économiques, repris par l'acronyme RSE en français (Responsabilité Sociétale et Environnementale) et ESG en anglais (*Environment, Social, Governance*), sont désormais publiés régulièrement par les sociétés les plus importantes dans de nombreux pays⁷⁸⁹ ; ces indicateurs font partie intégrante du patrimoine immatériel et de l'image de la personne morale. A titre d'exemples, ces indicateurs peuvent être : la satisfaction client, l'attractivité auprès des étudiants, le classement « *Great place to work* »⁷⁹⁰, l'intégration dans un portefeuille d'ISR (investissement socialement responsable), etc. La détérioration de ces indicateurs suite à une inexécution contractuelle - par exemple le non respect de ses engagements environnementaux par un fournisseur - sera donc l'indice d'un préjudice moral, et la détérioration de ces indicateurs pourra être ensuite convertie par l'expert en préjudice économique. Ainsi, une moindre satisfaction du client se traduira par un recours à des promotions donc par une baisse des prix de vente, une moindre attractivité auprès des étudiants ou un classement dégradé dans « *Great place to work* » rendra nécessaire une hausse des salaires, la sortie d'une valeur des indices ou des portefeuilles ISR détériorera le cours de bourse.

1035 Des outils d'analyse économétriques permettent maintenant de quantifier avec un bon niveau de fiabilité certains préjudices qui ne se traduisent pas nécessairement ou pas directement en perte de profits⁷⁹¹. Les préjudices ayant des incidences économiques pourront être indemnisés en tant que préjudices patrimoniaux. La distinction est fine - et peut-être artificielle du point de vue de la personne morale. Elle ne fait cependant pas obstacle à une indemnisation intégrale des préjudices subis.

1036 Dans le tableau ci-dessous, nous résumons les développements précédents concernant le préjudice immatériel résultant d'une inexécution contractuelle afin d'apprécier l'intérêt positif du créancier et de calculer l'indemnisation qui lui due.

⁷⁸⁸ NUSSENBAUM Maurice, Évaluation du préjudice de marque – *Le cas particulier de l'atteinte à l'image de marque*, J.C.P., 1993, I, 303, pp. 567 et s.

⁷⁸⁹ En France, les pouvoirs réglementaires et législatifs ont logé la matière dans l'article L 225-100 C.Com reprenant les dispositions de l'article 225 de la loi dite Grenelle 2.

⁷⁹⁰ L'index « *Great place to work Institute* » a déjà été évoqué plus haut, en sous-section 2.2. L'atteinte au fonds de commerce, à la réputation ou à l'image de marque.

⁷⁹¹ Voir ci-après en Section 4, 1. Le préjudice d'image (de marque) et, après, 2. La réputation dans la jurisprudence américaine et dans les Principes d'UNIDROIT.

Nature du contrat	Type de créancier	Prestation matérielle ou Service standard	Prestation personnelle
Consommateur	Consommateur salarié	Jouissance Valeur de location d'un bien comparable	Bien être Montant des dépenses qu'il aurait effectuées durant ses vacances + valeur patrimoniale des prestations dont il s'est vu privé
	Consommateur indépendant	Jouissance Valeur de location d'un bien comparable	Bien être Montant supérieur ou égal aux revenus qu'il aurait réalisés s'il avait travaillé
Professionnel ou Entreprise	Professionnel ou TPE	Gain manqué Idem consommateur	Crédit commercial Idem consommateur
	Grande entreprise	Gain manqué Probabilité de l'occurrence positive pour le créancier de l'événement empêché du fait de l'inexécution du contrat par le débiteur	Crédit commercial Analyse de la valeur Analyse conjointe Multiples boursiers Transactions comparables = valeur de marché

Section 4 : Le préjudice d'image (de marque), de réputation et de crédit commercial dans la jurisprudence

1. Le préjudice d'image (de marque)

1037 **Aborder la quantification du préjudice** d'image de marque revient finalement à objectiver la valeur de la marque, cet « actif incorporel » qui - avec d'autres - constitue une part importante du « patrimoine immatériel » de l'entreprise créancière.

1038 En revanche, le concept juridique « d'image de marque » n'existe pas en tant que tel dans le droit français. Néanmoins, à y regarder de plus près, ce concept se retrouve dans une jurisprudence étoffée.

« En effet (...) ces atteintes à l'image de marque des sociétés qui trouvent généralement leur origine dans une atteinte à un droit de propriété intellectuelle (atteinte à la marque ou à un autre signe distinctif), dans un acte de concurrence déloyale (parasitisme, dénigrement, etc.) ou dans une faute découlant d'une infraction pénale (diffamation, etc.), sont reconnues expressément par les tribunaux. De plus, certains textes légaux, tel que l'article 10.2 de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales établissant des limites à la liberté d'expression, font référence de manière plus ou moins explicite à un droit à 'l'image de marque', à la 'réputation', ou à l'honneur et à la considération des personnes ou des entreprises »⁷⁹².

1039 La liberté d'expression, valeur cardinale des régimes démocratiques, peut donc être limitée afin de protéger la réputation des personnes morales.

1040 « L'image de marque est un élément incorporel qui ne figure pas à l'actif du bilan d'une société. C'est un élément non quantifiable mais c'est sans doute celui qui a le plus de valeur au sein du patrimoine d'une entreprise »⁷⁹³. C'est en ces termes paradoxaux que le publicitaire français Rémi-Pierre Heude définit l'image de marque. Si la recherche économétrique n'avait pas fait d'énormes progrès ces trois dernières décennies, nous aurions donc sans doute dû abandonner toute idée de quantification de la valeur d'image ou du préjudice d'image. C'est au contraire à cela que nous nous intéresserons à partir de maintenant.

1041 Deux cas de figure seront examinés successivement :

- lorsqu'il peut être prouvé que le préjudice d'image de marque a directement provoqué une baisse des ventes d'un produit, le problème de réparation du préjudice ainsi subi revient à celui abordé au Chapitre précédent, à savoir évaluer le profit perdu ;
- c'est bien évidemment lorsqu'on ne peut pas prouver une baisse des ventes résultant directement du préjudice d'image de marque que le problème se pose : le préjudice existe de manière certaine mais on ne sait pas le réparer car on ne sait pas en déterminer le *quantum*. Dans cette hypothèse la sécurité juridique des parties risque de ne pas être assurée de façon satisfaisante.

1042 Pour pallier cette difficulté, la Cour de cassation déduit de la faute l'existence du préjudice⁷⁹⁴. Les personnes morales bénéficient donc d'une présomption leur permettant d'être exemptes de la charge de la preuve du lien de causalité. L'attendu habituel de la Cour de cassation est souvent rédigé de la façon suivante : « le dénigrement commis, générateur d'un trouble commercial,

⁷⁹² ISGOUR Marc, *op. cit.*, L'auteur cite plusieurs cas de jurisprudence Française et Belge dans la première partie de son article.

⁷⁹³ HEUDE Rémi-Pierre, *L'image de marque*, Eyrolles, Paris, 1989, p. XVI.

⁷⁹⁴ Cass. com. 9 février 1993, n° 91-12.258 : RJDA 5/93 n° 469 ; Cass. com. 27-2-1996 n° 94-16.885 : RJDA 5/96 n° 732.

entraîne nécessairement un préjudice »⁷⁹⁵. Une autre variante de la même idée est rédigée tel que suit : « le préjudice se déduit du seul dénigrement commis, sans qu'il soit besoin de démontrer un détournement effectif de clientèle ou une baisse de chiffre d'affaires »⁷⁹⁶. Pour l'instant, la jurisprudence en matière contractuelle ne semble pas prête à importer cette jurisprudence cantonnée à la matière délictuelle. La règle concernant l'existence même du principe de l'indemnisation est donc allégée. De plus, et très classiquement, les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain dans l'évaluation du montant du préjudice⁷⁹⁷. Dès lors, l'obtention des dommages-intérêts se trouve facilitée, au prix d'un manque d'harmonisation territoriale et de prévisibilité juridique.

1043 Il convient d'abord de souligner avec Marc Isgour que l'image de marque d'une entreprise peut avoir une valeur très importante, relativement indépendante des variations à court terme des ventes.

« L'atteinte à l'image de marque de la société ou à l'image de la marque elle-même pourra, dans certains cas, avoir des conséquences tout à fait mesurables sur la valeur de cette marque. Cette différence de valeur pourra évidemment entrer dans l'évaluation globale du dommage matériel résultant de l'atteinte à l'image de marque »⁷⁹⁸.

Comment déterminer la valeur d'une marque ?

1044 Ce sujet assez technique a trouvé, au cours des trois dernières décennies, des réponses de plus en plus satisfaisantes en théorie économique grâce à des méthodes d'analyse statistique appliquées en marketing et en finance⁷⁹⁹.

1045 Economiquement, la marque est un actif intangible qui requiert, comme tout actif, des investissements exceptionnels aux phases clés de son cycle de vie (création, renouvellement, modernisation) et des investissements réguliers pour être entretenu (communication institutionnelle). En retour, la marque permet à son propriétaire ou son exploitant d'espérer des flux financiers futurs que sont les redevances de licence ou le chiffre d'affaires même s'il s'agit d'un actif intangible.

1046 Les techniques d'analyse de la valeur permettaient déjà depuis le début du XXème siècle de calculer précisément le coût objectif de chaque produit

⁷⁹⁵ Cass. com. 14 juin 2000, *Optipress c/ Editions La Rivière*, n° 98-10.689 : RJDA 12/00 n° 1184.

⁷⁹⁶ CA Paris, 3 avril 1995, *Aedes c/ Spic Ecopic Line*, RJDA no 110/1995, n° 1185.

⁷⁹⁷ Cass com. 21 juin 1994, RJDA 12/94 n°1404, Cass com. 18 janvier 2000, RJDA 4/00, n° 408.

⁷⁹⁸ ISGOUR Marc, *op. cit.*

⁷⁹⁹ On peut citer notamment les modèles suivants : « *Brand Asset Valuator* » de l'agence Young & Rubicam, avec sa grille d'évaluation FRED (pour « *Familiarity* », « *Relevance* », « *Esteem* » et « *Differentiation* ») ; « *Megabrand System* » de la SOFRES et le modèle développé par la société anglaise LANDOR Associates.

manufacturé. Mais jusqu'aux années 1980, on a plutôt tâtonné au sujet de la valeur des marques. Depuis, les recherches appliquées ont avancé et l'on sait maintenant, sur le plan méthodologique, relativement bien déterminer la valeur d'une marque⁸⁰⁰.

1047 Les techniques de marketing quantitatif, notamment les analyses conjointes développées aux Etats-Unis, permettent désormais de mesurer le surplus de prix (*price premium*) qu'un consommateur (un échantillon représentatif de consommateurs en fait) est prêt à payer pour un produit de marque par rapport à un produit indifférencié et donc d'estimer la valeur de la marque. Les parties disposent ainsi d'une méthode relativement prévisible d'estimation des préjudices. Schématiquement, si l'analyse de la valeur détermine un coût de 100 pour un modèle de voiture Ford, et un coût de 120 pour un modèle équivalent de voiture BMW (+20%), et si l'analyse conjointe mesure les prix attribués par le consommateur à ces deux modèles à 133 et 200 respectivement (+50%), alors on peut estimer que la marque BMW a une valeur relative de 30% (50-20) supérieure à la marque Ford, toute autre chose égale par ailleurs⁸⁰¹. Les juges américains sont sans doute plus aptes à comprendre et appliquer ce type de raisonnement étant donné que nombre d'entre eux a suivi un *Bachelor* - c'est à dire une licence - en économie. Il sera sans doute nécessaire de recourir aux estimations d'un expert. Cela posera une limite dans l'accès à la justice car les entités les moins riches auront des difficultés à s'offrir ce service.

1048 Les experts de l'analyse financière se sont également penchés sur la question de la valeur d'une marque. Les réponses apportées s'appliquent aisément aux marques exploitées par des sociétés cotées ou, au moins, par des sociétés ayant fait l'objet de transactions dont le montant est connu avec certitude. Dans ces cas, on compare, entre sociétés du même secteur, les multiples de valorisation rapportés à plusieurs indicateurs clés (le chiffre d'affaires, le résultat et la croissance notamment). Si l'information est suffisante en quantité et correctement traitée, on peut dégager des tendances. Il s'ensuit que tout écart de valorisation par rapport à ces tendances est une bonne approximation de la valeur des actifs intangibles de la société et donc de sa marque.

1049 Prenons par exemple le secteur des soins dermo-cosmétiques aux Etats-Unis. Les multiples de valorisation normatifs y sont 3 fois le chiffre d'affaires et 12 fois le résultat compte tenu des transactions relevées entre 2007 et 2014. Si la société *Clorox* a racheté la société *Burt's Bees* pour 5 fois son chiffre d'affaires et 20 fois son résultat, on peut estimer que *Clorox* a attribué une « survalueur » à la marque *Burt's Bees* (en fait au crédit commercial ou, comme disent les américains, au *goodwill*) comprise entre 2 (5-3) fois son chiffre d'affaires et 8 (20-12) fois son résultat. A peu près à la même époque, *Johnson & Johnson* a racheté *Biafine* pour 3 fois son chiffre d'affaires, indiquant que l'acquéreur attribuait à la cible une valeur de marque conforme à son secteur⁸⁰².

⁸⁰⁰ *Idem.*

⁸⁰¹ Cette illustration est basée sur un exemple réaliste mais fictif.

⁸⁰² Cette illustration est basée sur des exemples réels issus de l'expérience de l'auteur.

1050 Un autre exemple célèbre illustrera bien notre propos. En 1988, *Nestlé* rachète le groupe anglais *Rowntree Mackintosh* pour 2,4 milliards GBP, alors que sa capitalisation boursière n'était que d'un milliard. Objectif du rachat: les marques *Kit Kat*, *After Eight*, *Polo* et *Quality Street*. Ces marques disposent d'un potentiel extraordinaire de développement de par leur capacité à s'internationaliser et à conquérir de nouveaux marchés. Ce potentiel a une valeur marchande de 1,4 milliard GBP (2,4 - 1), que l'acheteur n'a pas hésité à payer. Ce potentiel n'existait pas dans les comptes de la société, ni dans les résultats, ce qui le rendait difficile à apprécier. Il doit néanmoins être pris en compte dans la valorisation de l'image de marque de ces marques, elle même support de l'image de la société.

1051 Ces méthodes, pour certaines assez sophistiquées, ont leurs limites :

- tout d'abord, comme il a déjà été dit, elles ne s'appliquent pas ou très mal aux petites sociétés dont la marque n'est pas établie... Mais n'est ce pas déjà un critère pour dire que cette marque n'a pas beaucoup de valeur ?
- ensuite, elles donnent souvent des valeurs relatives entre les marques d'un même secteur. Il est donc difficile de les appliquer dans un secteur monopolistique... Mais peut-on vraiment parler de préjudice moral dans ce type de secteur ?
- de plus, il ne s'agit que d'une photographie à un instant donné. Ainsi pour estimer le préjudice - et par la même occasion avoir une présomption de causalité - on doit conceptuellement mettre ces techniques en œuvre deux fois, une fois avant l'événement dommageable et une fois après, et calculer l'écart entre les deux mesures (*event study*) ;
- enfin et surtout, elles sont lourdes à mettre en œuvre - *a fortiori* deux fois - et ne peuvent se justifier économiquement que pour les préjudices les plus importants.

2. La réputation⁸⁰³ dans la jurisprudence américaine et dans les Principes d'UNIDROIT

1052 Faire la différence entre la perte de profits d'une part et l'atteinte au crédit commercial ou à la réputation d'autre part (alors que l'un n'est que la résultante des deux autres sur le plan économique), permet des traitements comptables, fiscaux et surtout juridiques différents. Parfois la jurisprudence américaine fait la différence entre les deux ; quand c'est le cas elle peut accepter un chef de préjudice à part. Elle retiendra souvent la conséquence de rupture d'engagements de garantie qui pénalise la revente des biens, parfois indépendamment de la qualité des produits/services livrés.

1053 La valeur d'une réputation en tant que valeur d'un actif - est déterminée par les *cash flows* qu'elle produira. Du point de vue économique et financier, la valeur d'une réputation peut donc être considérée comme équivalant à la valeur actualisée de la perte des flux futurs de profits. Cependant, le système de

⁸⁰³ Le terme souvent utilisé en anglais est *goodwill*. Par simplicité, dans toute cette sous-section nous utiliserons uniquement le terme générique de réputation pour comprendre l'ensemble de ces termes proches : fonds de commerce, crédit commercial et réputation.

common law américain n'assimile pas toujours les gains manqués et les pertes de profits et, par conséquent, peut accorder deux indemnités séparées.

1054 De nombreux cas refusent l'indemnisation pour perte de réputation en plus des dommages issus des gains manqués. Cela se fait rarement car l'atteinte à la réputation ne peut en principe être indemnisée en tant que demande à part entière - donc distincte - des gains manqués résultant d'une infraction au contrat⁸⁰⁴. Cela arrive le plus souvent lorsque le demandeur rencontre des difficultés à démontrer la différence entre les deux, voire n'offre aucune preuve d'atteinte à la réputation. Dans un cas de 2005 relevant du droit fédéral américain, l'indemnisation de l'atteinte à la réputation, en plus des dommages-intérêts pour les gains manqués lors d'une violation de la demande de garantie par l'acheteur, a été annulée car « l'existence du préjudice de réputation était fondée sur la même preuve que l'existence des gains manqués et il n'y avait pas de preuve indépendante de la diminution de la valeur de l'entreprise »⁸⁰⁵. Dans un cas de l'État de New York de 2010, l'indemnisation de la perte de réputation - en sus de la perte de profits - a constitué une double indemnisation car « l'entreprise du demandeur a perdu de sa valeur parce que le défendeur a mis en place une entreprise concurrente qui a entraîné des pertes de gains indemnisables »⁸⁰⁶. Pourtant, dans une affaire plus récente, l'indemnisation de l'atteinte à la réputation suite au départ des employés afin de créer une entreprise concurrente a été annulée⁸⁰⁷. « L'entreprise a été vendue peu de temps après, et aucune preuve n'a été présentée soutenant que la perte de réputation ait entraîné une réduction du prix de vente »⁸⁰⁸.

1055 Dans de rares cas, le recouvrement des dommages causés à la réputation peut être considéré indépendamment de l'indemnisation des gains manqués. C'est le cas lorsque le demandeur a subi une violation des obligations issues d'une garantie. La plupart des tribunaux ont longtemps soutenu que des dommages-intérêts pour violation de la garantie peuvent être recouverts s'ils incluent un dommage au crédit commercial ou à la réputation de l'entreprise⁸⁰⁹. En 1994, un tribunal fédéral a retenu que

« La loi (de l'Etat) de New York permet à un demandeur dans un cas de violation de garantie d'être indemnisé pour atteinte

⁸⁰⁴ *Metalworking Lubricants Co. V. United States Fire Insurance Co.*, 460 F. Supp. 2d 897 (S.D. Ind. 2006) ; *Belle City Amusements, Inc. v. Doorway Promotions, Inc.*, 936 N.E. 2d 243 (Ind. App. 2010).

⁸⁰⁵ *Marvin Lumber & Cedar Co. V. PPG Industries, Inc.*, 401 F.3d 901 (8th Cir. 2005).

⁸⁰⁶ *Dental Health Associates v. Zangenech*, 34 A.D.3d 622, 825 N.Y.S.2d 505 (2006).

⁸⁰⁷ *21st Century Systems, Inc. v. Perot Systems Government Services, Inc.*, 284 Va. 32, 726 S.E.2d 236 (2012).

⁸⁰⁸ *Idem*.

⁸⁰⁹ *R.E.B., Inc. v. Ralston Purina Co.*, 525 F.2d 749 (10th Cir. 1975) ; *Texsun Feed Yards, Inc. v. Ralston Purina Co.*, 447 F.2d 660 (5th Cir. 1971) ; *Lucker Manufacturing v. Milwaukee Steel Foundry*, 777 F. Supp. 413 (E.D. Pa. 1991), *appeal dismissed*, 983 F.2d 1051 (3d Cir. 1992) ; *Delano Growers' Cooperative Winery v. Supreme Wine Co.*, 393 Mass. 666, 473 N.E.2d 1066 (1985).

à son crédit commercial, parfois appelée perte de gains futurs, ou perte de clients ou encore préjudice de réputation »⁸¹⁰.

1056 Les commentaires des Principes d'UNIDROIT sont alignés sur la jurisprudence américaine sur cette question. En effet, et comme Peter Huber l'affirme en se référant à l'article 7.3.1 des Principes d'UNIDROIT, « en général, une importance considérable devrait être accordée aux problèmes de réputation et d'image de marque. Le test (dit) d'utilisation raisonnable ne devrait pas laisser la partie lésée avec des biens qu'elle ne peut vendre sans risquer de nuire à sa réputation »⁸¹¹. La solution française n'a pas servi de modèle mais dans sa complexité elle offre des solutions similaires grâce à la notion de perte de chance et à l'indemnisation des préjudices patrimoniaux et extra-patrimoniaux.

1057 D'autres arrêts, souvent plus récents, ont également accordé des dommages-intérêts pour perte de réputation, en dehors de la violation des obligations liées à la garantie. Dans un arrêt rendu dans l'État de New York en 2013, une part substantielle du prix d'achat de la pratique vétérinaire était expressément attribuable à la réputation⁸¹². Le vendeur a violé l'accord d'achat d'actifs par une conduite qui a mené à son arrestation et à sa condamnation pour crime sexuel. Les gains manqués et la perte de réputation résultant ont été des éléments prévisibles des dommages au moment où l'accord a été exécuté et ont été indemnisés.

1058 Parfois, le recouvrement des dommages-intérêts pour perte de réputation dépasse largement le recouvrement des dommages-intérêts pour gains manqués. Dans un arrêt de l'Iowa, une Cour d'appel a confirmé⁸¹³ la décision du tribunal de première instance dans laquelle le jury a refusé d'indemniser la perte de profits tout en accordant l'indemnisation de la perte de réputation⁸¹⁴. En décidant dans ce sens il suppose que l'existence d'une réputation ne dépend pas de la rentabilité. Les juridictions américaines se montrent donc proactives et jouent leur rôle dialectique entre la lettre de la loi et la perception de la société de ses propres enjeux, à savoir la protection de la réputation d'une personne physique ou morale. Cette protection est d'autant plus importante que l'internet permet une diffusion rapide d'informations pouvant ruiner la réputation d'une personne.

1059 Nous allons conclure cette section avec la présentation d'une méthode originale développée par l'expert pour calculer la réputation perdue de son

⁸¹⁰ *Toltec Fabrics, Inc. v. August Inc.*, 29 F.3d 778, 780 (2d Cir. 1994).

⁸¹¹ HUBER Peter, "Right to terminate the contract", in Stefan Vogenauer, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC) Second Edition*, Oxford University Press, 2015, p. 937.

⁸¹² *Fitzpatrick v. Animal Care Hospital, PLLC*, 104 A.D.3d 1078, 962 N.Y.S.2d 474, 2013 WL 1234963 (2013).

⁸¹³ Il est vrai qu'une Cour d'appel aux Etats-Unis n'a pas la même marge de manœuvre qu'en France ; en général, elle ne renverse la décision d'un jury que dans les cas où celle-ci est manifestement déraisonnable.

⁸¹⁴ *Shepherd Components, Inc. v. Brice Petrides-Donohue & Associates*, 473 N.W.2d 612 (Iowa 1991).

client demandeur dans un arrêt rendu dans l'Etat de Virginie en 1998. En l'espèce, *Bleiwes* est l'expert de la société *PRC* demanderesse et *AME* est le défendeur. *PRC* réclame des dommages-intérêts pour réputation perdue après que son concurrent, *AME*, a débauché l'unité d'ingénierie maritime de *PRC* par des méthodes que le tribunal a jugées inappropriées.

« Pour estimer la réputation perdue associée au départ des gestionnaires et des employés de PRC, Bleiwes a examiné deux ventes d'entreprises comparables. La vente par PRC de son unité 400D à Vitro et la vente d'AME à Nichols. Bleiweis a soustrait la valeur de l'actif net comptable de chaque entreprise comparable à son prix de cession pour déterminer la survaleur due à la réputation associée à chaque vente comparable. Bleiwes a divisé la valeur d'acquisition estimée pour chacune des deux entreprises comparables par le nombre total d'employés impliqués dans chaque transaction. Ce calcul a donné deux ratios de valeur de réputation par employé légèrement différents que Bleiwes a appliqué pour calculer la réputation perdue en raison de l'embauche par AME des 26 employés de PRC. En utilisant comme référence la vente à Vitro, Bleiwes a estimé que PRC a subi 925.123 USD de dommages. En utilisant la vente à Nichols, Bleiwes a estimé que les dommages-intérêts issus de la perte de réputation s'élevaient à 841.965 USD »⁸¹⁵.

« L'expert du demandeur a également estimé que la valeur actualisée des gains manqués était de 265.665 USD mais a affirmé que ces gains manqués ont été inclus dans son estimation de réputation perdue. Le tribunal de première instance a prononcé des dommages-intérêts s'élevant à 1.245.062 USD. La Cour a retenu que le jugement de première instance avait à juste titre accepté la méthodologie de vente de l'expert afin de calculer la valeur de l'écart d'acquisition (il s'agit de l'approche de la valeur de marché) »⁸¹⁶.

1060 Dans ce cas, le montant de l'indemnisation fondé sur la réputation perdue semble dépasser de loin l'indemnité pour les gains manqués. Si l'on considère - comme en théorie économique - que la valeur de tout actif n'est que la valeur actuelle des *cash flows* futurs du dit actif, cette indemnisation pourrait sembler excessive. Si au contraire on considère que la réputation n'est pas seulement la valeur actuelle des *cash flow* futurs, mais constitue également une valeur « intangible » supplémentaire dérivée de la marque, du capital intellectuel, de la compétence des gens ou de la position stratégique - comme dans les théories marketing - alors l'indemnisation pourra être considérée comme raisonnable.

⁸¹⁵ *Advanced Marine Enterprises, Inc. v. PRC Inc.*, 256 Va. 114-15, 501 S.E.2d 153, 1998.

⁸¹⁶ DUNN Robert L., *op. cit.*, p 566.

1061 Robert Dunn a écrit à ce propos :

« Cela démontre la pertinence de l'ajout d'un chef de préjudice basé sur les dommages causés à la réputation, lorsque cela est justifié. Dès lors, il y a lieu de savoir si des dommages-intérêts pour gains manqués peuvent être maintenus »⁸¹⁷.

3. Le comportement des juges français

1062 Selon une étude empirique menée par le juge consulaire Michel Toporkoff :

« La solution effectivement pratiquée par les tribunaux français, mais qui n'est pas du tout satisfaisante, semble très généralement consister à décider « à vue de nez » en déterminant (sans le dire) un montant que l'on estime suffisant pour que le défendeur ne recommence pas. Dans ce cas, on retrouve un attendu tel que « ...le tribunal dispose des éléments nécessaires pour fixer la réparation du préjudice causé à la somme de... », sans faire référence à quelque élément factuel que ce soit »⁸¹⁸.

1063 Cette situation entraîne une absence d'harmonisation territoriale et de sécurité juridique qui constitue pourtant la valeur cardinale de tout régime démocratique.

1064 Au moins évite-t-on ainsi la condamnation à l'euro symbolique qui est parfois prononcée mais qui ne saurait remplir la fonction réparatrice tant recherchée. La dimension symbolique ne constitue qu'une indemnisation dérisoire et il n'est pas sûr que la victime ait toujours l'impression que justice lui ait été rendue. Souvent, le tribunal complète en ordonnant l'arrêt de l'action préjudiciable et en prévoyant de lourdes astreintes. C'est d'ailleurs la mesure la plus efficace auprès des entreprises. Parfois aussi le tribunal a recours à l'expertise ; comme on l'a vu, dans ce cas, l'efficacité dépend beaucoup des experts. L'expertise permet *a priori* de confier l'estimation du préjudice et le calcul de l'indemnisation à un expert du domaine, ce qui devrait limiter les risques d'erreur et, dans une certaine mesure, les différences de traitement sur le territoire.

1065 L'affaire *Mogul v. Griltex* illustre parfaitement l'invocation d'un préjudice moral et son indemnisation par la cour sans la moindre référence à une quelconque méthode quantitative⁸¹⁹. En l'espèce, un sous-traitant étranger

⁸¹⁷ DUNN Robert L., *Recovery of Damages for Lost Profits*, 6th Edition, Volume 1, Lawpress, USA, 2005, p. 565.

⁸¹⁸ TOPORKOFF Michel, Problématique de la réparation des atteintes à la réputation (d'une entreprise et/ou de ses produits) du point de vue du juge chargé de cette réparation, *Colloque sur la protection juridique de la réputation organisé par l'Observatoire de la Réputation le 28 janvier 2004 au Tribunal de Commerce de Paris*.

⁸¹⁹ CA Douai, 21 novembre 2007, Lexis-Nexis, 06/01863, notre réf. 2F09.

n'avait pas effectué correctement les travaux commandés étant donné qu'ils n'étaient pas conformes aux normes françaises. La société française maître-d'œuvre a par conséquent engagé la responsabilité de son cocontractant pour atteinte à son image et à sa réputation et a demandé une indemnisation à hauteur de 15.000 EUR pour préjudice d'image et de réputation (16.500 EUR en valeur 2015). La Cour d'appel a retenu l'existence d'une atteinte à la réputation de la société demanderesse - car sa réputation risquait d'être mise à mal en raison de la piètre qualité des travaux - et a par conséquent prononcé des dommages-intérêts à hauteur de 12.000 EUR (13.200 EUR en valeur 2015). La société demanderesse a donc obtenu 80% de l'indemnisation demandée.

1066 Pour s'approcher d'une solution meilleure que la pratique actuelle, il serait d'abord utile de préciser juridiquement ce à quoi l'on porte atteinte en désignant l'image de marque par une seule et même notion :

« Une structure de représentation mentale du produit référent de la marque, obtenue par mémorisation de la marque. L'Image Marque Produit est à la fois plus que l'image du produit et que l'image de marque »⁸²⁰.

1067 A partir de là, on applique l'une des approches quantitatives exposées plus haut :

- l'approche par l'actif constitué d'investissements passés : on a détruit partiellement la valeur des investissements qui ont été faits ;
- l'approche par les flux : en portant atteinte à la réputation, on a fait diminuer le chiffre d'affaires, les profits et les *cash flows*.

1068 L'arrêt *SAS Les Variétés v. SARL Beauvais Cinéma Communication* illustre parfaitement l'application des approches quantitatives⁸²¹. En l'espèce, un contrat de location gérance entre un propriétaire indépendant de cinéma et une société exploitante portant sur la construction d'un multiplex cinématographique a été conclu⁸²². Le propriétaire proposait une fusion ou une acquisition de son cinéma. La société a refusé les deux et n'a pas accepté de résilier prématurément son bail sur le cinéma. La valeur du fonds de commerce a par conséquent déchu. La société demanderesse demandait le versement d'une indemnisation à hauteur de 1.244.000 EUR au titre de la perte de valeur du fonds de commerce. La méthodologie utilisée a été reprise par les juges. La demanderesse sollicitait également le versement de 13.878 EUR au titre du gain manqué sur les redevances de location gérance de l'année 2002, 71.443 EUR au titre de la perte d'exploitation 2003, 144.432 EUR au titre des frais liés à la résiliation anticipée du bail courant jusqu'en juillet 2004 ainsi que 71.337 EUR au titre des immobilisations non restituées.

⁸²⁰ M. BODRIE, société Sygil, *L'atteinte indirecte à la marque, Prodimarques*, Juillet 1994, p 10.

⁸²¹ CA Douai, 18 avril 13, 11-02321, Notre réf. 2F25, Lexis-Nexis.

⁸²² CA Douai, 18 avril 13, 11-02321, Notre réf. 2F25, Lexis-Nexis.

1069 Le défendeur demandait la nullité du rapport d'expertise, que le préjudice de la société demanderesse n'excède pas la somme de 297.847 EUR telle qu'évaluée en juin 2000 et de débouter la société demanderesse sur le reste de ses demandes étant donné qu'elle est responsable à 80% de son préjudice.

1070 L'expert de la demanderesse a utilisé quatre méthodes afin d'évaluer la perte de valeur du fonds de commerce : 1. résultat net issu des redevances déduction faite de l'impôt, 2. estimation des *cash-flows* futurs, 3. capitalisation des redevances de location gérance (moins pertinente), 4. selon le barème des recettes hebdomadaires taxables qui consiste à évaluer le fonds de commerce selon un pourcentage du chiffre d'affaires annuel ou un coefficient multiplicateur de la recette taxable hebdomadaire moyenne ; il a pour ce faire choisi le barème Francis Lefebvre. Ces méthodes aboutissent à une évaluation moyenne de 1.244.000 EUR (avec les méthodes 1, 2 et 4 qui sont très proches). Toutefois, elle doit être réduite d'environ 40% pour tenir compte de la probabilité d'ouverture d'un cinéma multiplexe en tout état de cause. Cela donne une évaluation finale de 730.000 EUR.

1071 Les juges en appel ont donc réévalué le montant de l'indemnisation - fixé à 216.000 EUR en première instance - à 734.000 EUR soit une augmentation de 240%. Le ratio G/C est donc de 60% en matière d'atteinte au crédit commercial.

1072 Une méthode meilleure que la pratique actuelle consisterait à faire des sondages périodiques auprès des clients et d'en mesurer les évolutions. Selon Michel Toporkoff qui propose cette méthode, « les auteurs qui l'ont mentionnée la considèrent comme intéressante et valable. Elle n'est cependant pas souvent appliquée, surtout pour des raisons de coût »⁸²³. Afin d'alléger la démarche, certains auteurs et praticiens ont alors proposé d'effectuer uniquement des sondages *ex-post*⁸²⁴. On interroge un échantillon représentatif de clients pour leur demander si et comment ils ont ressenti l'atteinte au crédit commercial ou à la réputation de la société demanderesse. Les clients sont ici supposés plus objectifs et plus indépendants que ne le seraient des experts rémunérés par les parties. Comme on l'a dit plus haut, ces méthodes mettant en œuvre des techniques de marketing quantitatif restent relativement coûteuses. Dès lors, seules les parties les plus riches pourront y recourir, alors que les sociétés ayant une surface financière limitée ne pourront pas s'offrir une telle expertise. En l'absence de socialisation de ces coûts un véritable problème d'accès au droit et au juge persiste.

1073 Une autre solution serait un peu meilleure que la pratique actuelle et beaucoup moins coûteuse à terme (donc potentiellement plus largement applicable) que les méthodes citées ci-dessus. Elle consisterait à réaliser une

⁸²³ TOPORKOFF Michel, *Le rôle des associations professionnelles dans la défense des intérêts de leurs membres contre le dénigrement collectif*, Les Petites Affiches, 1992.

⁸²⁴ Voir notamment MORGAN Mack. J., *Surveying the damage*, *The Oklahoma Bar Journal*, Vol. 68, n°48, 12/27/97, p. 4157 ; citant les cas *Halrold's Stores Inc. v. Dillard Department Stores*, 82F.3d 1533 (10th Cir. 1996) et *Florifax International, Inc. v. GTE Market resources, Inc.* 933P.2d 982 (Okla. 1997) dans lesquels la méthode du sondage *ex-post* est utilisée de manière convainquante respectivement par le demandeur et le défendeur.

étude de jurisprudence en recensant aussi finement que possible les cas susceptibles de servir de précédents et en construisant un barème équivalent à la table des préjudices corporels. Certes, le travail de recherche est considérable mais c'est un investissement qui vaut la peine d'être effectué. En effet, sans avoir de réelle valeur juridique, un tel barème servirait de guide officieux au juge et permettrait de réduire l'aléa voire l'arbitraire judiciaire⁸²⁵. De plus, les parties pourraient également s'en servir pour transiger leur litige *ex-post* ou s'entendre sur le montant d'une indemnisation forfaitaire *ex-ante*. Nous avançons sur cette solution dans les développements qui suivent⁸²⁶.

1074 Il y aurait enfin les solutions cumulatives consistant à accorder un mode de réparation ou de sanction autre que pécuniaire. Ces solutions s'appliquent parfois en responsabilité délictuelle :

- le droit de réponse n'est pas une solution très satisfaisante car il ne peut en principe s'exercer que dans le cadre d'articles de presse ou dans l'audio-visuel ;
- donner au demandeur le droit de porter lui-même atteinte à la réputation du défendeur qui lui a causé un préjudice. Cette solution s'apparentant à la « loi du talion » n'est pas satisfaisante sur le plan éthique. Elle constituerait en outre une sanction plus qu'une réparation, mais elle aurait au moins l'avantage de la simplicité.

1075 Face la difficulté d'évaluer objectivement le préjudice d'image de marque d'une personne morale, la jurisprudence recourt le plus souvent à une évaluation *ex aequo et bono*⁸²⁷. Selon Marc Isgour :

*« Le recours à ce type d'évaluation reflète souvent aussi une méconnaissance de ce type de bien incorporel et d'un manque de rigueur de la part des demandeurs dans le calcul et l'évaluation précise de leur dommage »*⁸²⁸.

1076 Il n'y a certes pas de solution miracle pour calculer ce préjudice, mais il existe toute une série de critères d'appréciation économiques et non économiques qui permettent de l'objectiver. Concernant le droit commercial international, Djakhongir Saidov confirme que « grâce au développement de

⁸²⁵ Nous espérons y contribuer modestement dans la présente étude. Hors du champs de notre étude, certains éditeurs spécialisés ont exploité les décisions chiffrées des cours d'appel et ont développé des barèmes indemnitaires tels que préjudice corporel, pension alimentaire, prestation compensatoire, indemnité de licenciement, indemnité en matière de baux ou de troubles du voisinage...à partir de critères objectifs d'âges, de localité, d'ancienneté, de revenus... Voir notamment le recueil intitulé « Contentieux de l'indemnisation – Evaluation des indemnités » du *JurisClasseur/LexisNexis*.

⁸²⁶ Voir dans ce Chapitre la Section 5 : Essai de barème d'indemnisation à partir d'une étude empirique.

⁸²⁷ Sur les montants accordés par la jurisprudence, voir notamment Comm. Paris, 22 octobre 1999, Gaz. Pal., 1999, II, somm. p. 728 (aff. Mc Donald, Quick et crts c. Casino); Orléans, 2 juillet 2004, Petites affiches, 20 octobre 2005, no 209 (aff. Olympique c. Galec).

⁸²⁸ ISGOUR Marc, L'atteinte à l'image de marque des personnes morales, Rubrique Doctrine Droit des médias, *Auteurs et Média*, 2007/3.

différentes méthodes d'évaluation, la prévisibilité et l'uniformité du traitement de ces demandes sous la CVIM n'est plus une entreprise vouée à l'échec, comme les juristes le pensaient autrefois »⁸²⁹. La difficulté ne devrait pas décourager les demandeurs les plus diligents ni les tribunaux les plus exigeants.

1077 Ce qui a été démontré pour le préjudice d'image de marque et - de façon plus succincte - pour le crédit commercial et la réputation⁸³⁰ pourrait l'être tout aussi bien pour les autres préjudices immatériels de l'entreprise (ambiance de travail, motivation des salariés, gouvernance, etc.). De sorte que l'on peut résumer avec Philippe Gilliéron qu' « aucune méthode de calcul rigoureuse ne semble à même de quantifier seule la valeur d'un préjudice immatériel. En revanche, certains critères permettent de cantonner le pouvoir d'appréciation du juge en certaines limites propres à éviter un arbitraire total »⁸³¹. La multiplicité des solutions fait donc obstacle à l'établissement d'une seule méthode malgré le manque de prévisibilité juridique et le risque d'arbitraire - voire d'incompréhension - de la part des juges. En outre, les coûts de recherche supportés par les parties limiteront l'accès au juge des parties disposant d'une surface financière limitée. Ces points nourrissent notre motivation à développer des barèmes référencés d'indemnisation.

Section 5 : Essai de barème d'indemnisation à partir d'une étude empirique

1078 Fort de l'analyse qualitative doctrinale et jurisprudentielle développée dans la Section 4, nous abordons maintenant l'analyse empirique quantitative basée sur les paramètres les plus pertinents relevant des circonstances d'espèce. Comme dans le Chapitre II de cette Troisième Partie, nous exposerons les résultats sur des échantillons de jurisprudences françaises (1), américaines (2) et internationales (3) successivement afin de proposer des pistes aboutissant à des barèmes référencés d'indemnisation.

⁸²⁹ SAIDOV Djakhongir, Damage to business reputation and goodwill under the Vienna Sales Convention in. *Djakhongir Saidov, Ralph Cunnington, Op. Cit.*, p. 418.

⁸³⁰ Voir aussi BREIGNIER Bernard, *L'Honneur et le Droit*, Collection Anthologie du Droit, LGDJ, 12/2014.

⁸³¹ GILLIERON Philippe, *op. cit.* Il est juste de rappeler que là où le préjudice moral est plus fréquemment invoqué par la victime, à savoir une personne physique devant les juridictions étatiques ou un Etat en arbitrage international, cette dernière demande souvent et obtient parfois d'autres formes de réparations ne nécessitant aucune méthode de calcul. Il peut s'agir de dommages-intérêts symboliques (1 EUR) ou de la publication par le débiteur d' « une reconnaissance de faute, d'une expression de regret, d'excuses officielles ou de tout autre modalité appropriée » selon l'expression de EHLE Bernd, DAWIDOWICZ Martin, Moral Damages in Investment Arbitration, Commercial Arbitration and WTO Litigation, in. *Jorge A. Huerta-Goldman, Antoine Romanetti, Franz X. Stirnimann, WTO Litigation, Investment Arbitration and Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2013, p. 297.

1. Analyse empirique de la jurisprudence en droit français : dommages au crédit commercial, à la réputation ou à l'image⁸³²

1079 La Situation 2 référence des cas où le demandeur aurait subi un dommage au crédit commercial, à la réputation ou à l'image. Afin d'extraire des cas pertinents des bases de données, nous avons utilisé plusieurs combinaisons des mots-clés suivants (liste non exhaustive) : « dommages à la réputation » ; « dommages au *goodwill* » ; « dommages à l'image » ; « perte de clients » ; « gains manqués » ; « contrefaçon » ; « réputation commerciale » ; « identité d'entreprise » ; « image de marque » ; « perte de confiance des clients ».

1080 Sur les 150 premiers cas ainsi extraits, nous avons sélectionné de manière aléatoire un cas sur cinq. Nous avons ainsi obtenu un premier échantillon de 30 arrêts pertinents, dont 8 octroyant des dommages-intérêts (27%) et 22 n'accordant pas de dommages-intérêts⁸³³. Cela nous amène à la première conclusion selon laquelle il est plus difficile d'obtenir des dommages-intérêts en matière de crédit commercial, de réputation ou d'image qu'en matière de rupture des pourparlers (Situation 1). L'hypothèse d'explication qui vient immédiatement tient à la difficulté de prouver l'existence de ce dommage et *a fortiori* son *quantum*.

1081 Nous avons ensuite extrait 30 autres arrêts (certains sont communs aux deux extractions) datant de 1996 à mai 2015 (29 avec une indemnisation quantifiée -parfois à 0 - 29 avec une demande quantifiée, le cas manquant est cependant différent, ce qui signifie qu'un cas avait une indemnisation quantifiée sans demande quantifiée et vice versa). En effet, nous avons, à dessein, sélectionné la plupart du temps des cas octroyant des dommages-intérêts afin d'analyser le *quantum*, les méthodes de calcul et la justification de la Cour. Cependant, nous avons gardé quelques cas n'accordant pas de dommages-intérêts pour évaluer les raisons de l'octroi de dommages-intérêts. Sur ces 30 cas, 24 cas (77%) ont accordé des dommages-intérêts au demandeur⁸³⁴.

1082 Nous devons d'abord noter que très peu de cas traitent en détail de l'atteinte à la réputation. En effet, des milliers d'affaires ont réclamé des dommages-intérêts pour atteinte à la réputation (souvent parmi d'autres chefs de préjudice), mais très peu de demandes ont été reconnues par les tribunaux, et encore moins ont été jugées dignes d'indemnisation. Certains cas présentent une situation dans laquelle le tribunal reconnaît une violation contractuelle et un préjudice de réputation, mais ne peut pas quantifier le préjudice subi par le demandeur. La plupart du temps, le demandeur n'offre pas une méthode satisfaisante pour justifier l'existence du préjudice ou son *quantum*. Logiquement, dans ces cas, le demandeur devrait ne se voir attribuer aucun dommages-intérêts. Néanmoins, le tribunal accorde parfois des dommages-intérêts pour préjudice de réputation sans une méthodologie détaillée conduisant à un montant très arrondi - et parfois aléatoire - (par exemple 1 M EUR).

⁸³² Le terme générique en anglais est *goodwill*. En Français, nous utiliserons indifféremment l'un des trois termes précédents.

⁸³³ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 3.

⁸³⁴ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 4.

1083 En ce qui concerne les juridictions, on pourrait supposer que les cas seraient principalement situés à Paris (affaires importantes impliquant des grandes entreprises et des expertises coûteuses, etc.). Cependant, nous avons également trouvé de tels cas devant d'autres tribunaux français, dans des villes de taille moyenne.

1084 Les cas présentés dans nos bases de données montrent parfois des raisons pour lesquelles le tribunal a décidé d'accorder des dommages-intérêts. Nous analysons l'apparition de tels facteurs lorsqu'ils sont clairement mentionnés ou qu'ils peuvent être clairement identifiés dans la décision du tribunal. Sans surprise, la principale raison pour lesquelles les tribunaux français accordent des dommages-intérêts est la reconnaissance de prestations inférieures aux engagements du contrat (trois cas sur quatre), ce qui équivaut à une rupture contractuelle de la part du sous-traitant. Toutefois dans un cas sur quatre, la Cour justifie sa décision par la mauvaise foi du défendeur. Des raisons finalement similaires à la Situation 1 qui nous amènent à penser que certains dommages-intérêts compensatoires sont en fait des dommages-intérêts punitifs déguisés.

1085 Lorsque les arrêts prononcent des dommages-intérêts, le taux de couverture moyen (ratio G/C) est de 34%⁸³⁵. Cette moyenne relativement élevée, contredit l'idée reçue selon laquelle les tribunaux français sont extrêmement modérés voire réticents pour indemniser les atteintes à la réputation. La moyenne est en fait un peu plus élevée que celle de la Situation 1 relative aux ruptures de pourparlers. Cependant, cette appréciation doit être mise en perspective avec le nombre relativement réduit d'affaires accordant des dommages-intérêts dans cette situation, comme il a été dit sur le premier échantillon aléatoire. Il est donc logique que les cas d'octroi de dommages-intérêts soient ceux qui valent la peine d'effectuer un effort de documentation afin de prouver la plupart des dommages. Ces affaires présentent en conséquence un ratio G/C relativement élevé. Quelques cas obtiennent même des ratios très élevés lorsque les parties ont seulement demandé à la Cour d'appel de confirmer la décision de première instance. Toutes ces raisons expliquent pourquoi le ratio G/C moyen augmente mécaniquement.

1086 L'évolution de ce ratio est également intéressante. De manière prévisible, le ratio a grimpé au fil du temps et ce n'est que vers 2008 que les cas avec des ratios G/C supérieurs à la moyenne (34%) ont commencé à être plus nombreux. En outre, nous constatons que, lorsque nous divisons les cas en groupes de tailles similaires (11 cas, 10 cas et 9 cas) pendant trois périodes successives, le ratio G/C moyen augmente régulièrement de 30% en 1996-2007, à 33% en 2008-2011 et près de 40% en 2012-2015, confirmant l'accélération récente de la hausse du ratio G/C moyen⁸³⁶.

1087 Nous avons également attribué un indice d'importance de la réputation du demandeur dans chaque cas. Nous avons construit cet indice en prenant en compte la mesure dans laquelle la réputation du demandeur était un facteur clé de succès dans son métier. Cet indice nous a permis d'attribuer une note à

⁸³⁵ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 25.

⁸³⁶ *Idem*.

chaque cas (de 1 étant d'une très faible importance à 4 d'une très grande importance). Nous avons remarqué une corrélation frappante entre l'importance de la réputation du demandeur et la décision du tribunal, notamment le ratio G/C. En effet, lorsque la réputation revêt une importance élevée ou très élevée (indice 3 ou 4) pour le demandeur, le tribunal a accordé des dommages-intérêts dans 9 cas sur 12, avec un ratio G/C moyen de 44%. Cependant, lorsque la réputation avait une importance faible ou très faible (indice 1 ou 2) pour le demandeur, le tribunal a accordé des dommages-intérêts dans 13 cas sur 18, avec un ratio G/C moyen de 27%⁸³⁷.

1088 En outre, nous avons comparé les indemnisations dans tous les cas entre la première instance et les décisions d'appel. Nous avons pu trouver de telles données pour 19 des 30 arrêts. 14 de ces 19 cas ont finalement accordé des dommages-intérêts en appel (conforme à l'échantillon de 30), dont 5 ont renversé une décision refusant une indemnisation, 2 ont augmenté le montant et 2 l'ont réduit, les 5 derniers ayant simplement confirmé la décision de première instance⁸³⁸.

1089 La répartition de ces cas au fil du temps est extrêmement éloquent. Nous avons séparé les cas en deux périodes (1990 - 2004 et 2005 - 2015) et avons remarqué un changement clair dans l'attitude du tribunal. En effet, avant 2005, la Cour d'appel a réparé très peu de réclamations concernant des dommages-intérêts (seulement 3 cas : un cas consistant à confirmer une absence d'indemnisation, un cas renversant une absence d'indemnisation et un cas augmentant le montant)⁸³⁹. Plus récemment, les tribunaux ont jugé de façon moins uniforme mais n'ont jamais renversé une décision d'indemnisation, ce qui confirme notre constat antérieur selon lequel les dommages-intérêts ne sont prononcés en première instance que si la demande a été bien documentée. Une telle évolution observée dans les arrêts montre une compréhension accrue, par les tribunaux, des préjudices de réputation, de crédit commercial et d'image.

2. Analyse empirique de la jurisprudence en droit américain : dommages au crédit commercial, à la réputation ou à l'image

1090 **Description de l'échantillon.** Notre base de données initiale comprenait environ 150 affaires pour chaque situation. Après avoir sélectionné de manière aléatoire environ 1 affaire sur 5, notre base de données finale comprend 28 cas pour la Situation 2 : 6 cas condamnant à des dommages-intérêts et 22 sans indemnisation⁸⁴⁰.

Dans notre échantillon de 28 arrêts, les premiers qui ont reçu des dommages-intérêts remontent à 2002⁸⁴¹. Ainsi, cette revendication est relativement nouvelle en droit

⁸³⁷ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 28.

⁸³⁸ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 29 à 31.

⁸³⁹ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 32 et 33.

⁸⁴⁰ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 37.

⁸⁴¹ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 51.

américain. De plus, il est également difficile d'en apporter la preuve et *a fortiori* d'en calculer le *quantum*.

A cela, trois raisons principales.

- 1) Tout d'abord, la plupart des préjudices de réputation sont considérés par le tribunal comme des dommages indirects (ECD) et non des dommages directs (EGD). Or si le droit américain requiert le même standard de preuve pour justifier l'existence des ECD que pour les EGD, il impose un standard de preuve supérieur pour justifier du *quantum* des ECD que pour justifier du *quantum* des EGD.
- 2) La deuxième raison est que ces préjudices de *goodwill*/réputation sont parfois considérés comme inclus dans les préjudices généraux ; ils se trouvent alors rejetés comme chef de préjudice indépendant et leur indemnisation avec.
- 3) Enfin, il y a également une évolution doctrinale. Dans les années 1970, ces dommages ont été traités - dans le cadre de la diffamation - comme des cas de responsabilité civile extra-contractuelle. Aujourd'hui, ces cas de responsabilité délictuelle ont été mis en doute et les tribunaux exigent une preuve de leur prévisibilité. Dès lors, nous n'avons pas trouvé que l'atteinte à la réputation soit plus courante dans les affaires contractuelles.

Au final, l'atteinte à la réputation n'est pas généreusement indemnisée, ce qui explique probablement pourquoi 1) ce chef de préjudice est souvent porté devant les tribunaux avec d'autres revendications et 2) il a été difficile de trouver des arrêts récents.

1091 **Méthodologies utilisées par les parties.** Étant donné que cette situation concerne l'atteinte au crédit commercial à la réputation et à l'image, principalement des actifs incorporels, nous aurions prévu des éléments de preuve basés sur des indicateurs qualitatifs tels que la satisfaction de la clientèle, la satisfaction des employés, l'image pour le recrutement (index « *Great place to work* ») et plus généralement ESG (indicateurs environnementaux, sociaux et de gouvernance). Tel ne fut pas le cas. Faut-il y voir simplement un retard dans l'utilisation de ces indicateurs relativement récents ? Toujours est-il qu'il s'agit là probablement d'une voie future pour améliorer l'expertise judiciaire.

1092 **Principales raisons d'accorder des dommages-intérêts compensatoires.** Les cas présentés dans nos bases de données montrent parfois des raisons pour lesquelles le tribunal a décidé d'accorder des dommages-intérêts. Nous analysons l'apparition de tels facteurs lorsqu'ils sont clairement mentionnés ou ils peuvent être clairement identifiés dans la décision du tribunal.

Les principales raisons d'accorder des dommages-intérêts (principalement ECD) dans cette Situation 2 sont la violation du contrat (trois cas sur cinq), la négligence (un cas sur cinq) et le comportement immoral (un cas sur cinq)⁸⁴².

⁸⁴² Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 38.

Le comportement immoral ou la mauvaise foi du défendeur est donc mentionnée dans cette Situation 2 comme dans les autres situations du droit américain et du droit français. Cela n'est pas surprenant du point de vue du bon sens, mais d'un point de vue du droit des contrats où le tribunal est censé accorder une indemnisation complète fondée sur les préjudices subis résultant directement d'une violation du contrat. Aucune considération morale ou aucun dommage punitif n'est censé être prononcé. L'analyse empirique suggère que les considérations morales sont néanmoins présentes.

1093 Le nombre de demandes et d'indemnisation est large, mais le montant reste modeste en valeur absolue. Les chiffres de cette sous-section sont en dollars courants⁸⁴³.

Si l'on exclut un cas extrême de 182 millions USD (notre référence 2U11), la demande moyenne d'indemnisation pour atteinte à la réputation est proche d'un modeste 809 K USD avec une médiane à 124 K USD.

La plupart des cas n'atteignent pas le standard de preuve ou de prévisibilité permettant d'accorder des dommages-intérêts : 12 cas sur 18 totalement quantifiés (66%) n'accordent aucune indemnisation, de sorte que l'indemnisation moyenne globale est inférieure à 41 K USD soit 5% de la demande moyenne. Le droit de l'État de New York est particulièrement difficile en matière de preuve. Celui de l'Etat de Virginie se montre en revanche plus libéral.

En mettant l'accent sur les 6 cas accordant des dommages-intérêts pour préjudice de réputation, l'indemnisation varie de 13 K USD à 500 K USD, avec une moyenne s'élevant à 124 K USD. Cela représente un taux G/C très élevé de 74% en moyenne. 4 tribunaux d'appel sur 6 accordent même 100% des demandes⁸⁴⁴. Cela signifie que si le standard probatoire est respecté, le demandeur peut obtenir tous les dommages-intérêts qu'il souhaitait.

Les taux d'indemnisation ont augmenté avec le temps. La proportion de cas octroyant des dommages-intérêts est passée de 0% pendant la période de 1989 à 2001, à 30% pendant la période de 2002 à 2015⁸⁴⁵. La demande moyenne est passée de 293 K USD à 1461 K USD et l'indemnisation moyenne est passée de 0 à 155 K USD (sans écart et en dollars constants de 2014)⁸⁴⁶.

⁸⁴³ La valeur courante d'une monnaie est l'équivalent de sa valeur faciale. La valeur constante en revanche est son pouvoir d'achat compte tenu de la dépréciation dans le temps du fait de l'inflation. Par exemple, avec une inflation cumulée de 10% en trois ans, 1 USD courant d'il y a trois n'a plus qu'un pouvoir d'achat de 90 cents aujourd'hui, soit 0,9 USD constant.

⁸⁴⁴ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 54.

⁸⁴⁵ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 52.

⁸⁴⁶ *Idem*.

1094 La valeur absolue des demandes a un impact négatif sur la probabilité du ratio G/C. La probabilité d'obtenir une indemnisation (ratio G/NoG) diminue de 43% à 33% et même 0% lorsque le *quantum* des demandes se situe respectivement dans les fourchettes 0 à 100 K USD, 100 K USD à 1000 K USD et plus de 1000 K USD⁸⁴⁷.

De même, sur tous les cas accordant des dommages-intérêts, le ratio G/C moyen diminue également de 100% à 47% et 0% respectivement⁸⁴⁸.

1095 Le demandeur a d'autant plus de chance d'obtenir des dommages-intérêts que la réputation est un facteur important du succès dans son secteur.

En prenant les arrêts octroyant des dommages-intérêts, nous avons observé l'évolution du ratio moyen G/C en fonction de l'importance de la réputation pour l'entreprise du demandeur : 1 = très faible importance, 2 = faible importance, 3 = grande importance, 4 = très grande importance.

2 cas sur 16 (12,5%) reçoivent des dommages-intérêts lorsque la réputation n'est pas un critère important (indices 1-2) et 3 sur 8 (40%) lorsque la réputation est un critère important (indices 3-4)⁸⁴⁹. Cependant, les ratios G/C sont similaires entre les deux groupes pour ces cas : 63% et 70% respectivement⁸⁵⁰.

1096 L'utilisation d'une méthodologie plus sophistiquée augmente les chances de succès du demandeur.

Nous avons observé l'évolution des ratios G/NoG et G/C moyens en fonction de la sophistication de la méthodologie utilisée par le demandeur. Nous avons attribué à chaque méthodologie une note allant de 1 à 4.

- 1) Le demandeur donne un montant global sans aucun détail ou justification.
- 2) Le demandeur détaille la réclamation entre plusieurs « chefs de préjudice » ou dit qu'il prend en compte des facteurs, mais ne précise pas comment ces facteurs ont influencé la demande.
- 3) Le demandeur prend en compte les facteurs et explique comment ils influent sur la demande en utilisant des méthodes de calcul simples.
- 4) Le demandeur prend en compte les facteurs et explique comment ils influent sur la demande en utilisant des méthodes de calcul variées et/ou sophistiquées.

Concernant le raisonnement des demandeurs ainsi que des tribunaux et des juges, nous trouvons des méthodologies très incohérentes et basiques pour calculer le *quantum* des dommages-intérêts. Cependant, lorsque les demandeurs utilisent des méthodes plus sophistiquées, ils augmentent de manière significative leur taux de réussite. 0 cas sur 9 (0%) reçoivent des dommages-intérêts lorsque la méthodologie n'est pas détaillée (indices 1-2) et 4 cas sur 11 (35%) lorsque la méthodologie est détaillée et/ou

⁸⁴⁷ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 53.

⁸⁴⁸ *Idem*.

⁸⁴⁹ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 55.

⁸⁵⁰ *Idem*.

sophistiquée (indices 3-4)⁸⁵¹. En prenant uniquement les arrêts octroyant des dommages-intérêts, les ratios G/C moyens sont de 0% à 61% respectivement⁸⁵².

1097 Les cabinets d'avocats plus importants ou internationaux ont relativement moins de succès dans cette demande.

Nous avons défini 5 catégories de cabinets d'avocats:

- 1) Très petit : cabinet local avec moins de 5 avocats ;
- 2) Petit : cabinet national avec moins de 30 avocats ;
- 3) Moyen : cabinet national avec moins de 100 avocats ;
- 4) Grand : cabinet national avec plus de 100 avocats ;
- 5) Très Grand : cabinet international majeur avec plus de 300 avocats.

1098 Dans notre échantillon, la taille des cabinets d'avocats a un effet négatif sur le résultat pour les demandeurs. Sur 12 demandeurs ayant recours à des cabinets de plus petite taille (catégories 1 et 2), 4 (33%) reçoivent des dommages-intérêts. En revanche, sur 7 demandeurs ayant recours à des cabinets plus importants/internationaux (tailles 3-5), un seul (14%) obtient une indemnisation⁸⁵³.

1099 Les demandeurs qui ont recours à des cabinets d'avocats d'une taille similaire à ceux des défendeurs ont un ratio moyen G/C de 100%, tandis que les demandeurs utilisant des cabinets d'avocats beaucoup plus grands et plus internationaux ont un ratio moyen G/C n'excédant pas 62%⁸⁵⁴.

1100 Cependant, sans surprise, les *quantum* des demandes restent à l'avantage des grands cabinets qui ont tendance à choisir les demandes plus importantes pour des raisons économiques évidentes. Il y a très peu de grands cabinets (catégorie 5) dans notre échantillon pour cette demande. Les grands cabinets (catégorie 4) représentent des réclamations en moyenne 10 fois plus grandes que les revendications représentées par les petits cabinets (catégories 1 et 2) : 657 K USD et 64 K USD respectivement⁸⁵⁵. Il est important de noter que la valeur moyenne de ces réclamations ne représente qu'une petite fraction de la valeur moyenne des réclamations analysées dans d'autres situations : 100 fois plus petit que dans la Situation 1 et même 10 fois plus petit que dans la Situation 3.

1101 Une interprétation consiste à dire que ce type de préjudice est encore récent et n'est pas bien indemnisé devant les tribunaux. Alors que certains cabinets plus petits ont pu se spécialiser et trouver un modèle économique rentable, les grands cabinets ayant des frais généraux plus élevés et des opportunités commerciales plus vastes n'ont pas pu ou n'ont pas voulu développer cette pratique.

⁸⁵¹ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 56.

⁸⁵² *Idem.*

⁸⁵³ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 60.

⁸⁵⁴ *Idem.*

⁸⁵⁵ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 61.

1102 Les réclamations pour préjudices indirects sont beaucoup plus importantes et moins bien indemnisées que les préjudices généraux.

Cette Situation 2 a donné des résultats très intéressants. En effet, les cas comportaient différents types de dommages-intérêts compensatoires : *Expectation General Damages* (EGD), *Expectation Consequential Damages* (ECD) où la réputation diminue souvent, préjudice issu de la perte subie (RD) et les dommages-intérêts de restitution. Dans presque tous les cas ont été demandés des EGD. Parmi eux, dans 10 cas ont également été réclamés des dommages-intérêts pour perte subie, dans 4 ont également été réclamés des ECD et dans 4 ont été réclamés les trois types de dommages-intérêts. Les dommages-intérêts de restitution ont été réclamés une seule fois dans l'échantillon. Les chiffres sont à peu près les mêmes pour les indemnisations, sauf qu'aucun arrêt n'a accordé les trois types de dommages-intérêts compensatoires et que deux arrêts ont attribué uniquement une indemnisation pour les gains manqués.

Cependant, l'analyse des *quantum* donne une perspective entièrement différente. En effet, alors que les *Expectation Consequential Damages*, *Expectation General Damages* et *Reliance Damages* représentent respectivement 74%, 12% et 8% du montant total des revendications, la répartition du montant total des indemnisations est beaucoup plus équilibrée (29% pour les ECD, 20% pour EGD et 34% pour RD)⁸⁵⁶. Cela confirme le bon sens et nos observations précédentes selon lesquels, une fois que le défendeur est jugé responsable, les dommages-intérêts indemnisant les pertes subies sont presque toujours entièrement accordés. En fait, les demandeurs fournissent facilement au juge des preuves de leurs investissements, alors qu'il est plus difficile de prouver et donc d'obtenir des *Expectation General Damages*, et plus encore des *Expectation Consequential Damages*, comme des dommages-intérêts pour le préjudice à la réputation.

1103 Le *quantum* a été analysé pour chaque type de demande (en dollars courants) :

- les dommages-intérêts pour perte subie (*Reliance Damages*) ont été demandés pour une moyenne de 186 K USD et une valeur médiane de 47 K USD ;
- les gains manqués directs (*Expectation General Damages*) ont été demandés pour une moyenne de 238 K USD et une valeur médiane de 50 K USD ;
- les *Expectation Consequential Damages* ont été demandés pour une moyenne de 809 K USD et une valeur médiane de 124 K USD.

1104 Nous en déduisons deux recommandations principales pour les parties qui souhaitent améliorer leurs chances de succès dans le recouvrement de dommages-intérêts indemnisant la réputation/survalueur :

- se préparer au-delà des standards de preuve afin de démontrer l'existence et surtout le *quantum* des *Expectation General Damages* et *a fortiori* des *Expectation Consequential Damages*. Il s'agit clairement d'un standard plus élevé que pour les pertes subies (*Reliance Damages*) ;

⁸⁵⁶ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 59.

- rédiger le contrat afin qu'en cas de violation, il soit clair pour les parties (et les tribunaux) qu'il y aurait des préjudices prévisibles à la réputation, en plus de prévoir les gains manqués tels que les pertes de profits.

3. Analyse empirique de la jurisprudence en droit commercial international : dommages au crédit commercial, à la réputation ou à l'image

1105 **Informations générales.** L'instrument d'harmonisation internationale le plus utilisé est la CVIM. Les cas faisant référence à la CVIM ont été trouvés dans la base de données jurisprudentielle de la CNUDCI ou dans la base de données de l'Université de Pace. La base de données Unilex nous a fourni quelques cas faisant référence aux Principes d'UNIDROIT. Les cas que nous avons extraits ont été rassemblés dans un fichier Excel. Chaque cas y est référencé le plus complètement possible, décrit qualitativement avec les extraits des arrêts ou sentences auxquels nous avons eu accès puis quantitativement en reportant les *quantum* demandés, défendus et obtenus par type de dommages.

1106 Principales bases de données dont sont issus les arrêts ou sentences

Corpus juridique	Arbitrage commercial international	Litige international
CVIM	Base de données Pace University Law: http://iicl.law.pace.edu/cisg/cisg	Base de données Pace University Law: http://iicl.law.pace.edu/cisg/cisg
CNUDCI	Base de données Unilex: http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2375&dsmid=14276 Base de données jurisprudentielle CNUDCI CLOUT: http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html	Base de données Unilex: http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2375&dsmid=14276
Principes d'UNIDROIT	Base de données Unilex: http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2375&dsmid=14276	Base de données Unilex: http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2375&dsmid=14276
Droit Français ou Américain	IACL, International Arbitration Case Law : http://www.internationalarbitrationcaselaw.com	Westlaw https://www.westlaw.com/

1107 **Termes recherchés et mots-clés.** Nous avons commencé par le type de loi. Par exemple, la base de données de la CNUDCI offre une fonction pour choisir la CVIM en tant que droit applicable et un moteur de recherche permettant de chercher les résultats d'« Arbitrage international ».

Pour toutes les recherches, nous avons utilisé certains mots-clés communs tels que « contrats », « dommages-intérêts » et « demande/*claim* ».

Pour la situation 2, nous avons ajouté toutes les combinaisons des mots-clés suivants : « *goodwill* » ; « perte de *goodwill* » ; « réputation » (entreprise/commerciale) ; « perte de

réputation » (entreprise/commerciale) ; « image » (marque), « perte d'image » (marque) ; « préjudice moral ».

1108 **Choix des cas.** Pour les dommages-intérêts concernant des contrats internationaux, nous n'avons pas sélectionné *a priori* les cas en fonction de l'octroi ou non d'une indemnisation.

Nous avons examiné tous les cas que nous avons pu extraire pour voir, d'abord, s'ils étaient pertinents pour notre recherche et, ensuite, si nous pouvions utiliser les méthodes de calcul auxquelles les juges avaient eu recours. La plupart du temps, nous avons donc pu limiter nos recherches en choisissant les cas avec des demandes quantifiées.

Cette surpondération des cas avec des demandes quantifiées est volontaire puisque nous cherchions à analyser les *quantum* d'indemnisation demandée, défendue et obtenue. Les Cours d'appel ont jugé nécessaire de décrire les demandes initiales lorsqu'elles ont prononcé une indemnisation financière. Nous avons ensuite analysé les différents types d'indemnisation demandée et obtenue, les raisons invoquées pour accorder les indemnisations et les meilleures méthodes utilisées par les demandeurs pour maximiser leur chance de réussite (ratio G/NoG) et leur taux d'indemnisation (ratio G/C).

1109 Cependant, nous avons conservé certains cas pertinents où aucun dommages-intérêts n'a été prononcé ; ce qui veut dire que dans le fichier Excel, certains cas ont un ratio G/C de 0%. Nous avons également conservé certains cas pertinents sans demande quantifiée lorsque la Cour a expliqué pourquoi et comment elle accordait 100% du préjudice réclamé. Il serait donc difficile d'extrapoler à partir de cette base la proportion de cas quantifiant une demande en dommages-intérêts. L'ensemble de l'échantillon est également affecté par le fait qu'en général, seuls les cas d'appel sont publiés et les cas en première instance peuvent avoir des *quantum* différents.

1110 **Principaux résultats quantifiés.** Les paramètres de base pour la partie internationale de notre recherche empirique sont les suivants.

Au total, nous avons extrait des différentes bases de données environ 150 cas demandant des dommages-intérêts ; 30 étaient pertinents pour la Situation 2. Environ 15% des cas de cet échantillon aléatoire ont obtenu des dommages-intérêts.

1111 Notre échantillon final surpondéré en cas indemnisés était composé de :

- 20 arrêts - 26 demandes ;
- 21 demandes (81%) pour lesquelles des dommages-intérêts ont été prononcés ;
- lorsque des dommages-intérêts sont prononcés le ratio G/C moyen est de 61%.

Nous devons rester prudents sur les conclusions à tirer de ces chiffres globaux mais ils semblent indiquer des probabilités et taux d'indemnisation supérieurs à la France ou aux Etats-Unis.

1112 **Description de l'échantillon et observations générales.** La quantification des dommages-intérêts moraux n'est souvent pas explicite dans nos arrêts, bien que tous présentent un préjudice au crédit commercial, à la réputation ou à la marque. Dans la plupart des cas de l'échantillon aléatoire (environ 85%) aucune indemnisation n'est accordée. Une des raisons peut résider dans la difficulté de prouver l'existence et le *quantum* du préjudice sur ces chefs de réclamation - réputation, image de marque ou crédit commercial - la plupart du temps considérés comme des dommages indirects. Une autre raison connexe est que les tribunaux se sont montrés historiquement réticents à accorder ces dommages-intérêts d'un genre un peu nouveau.

Dans notre échantillon, les dommages indirects (*Expectation Consequential Damages*) représentent 73% de toutes les demandes d'indemnisation, mais seulement 9% des indemnisations obtenues. La plupart des demandes (86%) sont des dommages directs ou gains manqués (*Expectation General Damages*), alors qu'ils représentent 26% des préjudices. Cela montre que les dommages indirects (*Expectation Consequential Damages*) sont beaucoup plus difficiles à prouver que la perte subie (*Reliance Damages*) ou même les gains manqués directs (*Expectation General Damages*)⁸⁵⁷.

1113 Les dommages-intérêts pour perte subie sont moins fréquents que les dommages-intérêts pour gains manqués (dommages généraux et indirects). À ce stade et compte tenu de notre échantillon d'arrêts, nous n'avons que des hypothèses quant aux raisons pour lesquelles :

- on considère peut-être que l'investissement initial fait dans la première phase du contrat a été rentabilisé dans la partie de celui-ci qui aurait été exécutée avant la rupture ;
- les juges sont disposés à condamner au paiement des dommages-intérêts pour des demandes de gains manqués importants ;
- les dommages causés par la *reliance* (perte subie) sont généralement inférieurs aux *expectation* (gains manqués) et peuvent ne pas justifier d'engager les frais causés par un arbitrage commercial ou une procédure judiciaire internationale.

1114 **Les tribunaux nationaux semblent plus généreux en matière d'octroi de dommages-intérêts que les tribunaux arbitraux.** Comme nous l'avons déjà expliqué, nous avons surpondéré notre échantillon final avec des cas quantifiés et octroyant des dommages-intérêts afin d'effectuer notre analyse. De l'échantillon aléatoire, nous avons extrait 20 cas formulant 26 demandes : 6 réclamations proviennent de cas d'arbitrage commercial international et 20 de procédures judiciaires internationales. 4 sur les 6 (67%) des demandes en arbitrage et 15 des 20 demandes judiciaires (75%) ont reçu des dommages-intérêts avec des taux G/C moyens de 43% et 85% respectivement pour une moyenne globale de 61%⁸⁵⁸. Les chiffres en pourcentage sont presque exactement les mêmes lorsque nous focalisons l'analyse sur les gains manqués

⁸⁵⁷ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 95.

⁸⁵⁸ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 97 et 98.

directs (*Expectation General Damages*) et indirects (*Expectation Consequential Damages*). Cela contredit en quelque sorte l'idée reçue selon laquelle en matière de résolution des différends commerciaux internationaux, les tribunaux arbitraux sont plus généreux dans l'attribution des dommages-intérêts que les tribunaux nationaux.

1115 Mais les cas les plus importants sont encore portés devant les tribunaux arbitraux

Dans notre échantillon de cas d'arbitrages, la demande moyenne est de 4,2 millions USD (dont une demande importante de 16,4 millions USD) et l'indemnisation moyenne est de 87 000 USD⁸⁵⁹.

Dans notre échantillon de cas de procédures judiciaires, la demande moyenne est de 300 K USD et l'indemnisation moyenne est de 273 K USD (tous les chiffres sont en dollars de 2015)⁸⁶⁰.

1116 **Les taux d'indemnisation ont diminué avec le temps.** Non seulement l'arbitrage international accorde des indemnisations avec un ratio G/C moyen inférieur à celui des procédures judiciaires internationales, mais ce ratio diminue régulièrement au fil du temps. Il s'agit d'une évolution semblable à la baisse du taux G/C moyen observé dans la jurisprudence interne américaine. Les litiges internationaux ont également un ratio G/C en diminution constante, mais qui reste légèrement supérieur au ratio G/C de la Situation 1 en international et de la Situation 2 aux États-Unis. Dans l'ensemble, le ratio G/noG (probabilité d'obtenir une indemnisation), après avoir augmenté de 70% à 80% entre 1995-1999 et 2000-2005, ce ratio est redescendu à 75% sur la période 2006-2014⁸⁶¹. De même, lorsque les demandeurs obtiennent une indemnisation, leur ratio G/C moyen, haut sur les périodes 1995-1999 (78%) et 2000-2005 (80%), a diminué à 58% sur la période 2006-2014⁸⁶².

1117 **Le ratio G/C est corrélé négativement au quantum de la demande.** Le Ratio G/NoG évolue de 67% à 82% et 100% pour des *quantum* de demandes dans des fourchettes respectives de 0 à 30 K USD, 30 à 300 K USD et supérieure à 300 K USD. Cependant, lorsque les demandeurs obtiennent une indemnisation, leur ratio G/C moyen par fourchette diminue de 88% à 72% et 62% respectivement⁸⁶³.

1118 **Les dommages-intérêts sont accordés plus généreusement lorsque la réputation est un facteur clé de succès dans le secteur du demandeur.** L'indice de réputation mesure l'importance des critères de réputation dans le secteur du demandeur. Notre hypothèse était que plus la réputation était un

⁸⁵⁹ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 98.

⁸⁶⁰ *Idem*.

⁸⁶¹ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 104.

⁸⁶² Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 105.

⁸⁶³ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 102 et 103.

facteur clé de succès important dans le secteur du demandeur, plus les ratios G/NoG et G/C seraient importants. Cependant, en fonction des cas de notre base de données, nous n'avons pas trouvé de différence significative entre les ratios G/C entre les cas où la réputation était un critère important et les cas où il ne l'était pas. Il reste stable autour de 80%⁸⁶⁴.

1119 **Sophistication du raisonnement juridique du tribunal.** Cette analyse est légèrement différente de celle que nous avons faite sur la sophistication de la méthodologie du demandeur.

Ici, le résultat suggère que les tribunaux sont en réalité plus précis dans leur raisonnement (indice 1⁸⁶⁵) lorsque leur décision consiste à ne pas indemniser ou à indemniser à un ratio G/C relativement plus bas (64%) que lorsqu'ils décident d'indemniser à un ratio G/C relativement plus élevé (98%) où l'indice est 0⁸⁶⁶. Cela signifie-t-il que l'on attend des arbitres et des juges qu'ils soient très généreux, et que ceux-ci se sentent obligés de justifier davantage leur position lorsqu'ils ne sont pas si généreux ?

1120 **Généralisation des hypothèses.** Les hypothèses ci-dessus sont une première étape dans une analyse plus large du comportement des juges et des arbitres décidant en référence à des instruments d'harmonisation internationale. En outre, ce projet est intrinsèquement comparatif ; il conviendrait pour aller plus loin d'identifier les facteurs influençant le plus les décisions des juges et des arbitres, notamment leur décision d'octroyer ou non des dommages-intérêts. Enfin, une taille d'échantillon plus large pour les cas d'arbitrage commerciaux internationaux serait nécessaire pour confirmer certaines hypothèses.

⁸⁶⁴ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 106 et 107.

⁸⁶⁵ Comme pour la sophistication de la méthodologie du défendeur, nous avons attribué à chaque méthodologie de la Cour une note allant de 0 à 1 :

0 - opinion sommaire ; lien peu évident entre le droit et les faits ; peu ou pas d'explications de la décision.

1 - Décision expliquée, justifiée pour comprendre la demande et accorder une indemnisation.

⁸⁶⁶ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 108 et 109.

Chapitre III : Activité sans base établie (*New Business Rule*)

- 1121 La règle du *New Business* a subi des évolutions sensibles dans la *common law* américaine. Traditionnellement, elle revenait pratiquement à exclure toutes les nouvelles activités du champ de l'indemnisation des dommages. Cette règle conservatrice - sans équivalent dans la doctrine ou le droit civil français - a progressivement perdu du terrain au profit d'une nouvelle règle plus libérale. Pour ouvrir droit à indemnisation, cette dernière se contente du même niveau de certitude raisonnable que pour les autres types de créanciers.
- 1122 Cette évolution juridique, initiée dans le *Uniform Commercial Code* puis formalisée dans le *Restatement (Second) of Contracts* en 1981, rejoint une certaine raison économique. En effet, aucune logique économique ne peut justifier une règle s'opposant à l'indemnisation des profits perdus d'une société au seul motif que celle-ci serait un *New Business*, une activité sans base établie.
- 1123 Nous montrerons d'abord dans quelle mesure la jurisprudence américaine a évolué sur le sujet dans plusieurs Etats. Nous la comparerons ensuite, à travers un exemple, avec la jurisprudence française. Nous évoquerons le cas extrême du dommage ayant entraîné la disparition d'une activité naissante. Nous illustrerons ensuite les différents types d'activité sans base établie, de la startup pure et simple à l'activité n'ayant jamais démontré un historique de profit en passant par le site nouveau dans un réseau existant. Enfin, comme dans les deux précédents Chapitres, nous détaillerons les résultats de notre étude empirique pour ébaucher un barème d'indemnisation reprenant certains des paramètres les plus importants parmi ceux identifiés précédemment.

Section 1 : Développement de la règle du *New Business* en *common law* américaine

1. La règle traditionnellement conservatrice perd du terrain

1124 Historiquement, la jurisprudence américaine considérait dans sa grande majorité qu'il était trop aléatoire d'estimer le préjudice des gains manqués (*expectation interest*) portée à une activité naissante. L'indemnisation des gains manqués était alors refusée en vertu de la règle du *New Business*. De moins en moins d'Etats se réfèrent encore à cette règle, de sorte qu'il est devenu difficile de trouver une jurisprudence récente.

1125 Ainsi, conformément à la loi de l'Illinois, il a été jugé :

« Une nouvelle entreprise n'est en général pas indemnisée des gains manqués et qu'en l'espèce il n'y a pas d'éléments suffisants pour calculer avec une certitude raisonnable les gains manqués du jeune auteur et fonder sa demande en dommages-intérêts pour violation du contrat de représentation de la part de son agent littéraire »⁸⁶⁷.

1126 Dans l'Illinois encore, il a été jugé : « l'évaluation d'une nouvelle technologie ne pouvait se faire par la prévision des *cash flows* futurs manqués »⁸⁶⁸. Dans l'Arkansas et le Nebraska des cas allant dans le même sens ont été relevés en 2011 et 2014⁸⁶⁹. Dans l'Arkansas, la jurisprudence se réfère toujours à un précédent célèbre datant de 1924 ayant opposé une jeune société au géant *General Electric*⁸⁷⁰.

1127 Y compris dans les Etats se référant encore à la règle du *New Business*, les tribunaux envisagent parfois une exception dans le cas où il existe un historique apportant la preuve de l'existence de profits. Cette preuve n'a pu être apportée dans une jurisprudence de l'Etat de Géorgie qui a retenu qu'« une nouvelle entreprise sans historique de profits ne peut être indemnisée des gains manqués même si son activité d'origine était profitable »⁸⁷¹. Cette même jurisprudence est analysée par une cour du district fédéral du Kansas dans les termes suivants : « (elle) exclut l'indemnisation des gains manqués dans une nouvelle activité commerciale car ceux-ci sont trop lointains et incertains. [Les gains manqués] sont uniquement indemnisés si l'activité a déjà démontré un historique de profits »⁸⁷².

⁸⁶⁷ *Levin v. Grecian*, 974 F. Supp. 2d 1114 (N.D. 2013).

⁸⁶⁸ *Cement-Lock v. Gas Technology Institute*, 618 F. Supp. 2d 856 (N.D. 2009).

⁸⁶⁹ *Arloe designs, LLC v. Arkansas Capital Corp.*, 2014 Ark. 21, 431 S.W.3d 277 (2014) et *Bedore v. Ranch Oil Co.*, 282 Neb. 553, 805 N.W.2d 68 (2011).

⁸⁷⁰ *Marvell Light & Ice Co. V. General Electric Co.*, 162 Ark. 467, 259 S.W. 741 (1924).

⁸⁷¹ *Johnson County School District v. Greater Savannah Lawn Care*, 278 Ga. App. 110, 629 S.E.2d 271 (2006).

⁸⁷² *Blair-Naughton, LLC. V. Diner Concepts, Inc.*, 568 F. Supp. 2d 1261 (D. Kan. 2008), aff'd, 369 Fed. Appx. 895 (10th Cir. 2010).

2. La nouvelle règle, plus libérale, se contente d'une certitude raisonnable

1128 A partir des années 1980, reflétant sans doute la sophistication des modèles de prévision⁸⁷³, de plus en plus d'Etats modernisent leur règle du *New Business* afin d'indemniser les gains manqués dès lors qu'ils sont démontrés avec une certitude raisonnable. La majorité des Cours d'appel fédérales et des Cours de District fédérales ont statué dans ce sens depuis les années 2000.

1129 Ainsi, dès 2004, la Cour d'appel fédérale du 10^{ème} Circuit permet au « Delaware de suivre la tendance nationale qui s'éloigne de la règle traditionnelle du *New Business* et ne l'invoquera pas pour refuser l'indemnisation de ses gains manqués à une activité sans historique de profits »⁸⁷⁴. La même solution a été retenue en 2008 dans l'Oklahoma⁸⁷⁵.

*« Conformément à la loi de l'Etat de New York, en l'absence d'historique de profits, les gains manqués d'une nouvelle entreprise peuvent être démontrés avec une certitude raisonnable en se basant sur les ventes d'un concurrent direct »*⁸⁷⁶. *« La règle du New Business n'interdit pas d'indemniser les gains manqués découlant de la tentative échouée du demandeur de racheter un opérateur de marché »*⁸⁷⁷. Ou enfin, *« sous la loi de l'Illinois, la règle du New Business n'interdit pas d'évaluer le prix de marché d'un actif en se basant sur les offres d'achat ou les cessions passées d'actifs comparables »*⁸⁷⁸.

1130 Bien que désormais admise, l'indemnisation des gains manqués par une nouvelle entreprise sera soumise à des conditions plus strictes qu'une indemnisation équivalente réclamée par une entreprise bien établie. La Cour d'appel fédérale du 11^{ème} Circuit a ainsi retenu :

« Dans les juridictions ayant abandonné la règle traditionnelle du New Business, la question de droit d'autrefois a été transformée en question de faits soumettant la demande en indemnisation pour gains manqués de la part de nouvelles activités à une exigence plus stricte que celle qui s'exerce sur des demandes équivalentes de la part d'activités bien établies ayant démontré un historique de profits. (...) La raison est claire : le succès commercial d'une nouvelle activité doit être démontré sur le terrain et non pas devant les tribunaux. Juger

⁸⁷³ C'est l'argument utilisé par la Cour d'appel fédérale du Nevada dans l'affaire *Houston Exploration, Inc. v. Meredith*, 102 Nev. 510, 728 P.2d 437 (1986).

⁸⁷⁴ *O'Tool v. Genmar Holdings, Inc.*, 387 F.3d 1188 (10th Cir. 2004).

⁸⁷⁵ *Specialty Beverages, L.L.C. v. Pabst Brewing Co.*, 537 F.3d 1165 (10th Cir. 2008).

⁸⁷⁶ *Nature's Plus Nordic A/S v. Natural Organics, Inc.*, 980 F. Supp. 2d 400 (E.D.N.Y. 2013).

⁸⁷⁷ *Euroholdings Capital & Investment Corp. V. Harris Trust & Savings Bank*, 602 F. Supp. 2d 928 (N.D. 2009).

⁸⁷⁸ *In re Emerald Casino Inc.*, 530 B.R. 44, 2014 WL 4954453 (N.D. 2014).

différemment permettrait aux startups de récolter des profits indus sans prendre les risques que tout entrepreneur doit assumer »⁸⁷⁹.

1131 Cet aléa intervient donc après l'incertitude pesant déjà sur l'évaluation du *quantum* des gains manqués.

1132 L'expérience et les profits réalisés par le défendeur auteur du préjudice peuvent servir de base raisonnable à l'indemnisation des gains manqués de la victime demanderesse. Un tribunal californien a jugé en ce sens en 2005⁸⁸⁰. Enfin, dans le Tennessee, il a été jugé en 2004 que le fait que la société victime ait un historique à l'équilibre - voire en déficit - ne suffit pas à exclure la possibilité qu'elle alourdisse ses pertes du fait de l'inexécution contractuelle⁸⁸¹. Il a ainsi été retenu que :

« Disposer autrement aboutirait à un résultat absurde dans les cas comme celui-ci où les résultats de la victime tournent autour de l'équilibre. (...) La victime serait alors indemnisée si l'inexécution avait lieu pendant une de ses bonnes années et elle ne le serait pas dans les mauvaises années. Une lecture de bon sens de la loi montre que cette position ne tient pas ».

3. Les effets du *Restatement (Second) of Contracts* et du *Uniform Commercial Code*

1133 En 1981, le *Restatement (Second) of Contracts* avait déjà rejeté la règle du *New Business* dans son commentaire b) à la section 352. Il a été retenu que « si l'activité est nouvelle ou sujette à des fluctuations importantes en volume, coût ou prix, alors la preuve sera plus difficile à apporter (...). Toutefois, le préjudice peut être démontré avec une certitude raisonnable par des témoignages d'expert, des données économiques et financières, des études de marché, des résultats commerciaux et d'autres informations de ce type ».

1134 En 1952, les rédacteurs du Code de commerce américain, le *Uniform Commercial Code* (UCC) ont souhaité explicitement accorder l'indemnisation des gains manqués *dans tous les cas pertinents* où la mesure habituelle du préjudice - obtenue en revendant le bien à un autre acheteur sur le marché ou en calculant la différence entre le prix fixé dans le contrat rompu et le prix du marché au moment de la rupture - n'est pas disponible ou ne permet pas de replacer le vendeur dans la position qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté. C'est notamment le cas pour tous les produits semi finis et pour tous les prestataires dont les prix fixés ne varient pas en fonction du marché. Le commentaire 2) para. 708 était ainsi rédigé : « la mesure du préjudice [deviendrait] le prix catalogue diminué du prix d'achat pour un revendeur ou du prix de fabrication pour un fabricant. Il n'est pas nécessaire pour être indemnisé

⁸⁷⁹ *AlphaMed Pharmaceuticals Corp. V. Arriva Pharmaceuticals, Inc.*, 432 F. Supp. 2d 1340 (S.D. Fla. 2006).

⁸⁸⁰ *Electronic Funds Solutions, LLC v. Murphy*, 134 Cal. App. 4th 1161, 36 Cal. Rptr. 3d 663 (2005).

⁸⁸¹ *Waggoner Motors, Inc. v. Waverly Church Of Christ*, 159 S.W. 3d 60 (Tenn. App. 2004).

des gains manqués de démontrer un historique de profits, notamment s'il s'agit d'une nouvelle activité ».

1135 En 2003, le nouveau UCC a modifié cette rédaction dans le commentaire 5) qui dispose désormais que « puisque cette section concerne les gains manqués directs, il n'est pas nécessaire de démontrer un historique de profits (...). Toutefois le demandeur doit démontrer un manque à gagner directement imputable à l'inexécution contractuelle ». Cette modification vise à limiter la portée du commentaire 2) qui n'abordait qu'incidemment le cas d'une nouvelle activité. Il y a en outre lieu, sans doute, de rejeter la jurisprudence s'appuyant sur cette partie relativement mineure du commentaire pour abandonner la règle du *New Business*.

1136 En effet, dans les années qui ont précédé ce nouveau UCC, une jurisprudence abondante s'était appuyée sur les commentaires de l'ancien UCC et du *Restatement (Second) of Contracts* pour rejeter la règle du *New Business*⁸⁸².

4. Une certaine raison économique va dans le sens de cette évolution juridique

1137 Sur une base de pure logique économique, le fait qu'une entreprise n'a tout simplement pas de bilan n'est pas suffisant pour nier à cette nouvelle entreprise le droit d'obtenir des dommages-intérêts au cas où l'autre partie violerait le contrat. Nous allons démontrer brièvement le raisonnement général avant d'aborder la question de l'opportunité d'une telle action.

1138 Schématiquement, il existe deux situations différentes.

1139 Dans la première situation type, la violation est principalement due à des circonstances extérieures à la qualité d'activité sans base établie. Alors, la nouvelle entreprise devrait être traitée selon les mêmes règles que pour toute autre partie au contrat.

C'est le cas lorsqu'une entreprise de capital risque A signe un contrat et accepte d'investir 4 millions USD dans une nouvelle activité d'énergie solaire B. 2 millions USD sont investis, B atteint ses objectifs technologiques comme convenu, mais soudainement le marché de l'énergie solaire s'effondre parce que le prix du pétrole diminue. Si aucune clause d'effet défavorable important (*Material Adverse Effect Clause* : clause MAC) n'a été incluse dans le contrat, A ne devrait pas être autorisé à enfreindre son engagement d'investissement (par exemple si elle veut compléter un investissement alternatif en pétrole et gaz) sans dommages compensatoires à B.

1140 Dans la seconde situation type, la violation des obligations contractuelles constitue une conséquence directe de la qualité d'activité sans

⁸⁸² Voir notamment *In re Merritt Logan, Inc.*, 901 F.2d 349 (3d Cir. 1990) ; *Kvassay v. Murray*, 15 Kan. App. 2d 426, 808 P.2d 896 (1991) ; *AGF, Inc. v. Great Lakes Heat Treating Co.*, 51 Ohio St. 3d 177, 555 N.E.2d 634 (1990) ; *Cell, Inc. v. Ranson Investors*, 189 W. Va. 13, 427 S.E.2d 447 (1992).

base établie, telle que le niveau de risque plus élevé pour toutes les nouvelles entreprises. Ici, nous devons en toute logique supposer que l'autre partie a été informée de la situation avant de signer et a intégré le niveau de risque élevé dans ses prix.

1141 C'est le cas lorsqu'une grande entreprise d'ingénierie A développe un nouveau système d'information pour un site internet sur la santé B qui va être mis en ligne dans quatre mois avec l'entreprise cliente C qui est une grande compagnie d'assurance maladie. Lors de la signature du contrat, A a pris 50% d'acompte chez B - au lieu des 30% traditionnels qu'il exigerait d'un client de longue date - puis A facture un deuxième acompte de 25% qui est payé deux mois plus tard. À la fin des quatre mois, le nouveau système est terminé, mais A ne fournit pas le code pour mettre en ligne, à cause de ses craintes sur la capacité de B à payer les 25% restants. Par conséquent, B ne peut pas ouvrir son site internet et perd son contrat avec C. A a manifestement violé le contrat et B a clairement subi un dommage consécutif à la violation. A a évidemment intégré le niveau de risque plus élevé de faire affaire avec B en demandant le paiement d'un acompte sensiblement supérieur à ses pratiques commerciales habituelles. A devrait donc indemniser B pour ses préjudices même si B était une « nouvelle entreprise sans historique de profits.

1142 Donc, dans les deux situations schématiques, la logique ne supporte pas une règle *per se* contre le recouvrement des gains manqués au profit d'une nouvelle entreprise.

1143 En ce qui concerne le coût d'opportunité, dans un article récemment publié, Victor Goldberg écrivait :

*« Une règle per se contre le recouvrement des gains manqués d'une entreprise sans historique de profits n'est pas une bonne solution car la question n'est pas de savoir si l'investissement serait profitable, mais plutôt si son rendement prévu dépasserait le coût du capital. Le rendement prévu d'un investissement dans une nouvelle entreprise devrait être, au mieux, égal au coût d'opportunité, c'est à dire au coût du capital »*⁸⁸³.

1144 Cette règle semble claire. Cependant, de la même règle, nous pouvons tirer deux conclusions différentes.

1145 Victor Goldberg semble favoriser une solution où les dommages-intérêts devraient rester limités ou même inexistantes. Mais cela pourrait se justifier quelle que soit l'ancienneté de l'entreprise. En effet, si l'on considère le cas d'une entreprise (qu'elle soit ancienne ou nouvelle) qui a constamment perdu de l'argent (ou a eu un retour sur investissement négatif pour ses actionnaires) au cours des dernières années, le coût d'opportunité pour cette entreprise serait très faible (voire négatif) et elle ne devrait généralement pas se

⁸⁸³ GOLDBERG Victor P., Reckoning Contract Damages: Valuation of the Contract as an Asset (March 24, 2016). *Columbia Law and Economics Working Paper No. 530*.

voir accorder des dommages-intérêts en cas de rupture de contrat par une autre partie.

1146 D'un autre côté, il serait logique que les dommages-intérêts soient au contraire plus élevés pour une nouvelle entreprise que pour une entreprise établie. Une nouvelle entreprise a généralement moins de capital qu'une entreprise établie. En outre, ses actionnaires sont plus exigeants pour atteindre un rendement plus élevé sur les capitaux investis par rapport à une entreprise moins risquée. Dès lors, le coût du capital d'une nouvelle entreprise est susceptible d'être supérieur au coût du capital d'une grande entreprise. Les investisseurs en capital-risque attendent généralement un retour sur investissement minimum de 15 à 25%, alors que les actionnaires d'une grande société cotée seraient très satisfaits d'un retour sur investissement de 8 à 12%.

1147 Les mots de Victor Goldberg résument la situation :

« La question cruciale n'est pas le manque d'historique. L'accent devrait être mis sur le rendement attendu d'un nouvel investissement (que ce soit pour une entreprise nouvelle ou existante) »⁸⁸⁴.

1148 Nous ajoutons qu'une nouvelle entreprise se doit d'atteindre un retour sur investissement plus élevé qu'une entreprise existante, toutes choses étant égales par ailleurs.

1149 De manière générale, l'application intégrale d'une « règle *per se* contre le recouvrement des bénéfices d'une nouvelle entreprise »⁸⁸⁵ entraînerait un parti pris significatif dans le comportement des grandes entreprises qui contractent avec des entreprises sans base établie. Cela inciterait les grandes entreprises à se livrer à des comportements opportunistes lorsque leurs investissements alternatifs semblent plus prometteurs. Plus généralement, une telle règle n'offre pas un environnement favorable au développement des entreprises nouvelles ou startups.

5. Cas extrême du dommage ayant entraîné la disparition de l'activité

1150 Le préjudice de *lost profits* - gains manqués - peut-il excéder la valeur de l'activité ?

1151 C'est une question qui s'est déjà posée sous une forme un peu différente s'agissant de l'atteinte à l'image de marque. Cette question devient centrale en présence d'une société naissante dont l'activité disparaît totalement suite à une rupture contractuelle. Par définition la valeur de la dite activité n'étant pas très élevée, le préjudice théorique pourrait facilement excéder cette valeur.

⁸⁸⁴ *Idem.*

⁸⁸⁵ *Ibidem.*

- 1152 Les dommages-intérêts pour les gains manqués de l'entreprise peuvent-ils excéder la valeur de l'entreprise elle-même ? Il s'agit d'un cas particulier de la question, toujours ouverte, consistant à savoir si les gains manqués et la perte de valeur commerciale sont nécessairement identiques. Nous avons déjà abordé cette question en cas de préjudices à l'image et à la réputation. Cela devient une question cruciale lorsque le bénéficiaire de la promesse est une nouvelle entreprise ayant par définition une faible valeur.
- 1153 Des résultats différents seront probablement produits à partir de différentes méthodologies d'évaluation ou, même suivant la même méthodologie, par exemple le *DCF* (*Discounted Cash Flow*), à partir de différents taux d'actualisation, des calculs *ex post* (au moment du procès) ou *ex ante* (à la date de la rupture du contrat), etc. La majorité des arrêts ont retenu que la valeur de l'entreprise imposait un plafond sur les dommages-intérêts recouvrables, mais certains arrêts en ont décidé différemment.
- 1154 Dans l'affaire fédérale de 2010, *Anchor Savings Bank v. États-Unis*, il a été décidé que les dommages-intérêts pour disparition de l'activité (liquidation de la banque) et les dommages-intérêts pour perte de profits constituent des méthodologies différentes et les dommages-intérêts couvrant les pertes de profits peuvent être supérieurs à la valeur de l'entreprise⁸⁸⁶. En somme, le tribunal a jugé que le préjudice d'*Anchor* ne se limitait pas à la valeur de marché de son actif net au moment de l'inexécution contractuelle, soit 64,4 millions USD, et que les pertes de profits d'*Anchor* au delà de cette valeur étaient indemnisables dans les circonstances appropriées. L'avis de la Cour est clair et retient que les pertes de profits d'*Anchor* constituaient une mesure des préjudices d'*Anchor*, entièrement indépendante de la valeur de son activité elle-même. *Anchor* a en fin de compte obtenu une indemnisation totale de 356 millions USD en première instance, dont 320 millions USD de dommages-intérêts pour perte de profits.
- 1155 Même si les tribunaux sont prêts à prononcer des dommages-intérêts indemnisant indépendamment les préjudices de perte de profits et les préjudices de perte d'activité, ils s'attendent à une même certitude raisonnable, au même standard de preuve et aux mêmes calculs objectifs.
- 1156 Au contraire, dans une affaire de Floride en 2006, *Susan Fixel, Inc. v. Rosenthal & Rosenthal*, le demandeur *Fixel* a réclamé des dommages-intérêts équivalents à la valeur de l'entreprise pour la destruction de celle-ci⁸⁸⁷. Le tribunal de première instance a exclu l'expertise du demandeur comme étant hypothétique et s'est prononcé en faveur du défendeur. La Cour a confirmé en appel.
- 1157 Dans un arrêt rendu dans l'Etat du Texas en 2009, *M & A Technology, Inc. v. IValue Group, Inc.*, le demandeur *IVG* a rejeté le recouvrement des pertes de profits et a cherché à recouvrer la valeur de son entreprise liquidée en utilisant trois méthodes : une méthode des flux futurs de revenus avec le DCF,

⁸⁸⁶ *Anchor Savings Bank v. United States*, 597 F.3d 1356 at 1370 (Fed. Cir. 2010).

⁸⁸⁷ *Susan Fixel, Inc. v. Rosenthal & Rosenthal*, 921 So. 2d 43 at 46 (Fla. App. 2006), review denied, 939 So. 2d 1061 (Fla. 2006).

une méthode de la valeur de marché avec des multiples comparables et une méthode de coût/investissement avec la Valeur Nette Comptable⁸⁸⁸. Le tribunal a décrit en détail les trois méthodes, mais a conclu qu'elles étaient soumises aux mêmes limitations qu'elles le seraient si une analyse des profits perdus était effectuée.

Section 2 : Qu'est qu'une activité sans base établie selon la *common law* américaine ?

1. La startup ou activité récemment lancée

1158 Quelle est la durée minimale d'activité permettant d'exclure l'application de la règle du *New Business* ? La jurisprudence américaine n'apporte pas une réponse simple ni même uniforme à cette question. En la matière, tout est une question de faits et le juge appréciera au cas par cas si l'historique de l'activité suffit à établir des prévisions raisonnables. Si une majorité des tribunaux a jugé qu'une période de quelques mois d'activité suffisait - voire 12 jours dans un cas ancien bien précis⁸⁸⁹ - il existe de nombreux cas où l'inverse a été jugé pour une durée équivalente.

1159 Dans le premier cas de figure on trouve une affaire où un restaurateur réclame l'indemnisation des gains manqués au propriétaire du local 2 lui ayant coupé l'eau quelques jours après son installation, ce qui l'a obligé à déménager dans un local 3 après deux semaines. Le tribunal a accordé l'indemnisation des gains manqués sur la base des bénéfices antérieurs réalisés dans un local 1 pendant huit mois et demi et de ceux réalisés ensuite dans le local 3. Etant précisé que les trois locaux étaient considérés comme comparables et situés dans la même zone de chalandise⁸⁹⁰.

1160 Le cas de figure inverse le plus extrême est sans doute celui jugé en 1974 par la Cour d'Appel fédérale du 5^{ème} circuit⁸⁹¹. Le plaignant, qui avait lancé une nouvelle activité de fabrication au Texas, n'obtint pas satisfaction face à son banquier qui lui avait coupé les lignes de financement. Les ventes avaient pourtant prospéré pendant les six mois qui précédaient et surtout l'entrepreneur bénéficiait d'un historique antérieur de cinq ans de profits. Ce cas n'est plus cité en référence par la jurisprudence du Texas.

⁸⁸⁸ *M&A Technology, Inc. v. iValue Group, Inc.*, 295 S.W.3d 356 at 366 (Tex. App. 2009).

⁸⁸⁹ *Edwards v. Container Kraft Carton & Paper Supply Co.*, 161 Cal. App. 2d 752, 327 P.2d 622 (1958).

⁸⁹⁰ *Guady v. Seaman*, 188 Pa. Super. 475, 149 A.2d 523 (1959).

⁸⁹¹ *Mc Brayer v. Teckla, Inc.*, 496 F.2d 122 (5th Cir. 1974).

2. L'absence de profits antérieurs ou d'une expérience passée concluante

1161 En lien avec le cas précédent d'une activité nouvelle ou récemment lancée, les défendeurs invoquent souvent l'absence de profits antérieurs des demandeurs pour justifier l'application de la règle du *New Business*. En effet, l'absence de profits peut démontrer que le plaignant n'avait pas une expérience antérieure suffisamment concluante pour demander l'inapplicabilité de la règle et donc l'indemnisation de ses gains manqués supposés. C'est le raisonnement qui a été retenu en 2008 par une Cour de District fédéral dans une affaire opposant *Sony* à une startup de production de musique ayant dû déposer son bilan⁸⁹². Il en est allé de même en 2010 devant la Cour d'appel de l'Etat de New York qui a confirmé un jugement de 2009⁸⁹³. Dans les deux cas les plaignants n'ont donc pas été indemnisés.

1162 Cela ne semble pas être une objection valable puisque la majorité des cas considérés l'ont rejeté. Si un contrat profitable est conclu, il est évident que le créancier - même sans historique de profits - perdrait moins d'argent si ce contrat était exécuté et donc s'il n'y a pas rupture de la part du débiteur. Un historique de profits n'est pas nécessaire pour extrapoler les gains manqués à partir d'une expérience antérieure, et donc pour les indemniser. L'indemnisation des gains manqués a été accordée à des entreprises n'apportant pas la preuve de profits antérieurs : dans le 3^{ème} district fédéral, le Delaware suit clairement la tendance nationale s'éloignant de la règle du *New Business*, de même que le Connecticut dans le 2nd district fédéral⁸⁹⁴. De même, la Cour d'appel de l'Etat de Floride a jugé qu'une entreprise pouvait être indemnisée de ses gains manqués - sans tenir compte de l'absence de profits antérieurs - dès lors qu'elle démontrait l'existence d'un préjudice, le lien de causalité entre l'inexécution contractuelle et le préjudice et une norme permettant d'extrapoler le *quantum*⁸⁹⁵.

1163 Les cas où il a été jugé que les gains manqués peuvent être indemnisés malgré un historique de pertes sont aussi plus convaincants. En effet, on comprend bien qu'un historique de profits constitue une présomption positive. Toutefois on ne comprend pas pourquoi une indemnisation serait refusée à une entreprise qui, ayant beaucoup investi pour sa croissance future, conclut justement quelques exercices en perte et se voit empêcher de concrétiser enfin ses profits du fait des agissements de son débiteur. Ce raisonnement ressort très tôt dans la jurisprudence :

« A ce moment précis de son exploitation et dans ce type d'activité (concession de droit de diffusion audiovisuelle), il

⁸⁹² *24/7 Records, Inc. v. Sony Music Entertainment, Inc.*, 566 F. Supp. 2d305 (S.D.N.Y. 2008).

⁸⁹³ *Digital Broadcast Corp. v. Ladenburg, Thalmann & Co.*, 63 A.D.3d 647, 883 N.Y.S.2d 186 (2009), *appeal denied*, 14 N.Y.3d 737, 898 N.Y.S.2d 75 (2010).

⁸⁹⁴ *O'Tool v. Genmar Holdings, Inc.*, 387 F.3d 1188 (10th Cir. 2004) et *Scapa Tapes North America Inc. v. Avery Dennison Corp.*, 384 F. Supp. 2d 544 (D. Conn. 2005).

⁸⁹⁵ *E. Qualcomm Corp. v. Global Commerce Center Ass'n, Inc.*, 59 So. 3d 347 (Fla. App. 2011).

serait particulièrement injuste de lui refuser l'indemnisation car cela permettrait à une autre entreprise de récolter le fruit des efforts qu'elle a consentis »⁸⁹⁶.

En outre, « *la question n'est pas de savoir si l'entreprise était bénéficiaire dans le passé, ni même tant de prévoir si elle deviendrait bénéficiaire dans le futur ; il s'agit plutôt de déterminer si cette entreprise était raisonnablement certaine de réaliser un bénéfice avec ce contrat en particulier* »⁸⁹⁷.

- 1164 Ces décisions semblent indiquer qu'il faut distinguer les cas où les gains manqués devaient être générés par un ou des contrats bien identifiés - ces cas ne requérant pas l'existence de profits antérieurs, des cas où les gains manqués sont simplement extrapolés par comparaison au passé - où au contraire l'existence de profits antérieurs est requise pour recouvrer les dommages-intérêts.

3. Un site nouveau dans un réseau existant

- 1165 Prenons le cas d'une société opérant de la même manière sur différents sites et souhaitant ouvrir un nouveau site. Il peut s'agir d'un réseau de boutiques, d'entrepôts ou d'unités de transformation. Cette ouverture est retardée ou ne peut avoir lieu du fait d'un fournisseur n'exécutant pas son contrat. L'entreprise demande l'indemnisation de son préjudice en justice : le défendeur peut-il invoquer la règle du *New Business* pour refuser l'indemnisation ? La jurisprudence américaine semble divisée sur cette question qui en appelle une autre : l'expérience du demandeur sur ses autres sites constitue-t-elle un élément de preuve admissible pour démontrer son préjudice et en estimer l'étendue ?

- 1166 Dans les cas suivants, la cour a rejeté les demandes d'indemnisation avancées par le plaignant sur la base des profits réalisés sur d'autres sites de son réseau.

- 1167 Dans l'Etat de New York, la Cour d'appel a annulé un jugement de 1^{ère} instance qui accordait à une société locataire 3,75 millions USD à titre de dommages-intérêts indemnisant les profits manqués du fait de l'inexécution du bail par le bailleur⁸⁹⁸. Elle a considéré que les experts se sont trompés en estimant les profits manqués de la boutique qui n'a jamais ouvert par référence aux profits des autres boutiques du locataire. Selon la Cour d'appel, « les sites n'étaient pas comparables. Les experts ont cru que les sites étaient comparables en se fondant sur les affirmations du locataire au lieu de recourir à une opinion indépendante ». On peut en déduire que la Cour d'appel aurait confirmé le jugement de première instance si les sites avaient été comparables.

⁸⁹⁶ *Vickers v. Wichita State University*, 213 Kan. 620-21, 518 P.2d 517 (1974).

⁸⁹⁷ *Stark v. Shaw*, 155 Cal. App. 2d 181, 317 p.2d 188 (1958).

⁸⁹⁸ *Blinds to go (U.S.), Inc. v. Times Plaza Development, L.P.*, 88 A.D.3d 838, 931 N.Y.S.2d 105 (2011).

- 1168 Dans une affaire plus ancienne, la Cour d'appel de Virginie avait annulé un jugement de première instance qui indemnisait le préjudice d'une chaîne de restauration. Celle-ci avait du annuler l'ouverture d'un nouveau restaurant du fait du retrait de son partenaire local qui devait gérer le restaurant⁸⁹⁹. La chaîne avait estimé son préjudice sur la base de la moyenne des profits réalisés dans ses autres restaurants, ce que la cour n'a pas admis. La cour a justifié ce refus en relevant que « les restaurants ne faisaient pas de bénéfices lorsqu'ils étaient trop proches les uns des autres », un élément de fait qui n'a pas été expertisé dans le cas d'espèce. On peut supposer qu'elle aurait confirmé le jugement de première instance si des experts avaient déclaré le site correctement situé.
- 1169 L'arrêt de la Cour d'Appel de Rhode Island accordant l'indemnisation de leur préjudice à *McDonald's* et à son franchisé de Middletown impliquait la règle du *New Business*⁹⁰⁰. Excluant les éléments prouvant l'uniformité du mode opératoire, les résultats positifs démontrés dans les restaurants *McDonald's* voisins, les prévisions qui en découlaient pour celui de Middletown et enfin les pertes subies du fait de l'empêchement d'opérer, il n'avait été accordé aux plaignants en première instance que des dommages-intérêts symboliques. En appel, la Cour a considéré que c'était une erreur : « (...) nous considérons que les éléments de preuve nécessaires ont été apportés, de sorte que le jury peut avec une *certitude raisonnable* déterminer les gains manqués de *McDonald's* ». La Cour d'appel a donc rejeté la règle du *New Business*, annulé le jugement de première instance et renvoyé l'ensemble de la procédure à un nouveau procès au fond.
- 1170 A l'analyse approfondie, la règle du *New Business* ne s'applique pas justement au cas de l'ouverture d'un site nouveau au sein d'un réseau existant. Si le demandeur peut démontrer que le nouveau site possède des caractéristiques comparables et sera opéré de la même manière que les sites existants, alors il apporte les éléments de preuve suffisants pour établir son préjudice et en estimer le montant. Des prévisions de résultats du nouveau site peuvent être établies avec une certitude raisonnable sur la base de l'expérience des autres sites. C'est sur cette base que le *business plan* est établi la plupart du temps en amont de la décision d'investir. Si ces prévisions sont suffisantes pour convaincre les parties d'investir *ex-ante*, alors elles devraient l'être pour que la Cour décide d'indemniser *ex-post*. La Cour pourrait éventuellement appliquer un taux d'actualisation pour tenir compte du risque inhérent à l'activité future ; le cas échéant, elle pourrait reprendre le même taux d'actualisation que celui utilisé par les parties au moment de la décision d'investir.
- 1171 Dans tous ces cas, le demandeur cherche tout simplement à étendre une activité existante. Quel que soit le raisonnement justifiant la règle lorsque le demandeur envisage de lancer un *New Business*, ce raisonnement ne peut s'appliquer lorsqu'il s'agit d'étendre une activité existante.

⁸⁹⁹ *Mullen v. Brantley*, 213 Va. 765, 195 S.E.2d 696 (1973).

⁹⁰⁰ *Smith development Corp. v. Bilow Enterprises, Inc.*, 112 R.I. 203-214, 308 A.2d 477-483 (1973).

4. Une activité nouvelle au sein d'un groupe existant

- 1172 Une activité ou un produit nouveau lancé au sein d'une société existante doivent ils être traités comme un *New Business* ? La question ne se pose évidemment que dans les juridictions appliquant encore la règle du *New Business*.
- 1173 L'indemnisation a été refusée dans une affaire récente dans l'Illinois alors que ni l'entreprise actionnaire ni même sa filiale n'exerçaient une activité nouvelle⁹⁰¹. « L'activité pour laquelle ils recherchent des profits est une activité nouvelle, la règle du *New Business* leur interdit d'obtenir l'indemnisation des gains manqués sur la base des ventes futures supposées ». La loi de l'Etat de l'Illinois s'applique de la même manière dans une affaire jugée par la Cour d'Appel fédérale du 7^{ème} Circuit⁹⁰². La règle du *New Business* s'applique aux nouveaux produits sous licence distribués par un licencié, entreprise elle même établie, pour refuser l'indemnisation de ses profits manqués au propriétaire concédant la licence qui prétendait que le licencié n'avait pas fourni ses meilleurs efforts.
- 1174 L'indemnisation a été en revanche accordée dans un cas qui mérite plus d'attention. La société *Columbia Park* qui développe et gère des centres de loisirs en plein air est entrée en négociation avec la ville de Kennewick⁹⁰³. Un accord est signé dans lequel les parties se donnent l'option de développer un camping à proximité du golf que *Columbia Park* gère déjà conformément à un bail conclu avec la ville. La ville dénonce l'accord après avoir signé un contrat équivalent avec un développeur concurrent B. Lors du procès, la ville est reconnue responsable de la rupture et condamnée à verser à *Columbia Park* 3 millions USD à titres de dommages-intérêts.
- 1175 Outre la problématique de rupture brutale des pourpalers que l'on abordera par ailleurs, la Cour a retenu que la règle du *New Business* ne s'appliquait pas en l'espèce. En effet, la Cour n'a pas eu à se prononcer explicitement sur l'indemnisation des gains manqués. Plutôt que ses gains manqués, *Columbia Park* a réclamé l'indemnisation de ses droits de développement qui constituaient un actif. Cet actif a été détruit par la ville et il peut être évalué au prix qu'un investisseur aurait été prêt à payer pour l'acquérir. En théorie financière, on dirait que la valeur de l'actif n'est rien d'autre que l'actualisation des profits futurs escomptés, mais juridiquement la Cour a admis une différence. Alors qu'elle aurait pu refuser l'indemnisation des profits futurs escomptés au motif qu'ils étaient incertains, elle a considéré que la valeur de l'actif, elle, était certaine dès lors que qu'il existait un marché et que le prix pour cet actif était fixé par un investisseur ce que *Columbia Park* a démontré, involontairement aidée en cela par le concurrent B qui venait de signer avec la ville de Kennewick.

⁹⁰¹ *Meriturn Partners v. Banner*, N.E.3d, 2015 Il App (1st) 131883, 6-7 (III. App. 2015).

⁹⁰² *TAS Distributing Co. V. Cummins Engine Co.*, 491 F.3d 625 (7th Cir. 2007).

⁹⁰³ *Columbia Park Golf Course, Inc. v. City of Kennewick*, 160 Wash. App. 66, 248 P.3d 1067 (2011).

1176 Cette affaire est doublement éclairante pour notre étude :

- elle crée en quelque sorte une « théorie de l'actif perdu » qui vient opportunément renforcer ou remplacer la demande d'indemnisation pour profits perdus ou gains manqués ;
- elle fait le lien avec la théorie française de la perte de chance qui, on l'a vu, peut être interprétée comme l'indemnisation d'un actif à savoir la possibilité (« l'option ») de réaliser des profits futurs.

1177 En résumé, il semble bien que la majorité des cas illustre une interprétation relativement restrictive de la qualification de *New Business* et donc une application prudente sinon limitée de la règle. Le juge reste bien sûr souverain dans l'interprétation des faits, mais force est de constater que la règle s'applique essentiellement aux entreprises totalement nouvelles, ayant démarré leurs activités récemment et ne bénéficiant ni de l'appartenance à un réseau de sites comparables ni de l'antériorité d'un groupe expérimenté. La question ne se pose plus que dans les Etats se référant encore à cette règle or ils sont de moins en moins nombreux et ils l'appliquent avec de plus en plus de parcimonie.

Section 3 : Les quatre catégories de jurisprudence selon Victor Goldberg

1178 Dans un article récent, Victor Goldberg a divisé la jurisprudence en quatre catégories⁹⁰⁴.

- 1) Le demandeur n'a procédé à aucun investissement sur la base du contrat et il prétend obtenir réparation de son préjudice à savoir le coût d'opportunité du capital donnant le rendement attendu d'un nouvel investissement.
- 2) Le propriétaire d'un actif ou d'un bien (par exemple une licence ou une propriété intellectuelle) l'a cédé à un bénéficiaire et ce bénéficiaire n'a pas exploité la licence.
- 3) Le promettant a retardé son exécution ou a fourni un produit défectueux.
- 4) L'acheteur a répudié par anticipation un contrat à long terme dans lequel le vendeur s'est partiellement exécuté.

Section 4 : Comparaison avec le système de droit civil français sur le traitement d'un créancier *New Business*

1179 Un exemple illustrant cette situation est le cas de V contre E dans le lancement d'une nouvelle activité commune. Cette affaire a été jugée par la Cour d'appel de Versailles⁹⁰⁵.

⁹⁰⁴ GOLDBERG, Victor P., The New Business Rule and Compensation for Lost Profits (August 2, 2016). *Columbia Law and Economics Working Paper No. 544*.

1. Résumé des faits

La Société E développe, fabrique et commercialise avec succès un médicament P à usage humain ayant pour principe actif F ; elle est titulaire de brevets sur ce principe actif et son procédé de fabrication.

La Société V développe et commercialise, en France et dans plusieurs autres pays, des spécialités médicales à usage vétérinaire. V a souhaité développer un produit L à usage vétérinaire à partir du même principe actif F, et s'est rapprochée à cette fin de E.

Le 25 mai 2004, V et E ont conclu un contrat d'option de licence prévoyant les conditions dans lesquelles V pourrait réaliser des essais afin d'évaluer l'efficacité de F sur les espèces cibles.

En février 2005, E, invoquant un risque médiatique et réglementaire concernant F, E a informé V de sa décision de lui substituer un nouveau principe actif F2.

Après discussions, un avenant 1 signé par les parties le 31 août 2005 prévoit que :

- V accepte de poursuivre sa collaboration sur cette nouvelle base sous la condition suspensive que les essais sur F2 concluraient à une efficacité équivalente à celle de F ;
- le contrat du 25 mai 2004 soit suspendu dans tous ses effets à compter du 8 février 2005 jusqu'à la réalisation de la condition suspensive ci-dessus devant intervenir au plus tard le 30 novembre 2005 avec possibilité de prolonger ce délai selon accord exprès des parties ; ces deux conditions étant cumulatives dans l'avenant ;
- si la condition suspensive était remplie, les parties renégocieraient un avenant 2 modifiant les termes et conditions du contrat initial afin de prendre en compte le préjudice subi par V du fait du retard dans le lancement du produit L ;
- si la condition suspensive ne pouvait être remplie, le contrat initial serait résilié de plein droit par V avec effet immédiat.

Le 2 mars 2006, V a informé E :

- des conclusions défavorables des essais conduits dans le cadre de l'avenant 1 ;
- que la levée de l'option prévue par cet avenant ne pouvait intervenir ;
- qu'elle demandait le retour au contrat initial dont elle confirmait l'option ;
- qu'elle passait commande d'un premier lot du principe actif initial F.

Le 24 avril 2006, E a répondu en :

- contestant les conclusions des essais conduits ;
- refusant toute possibilité de revenir au contrat initial ;

⁹⁰⁵ Arrêts de la cour d'Appel Versailles des 11 mars 2010, 30 juin 2011 et 18 novembre 2014, Appelante Société V - Intimée Société E, Appel du jugement du tribunal de commerce de Nanterre du 3 octobre 2008. Voir en Annexe 1 le cas pratique CA de Versailles, Cas n°1, p. 24.

- proposant à V soit de procéder à de nouveaux essais sur F2, selon une méthodologie validée par les deux parties, soit de prononcer la résiliation du contrat initial aux risques exclusifs de V.

2. Procédure finale près la Cour d'appel de Versailles

2.1. Motifs de l'arrêt

1180 La cour :

- rappelle les principes d'indemnisation du préjudice ;
- inclut le préjudice subi par les filiales, désormais intervenantes à la procédure, qui se rajoute à celui de la maison mère, seulement au titre du gain manqué mais pas de la perte de chance car elles n'étaient pas parties au contrat initial ;
- constate que l'expert judiciaire a utilisé des méthodes d'analyse pertinentes, fiables et basées sur des données objectives de marché, de concurrence, de marge, etc. ;
- note qu'aucune des parties ne conteste la validité de l'expertise ;
- remarque que les parties s'opposent en revanche sur la notion de préjudice prévisible au regard des stipulations du contrat, qui échappe à l'appréciation de l'expert par application de l'article 238 du Code de procédure civile : durée/renouvellement du contrat, volume de vente minimum/indicatif, dosage/poids, frais de R&D/inhérents au lancement... et elle statue sur chacune de ces stipulations ;
- limite la réparation au préjudice prévisible du fait de l'inexécution simplement fautive et non dolosive d'E selon l'article 1150 ancien du Code civil ;
- considère qu'il convient de retenir 1 100 K EUR au titre des frais de R&D prévisibles et 370 K EUR correspondant aux frais externes déjà exposés par V, dont le remboursement sera mis à la charge d'E.

2.2. Dispositif de l'arrêt

1181 La cour :

- fixe le préjudice indemnisable du groupe V incombant à E à 5 965 K EUR et condamne E à payer cette somme au groupe V ;
- dit que le solde devant revenir au groupe V s'élève à 921 K EUR eu égard à l'acompte actualisé versé par E à V maison-mère, de 5 044 K EUR le 22 juillet 2011 ;
- fixe la ventilation du préjudice subi entre maison-mère et filiales selon le tableau ci-dessous et dit que V maison-mère devra restituer à ses filiales la partie de l'acompte que les concerne ;
- condamne E à payer à V 230 K EUR, déduction déjà faite de 70 K EUR déjà payé à titre de provision, en application de l'article 700 du Code de procédure civile ;
- condamne E aux entiers dépens, y compris aux frais d'expertise conformément aux dispositions de l'article 699 du Code de procédure civile.

Préjudice subi par V	Gain manqué (K EUR)	Perte subie (K EUR)	Total (K EUR)
Maison-mère	3 771	370	4 141
Filiales	1 824	-	1 824
Total	5 595	370	5 965
Acompte déjà versé	5 044	-	5 044
Net à payer	551	370	921

2.3. Remarques conclusives

1182 En conclusion, nous retenons ce qui illustre plus spécifiquement notre sujet :

- étendue géographique du préjudice : elle dépend des parties aux contrats, des parties à la procédure et des stipulations du contrat lui même ;
- étendue du préjudice : elle dépend du préjudice prévisible en cas d'inexécution fautive, et est sans limite en cas de dol⁹⁰⁶ ;
- compétence de l'expert : elle est limitée aux données objectives du marché, de prix et de marge mais ne concerne pas les stipulations mêmes du contrat telles que la durée, le renouvellement, les objectifs de vente, etc. ;
- distinction faite (apparemment) entre perte subie (*reliance damages*), gain manqué (*lost profit ou expectation general damages*) et perte de chance (*lost opportunity*) : la perte subie est toujours indemnisée, le gain manqué l'est aussi dans la limite du prévisible. En revanche la perte de chance - qui s'applique théoriquement en l'absence de contrat - ne l'est ici que pour les parties directement au contrat.

Section 5 : Essai de barème d'indemnisation à partir d'une étude empirique

1. Analyse empirique de la jurisprudence en droit français : préjudice de gains manqués pour une entreprise nouvelle

1183 Nous avons abordé la Situation 3 de la même manière que pour les deux autres Situations. Ainsi, nous avons cherché environ 30 cas où une nouvelle entreprise a réclamé des dommages-intérêts pour une inexécution contractuelle. Pour ce faire, nous avons essayé d'utiliser des mots-clés tels que « nouvelle entreprise » ; « entreprise innovante » ; « entreprise récente » ; « entreprise en croissance » ; « startup » et nous avons recherché en fonction de la date de création de l'entreprise. Cette méthode d'extraction n'a permis d'identifier que très peu de cas intéressants. Toutes les recherches ont abouti à très peu de résultats dont la plupart ne sont pas pertinents ou n'ont pas accordé de dommages-intérêts. Notre base de données comprend donc les quelques cas que nous avons trouvés pertinents, mais aussi les cas des Situations 1 et 2 qui étaient pertinents pour la Situation 3.

⁹⁰⁶ Articles 1149 et 1150 anciens / 1231-2 et 1231-3 nouveaux du Code civil.

1184 Bien que l'échantillon soit plutôt limité, les résultats semblent assez éloquents et fidèles aux intuitions que nous avons tirées de notre recherche doctrinale. En effet, le tribunal se révèle extrêmement exigeant en ce qui concerne le standard probatoire qu'il requiert pour indemniser les pertes d'une nouvelle entreprise. Il n'est donc pas surprenant que 57% des cas n'accordent pas de dommages-intérêts (4 sur 7)⁹⁰⁷. En ce qui concerne le ratio G/C, les résultats n'étaient pas surprenants, car le ratio était très faible dans tous les cas (de 2,5% à 15%).

1185 Ce taux de recouvrement (G/C) extrêmement faible se retrouve même dans un cas extrêmement bien documenté comme l'arrêt analysé dans notre Cas 1⁹⁰⁸ où le plaignant bénéficie pourtant d'une expertise de plus de 150 pages. Cela est également vérifié dans les 6 cas où le demandeur était plus petit que le défendeur. C'est en effet une surprise par rapport à la générosité des tribunaux que nous avons constatée lorsque le demandeur était plus petit que le défendeur dans les cas de rupture des pourparlers ou de préjudice d'image et de réputation. Cependant, cela correspond bien au comportement du tribunal vis-à-vis des nouvelles entreprises en général. Un cas cependant présentait une situation dans laquelle le demandeur était plus gros que le défendeur et obtenait un rejet de sa réclamation conforme à ce qui est observé dans les autres situations analysées.

1186 Une analyse plus détaillée des arrêts montre que les trois cas accordant des dommages-intérêts ont un défendeur dont le comportement peut être qualifié de mauvaise foi⁹⁰⁹. Encore une fois, cela montre que le tribunal ne compensera les nouvelles entreprises que s'il a des incitations particulières à le faire. La mauvaise foi n'a pourtant rien à voir avec la causalité elle-même et le calcul d'un préjudice potentiel.

2. Analyse empirique de la jurisprudence en droit américain : préjudice de gains manqués pour une entreprise nouvelle

1187 **Méthodologie.** Comme indiqué précédemment, l'étape la plus difficile a consisté à trouver suffisamment de cas quantifiés dans l'extraction de l'échantillon aléatoire. Étant donné que le *quantum* était l'objet de notre analyse, nous avons inclus tous les arrêts pertinents pour lesquels la demande ou la décision était quantifiée et pour lesquelles nous pouvions trouver la décision définitive. Ainsi, par exemple, nous n'avons pas inclus les cas commerciaux qui discutaient si un témoignage d'expert devait être autorisé si la décision finale n'était pas dans la base de données ou si nous ne pouvions pas trouver une demande quantifiée.

1188 Pour vérifier si l'arrêt contenait une demande quantifiée, en sus de vérifier les opinions de l'historique antérieur et ultérieur, nous avons vérifié s'il

⁹⁰⁷ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 3 et 4.

⁹⁰⁸ Arrêts de la cour d'Appel Versailles des 11 mars 2010, 30 juin 2011 et 18 novembre 2014, Appelante Société V - Intimée Société E, Appel du jugement du tribunal de commerce de Nanterre du 3 octobre 2008. Voir en Annexe 1 CA de Versailles, Cas 1, p. 24.

⁹⁰⁹ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 5.

y avait une demande soit sur *Lexis Nexis*, soit sur *Westlaw*. Le critère de la demande quantifiée était encore plus difficile à respecter parce que beaucoup de plaignants utilisent des termes imprécis pour formuler leur demande d'indemnisation (par exemple « indemnisation jugée appropriée par le tribunal »). Dans les cas où un demandeur avait un témoin expert qui donnait des chiffres très précis sur la taille du marché / la tarification, nous avons parfois essayé d'estimer un chiffre pour la demande en fonction de ceux émis par le témoin expert.

1189 Initialement, nous voulions seulement inclure des cas où nous pouvions trouver à la fois la demande et la décision documentées. Néanmoins, étant donné qu'il était difficile de trouver un ensemble d'environ 30 cas dans les juridictions que nous avons examinées, nous avons finalement inclus certains cas qui n'avaient pas de demande quantifiée lorsqu'ils avaient une décision finale quantifiée. Et bien sûr, certains cas inclus n'ont pas accordé de dommages-intérêts.

1190 Certains arrêts pertinents n'ont pas été inclus dans l'échantillon lorsqu'ils portent sur la *discovery*, ou alors parce que le tribunal a décidé de renvoyer l'affaire. Dans ces situations, le jugement final ne serait souvent pas dans *Westlaw* ou *Lexis*. Mais puisque nous ne connaissons pas le résultat final pour ces cas, nous ne savons pas comment ils pourraient influencer les résultats des analyses examinés ci-dessous.

1191 Il est difficile de savoir dans quelle mesure les résultats de notre analyse seraient les mêmes pour un échantillon aléatoire de tous les arrêts appliquant la *New Business rule*. Cela dépendrait beaucoup de la façon dont *Lexis* et *Westlaw* choisissent les cas à signaler et si l'un de ces facteurs influencerait notre échantillon. Nous avons également pensé à la façon dont les mots clés que nous avons utilisés (« nouvelles entreprises », « activité nouvelle »), et comment ils pourraient influencer sur l'échantillon parce que les opinions des tribunaux risqueraient davantage de souligner la « nouveauté » d'une entreprise lorsqu'ils n'accordent pas de dommages-intérêts. Dans l'ensemble, nous estimons que ces biais n'affectent pas trop nos conclusions générales, car celles-ci qualifient des ratios, des tendances et des modèles beaucoup plus qu'elles ne portent sur les valeurs absolues.

1192 **Description de l'échantillon final.** Notre base de données brute initiale comprenait environ 150 cas. Après avoir vérifié la pertinence des cas et surpondéré les cas documentant les *quantum*, comme indiqué ci-dessus, notre base de données finale se compose de 25 arrêts pour la situation 3; 12 cas prononçant des dommages-intérêts et 13 n'en n'accordant pas⁹¹⁰.

1193 **Principales raisons d'accorder des dommages-intérêts compensatoires.** Les arrêts présentés dans nos bases de données montrent parfois les raisons pour lesquelles le tribunal a décidé d'accorder des dommages-intérêts. Nous analysons l'apparition de tels facteurs lorsqu'ils sont clairement mentionnés par le tribunal ou s'ils peuvent être clairement identifiés dans sa décision.

⁹¹⁰ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 37.

1194 La mauvaise foi ou le mauvais comportement moral du défendeur est mentionné dans la Situation 3 comme dans les deux autres situations du droit américain. Cela n'est pas surprenant du point de vue du bon sens, mais c'est en principe contraire au droit des contrats américain où le tribunal est censé accorder une indemnisation fondée sur le préjudice (et non le comportement) causé par une violation du contrat. Aucune considération morale ni dommages-intérêts punitifs ne sont censés figurer dans l'analyse. L'analyse empirique suggère qu'ils sont néanmoins bien présents.

1195 Lorsqu'elles sont mentionnées par le tribunal, les principales raisons d'accorder des dommages-intérêts (principalement des dommages-intérêts généraux - *Expectation General Damages*) sont⁹¹¹ :

- **mauvaise foi du défendeur (3) ;**
- violation du contrat ;
- restitution.

1196 **Découvertes principales.** Dans le système de *common law* américain, les tribunaux ont traditionnellement choisi de ne pas accorder des dommages-intérêts pour gains manqués lorsque le plaignant est une entreprise nouvelle ou lorsque les parties contractent pour créer une nouvelle entreprise parce que les préjudices sont considérés trop hypothétiques et ne peuvent être étayés par des éléments de preuve suffisants. Cependant, depuis les années 1990, les tribunaux se sont éloignés de l'application traditionnelle de la « *New Business Rule* ». Elle n'est désormais plus un obstacle rédhibitoire en soi à l'obtention de dommages-intérêts dans de tels cas. Les tribunaux semblent maintenant examiner et pondérer les faits, preuves et témoignages pour décider en fonction du standard général de la certitude raisonnable⁹¹².

1197 **Analyse tous dommages confondus : *expectation, reliance et restitution*.** La grande majorité des dommages-intérêts demandés dans notre échantillon étaient des gains manqués. Ils sont cependant moins susceptibles d'être accordés que des dommages-intérêts indemnisant la perte subie. 16 cas sur 25 n'ont accordé aucune indemnisation principalement parce qu'ils ont considéré les gains manqués comme trop spéculatifs. 9 cas sur 25 accordent des gains manqués sous forme de *Expectation General Damages* (36%). La perte subie, la restitution ou même les dommages-intérêts indirects (*Expectation Consequential Damages*) sont accordés pour 11 cas sur 25 (44%). Parmi ces cas, 3 n'accordent pas d'*Expectation General Damages* ce qui nous amène au total à 12 cas sur 25 qui accordent des dommages-intérêts, tous types confondus.

1198 Nos données montrent que les tribunaux accordent de moins en moins fréquemment des dommages-intérêts depuis deux décennies. Les tribunaux ont accordé environ 60% de tous les cas entre 1996 et 2003. Ce taux de d'indemnisation a chuté à environ 46% entre 2004-2010 et semblait se stabiliser

⁹¹¹ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 38.

⁹¹² Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 63 à 65.

à 43% entre 2011 et 2016. Cela constitue un taux général d'indemnisation de 48%⁹¹³.

- 1199 Au fil du temps, le ratio entre l'indemnisation et la demande (ratio G/C) a généralement diminué. Dans notre échantillon, nous avons identifié deux cas hors norme : l'un dans lequel le demandeur a perçu des dommages-intérêts substantiels calculés à partir des royalties qu'il aurait effectivement perçues de contrats de franchise ultérieurs avec des tiers, et le second dans lequel le demandeur a reçu toute la restitution qu'il a demandée mais aucune autre indemnisation. Sans ces valeurs extrêmes, le taux moyen d'indemnisation est passé de 33% en 1996-2003 à 21% en 2004-2010 et moins de 1% en 2011-2016⁹¹⁴. Dans notre échantillon, les demandes moyennes ont baissé respectivement de 201 millions USD (dollars courants 2016) à 27 millions et 69 millions USD.
- 1200 L'arrêt *TVT Records v. Island Def Jam Music Group* comporte une répartition très détaillée des dommages-intérêts accordés, mais il y a peu d'informations sur la ventilation des demandes⁹¹⁵. Ce cas est aussi extrêmement riche en ce que tous les types de dommages-intérêts (*Expectation Consequential Damages*, *Expectation General Damages*, *Reliance Damages* et restitution) ont été attribués.
- 1201 **Contexte.** La société de production de l'artiste *Ja Rule (CMC)* a signé un contrat d'édition de disques avec *TVT*. *Ja Rule* a quitté *TVT* pour *IDJ*. *IDJ* a initialement autorisé *Ja Rule* à éditer l'enregistrement d'un spectacle de *CMC* chez *TVT* en échange d'un paiement, mais le contrat n'a pas été respecté et *TVT* a poursuivi *IDJ*.
- 1202 **Demande.** Les demandes sont variées : rupture de contrat, ingérence délictuelle dans les relations contractuelles, dissimulation frauduleuse et violation délibérée du droit d'auteur. 400 millions USD en dommages-intérêts cumulés.
- 1203 **Indemnisation.** Le jury a accordé environ 132 millions USD de dommages-intérêts pour toutes les demandes : 108 millions USD en dommages-intérêts punitifs et 24 millions USD en dommages-intérêts compensatoires. Parmi ces 24 millions USD, un peu plus de 10 couvraient le préjudice de gains manqués (*Expectation General Damages*). Le tribunal confirme les constatations du jury : « Ce tribunal conclut que ces chiffres ont été suffisamment appuyés par les témoignages et ne sont pas trop spéculatifs ».
- 1204 **Commentaires sur la nouvelle règle commerciale.** La Cour applique un standard plus élevé. En outre, cette cour du deuxième Circuit a observé « en ce qui concerne une nouvelle entreprise qu'une norme plus stricte est imposée, mais (...) si la demande implique une entreprise établie ou une nouvelle

⁹¹³ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 64 et 65.

⁹¹⁴ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 66.

⁹¹⁵ *TVT Records v. Island Def Jam Music Group*, 279 F. Supp. 2d 366, United States District Court for the Southern District of New York, 02/09/2003, Notre réf. 3U5.

entreprise (...) le test reste le même, c'est-à-dire de savoir si les bénéfices futurs peuvent être calculés avec une certitude raisonnable (...). La *New Business Rule* ne constitue pas une règle *per se* interdisant d'attribuer aux nouvelles affaires des dommages-intérêts en compensation des profits perdus, mais plutôt une règle probatoire créant un standard de preuve plus élevé afin d'obtenir une certitude raisonnable concernant le montant des dommages-intérêts »⁹¹⁶.

1205 Sur cette question, la Cour d'appel de New York a retenu qu' « une norme plus stricte est imposée parce qu'il n'y a pas d'expérience à partir de laquelle les gains perdus peuvent être estimés avec une certitude raisonnable, et d'autres méthodes d'évaluation peuvent être trop spéculatives (...). En ce qui concerne la question de savoir s'il existe une distinction entre le traitement d'une entreprise établie ou d'une nouvelle entreprise, le test reste néanmoins le même, c'est-à-dire qu'il se focalise sur la question de savoir si les bénéfices futurs peuvent être calculés avec une certitude raisonnable »⁹¹⁷.

1206 **Analyse du préjudice d'expectation uniquement.** À l'instar de la tendance globale des indemnisations, nos données montrent que les tribunaux accordent de moins en moins fréquemment d'*Expectation General Damages* depuis deux décennies. Le pourcentage de cas accordant des dommages-intérêts est passé de 45% entre 1996-2005 à 29% entre 2006-2016⁹¹⁸.

1207 Cependant, bien que les tribunaux soient généralement moins susceptibles d'accorder des dommages-intérêts, ils sont également susceptibles d'accorder des gains manqués dans les situations qui le justifient. Dans les cas où des dommages ont été accordés, nos données montrent que le ratio entre l'indemnisation et la demande (ratio G/C) a régulièrement augmenté, passant d'un peu plus de 5% en 1996-2005 à 21% en 2006-2016. Cela s'explique peut-être par le fait que les cas les plus récents dans lesquels les gains manqués ont été indemnisés ont des demandes plus faibles qu'auparavant : respectivement 130 millions et 18 millions USD dans les deux périodes citées⁹¹⁹. Peut être aussi les demandeurs les plus récents sont ils plus sophistiqués dans leur démonstration.

1208 L'arrêt *Humetrix, Inc. c. Gemplus S.C.A* constitue l'arrêt le plus pertinent pour les indemnisations de gains manqués⁹²⁰. En effet, le tribunal a défendu la méthodologie de l'expert du demandeur et la trouve fiable même lorsque l'avocat adverse tente de la contester.

⁹¹⁶ *International Telepassport Corporation Usf v. Usfi Inc.*, 89 F. 3d 82, United States Court of Appeals, Second Circuit, July 12, 1996.

⁹¹⁷ *Ashland Management Incorporated, Appellant, v. C. Christopher Janien*, 82 N.Y.2d 395 (1993), Court of Appeals of the State of New York, November 22, 1993.

⁹¹⁸ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 68.

⁹¹⁹ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 69.

⁹²⁰ *Humetrix, Inc. v. Gemplus S.C.A.*, 268 F.3d 910, 9th Circuit Court of Appeals of California, 04/10/2001, notre réf. 3U3. Voir aussi *Humetrix, Inc. v. Gemplus*, 1998, U.S. Dist. Ct. Briefs Lexis 10.

1209 **Contexte.** Le plaignant (*Humetrix* une société de conseil et distribution) accuse le défendeur (*Gemplus* un fabricant de technologie) d'avoir rompu l'accord qu'ils avaient entre eux et qui prévoyait la fourniture d'une technologie de stockage de données. Le plaignant a prévu de commercialiser la technologie dans le secteur de la santé, a levé des fonds, a augmenté le nombre de ses salariés dédiés à la vente et a développé une base de clients aux États-Unis pour se préparer. Le défendeur a acquis une filiale distincte qui a effectué plusieurs des fonctions que le plaignant était censé effectuer et, en conséquence, la coopération des deux entreprises s'est arrêtée.

1210 **Demandes.** Les chefs de préjudice et les demandes sont multiples : violation du contrat, violation des obligations fiduciaires, ingérence intentionnelle dans les relations contractuelles, atteinte à l'exclusivité et à la protection du fonds de commerce du plaignant *Humetrix*. 51,36 millions USD ont été réclamés dans les gains manqués.

1211 **Défense.** Le défendeur soutient que le tribunal de district ne devrait pas admettre un témoignage d'expert sur les gains manqués parce que ce témoignage est spéculatif et non étayé par des éléments de preuve suffisants.

1212 **Indemnisation.** Le jury a prononcé une indemnisation à hauteur de 15 millions USD pour violation des obligations contractuelle et fiduciaire (*fiduciary duty*) ventilés comme suit : 5 millions USD pour le contrat de vente, 10 millions USD pour le contrat de partenariat. D'autres indemnisations ne sont pas prises en compte dans cette étude : 1,2 million USD pour avoir interféré dans les relations contractuelles et 1,3 million USD en dommages-intérêts punitifs.

En examinant le cas, la Cour a confirmé les constats du jury.

1213 **Commentaires sur la *New Business Rule*.** La *New Business Rule* est plus une question empirique que normative. Au plan empirique, les nouvelles entreprises ne peuvent souvent pas fournir une preuve fiable de leurs profits futurs. Au plan normatif, si une entreprise peut offrir une preuve fiable de profits, on ne peut pas la priver des bénéfices qu'elle aurait accumulés si le contrat avait été exécuté au simple motif qu'elle serait une entreprise nouvelle

1214 Comme l'a déclaré un tribunal de Californie :

*« La New Business Rule ne doit pas constituer une réponse rapide à une question difficile, et une perte de profits éventuels peut être recouvrée s'il existe une preuve raisonnablement certaine à la fois de l'existence et de l'étendue de ces profits »*⁹²¹.

1215 Nos données montrent une corrélation négative entre le *quantum* de la demande et le pourcentage de cette demande effectivement accordée (ratio G/C).

⁹²¹ *Gerwin v. Southeastern California Ass'n of Seventh Day Adventists*, 14 Cal. App. 3d 209, 92 Cal. Rptr. 111, 119 (Cal. Ct. App. 1971).

1216 Le ratio G/C moyen baisse sensiblement entre les cas qui demandent moins de 10 millions (en dollars 2016) et ceux qui demandent plus : lorsque des dommages-intérêts sont accordés, le ratio diminue de 64% (30% hors extrême) à 14% respectivement⁹²². Cela semble indiquer qu'il peut y avoir un « plafond de verre » pour les dommages-intérêts que le tribunal accordera. Demander trop peut être mal vu par les juges et risque d'entraver la capacité du demandeur à recouvrer des dommages-intérêts. Ainsi, cette constatation est conforme à nos observations dans d'autres situations aux États-Unis, en France et en droit du commerce international.

1217 Nos données montrent également une corrélation positive entre la sophistication de la méthodologie utilisée par le demandeur et le succès de sa demande.

1218 Dans notre analyse, nous avons attribué à chaque réclamation un indice allant de 1 à 4.

- 1) Le demandeur donne un *quantum* sans détail ni justification ;
- 2) Le demandeur détaille et justifie le *quantum* mais avec un raisonnement ou une justification faible ou erronés ;
- 3) Le demandeur détaille et justifie le *quantum*, le calcule en utilisant une ou des méthodes simples; aucun problème méthodologique ;
- 4) Le demandeur détaille et justifie le *quantum*, le calcule en utilisant plusieurs méthodes sophistiquées; aucun problème méthodologique.

Nous avons relevé une augmentation forte de la probabilité d'obtenir une indemnisation (ratio G/NoG) en passant du niveau de sophistication 1 (36%) à 2 (63%), ce qui indique que le tribunal est sensible à un niveau raisonnable de justification. Étonnamment, il y a une différence plus modérée entre un niveau de sophistication de 2 (63%) et les méthodologies beaucoup plus sophistiquées des niveaux 3 et 4 (75%)⁹²³.

À l'instar de la probabilité croissante d'octroi de dommages-intérêts, il existe une corrélation positive entre la sophistication de la méthodologie et le ratio d'indemnisation à demande (ratio G/NoG). Lorsque des dommages-intérêts sont accordés, nous avons relevé que les ratios moyens augmentent de 19% à 40% entre les niveaux de sophistication 1-2 et 3-4⁹²⁴.

1219 Nos données montrent que les tribunaux de première instance sont plus susceptibles d'accorder des dommages-intérêts (67%) que les Cours d'appel (50%)⁹²⁵.

1220 Sur 25 arrêts documentés dans notre base de données, 2 sont sans explication sur cette question et 13 n'ont pas été jugés par un jury soit par choix du demandeur, soit à cause du recours à une procédure de *summary judgment*. Seulement 10 cas (40%) ont été jugés par un jury. Sur ces 10 arrêts, le tribunal en a renversé 5 n'ayant pratiquement aucun préjudice et a confirmé les 5 autres. Sur ces cinq derniers cas, 2 ont été considérablement réduits. En résumé,

⁹²² Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 73.

⁹²³ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 74.

⁹²⁴ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 75.

⁹²⁵ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 76.

seulement 3 des 10 (30%) indemnisations accordées par des jurys ont été totalement confirmées par le tribunal⁹²⁶.

1221 Sur nos 25 cas documentés, 12 (48%) ont fait l'objet d'un examen en appel, dont 6 ont donné des dommages-intérêts. Parmi ces 6, 5 cas ont été modifiés, dont 3 ont eu des dommages-intérêts diminués à 0, 1 dont les dommages-intérêts ont été considérablement réduits et le dernier pour lequel des dommages-intérêts substantiels ont été prononcés. Là encore, une minorité (33%) des arrêts a été confirmée ou augmentée en appel, cette seconde possibilité constituant un cas rare⁹²⁷.

1222 Notre hypothèse initiale consistait dans l'idée qu'il y aurait des divergences dans la façon dont les juridictions appliquaient la *New Business Rule*. Parmi les juridictions de notre étude, celle de l'Etat de New York était la moins susceptible de prononcer des dommages-intérêts (30% des cas jugés), alors que la Californie était la plus ouverte (75% des cas jugés). Nous avons regroupé des cas d'autres juridictions (Delaware, Texas) dans la dernière catégorie à des fins de comparaison (50% des cas jugés ont été indemnisés)⁹²⁸. En termes de ratio *Grant to Claim*, New York est également la juridiction avec le ratio le plus bas des trois groupes (4%). Bien que la Californie soit l'Etat le plus susceptible d'accorder des dommages-intérêts, elle est en moyenne légèrement plus généreuse (10%) que l'Etat de New York et nettement moins généreuse que d'autres juridictions (58%)⁹²⁹. Nous pensons qu'une des raisons pourrait être que le Delaware a supprimé la règle du *New Business Rule* et que les tribunaux peuvent considérer les éléments de preuve et les experts présentés avec plus de bienveillance.

1223 La doctrine donne deux raisons justifiant le standard de preuve plus élevé afin d'obtenir une indemnisation pour les pertes de profits des nouvelles entreprises :

- 1) la principale raison est que la plupart des nouvelles entreprises sont considérées comme risquées et devraient donc s'attendre à la volatilité de leurs résultats, y compris des engagements contractuels. Il y a donc deux conséquences :
 - 1.1. l'échec est presque prévisible. Dès lors, les défendeurs ont un travail facile sur cette question. Les tribunaux considèrent souvent qu'il n'y a pas de certitude raisonnable dans la preuve du profit prévu. En ce qui concerne la justification utilisée par le demandeur ainsi que les tribunaux et les juges, nous trouvons des méthodologies très incohérentes et basiques pour soutenir ces indemnisations ;
 - 1.2. lorsque les tribunaux veulent vraiment accorder des dommages-intérêts, ils disent que ce n'est pas vraiment spéculatif, en particulier pour les dommages indirects (*Expectation Consequential Damages*) des entreprises qui ne sont pas des startups pures ;

⁹²⁶ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 77.

⁹²⁷ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 76 et 77.

⁹²⁸ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 78.

⁹²⁹ Voir en Annexe 2 la représentation graphique de l'étude empirique quantitative, p. 79.

2) la deuxième raison est historique : la *New Business rule* n'existe plus formellement dans la plupart des juridictions (à l'exception notable de la Géorgie), mais elle est *de facto* toujours présente dans l'esprit des juges. Ainsi, dans les lois de l'Etat de New York, du Delaware et de l'Illinois, l'état d'esprit reste encore contre l'octroi de dommages-intérêts pour les gains manqués des entreprises nouvelles. L'exception principale que nous avons trouvée est la Californie. La moitié des cas accordant des dommages-intérêts pour gains manqués proviennent de Californie.

1224 Nous concluons sur deux recommandations principales pour les nouvelles entreprises qui souhaitent améliorer leurs chances de succès dans le recouvrement des gains manqués :

- 1) Viser un standard probatoire plus élevé et développer une méthodologie de calcul plus rigoureuse afin de démontrer les pertes de profits directs (*Expectation General Damages*) et éventuellement les dommages indirects (*Expectation Consequential Damages*). Le standard Daubert⁹³⁰ constitue un standard de preuve plus contraignant pour les nouvelles entreprises que pour toute autre entreprise bien établie. Cela exige que l'expert définisse une méthodologie fiable basée sur des facteurs de marché objectifs.
- 2) Rédiger les contrats afin qu'ils soient clairs pour les parties et les tribunaux qu'il y aurait un préjudice prévisible en cas d'inexécution contractuelle. Le moyen le plus sûr est probablement d'insérer une clause pénale conventionnelle (*liquidated damages clause*) dans les contrats. D'une certaine façon, cela revient à dire que les parties ont contracté parce qu'elles ont l'intention de réduire le risque inhérent à une nouvelle entreprise.

⁹³⁰ Dans *Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc.*, 509 U.S. 579, 584-587, sept membres de la Cour se sont accordés sur des lignes directrices pour l'admission des témoignages d'experts scientifiques. Ces lignes directrices et les règles liées se trouvent ci-après en anglais :

- Judge is gatekeeper: Under Rule 702, the task of "gatekeeping", or assuring that scientific expert testimony truly proceeds from "scientific knowledge", rests on the trial judge;
- Relevance and reliability: This requires the trial judge to ensure that the expert's testimony is "relevant to the task at hand" and that it rests "on a reliable foundation". Concerns about expert testimony cannot be simply referred to the jury as a question of weight ;
- Scientific knowledge = scientific method/methodology: A conclusion will qualify as *scientific knowledge* if the proponent can demonstrate that it is the product of sound "scientific methodology" derived from the scientific method.

La Règle 702 relative à ces témoignages a été clarifiée en 2011. Elle se trouve ci-après en anglais :

RULE 702. TESTIMONY BY EXPERT WITNESSES

A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if:

- (a) The expert's scientific, technical, or other specialized knowledge will help the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue;
- (b) The testimony is based on sufficient facts or data;
- (c) The testimony is the product of reliable principles and methods; and
- (d) The expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case.

3. Analyse empirique de la jurisprudence en droit commercial international : préjudice de gains manqués pour une entreprise nouvelle

1225 **Informations générales.** L'instrument d'harmonisation international le plus utilisé est la CVIM. Les cas faisant référence à la CVIM ont été trouvés dans la base de données jurisprudentielle de la CNUDCI ou dans la base de données de l'Université de Pace. La base de données Unilex nous a fourni quelques cas faisant référence à aux Principes d'UNIDROIT. Les cas que nous avons extraits ont été rassemblés dans un fichier Excel. Chaque cas y est référencé le plus complètement possible, décrit qualitativement avec les extraits des arrêts ou sentences auxquels nous avons eu accès puis quantitativement en reportant les *quantum* demandés, défendus et obtenus par type de dommages.

1226 Principales bases de données dont sont issus les arrêts ou sentences

Corpus juridique	Arbitrage commercial international	Litige international
CVIM	Base de données Pace University Law: http://iicl.law.pace.edu/cisg/cisg	Base de données Pace University Law: http://iicl.law.pace.edu/cisg/cisg
CNUDCI	Base de données Unilex: http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2375&dsmid=14276 Base de données jurisprudentielle CNUDCI CLOUT: http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html	Base de données Unilex: http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2375&dsmid=14276
UNIDROIT PICC	Base de données Unilex: http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2375&dsmid=14276	Base de données Unilex: http://www.unilex.info/dynasite.cfm?dssid=2375&dsmid=14276
Droit Français ou Américain	IACL, International Arbitration Case Law : http://www.internationalarbitrationcaselaw.com	Westlaw https://www.westlaw.com/

1227 **Termes recherchés et mots-clés.** Nous avons commencé par le type de loi. Par exemple, la base de données de la CNUDCI offre une fonction pour choisir la CVIM en tant que droit applicable et un moteur de recherche permettant de chercher les résultats d'« Arbitrage international ».

Pour toutes les recherches, nous avons utilisé certains mots-clés communs tels que contrats, dommages-intérêts et demande/*claim*.

Pour la situation 3, nous avons ajouté toutes les combinaisons des mots clés suivants : « *New Business* » ; « *new company* » ; « *franchise* » ; « *start up* » ; « *New Business in an existing chain/group* » ; « *un-established business* ». Cependant, l'échantillon sur lequel nous avons abouti après plusieurs essais était trop étroit pour nous permettre de mener une analyse quantitative pertinente.

1228 **Choix des cas.** Pour les dommages-intérêts concernant des contrats internationaux, nous n'avons pas sélectionné a priori les cas en fonction de l'octroi ou non d'une indemnisation.

Nous avons examiné tous les cas que nous avons pu extraire pour voir, d'abord, s'ils étaient pertinents pour notre recherche et, ensuite, si nous pouvions utiliser les méthodes de calcul auxquelles les juges avaient eu recours. La plupart du temps, nous avons donc pu limiter nos recherches en choisissant les cas avec des demandes quantifiées.

Cette surpondération des cas avec des demandes quantifiées est volontaire puisque nous cherchions à analyser les *quantum* d'indemnisation demandée, défendue et obtenue. Les Cours d'appel ont jugé nécessaire de décrire les demandes initiales lorsqu'elles ont prononcé une indemnisation financière. Nous avons ensuite analysé les différents types d'indemnisation demandée et obtenue, les raisons invoquées pour accorder les indemnisations et les meilleures méthodes utilisées par les demandeurs pour maximiser leur chance de réussite (ratio G/NoG) et leur taux d'indemnisation (ratio G/C).

Cependant, nous avons conservé certains cas pertinents où aucun dommages-intérêts n'a été prononcé ; ce qui veut dire que dans le fichier Excel, certains cas ont un ratio G/C de 0%. Nous avons également conservé certains cas pertinents sans demande quantifiée lorsque la Cour a expliqué pourquoi et comment elle accordait 100% du préjudice réclamé. Il serait donc difficile d'extrapoler à partir de cette base la proportion de cas quantifiant une demande en dommages-intérêts. L'ensemble de l'échantillon est également affecté par le fait qu'en général, seuls les cas d'appel sont publiés et les cas en première instance peuvent avoir des *quantum* différents.

1229 **Absence d'analyse quantitative.** Les paramètres de base pour la partie internationale de notre recherche empirique sont les suivants :

Au total, nous avons extrait des différentes bases de données seulement une poignée de cas pertinents pour la situation 3.

Arrêts retenus dans l'échantillon final :

- 5 cas-5 demandes ;
- indemnisations.

1230 **En conclusion,** les cas pour les nouvelles entreprises sont difficiles à obtenir en jurisprudence internationale tout simplement car ils sont rares. En effet, plusieurs raisons différentes l'expliquent :

- 1) Les nouvelles entreprises commencent généralement dans la sphère interne avant de s'étendre à l'international.
- 2) Les nouvelles entreprises disposent de moins de ressources pour porter leurs affaires devant une juridiction ou à un tribunal arbitral international.
- 3) Les demandes de nouvelles entreprises sont plus susceptibles de conduire à une transaction compte tenu du rapport de force déséquilibré entre les parties et de l'inexistence d'une «*New Business Rule* » comme aux États-Unis.

Conclusion de la troisième partie

- 1231 Notre étude empirique a mis en évidence des tendances qui nous rapprochent un peu plus des barèmes référencés d'indemnisation.
- 1232 Comme cela a déjà été expliqué, cette analyse n'est pas toujours statistiquement représentative du fait de la taille de certains échantillons. Cependant, les résultats cohérents entre différents échantillons et dans l'ensemble de l'étude méritent d'être soulignés pour leur intérêt propre et aussi en ce qu'ils suggèrent des interprétations ou des recherches complémentaires pour finaliser les barèmes.
- 1233 Nous observons une certaine cohérence pour les paramètres de base : 30 à 40% de probabilité d'indemnisation (ratio G/NoG) et, parmi les arrêts prononçant des dommages-intérêts, une indemnisation à hauteur de 40 à 50% des demandes (ratio G/C) tant dans la Situation 1 que dans la Situation 2. Les tendances sont à la hausse en droit français et à la baisse en droit américain, mais ils convergent tous deux vers des pourcentages similaires. Le droit international donne des pourcentages légèrement supérieurs et la Situation 3 donne des pourcentages nettement inférieurs. Les raisons, probablement historiques et culturelles, de ces tendances mériteraient d'être analysées en détail dans une recherche future.
- 1234 Quatre séries d'observations méritent d'être soulignées ici.
- 1235 La première conclusion claire de notre analyse empirique est qu'il existe une **corrélation négative entre le *quantum* de la demande et le pourcentage réellement accordé** (ratio G/C) à la date de l'indemnisation. Cette corrélation se retrouve pour les Situations 1 et 2 dans les trois régimes juridiques et aussi pour la Situation 3 en droit américain. Cela semble indiquer qu'il existerait une sorte de « plafond de verre » au delà duquel les tribunaux seront de plus en plus réticents à accorder des dommages-intérêts compensatoires. Demander trop constituerait une stratégie contre productive devant les tribunaux et entraverait la capacité du demandeur à recouvrer ses dommages-intérêts. A l'inverse, une « évaluation morale » du préjudice ne peut être exclue lorsque des dommages-intérêts extrêmement élevés sont parfois accordés aux demandeurs. En effet, on constate dans ces cas que les tribunaux mentionnent souvent la mauvaise foi du défendeur comme s'ils devaient justifier pourquoi ils s'écarteraient du principe de la réparation intégrale pour accorder des « dommages-intérêts punitifs cachés ».
- 1236 Quoi qu'il en soit, la compréhension de la raison pour laquelle les tribunaux ont tendance à accorder proportionnellement moins de dommages-intérêts compensatoires pour les très gros préjudices constitue une voie intéressante pour de nouvelles recherches.

1237 En deuxième lieu, l'analyse des méthodologies utilisées par les demandeurs nous conduit à trois remarques :

- **il existe une corrélation positive claire entre la sophistication de la méthodologie utilisée par le demandeur et l'issue positive de l'affaire pour ce demandeur.** La sophistication de la méthodologie développée par le demandeur à l'appui de sa demande a logiquement un impact positif sur la probabilité d'accorder des dommages-intérêts mais aussi sur le taux de recouvrement par rapport à la demande. Cela vaut pour les Situations 1, 2 et 3 aux États-Unis et en France et pour la Situation 1 en droit international⁹³¹. **Cependant, cette corrélation positive reste plus faible que la corrélation négative avec le *quantum* de la demande.** En effet, certaines revendications très sophistiquées mais très importantes ont des ratios G/C comparables ou même inférieurs à ceux des revendications modérément sophistiquées lorsque ces dernières sont moins importantes. Ceci est particulièrement vrai en France confirmant une hypothèse historique de réticence lorsque les réclamations sont « trop importantes » aux yeux des juges ;
- **la méthode de valorisation par le DCF** (actualisation des flux de trésorerie futurs) supposée être la meilleure méthodologie pour calculer les gains manqués **est très rarement utilisée dans les cas de nos échantillons ! Cela s'explique par les coûts humains, financiers et techniques importants qu'elle implique.** Sa précision justifierait néanmoins qu'elle soit plus largement employée, au moins dans les cas où l'enjeu économique est important ;
- la Situation 2 concerne les préjudices d'image, de réputation, de crédit commercial voire de fonds de commerce (*Goodwill*), tous des actifs incorporels. Dans ces cas, il serait légitime d'apporter **des éléments de preuves fondées sur des indicateurs qualitatifs** tels que la satisfaction de la clientèle, la satisfaction des employés, l'image auprès des candidats au recrutement et plus généralement tous types d'indicateurs ESG (environnement, social, gouvernance). Nous n'avons pourtant pas retrouvé ces indicateurs dans l'argumentaire de la cours ou des parties. S'agit-il d'indicateurs encore trop récents ou tout simplement d'une faiblesse méthodologique supplémentaire ? C'est aussi une voie pour améliorer l'expertise judiciaire dans le futur.

1238 Cependant, le troisième résultat est contre-intuitif : le demandeur opérant dans des industries matures et stables (distribution et services) a de meilleures chances de se voir accorder des dommages-intérêts que ceux qui opèrent dans des industries plus risquées, comme la haute technologie. Ceci est très constant dans les trois droits et contredit en quelque sorte la théorie économique qui retient que le risque devrait être compensé par des dommages-intérêts plus élevés pour les demandeurs opérant sur des marchés ayant peu d'épaisseur⁹³². Une explication possible est que les demandeurs dans les

⁹³¹ L'analyse de la jurisprudence internationale extraite pour la Situation 2 ne nous a pas permis de conclure sur ce point.

⁹³² Voir notamment AGHION Philippe, BOLTON Patrick, *Contracts as a Barrier to Entry*, *The American Economic Review*, Vol. 77, No. 3., Jun. 1987; BOLTON Patrick, SALANIÉ

industries de haute technologie sont probablement plus petits et/ou plus jeunes que ceux de la distribution. Ils disposent donc de beaucoup moins de moyens financiers et humains pour démontrer leurs gains manqués.

1239 Le quatrième et dernier résultat concerne spécifiquement la résolution des différends commerciaux internationaux : **les plus grands cas sont encore portés devant les tribunaux arbitraux**, cependant, dans notre échantillon, **les tribunaux nationaux semblent plus généreux dans les attributions de dommages-intérêts que les tribunaux arbitraux**. Ce dernier résultat contredit en quelque sorte l'idée reçue selon laquelle les tribunaux arbitraux seraient plus - voire trop - enclins à accorder des indemnités substantielles lorsque les demandes trop importantes seraient peu acceptables aux yeux des tribunaux nationaux.

1240 Nous concluons sur trois recommandations globales pour les parties qui souhaitent améliorer leurs chances de succès dans le recouvrement des gains manqués et des pertes de profits :

- 1) Rédiger les contrats afin qu'ils soient clairs pour les parties (et les tribunaux) qu'il y aurait une indemnisation des gains manqués prévisibles en cas d'inexécution contractuelle. **Le moyen le plus sûr est probablement d'insérer une clause pénale conventionnelle (*liquidated damages*) dans les contrats**. D'une certaine manière, les parties expriment ainsi dans leur contrat leur volonté de réduire le risque inhérent à leur activité.
- 2) Avant (ou en parallèle) à une démarche contentieuse, **les parties devraient tenter de transiger même à un niveau de dommages-intérêts relativement modeste**. Cela est vrai en général pour la plupart des litiges, mais c'est d'autant plus pertinent lorsque l'indemnisation moyenne espérée est de l'ordre de 15%⁹³³.
- 3) Si elles souhaitent toujours saisir le juge, les parties, et notamment le demandeur, doivent **préparer des preuves à un standard plus élevé et utiliser une méthodologie de calcul plus rigoureuse pour fonder leur demande** de gains manqués directs et plus encore leurs préjudices indirects. Les gains manqués constituent la règle par défaut aux Etats-Unis, mais ils sont plus difficiles à prouver - et donc moins généreusement compensés - que les pertes subies. *A fortiori* en France où la règle par défaut demeure l'exécution en nature.

Bernard, CHIAPPORI Pierre-André, REY Patrick, On the Value of Commitment in Contracting with Asymmetric Information, in *Econometrica*, 1996, 64, 1395-1414 ; BOLTON Patrick, CHIAPPORI Pierre-André, Testing Contract Theory: A Survey of Some Recent Work, in *Advances in Economics and Econometrics, vol 1*, Cambridge University Press, 2003; DEWATRIPONT Mathias, HANSENN Lars Peter, TURNOVSKY Stephen J., Testing Contract Theory, *CEifo Economic Studies*, 2003, 49, 461-477.

⁹³³ Ce pourcentage résulte de la multiplication des deux ratios obtenus dans notre analyse empirique: une chance sur trois d'obtenir un dédommagement (G/NoG) et 45% de taux de recouvrement par rapport à la demande (G/C).

Conclusion générale

Résumé de nos développements

- 1241 **La Première Partie** a mis en évidence l'absence dans les textes de loi pertinents pour notre étude d'une définition précise de la réparation intégrale et *a fortiori* de règles d'évaluation des dommages-intérêts compensatoires. La doctrine tente bien de pallier ce vide en décrivant les différents types d'indemnisation, notamment aux Etats-Unis. Mais la difficulté reste entière lorsque le préjudice existe mais que son estimation est délicate ou incertaine. En effet, les systèmes juridiques imposent tous deux conditions à cette indemnisation : le préjudice doit être certain et prévisible auxquelles se rajoutent - seulement en droit français - direct et - seulement en droit américain - économique et minimisé. Les tribunaux, éventuellement assistés d'experts, auront la responsabilité ultime de résoudre cette difficulté.
- 1242 Depuis les années 1990, l'efficacité tend à prendre plus d'importance dans le jeu des sanctions de l'inexécution du contrat, notamment en *common law*. En système de droit civil, un mouvement encore discret est perceptible dans le même sens avec une prise en compte plus directe par la Cour de cassation depuis les années 2000. Ainsi les dommages-intérêts seront considérés efficaces s'ils permettent la réparation intégrale du préjudice au moindre coût collectif. D'une manière plus générale, déterminer l'efficacité des sanctions et du contrat nous amènera à dire s'ils contribuent à créer de la valeur globalement.
- 1243 Le droit civil est à certains égards un modèle économiquement plus efficace que la *common law*. Toutefois, les études empiriques disponibles dans certains domaines de la responsabilité contractuelle tendent à démontrer que les systèmes juridiques de *common law* favoriseraient la croissance économique. On a pu affirmer que l'efficacité économique relative des systèmes juridiques civilistes est en train de disparaître au profit d'une équité convergente avec la *common law*. Dans de nombreux cas, en l'absence de règles précises et entraîné dans un mouvement de société, c'est donc le juge (ou l'arbitre) qui est, en quelque sorte, abandonné à son appréciation souveraine.
- 1244 **La Deuxième Partie**, n'a pas plus permis d'identifier dans la doctrine ou la jurisprudence les règles de calcul qui font défaut à la loi. Elle a en revanche détaillé en pratique les différences et ressemblances des systèmes juridiques étudiés.
- 1245 En droit français, les caractères direct, certain et prévisible conditionnent la possibilité de réparer un préjudice. Une fois ces critères remplis, le préjudice est réparable sans qu'il soit besoin de définir différentes catégories ou de définir le préjudice économique. A l'inverse, en *common law* américaine, il est essentiel de définir la *pure economic loss*, qui permet de délimiter le préjudice réparable, à savoir la perte pécuniaire, potentiellement indirecte (*consequential damages*) mais nécessairement indépendante de toute atteinte à la personne ou aux biens. De ce point de vue, la CVIM et les

Principes d'UNIDROIT s'apparentent plus au droit civil puisque le préjudice moral y est réparable.

1246 Ensuite, alors que le droit français ajoute que les dommages-intérêts ne s'appliquent que si l'exécution (forcée) en nature est impossible ou inadaptée, les Etats-Unis privilégient (*default rule*) l'exécution par équivalent de l'intérêt positif (*expectation damages*). Les tribunaux américains sont donc relativement plus exercés à calculer et décider des dommages-intérêts. C'est aussi la tendance en droit commercial international, notamment avec la CVIM.

1247 Enfin, la théorie de la perte de chance existe en droit français, dans la CVIM et dans les Principes d'UNIDROIT, mais elle est souvent détournée. En effet, elle sert souvent de refuge au juge lorsqu'il doute de la certitude du dommage. En droit américain, la perte de chance n'est pas formellement reconnue. On dit souvent que les *consequential damages* en tiennent lieu.

1248 L'évaluation du préjudice économique et la méthode de calcul des dommages-intérêts, ne sont pas considérées comme des questions de droit. Les trois systèmes juridiques et judiciaires laissent donc les juges du fond souverains de l'appréciation des faits, ce qui débouche sur une grande imprévisibilité pour les parties. Réduire l'imprévisibilité judiciaire du dommage passe par le choix et la définition d'un cadre de travail commun. Nous avançons l'hypothèse selon laquelle l'élargissement de la notion de réparation intégrale est une solution - à la fois efficace et respectueuse des principes fondamentaux du droit des obligations contractuelles français - pour indemniser plus complètement les victimes d'inexécution, notamment les personnes morales. Nous démontrons que la primauté - voire l'exclusivité - donnée à la fonction compensatrice des dommages-intérêts est, au mieux, illusoire au plan juridique et, au pire, contre-productive aux plans juridique et économique. Une conséquence incidente de cet élargissement serait une meilleure prévention et donc un moindre coût social.

1249 Les praticiens s'accordent à dire qu'en matière de dommages-intérêts, toute chose égale par ailleurs, le juge français est traditionnellement moins généreux que le juge américain, qui est lui-même moins généreux que l'arbitre, lui-même moins généreux que le jury populaire américain. Les explications avancées sont multiples au premier rang desquelles les différences culturelles face à l'argent et l'expertise des différentes juridictions sur les préjudices économiques complexes.

1250 L'analyse de la jurisprudence française montre que les juges du fond sont plus disert pour justifier leurs décisions de rejeter une demande de dommages-intérêts que pour l'accorder. A cela, nous avons identifié trois raisons principales en France : le contrôle de la Cour de cassation qui sanctionne plus aisément une explication insatisfaisante que l'absence d'explication ; une organisation juridictionnelle qui incite les juges consulaires au conformisme suivant les solutions édictées par les magistrats professionnels ; la formation judiciaire qui néglige les sciences économiques et prépare mal les magistrats à l'analyse du *quantum*.

- 1251 L'analyse de la jurisprudence américaine fait ressortir que l'existence du dommage doit être prouvée avec une certitude raisonnable ; en revanche le montant du dommage, lorsqu'il est incertain, est laissé à l'appréciation souveraine du juge.
- 1252 L'analyse de la jurisprudence arbitrale internationale contredit plusieurs idées reçues. Les sentences portant sur des *quantum* énormes sont plutôt l'exception. Il en est de même pour les jugements de Salomon - proche de la fourchette moyenne demandée. Les arbitres sont désemparés lorsque les expertises des parties divergent fortement. Toutefois leur compétence technique s'améliore indubitablement.
- 1253 L'étude empirique de la **Troisième Partie**, issue de l'analyse de 213 cas, illustre ces méthodes sur trois types de situations dans lesquelles le préjudice est difficilement quantifiable. Elle nous rapproche un peu plus des barèmes référencés d'indemnisation en laissant apparaître des tendances cohérentes.
- 1254 Les deux principaux paramètres observés sont - en moyenne - assez cohérents entre les différentes juridictions : une probabilité d'indemnisation du préjudice d'un tiers et, parmi les arrêts prononçant des dommages-intérêts, un taux de recouvrement moyen proche de la moitié de la demande. Les tendances sont à la hausse en droit français et à la baisse en droit américain, mais ils convergent tous deux vers des pourcentages similaires. Le droit international donne des pourcentages légèrement supérieurs. Les raisons, probablement historiques et culturelles, de ces tendances mériteraient d'être analysées en détail dans une recherche future.
- 1255 Les écarts importants observés par rapport à ces moyennes cohérentes sont extrêmement instructifs. La première conclusion claire de notre analyse empirique est qu'il existe une corrélation négative entre le *quantum* de la demande et le pourcentage réellement accordé. Cela semble indiquer que demander trop constituerait une stratégie contre productive devant les tribunaux et entraverait la capacité du demandeur à recouvrer ses dommages-intérêts. A l'inverse, dans les cas où les tribunaux mentionnent la mauvaise foi du défendeur ils accordent systématiquement au demandeur une indemnisation largement supérieure à la tendance alors que les dommages-intérêts punitifs n'ont théoriquement pas droit de cité en droit de la responsabilité contractuelle. La compréhension des raisons de ce « plafond de verre » pour les très gros préjudices et de ces dommages-intérêts punitifs cachés pour les indemnisations excessives ouvre également la voie à de nouvelles recherches.
- 1256 En deuxième lieu, il existe une corrélation positive claire entre la sophistication de la méthodologie utilisée par le demandeur et l'issue de l'affaire pour ce demandeur, tant en terme de probabilité d'obtenir des dommages que pour le taux de recouvrement de la demande. Cependant, cette corrélation positive reste plus faible que la corrélation négative avec le *quantum* de la demande.
- 1257 Cependant, le troisième résultat est contre-intuitif : le demandeur opérant dans des industries matures et stables a de meilleures chances de se voir

accorder des dommages-intérêts que ceux qui opèrent dans des industries plus risquées, comme la haute technologie. Une explication possible est que les demandeurs dans les industries de haute technologie sont probablement plus petits et/ou plus jeunes que ceux de la distribution. Ils disposent donc de beaucoup moins de moyens financiers et humains pour démontrer leurs gains manqués.

1258 Le quatrième et dernier résultat concerne spécifiquement la résolution des différends commerciaux internationaux: les plus grands cas sont encore portés devant les tribunaux arbitraux, cependant, les tribunaux nationaux traitant ces contentieux semblent plus généreux dans les attributions de dommages-intérêts que les tribunaux arbitraux. Cela contredit l'idée reçue selon laquelle les tribunaux arbitraux seraient plus - voire trop - enclins à accorder des indemnités substantielles lorsque les demandes trop importantes seraient peu acceptables aux yeux des tribunaux nationaux.

1259 Ces quatre observations lourdes, voire d'autres moins récurrentes, mériteraient d'être validées ou affinées par des analyses sur des échantillons plus larges de cas de jurisprudence.

Propositions des praticiens

1260 L'analyse détaillée des quatre cas majeurs et les entretiens avec les quinze praticiens nous amènent aux conclusions et propositions suivantes.

1261 Le choix entre exécution par équivalent et exécution en nature avec ou sans dommages-intérêts dépend d'abord de l'espèce et de la demande des parties. La jurisprudence est certes variable d'un système juridique à l'autre et, au sein d'un même système, d'une juridiction à l'autre. Toutefois on a pu constater que le tribunal aura tendance à ordonner :

- des dommages-intérêts pour indemniser le préjudice (*damages*, exécution du contrat par équivalent) lorsqu'il s'agit d'un contrat commercial sur un marché classique (une transaction); de plus en plus dans la jurisprudence lorsque l'exécution en nature produit des conséquences excessives, notamment lorsqu'elle s'étire dans le temps et qu'il devient légitime de prendre en considération les modifications des conditions d'espèce; il y a même un nouvel article du Code civil qui va dans ce sens, inspiré du droit européen et des Principes d'UNIDROIT souvent plus pragmatiques;

- l'exécution forcée en nature (*specific performance*) lorsqu'il s'agit d'un contrat touchant à la propriété (SPA), à la gouvernance (pacte d'actionnaires) ou au droit des sociétés (relation); lorsqu'il s'agit d'un contrat commercial n'offrant pas véritablement d'équivalent sur le marché ou dont l'exécution ponctuelle ne donnera pas lieu à conséquence excessive.

1262 En réponse à nos questions conclusives sur les meilleurs moyens légaux d'indemniser plus complètement les victimes d'inexécution contractuelles, les

praticiens avec lesquels nous nous sommes entretenus proposent des aménagements au principe de la réparation intégrale⁹³⁴.

1263 Le régime de l'indemnisation contractuelle vit un paradoxe entre l'absence de dommages punitifs et la faiblesse de la réparation intégrale. Erigée en principe absolue, cette dernière est pourtant particulièrement limitée par le manque de contrôle du juge de cassation sur la question du montant. De ce fait, plusieurs incohérences semblent s'être développées en pratique, comme l'indique Laurent Aynès :

« C'est un problème propre au droit français voire aux droits civils européens : ce droit ne s'est jamais intéressé à la méthode d'évaluation du préjudice par ce qu'il considère que ce n'est pas une question de droit et donc ça n'est qu'une question d'appréciation de la réalité, une question de fait. Du coup la Cour de cassation n'exerce aucun contrôle. Cela a pour conséquence que c'est un peu « à votre bon cœur Monsieur le juge... ».

L'évaluation des dommages et donc des dommages-intérêts est laissée aux lumières ou à l'obscurité des juges. Cette absence de contrôle laisse la porte ouverte à des raisonnements fondés sur la gravité de la faute (ce qui jure avec le système de base français) ou encore à des dommages forfaitaires (également contradictoires avec la réparation intégrale).

Dans des systèmes étrangers le processus d'évaluation des dommages est codifié. Très souvent les américains ou les anglais nous interrogent sur le processus d'évaluation des dommages-intérêts en droit français. On ne peut que leur répondre qu'il faut faire des calculs statistiques sur la jurisprudence des différentes Cours puisque ce n'est pas une question de droit »⁹³⁵.

1264 Une évolution récente permet d'entrevoir une sortie de ce paradoxe. La doctrine constitue l'acteur principal du changement, plus timidement suivie par la Cour de cassation. Il s'agit de transformer la position adoptée face aux questions de l'évaluation et de l'indemnisation du préjudice, pour la ramener du domaine des faits vers celui du droit et ainsi contrôler les décisions liées.

« Il y a un mouvement lent et puissant d'une partie de la doctrine qui tend à faire de l'évaluation des dommages une question de droit. Par ailleurs, il y a eu une réaction timide de la Cour de cassation - surtout à l'époque où elle était présidée par Guy Canivet - concernant l'évaluation du préjudice

⁹³⁴ Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens, Section 10, p. 78.

⁹³⁵ Praticien n°4 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 11.1, p. 80.

financier ou économique. Sous son égide, plusieurs colloques se sont tenus et ont fait intervenir des experts de ces sujets »⁹³⁶.

- 1265 Dans l'avenir deux voies peuvent être proposées pour sortir de ces limites, en approfondissant les travaux conduits autour des méthodes d'évaluation du préjudice ou en reconsidérant le principe de la réparation intégrale pour préférer une conception plus rigoureuse du calcul du préjudice comme l'explique Laurent Aynès⁹³⁷.

*« Par exemple, les **actions de groupe** doivent présenter un certain nombre de cas identiques ou par définition la victime n'est pas là. On identifie alors une victime et un préjudice théorique qui auront forcément droit à une réparation forfaitaire.*

*Autre exemple, les préjudices relatifs aux infractions à la concurrence. Ce sont des ententes entre acteurs d'un même marché qui causent un préjudice de masse aux autres acteurs. Ceux-ci sont susceptibles d'exercer une **action en follow-on**.*

Dans ces deux exemples et tant d'autres, il y a un mouvement de remise en cause de la conception traditionnelle de la réparation intégrale. En présence de ces préjudices nouveaux et de masse (consommateurs, concurrents, investisseurs individuels, etc.) le droit français ne peut plus maintenir l'apparence de la réparation intégrale »⁹³⁸.

- 1266 Toutefois, les aménagements proposés ne seront compatibles avec les principes fondamentaux du droit des obligations contractuelles (le principe de la réparation intégrale notamment) que lorsque le dommage économique et financier ne sera plus uniquement une question de fait, renvoyant à la nécessité de changer la considération des questions d'évaluation évoquée plus haut⁹³⁹.

- 1267 En effet, rien ne s'oppose à qualifier juridiquement le dommage économique et financier et ainsi à identifier, dans la loi, le périmètre et la méthode de calcul du préjudice réparable.

« Pour ce qui concerne la faute, on constate bien des éléments de faits. Mais une fois que l'on a les faits (« il a refusé de signer »), on entre dans le droit (« est-ce une faute ? »).

Pourquoi n'en serait il pas de même pour le dommage ? On pourrait avoir des qualifications juridiques en complétant l'article 1149 ancien du Code civil : « les dommages intérêts dus au créancier sont de la perte qu'il a faite et du gain dont il

⁹³⁶ Praticien n°4 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 11.2, p. 81.

⁹³⁷ Praticien n°4 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 11.3, p. 81.

⁹³⁸ *Idem*.

⁹³⁹ Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens, Section 12, p. 82 et s.

a été privé »⁹⁴⁰. Pourquoi ne pourrait-on pas aller plus loin en disant par exemple « En matière d'acquisition de société la perte qu'il a faite s'entend... et le gain dont il a été privé s'entend... » et seraient ainsi précisées les qualifications dans le texte »⁹⁴¹.

- 1268 Le même raisonnement pourrait être appliqué à la notion de perte de chance qui pourrait ainsi être qualifiée juridiquement, levant les nombreuses incertitudes qui l'entourent.

« Il faut partir de l'article 1149 ancien, le dommage s'entend de la perte qu'il a faite (par hypothèse constatée) et du gain dont il a été privé. Ce second est par définition une anticipation mais il suppose que ce gain soit certain.

(...) Mais si le contrat n'a pas encore été conclu, on va raisonner en termes de perte de chance en droit français. « Il n'est pas sûr qu'il aurait acheté mais il est sûr qu'il aurait pu acheter ». Et donc on applique une décote qui représente la probabilité de réaliser cette transaction »⁹⁴².

- 1269 Définis juridiquement, le dommage économique, la perte de chance et, bientôt, le *quantum* pourraient alors devenir des questions de droit contrôlées par la Cour de cassation.

« Cela va avoir des conséquences sur le calcul des préjudices financiers résultant de l'inexécution contractuelle. Par exemple la Cour de cassation reprend en main certains aspects du processus d'évaluation. Elle contrôle la pertinence de l'utilisation de la perte de chance. Elle contrôle la manière dont le juge raisonne et l'applique.

(...) En droit français, la perte de chance est un chef de préjudice spécifique, différent du gain manqué. Mais il faut dire aussi, que l'on applique souvent la perte de chance dans des cas où le préjudice n'est pas absolument certain mais où la faute est énorme. D'une certaine manière ce sont des dommages punitifs déguisés que l'on applique dans des cas graves ou ayant généré un profit indu.

Pour améliorer la réparation intégrale et l'exécution par équivalent il faut sérieusement réfléchir si les dommages et le quantum sont vraiment seulement une question de fait. Et si c'est une question de droit alors la mise en œuvre des méthodes d'évaluation par le juge du fond devrait être contrôlée par la Cour de cassation. Les créanciers déçus n'attendent que ça. Et c'est justement sur cette phase là que les créanciers ont le moins de prévisibilité ; ça devient

⁹⁴⁰ Article 1149 ancien du Code civil correspondant à l'article 1231-2 nouveau du Code civil.

⁹⁴¹ Praticien n°4 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 12, p. 82 et s.

⁹⁴² *Idem.*

insupportable. Pour l'éprouver, on devrait contester le postulat fondamental selon lequel l'évaluation relève de l'appréciation souveraine du juge »⁹⁴³.

1270 Dès lors, il devient possible, selon les praticiens spécialistes du préjudice économique et financier, de concilier les principes fondamentaux du droit des obligations contractuelles et la demande légitime d'une indemnisation plus complète des victimes d'inexécution contractuelle⁹⁴⁴. Ces derniers, dont les recommandations sont énoncées ci-dessous, insistent majoritairement sur la nécessité de changements profonds dans la structure du système judiciaire plus spécialisé, la formation des magistrats ou encore la rationalisation des indemnisations.

« Mes préconisations seraient les suivantes :

- *recourir plus systématiquement aux experts judiciaires à condition qu'ils soient compétents ;*
- *privilégier la juridiction arbitrale qui n'est pas soumise au même a priori culturel ;*
- *adapter la formation des juges, comme on l'a fait pour celles des avocats (ex. HEAD) par exemple en y intégrant un volet non technique sur le monde de l'entreprise, des aspects non juridiques, en faisant intervenir des responsables de la Cité, etc ;*
- *permettre à des non juges d'origine de devenir juges, un avocat confirmé pourrait le faire pendant deux ans par exemple et il pourrait ainsi intégrer sa vision dans les référés ;*
- *à faire preuve de « gymnastique élastique » : c'est à dire de demander systématiquement plus que ce que l'on veut ; c'est un effet pervers regrettable du système ; le premier qui en sort sera au détriment du client ;*
- *il est possible que l'introduction de barèmes d'indemnisation fasse avancer la cause sur certaines espèces (comme l'engagement de vendre des actions pour donner le contrôle de la société au créancier [Voir en Annexe 1 le cas pratique d'arbitrage en France, Cas n°3, p. 42]) en fournissant un guide simple au juge lorsque l'affaire est simple »⁹⁴⁵.*

« En France : créer une troisième instance pour ce genre de litiges complexes qui soit à la fois plus rapide que la procédure judiciaire et aussi pratiquement plus ouverte que la

⁹⁴³ *Ibidem.*

⁹⁴⁴ Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens, Section 13, p. 83 et s.

⁹⁴⁵ Praticien n°3 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 13, p. 84.

procédure rapide en référé. Au commerce, on devrait encadrer la procédure dans un calendrier très strict. Dans les procédures judiciaires civiles on pourrait éliminer la possibilité de recourir à une deuxième instance comme c'est le cas en procédure arbitrale. Le coût de la justice devrait être alourdi pour dissuader certaines procédures. Il faudrait responsabiliser les parties dans la formalisation de leurs demandes afin de faciliter la décision du juge. C'est possible avec l'aide des experts »⁹⁴⁶.

« Aux Etats-Unis, il y a d'abord des incertitudes et des attaques croissantes depuis de très nombreuses années contre le système des jurys que l'on accuse de ne pas être outillés techniquement pour affronter des cas très techniques. Donc certains voudraient retirer les affaires les plus techniques des mains des jurys. D'autres, comme moi, pensent au contraire que le système des jurys a plutôt bien fonctionné dans l'ensemble et qu'il convient de le maintenir.

(...) Il y a ensuite un mouvement très lent en faveur des cours spécialisées, par exemple en fonction du quantum ou du type d'affaires. En général nos Cours sont plutôt généralistes.

Ces évolutions possibles du système judiciaire américain sont plus politiques que juridiques »⁹⁴⁷.

Conclusion et recherches complémentaires

1271 L'aboutissement de nos recherches nous amène à proposer plusieurs voies d'amélioration, des plus simples aux plus ambitieuses, et, pour chacune de ces améliorations, des pistes de recherches complémentaires.

1272 L'analyse comparatiste du système américain peut permettre d'**améliorer la pratique judiciaire** dans l'application du droit actuel à la réparation intégrale, notamment à l'instar de ce qui existe dans certaines juridictions spécialisées américaines :

- les juges seraient sensibilisés, informés et formés spécifiquement aux préjudices économiques et financiers ; ces formations incluraient notamment des méthodologies dont les barèmes référencés, un stage d'immersion en entreprises, une perspective comparatiste et internationale ;
- l'accès à la profession judiciaire serait ouvert à des non juristes d'origine ou, au moins, à des juristes non magistrats (avocats, experts judiciaires) qui pourraient devenir juges pendant une durée déterminée ;

⁹⁴⁶ Praticien n°8 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 13, p. 84.

⁹⁴⁷ Praticien n°2 (Voir en Annexe 1 la retranscription des entretiens de terrain avec les praticiens), Section 13, p. 85.

- dans la plupart des affaires à enjeu économique modéré : le juge pourrait s'appuyer sur des barèmes compensatoires référencés indicatifs pour calibrer le *quantum* ; on pourrait par ailleurs responsabiliser les parties pour raccourcir les délais, notamment en limitant les possibilités d'appel ;
- pour les affaires les plus complexes et donc les plus rares, plusieurs pistes sont envisageables : le juge devrait systématiquement se faire assister d'un expert judiciaire - en plus des experts privés des parties - pour apprécier les préjudices ; le juge devrait aussi recourir plus souvent aux procédures d'enquête prévues par le Code civil ; enfin, plus fondamentalement, on pourrait créer une troisième instance juridictionnelle spécialisée qui soit à la fois plus rapide que la procédure judiciaire et plus ouverte que la procédure rapide en référé ; cette instance pourrait s'inspirer de la *Chancery Court* du Delaware.

1273 Il conviendrait ensuite de changer de perspective quant à la considération des questions relatives au *quantum*. Ainsi, **des conclusions normatives** consisteraient à considérer les préjudices économiques et financiers, les dommages-intérêts et donc le calcul du *quantum* non plus comme une simple question de faits mais aussi comme une question de droit :

- la Cour de cassation exercerait son contrôle sur une méthode de calcul codifiée et requerrait un minimum de justification qu'elle accueillerait avec plus de bienveillance ;
- on abandonnerait la conception traditionnelle de la réparation intégrale comme c'est déjà le cas pour les préjudices consécutifs aux infractions à la concurrence (actions en *follow on*) ou les actions de groupe (*class actions*) ;
- des barèmes compensatoires référencés serviraient d'outils d'aide à la décision pour les juges comme c'est déjà le cas pour les préjudices corporels, professionnels, en matière de produits défectueux ou en droit du travail ;
- on pourrait au moins qualifier juridiquement chaque chef de préjudice (article 1231 nouveau du Code civil) : la perte subie, le gain manqué, la perte de chance et le préjudice immatériel ;
- dans cette perspective, la réparation intégrale comprendrait :
 - la perte et le gain manqué indirects, et pas seulement la perte et le gain manqué directs, du créancier ;
 - la perte et le gain manqué probables, et pas seulement la perte et le gain manqué certains, prévisibles du point de vue du débiteur ;
 - la perte de chance revenant à estimer d'abord la probabilité de signer le contrat et, ensuite, le gain qui aurait été généré par ce contrat ;
 - le préjudice immatériel (ou moral) revenant à estimer le dommage porté aux actifs intangibles : marque, réputation, image, etc. ;

- au delà des dommages-intérêts compensatoires, le débat sur l'introduction de dommages-intérêts préventifs voire punitifs pourrait prospérer :
 - o ils pourraient constituer un chef de préjudice à part entière nouveau servant éventuellement à réparer le préjudice causé à la collectivité ;
 - o l'effectivité de la loi serait efficacement assurée par la confiscation de l'enrichissement issu des fautes lucratives commises sciemment.

1274 Enfin, de ces comparaisons et réflexions naissent **quatre prescriptions concrètes**, formulées pour les parties qui souhaitent améliorer leurs chances de succès dans le recouvrement des gains manqués et de la perte de chance :

- rédiger les contrats afin qu'ils soient clairs pour les parties et les tribunaux que l'indemnisation en cas d'inexécution contractuelle irait au delà de la perte subie. Le moyen le plus sûr serait d'insérer une clause pénale conventionnelle dans les contrats ;
- avant (ou en parallèle à) une démarche contentieuse, les parties devraient tenter de transiger même à un niveau de dommages-intérêts relativement modeste. Cela est vrai en général pour la plupart des litiges, mais c'est d'autant plus pertinent pour les gains manqués lorsque l'indemnisation moyenne observée est relativement faible ;
- si elles souhaitent toujours saisir le juge, les parties doivent préparer des preuves à un standard plus élevé et utiliser une méthodologie de calcul plus rigoureuse pour fonder la demande. Les gains manqués constituent la règle par défaut aux Etats-Unis, mais ils sont plus difficiles à prouver - et donc moins généreusement compensés - que les pertes subies. *A fortiori* en France où la règle par défaut demeure l'exécution en nature ;
- le calcul judiciaire du *quantum* fait rarement appel (ou alors très superficiellement) à des méthodes objectives et des techniques quantitatives. Aux Etats-Unis, la théorie des contrats commence à s'intéresser à des techniques développées depuis longtemps par plusieurs disciplines non juridiques: l'économie (théorie des jeux en situation d'information asymétrique), l'économétrie (probabilités et tests de la théorie des contrats), la finance (multiples boursiers), le marketing (positionnement prix d'une marque), l'environnement des organisations (indices ISR, ESG) entre autres. Une utilisation raisonnée de certaines de ces techniques permettrait des avancées considérables au bénéfice de décisions judiciaires moins arbitraires et plus prévisibles. La présente thèse visait et espère y avoir apporté une contribution.

1275 Une recherche complémentaire consisterait à élargir l'analyse empirique pour expliquer les tendances et comportements judiciaires observés et à l'approfondir pour atteindre des échantillons statistiquement représentatifs. Si ces barèmes référencés étaient validés et largement partagés, ils pourraient enfin donner naissance à des modèles d'intelligence artificielle et de machine learning dont la valeur serait sans commune mesure avec ce qu'on en perçoit aujourd'hui.

BIBLIOGRAPHIE

1. Références portant sur le droit français ou en langue française

1.1. Ouvrages, Essais

1.2. Articles

1.3. Jurisprudence

2. Références en langue anglaise ou portant sur la *common law* principalement américaine

2.1. Ouvrages, Essais

2.2. Articles

2.3. Jurisprudence

3. Références portant sur l'arbitrage et le droit commercial international (Principes d'UNIDROIT, CVIM)

3.1. Ouvrages, Essais

3.2. Articles

3.3. Jurisprudence

4- Références portant sur le droit comparé

4.1. Références en langue française

4.2. Références en langue anglaise

5- Autres références portant sur les droits africains ou arabes

ANNEXES

Annexe 1

1. Etudes de cas

1.1. Etude de cas 1

1.2. Etude de cas 2

1.3. Etude de cas 3

1.4. Etude de cas 4

2. Entretiens de terrain avec les praticiens

2.1. Guide d'entretien

2.2. Retranscription thématique

Annexe 2

1. Représentation graphique de l'étude empirique quantitative

1.1. France (Situations 1 et 2)

1.2. Etats-Unis (Situations 1, 2 et 3)

1.3. Droit Commercial International (Situations 1 et 2)

2. Tableaux comparatifs des analyses empiriques quantitatives

INDEX

A

Activité sans base établie 7, 14, 44, 242, 282, 285, 286, 294, 343

Agreement to agree 237, 291

Agreement to negotiate Voir Engagement à négocier

Approche par les comparables..... 11, 150, 151

B

Barème 64, 167, 168, 221 et s., 226, 262, 274, 275, 279, 325 et s., 360

Big Data 21, 22

But-for scenario Voir Scénario contrefactuel

C

Cabinets d'avocats..... 290, 335

Californie 186, 188, 234, 240, 249, 299, 366 et s.

Certitude Raisonnable 41, 44, 49, 55, 185 et s., 201, 218, 225, 230, 232, 242, 287, 343 et s., 350, 354, 363 et s., 368, 379

Clause pénale 42, 69, 70, 88, 109, 110 et s., 127, 163, 173, 216, 235, 238, 244, 248 et s., 261, 262, 369, 375, 388

CNUDCI..... 37, 66, 233, 290, 291, 337, 338, 370

Code civil 11, 17, 26, 32, 33, 37, 48 et s., 53, 59 et s., 68 et s., 74, 75, 114, 124, 128, 137, 162 et s., 169, 171, 176, 177, 182, 208, 216, 256 et s., 297, 309, 358, 359, 380, 383, 387, 388

Consequential Damages 5, 51, 207, 208, 269, 270, 282, 283, 332, 333, 336 et s., 363, 364, 368, 369

Cour de cassation 5, 17 et s., 23, 60, 61, 64, 73, 74, 76, 78, 93, 121, 123, 136, 139, 145, 159, 164, 168, 169, 177 et s., 217, 220, 222, 229, 233, 257 et s., 297, 317, 377, 378, 381 et s., 387

Coût d'opportunité 29, 77, 168, 231, 255, 348, 349, 356

CVIM 5, 18, 19, 26, 36, 49 et s., 62, 65, 66, 120, 129, 205 et s., 215, 217, 226, 233, 270, 290, 291, 305, 310, 327, 337, 338, 370, 378, 390

D

Delaware 179, 187, 189, 234, 240, 243, 249 et s., 255, 276, 277, 280, 345, 352, 368, 387

Discounted Cash Flow 122, 151 et s., 198 et s., 216, 218, 227, 350, 351, 374

Dommage corporel 61, 73, 128, 167, 180, 220, et s., 296, 301

Droit international privé..... 26, 35, 83, 84, 128 et s.

E

Efficient breach 78, 87, 99, 109, 113, 127, 172, 214, 250

Engagement à négocier..... 237, 241 et s., 281, 291

Etude d'évènement 122, 142 et s., 216, 227

Event studies Voir Etude d'évènement

Exécution en nature 20, 23, 42, 43, 107 et s., 114, 121, 130, 136, 173 et s., 181, 183, 202, 214, 220, 239, 249, 250, 251, 263 et s., 272, 280, 300 et s., 375, 380, 389

Exécution par équivalent 20, 23, 111, 177, 181, 183, 215, 225, 265, 300, 303, 378, 380, 384

Expectation General Damages 5, 51, 207, 208, 269, 270, 282, 283, 286, 287, 332, 336, 339, 340, 362 et s., 369

F

Frais de rupture 228, 244, 252, 254, 262, 273 et s., 291

G

Gain manqué 29, 30, 33, 40, 52, 53, 62, 125, 126, 155, 157, 168, 176, 185, 210, 227, 242, 258, 259, 268, 281, 282, 287, 293, 303, 309, 325, 358, 359, 360, 384, 388

Goodwill 319, 320, 327 et s., 332, 338

I

Image de marque 12, 173, 228, 269, 310 et s., 324 et s., 339, 350

Indice de risque 285, 289, 294

Intelligence artificielle 21, 389

Intérêt négatif .. 28, 30, 33, 168, 176, 177, 258, 303

Intérêt positif 28, 30, 33, 34, 87, 176, 215, 301, 303, 315, 378

L

Lettre d'intention 237, 238, 240, 244, 272

Liquidated damages Voir Clause pénale

M

Machine learning..... 21, 389

Mauvaise foi 6, 106, 168, 175, 228, 241 et s., 247, 258, 259, 266, 267, 271, 278, 281, 283, 286, 330, 333, 361, 362, 373, 379

Memorandum of understanding 237, 272

Minimisation 8, 17, 26, 30, 43 et s., 61, 74, 124, 126, 136, 143, 144, 169, 171 et s., 204, 208, 237

Mitigated damages..... Voir Minimisation

N

Négociations 21, 29, 48, 57, 75, 103, 110, 172, 202, 213, 226, 236, 242 et s., 256 et s., 268, 271 et s., 281, 284, 289

New Business Rule 7, 44, 192, 230 et s., 242, 282, 285, 286, 294, 343, 356, 363 et s., 372

New York 40 et s., 72, 79 et s., 88, 90, 95, 100, 104, 163, 186, 191, 192, 224, 228, 234, 239, 240, 241, 244, 249, 256, 277, 302, 305, 306, 320 et s., 333, 345, 352, 353, 364, 365, 368

O

Ordonnance du 1^{er} octobre 2016 *Voir* Réforme du droit des contrats

P

Penalty clause..... *Voir* Clause pénale
Perte de chance 8 et s., 18, 34, 39, 54 et s., 68, 76 et s., 88, 120, 124 et s., 137 et s., 147, 149, 164 et s., 171, 174, 215, 219, 237, 256 et s., 267, 274, 275, 282, 283, 297, 321, 356 et s., 378, 383 et s., 388
Perte subie 29, 30, 33, 40, 52, 53, 68, 104, 176, 177, 185, 227, 237 et s., 248, 270, 282, 287, 291, 293, 336, 339, 340, 359, 363, 388
Pourparlers 7, 24, 178, 225, 226, 228, 236 et s., 244, 255 et s., 267, 274, 275, 281, 282, 286, 290, 329, 330, 360
Préjudice d'image 172, 226, 258, 260, 274, 296, 307, 315 et s., 324, 327, 360
Préjudice moral 34, 53 et s., 72, 73, 76, 79 et s., 89, 114, 120, 121, 125 et s., 167, 171, 173, 212 et s., 228, 229, 258, 267, 296 et s., 305 et s., 319, 324, 328, 338, 378
Prévisibilité 30, 32, 44, 45, 46, 58, 60, 67, 129, 130, 140, 165, 167, 185, 191, 232, 302, 304, 317, 327, 328, 332, 333, 384
Principes d'UNIDROIT 18, 19, 26, 35 et s., 49 et s., 120, 121, 129, 167, 170, 215, 217, 226, 233, 265, 270, 271, 291, 305, 309, 315, 320, 321, 337, 370, 378, 380, 390
Principes du Droit Européen des Contrats - PDEC 128, 129, 170
Profit illicite 91
Pure economic loss 17, 123, 215, 377

R

Ratio G/C 283 et s., 326, 330, 331, 334, 338 et s., 360, 363 et s., 371, 373
Ratio G/NoG 281, 292, 334, 338, 367, 371, 373
Réforme du droit des contrats 48, 74, 125, 128, 169, 177, 256, 265
Reliance 28, 31, 39 et s., 49, 52, 59, 68, 99, 120, 219, 225, 237, 245 et s., 269 et s., 293, 340, 359, 363
Réputation 7, 12, 14, 24, 34, 44, 53 et s., 73, 127, 135, 167, 172 et s., 185, 211, 225 et s., 236, 237, 241, 258, 282, 286, 296, 304, 307 et s., 320 et s., 350, 360, 374, 388
Restatement (Second) of Contracts 28, 42 et s., 54, 55, 58, 60, 66, 68, 69, 104, 111, 165, 230, 245, 247, 298, 300, 343, 346, 347
Restitution 28, 30, 35, 39 et s., 70, 71, 77, 78, 109, 120, 138, 168, 202, 227, 248, 282, 336, 363, 364

S

Scénario contrefactuel 149, 150, 156, 216
Sophistication 184, 194, 203, 210, 236, 284, 288, 289, 294, 334, 341, 345, 367, 374, 379
Startup..... 231, 343, 351, 352, 360

T

Term sheet 237, 241, 243, 244

U

Uniform Commercial Code 38 et s., 51, 52, 111, 112, 187, 190, 203, 245, 246, 247, 346, 347

V

Valeur Actuelle Nette *Voir Discounted Cash Flow*
Valeur d'actif 11, 150, 166, 216

Indemnisation du préjudice économique en cas d'inexécution contractuelle

BIBLIOGRAPHIE

1. Références portant sur le droit français ou en langue française

1.1. Ouvrages, Essais

1.2. Articles

1.3. Jurisprudence

2. Références en langue anglaise ou portant sur la *common law* principalement américaine

2.1. Ouvrages, Essais

2.2. Articles

2.3. Jurisprudence

3. Références portant sur l'arbitrage et le droit commercial international (Principes d'UNIDROIT, CVIM)

3.1. Ouvrages, Essais

3.2. Articles

3.3. Jurisprudence

4- Références portant sur le droit comparé

4.1. Références en langue française

4.2. Références en langue anglaise

5- Autres références portant sur les droits africains ou arabes

1. Références portant sur le droit français ou en langue française

1.1. Ouvrages, Essais

ANZIANI Alain, BÉTHILLON Laurent, *Rapport d'information n° 558 (2008-2009)*, Commission des lois du Sénat, 15 juillet 2009.

ARFAZAD K Homayoon, *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation*, Bruylant Bruxelles Shultless, 2005.

ATIAS Christian, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, coll. Thémis, 1999.

de BÉCHILLON Denis, *Qu'est ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1^{er} Février 1997.

BORÉ Jacques, BORÉ Louis, *La cassation en matière civile*, 4e éd, Dalloz Action, 2015/2016.

BRIGNON R Bernard, *L'Honneur et le Droit*, Collection Anthologie du Droit, LGDJ, 12/2014.

BOSKOVIC Olivera, *La réparation du préjudice en droit international privé*, LGDJ, n° 101, décembre 2003.

CABRILLAC Rémy, *Droit des obligations*, coll. Cours, 9^e édition, Dalloz, 2010.

CARVAL Suzanne, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, Paris, 1995.

CATALA Pierre, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation Française, Paris, 2006.

CARBONNIER Jean, *Les obligations*, PUF 22e éd., 2000.

CHAILLÉ D'ARNAUD Sandrine, *Les difficultés d'exécution du contrat en droit international privé*, PUAM, 2003.

CHAPPAT Nicolas, *Economie et résolution des litiges*, n° 101, CONOMICA, Paris, 2005.

CORNILLOUP Sabine, JOUBERT Nathalie (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, LIT n° 101, C, 2011.

COUTIER FAITMICHON Alexandre, *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, n° 101, Pantheon Assas, 2004.

D'ARNAUD CQUÉ Philippe, PANSIER Frédéric-Jérôme, *Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat*, 3^e éd., LIT n° 101, C, 2003.

DRAETTA Ugo, LAKHANI Ralph, *Contrats Internationaux : Pathologies et Remèdes*, BRUYLANT, 1996.

DUGGAN C.S., *Aperçu des actions en responsabilité en droit boursier américain*, Annexe III du Rapport, Le Club des Juristes, novembre 2014.

DURAND-BARTHÉLEMY Pascal, LÉGLART François (dir.), *Choisir son droit. Conséquences économiques du choix du droit applicable dans les contrats internationaux*, L'Harmattan, 2012.

DE NGUYEN Laurence, *Les nouvelles frontières de la responsabilité civile*, Notes de la Fondation Saint-Simon, février 1993.

FABR² -MAGNAN Muriel, *Droit des obligations*, Themis Droit, PUF, 3^{ème} éd. Janvier 2013.

FABR² -MAGNAN Muriel, *Réforme du droit des contrats : Un très bon projet*, JCP ² d. 43 (1), 22 Octobre 2008.

FONTAIN² Marcel, *Fertilisations croisées du droit des contrats, Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le Contrat au début du XXIème siècle*, Paris, LGDJ, 2001.

G² NICON Thomas, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007.

GILLI² RON Philippe, *Les dommages-intérêts contractuels*, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne (C² DIDAC), Lausanne, 2011.

HOTT² Simon, *La rupture du contrat international*, Defrenois, 2002.

JACQU² T Jean-Michel, *Le contrat international*, Dalloz, 2^{ème} éd. 1999.

JOURDAIN Patrice, VIN² Y Geneviève, *Les conditions de la responsabilité*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2006.

KADN² R GRAZIANO Thomas, La perte d'une chance en droit privé européen, in. Les causes du dommage, ed. Christine Chapuis, Bénédicte Winiger, Zurich, 2007.

KIRAT Thierry, *Economie du droit*, La Decouverte, 2012.

LAITHI² R Yves-Marie, PINNA Andrea, *La mesure du préjudice contractuel*, LGDJ, 2007.

LARD² UX Gwendoline (dir.), *L'efficacité du contrat*, Dalloz, 2011.

L² M² NNICI² R Bertrand, *Economie du droit*, CUJAS, 1991.

L² BOS Yves-² douard, *Renouvellement de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral*, Dalloz, 2010.

L² TOURN² AU Philippe, CADI² T Louis, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, Paris, 2002.

L² TOURN² AU Philippe, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 6^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2006.

LUCAS D² L² YSSAC Claude, PARL² ANI Gilbert, *Droit du Marché*, Paris, PUF, coll. Thémis, 2002.

L² VY-LANG André, TRICOT Daniel (dir.), *L'évaluation du préjudice financier de l'investisseur dans les sociétés cotées*, Le Club des Juristes, novembre 2014.

MALAURI² Philippe, AYN² S Laurent, STOFF² L-MUNCK Philippe, *Les obligations*, Defrénois, 2004.

MAZ² AU Denis, *La notion de clause pénale*, LGDJ, Paris, 1992.

MINCK² Christophe, *Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité*, RI² J 1998.

OU² RDAN² -AUB² RT D² VINC² LL² S Carole, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, n° 18, Paris, 2002.

P² RRIN Jean-François, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Librairie Droz, Genève, 1979.

PINNA Andrea, *La mesure du préjudice contractuel*, LGDJ, 11/2007.

PRAD² L Xavier, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Thèse Paris 1, Paris, 2004.

QUY N Can, TRUONG Corinne, *Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI*, LIT C, 2002.

R IF G RST Stephan, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, PUAM, 2002.

RICOT Jacques, *Le pardon, notion philosophique ou notion religieuse ?*, Horizons philosophiques, 2003.

TAOK Mireille, *La résolution des contrats dans l'arbitrage commercial international*, Delta Bruylant, 2009.

STOFF L-MUNCK Philippe, *L'abus dans les contrats, essai d'une théorie*, préf. R. Bout, th. LGDJ, 2000.

STOFF L-MUNCK Philippe, *Le préjudice moral des personnes morales, Libre droit Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008.

VIN Y Genevieve, JOURDAIN Patrice, *Les effets de la responsabilité*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2001.

VIN Y Genevieve, JOURDAIN Patrice, *Les effets de la responsabilité*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2006.

VIN Y Genevieve, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, 3^e éd, LGDJ, 2008.

VON JH RING Rudolf, De la culpa in contrahendo, 1860, in. *Des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites*, Trad. De Meulenaere O., Marescq, Paris, 1893.

VON JH RING Rudolf, *Œuvres choisies*, t.II, trad. Meulenaere, 1893.

1.2. Articles

ARB LLOT Frédéric, *Frais irrépétibles*, Rép. pr. civ., juin 2015

BODRI M., société Sygil, *L'atteinte indirecte à la marque*, *Prodimarques*, Juillet 1994, p 10.

BOUCARD Hélène, *Responsabilité contractuelle*, D. 2017

BROUSS AU Éric, FAR S M'hand, Règles de droit et inexécution du contrat, in. *Revue d'économie politique*, Vol. 112, 6/2002. URL: www.cairn.info/revue-d-economie-politique-2002-6-page-823.htm

CANIV T Guy, L'efficience des systèmes juridiques, in *Colloques et Conférences Juridiques et Judiciaires franco-tchèques 1999/2000*.

CARVAL Suzanne, La réparation du dommage concurrentiel dans le droit français de la responsabilité : le point de vue d'un civiliste, in. *Concurrences, Revue des droits de la concurrence*, n°2, 2014.

COH N Dany, Punitifs, exemplaires, confiscatoires ou dissuasifs : Les dommages-intérêts affranchis du préjudice subi par le demandeur, in. *Liber Amicorum, Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013.

COSTALAT-FOUN AU Anne-Marie, Identité, action et subjectivité. Le sentiment de capacité comme un régulateur des phases identitaires, *Connexions*, 2008/1 (n°89)

D' F' UARD' NT Anton, Notions d'évaluation du préjudice et principales approches financières du dommage, in. *Revue de l'arbitrage 2015*, Bulletin du Comité Français de l'Arbitrage, N°2, avril-juin 2015

DUPRÉ-DALL' MAGN' Anne-Sophie, *Nouvelles précisions sur le régime applicable à la rupture unilatérale des pourparlers*, Recueil Dalloz 2004.

FRISON-ROCH' Marie-Anne, *Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique*, RTD civ. 1998.

H' UD' Rémi-Pierre, *L'image de marque*, Eyrolles, Paris, 1989.

ISGOUR Marc, L'atteinte à l'image de marque des personnes morales, *Rubrique Doctrine Droit des médias*, Auteurs et Média, 2007/3.

JACQUIN Jean-Baptiste, Face à une justice civile débordée, la médiation devient un marché convoité, *Le Monde*, 17 octobre 2017.

KIRIAT Thierry, *Economie du droit*, La Découverte, 2012.

KLING Didier, Réactions de la CCIP à l'Avant-projet « Catala » et propositions d'amendements, *Rapport adopté par l'Assemblée générale du 19 octobre 2006*.

LASCOUM' S Pierre, V° effectivité, in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd., Paris, LGDJ, 1993.

L' DOUBL' Dominique, *L'évaluation du préjudice moral : va-t-on sortir du 'doigt mouillé' ?*, <http://blog.ledouble.fr/>, 8 février 2013.

MAY' R P., La délocalisation du contrat, in *La relativité du contrat*, Association H. Capitant, Journées Nationales, Tome IV – Nantes, LGDJ, 1999.

MAZ' AUD Denis, La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée, *Dr. et patrimoine*, juill.-août 1996.

MOLF' SSIS Nicolas, *Observations sous Com.*, 22 octobre 1996, RTD civ. 1998.

MONAT' RI Pier Giuseppe, La nature des anges et des hommes (l'arrière plan théologique des théories sur la rationalité en économie), *Mélanges Christian Mouly*, t. 1, Paris, LIT' C, 1998.

NUSS' NBAUM Maurice, L'analyse économique de la loyauté et des mécanismes de réparation de la déloyauté, *Gazette du Palais*, mercredi 23, jeudi 24 mai 2012.

NUSS' NBAUM Maurice, L'évaluation des préjudices économiques, *Revue de Droit Bancaire et Financier*, Lexis Nexis Jurisclasseur, mai-juin 2013.

NUSS' NBAUM Maurice, Évaluation du préjudice de marque – *Le cas particulier de l'atteinte à l'image de marque*, J.C.P., 1993.

RANG' ON François, Réflexion sur l'effectivité du droit, in *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989.

SARGOS Pierre, L'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, *Rapport présenté à la Cour de cassation le 15 juin 2007*.

TOPORKOFF Michel, Problématique de la réparation des atteintes à la réputation (d'une entreprise et/ou de ses produits) du point de vue du juge chargé de cette réparation, *Colloque sur la protection juridique de la réputation organisé par l'Observatoire de la Réputation le 28 janvier 2004 au Tribunal de Commerce de Paris*.

TOPORKOFF Michel, *Le rôle des associations professionnelles dans la défense des intérêts de leurs membres contre le dénigrement collectif*, Les Petites Affiches, 1992.

URVOAS Jean-Jacques, *Lettre du Garde des Sceaux à un futur Ministre de la Justice*, Dalloz, 2017.

V. RK. MPINCK Brecht, *La mesure des dommages dans la réforme du droit des contrats français - leçons de systèmes plus inspirants*, Thèse, 2.0.1.

W. ST. R-OUISS. Véronique, *Le préjudice des personnes morales*, J.C.P. – Sem. jur., éd. gén., no 26, 2003.

ZAMBRANO Guillaume, *Précédents et prédictions jurisprudentielles à l'ère des big data : parier sur le résultat probable d'un procès*, mars 2017.

1.3. Jurisprudence

Cass. req. 24 mars 1942, D. 1942. 118, RTD civ., 1942

Cass. com., 16 février 1954, D. 1954. 234

Cass. com., 20 mars 1972, Bull. civ. IV, n° 93

Cass. 3^e civ., 3 oct. 1972, Bull. civ. III, n° 491

Cour de cassation, 1^{ère} ch. Civ., 11 mai 1982, Gaz. Pal. 1982.2.612

Cass., 2e ch., 7 octobre 1985, J.T., 1986, p. 59

Cass. civ. 1re, 2 juin 1987, n° 84-16.624

Cass. Com 3 octobre 1989 n°87-18479

CA Paris, 10 janv. 1990, Dr. sociétés, 1991, Comm. n° 32

Cass, Com., 20 mars 1990, 88-15.795

Cass. com., 6 juin 1990, Bull. Joly, 1990, p. 768

CA Paris, 25 mai 1991, Dr. sociétés, 1991, Comme. N° 428

CA Rennes, 29 avri. 1992, Bull. Joly, 1993, p. 463

Cass. civ. 3e, 22 juill. 1992, n° 90-18.667

Cass. com. 9 février 1993, n° 91-12.258 : RJDA 5/93 n° 469

Cass. Com. 9 mars 1993, JCP 1993, II, 448

Cass, Civ. 1, 17 novembre 1993, 91-18.773, Bulletin 1993, n° 337 p. 233

Cass com. 21 juin 1994, RJDA 12/94 n°1404, Cass com. 18 janvier 2000, RJDA 4/00, n° 408

CA Paris, 3 avril 1995, Aedes c/ Spic 1 copic Line, RJDA no 110/1995, n° 1185

Cass. com., 7 janv. 1997, D. 1998, Jur. P. 45, note P. Chauvel

CA Paris, 16 déc. 1998, Bull. Joly, 1998

CA Grenoble, 21 Octobre 1999, Sté Calzados Magnanni c. SARL Shoes General International

Cass. com. 14 juin 2000, Optipress c/ 11 éditions La Rivière, n° 98-10.689 : RJDA 12/00 n° 1184

CA Paris, 21 décembre 2001, RJDA 6/02, n. 643

Civ. 2^e, 6 mars 2003, n° 02-60.835

Cass. Com., 26 novembre 2003, n°00-10243 et 00-10949.

Civ. 1^{ère} 28 septembre 2004, pourvoi n° 02-19.428
 Cass. civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, pourvoi n° 04- 10.909
 Cass. civ. 3e, 29 juin 2005, n° 04-12.987
 Civ. 2^e, 22 mars 2006, n° 04-17.215
 Cass. 2^{ème} civ., 14 juin 2006, pourvoi n° 03-14.258
 Cass. civ. 3, 28 Juin 2006, RTD Civ. 2006, 754 (J. M^r STR^o T, B. FAG^r S)
 Civ. 1^{re}, 16 janv. 2007, n° 06-10.460
 CA Paris, 14 sept 2007, n°07/01477
 CA Paris, 17 oct. 2008, n° 06/09036
 Cass. com., 9 mars 2010, n°08-21547 et 08-21793
 Cass. com., 25 mars 2010, N°09-12.895, GLS SA c/ SA Parsys
 CA Paris, Septembre 2010, LVMH et Dior Parfums c/ e BAY
 Cass. civ. 1^e, 1^{er} décembre 2010, n°09-13.303
 Cass. com., 18 septembre 2012, n° 11-19.629
 Civ. 2^e, 6 déc. 2012, n° 11-26.146
 Cass. civ. 3e, 12 févr. 2013, n° 11-27.030, inédit
 Cass. com., 26 novembre 2013, n° 00-10.243
 Cass. com., 16 sept. 2014, 13-16.524
 Cass. civ. 1, 29 octobre 2014, Marsh et CMA CGM, n°13-21980
 Cass., 2^{ème} civ., 10 décembre 2015, n° 14-27.243 et C 14-27.244
 Cour de cassation, chambre civile 1, *Marsh et CMA CGM c. Cour d'appel de Montpellier*, n° du pourvoi 13-21980, 29 octobre 2014.

2. Références portant sur la *common law* ou en langue anglaise

2.1. Ouvrages, Essais

ATIYAH P.S., *An Introduction to the Law of Contract*, 5th ed., Oxford, Clarendon Press, 1995.

BARN^r S David W., STOUT Lynn A., *Cases and Materials on Law and Economics*, St Paul, West Group, 1992.

BARN^r TT Randy^r ., *Perspective on Contract Law*, Aspen Publishers, Wolters Kluwer Law & Business, Fourth^r dition, 2009.

BOLTON Patrick, *The Economics of Contracts*, (editor), Edward^r lgar Publishing Inc., 2008.

BOLTON Patrick, *Contract Theory*, with Mathias Dewatripont, MIT Press, 2005.

BRIGGS Adrian, *The Conflict of Laws*, Oxford University Press, 2013.

BROOKS Richard W.R., *Contracts: Cases and Materials*, (with^r . Allan Farnsworth, Carol Sanger, Neil Cohen, and Larry Garvin), Foundation Press, 2013.

BUSSANI Mario, PALMISTO R Valentine, *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

CALAMARI John D, PALMISTO RILLO Joseph M., Calamari & Perillo : *Contracts, Certainty*, 2d ed. 1977.

CALAMARI John D, PALMISTO RILLO Joseph M., Calamari & Perillo on Contracts, 5th edition, Hornbook Series, Hardcover, August, 2003.

CHANDLER-N-WISHART Mindy, *Contract Law*, Oxford University Press, 2008.

COASE Ronald, *L'Entreprise, le marché et le droit*, Editions D'organisation, Paris, 15 septembre 2005 (Trad. de *The Firm, the Market and the Law*, 1988).

COLLINS Hugh, *The Law of Contract*, 4th ed., Oxford, Clarendon Press, 1995.

COOTNER Robert, *Unity in Tort, Contract, and Property: The Model of Precaution*, California Law Review, 73 (1), janvier 1985.

COOTNER Robert, ULIN Thomas, *Law and Economics*, 3^{ème} éd., ADDISON, Wesley Longman, Reading, 2000.

COOTNER Robert, RUBINFIELD Daniel, Economic analysis of legal disputes and their resolution, in. *Journal of Economic Literature*, 27, septembre 1989.

DOBBS Dan B., *The Law of Torts*, Hornbook Series, West Group, February 15, 2008.

DOUSTININ Richard A., *Cases and Materials on Torts, Law School Casebook series*, 6^e edition, Little, Brown And Company, Boston, 1995

FARNSWORTH Edward Allan, *Contracts*, 2nd ed., New York, Aspen Publishers, Inc., 1998, (Supplement, New York, Aspen Law and Business, 2002).

FARNSWORTH Edward Allan, United States contract law, *Transnational Juris Publications Inc.*, Andsley-on-Hudson, New York, 1991.

FRIEDMAN Jeffrey T., *Contracts*, Lexisnexus, 3^e édition, 2014.

FERRARI Franco, *Rome I Regulation: The law applicable to contractual obligations in Europe*, SULLIVAN, 2009.

HARRIS Donald, CAMPBELL Davis, HALSON Roger, *Remedies in Contract & Tort*, 2nd ed., London, Butterworths 2002.

KOCH Bernhard A., KOZIOL Helmut, *Unification of Tort Law: Strict liability, European Centre of Tort and Insurance Law*, Kluwer Law International, 2002.

KRAMER Adam, An agreement-centered approach to remoteness and contract damages, in. *Nili Cohen, Ewan McKendrick, Comparative remedies for breach of contract*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2005.

LAYCOCK Douglas, *Remedies*, New-York, 2002.

POSNER R. R. Allan, *Economic Analysis of Law*, 5th ed., New York, Aspen Publishers Inc., 1998.

POSNER R. R. Allan, *Economic Analysis of Law*, 6th ed., New York, Aspen Publishers Inc., 2003.

SCARSO Alessandro P., *Tort Law and Liability Insurance*, Wien/New York, 2005.

SCOTT Robert W., KRAUS Jody S., *Contract Law and Theory*, LexisNexis, New Providence, NJ, Fifth edition 2013.

WILLIAMSON Oliver W., The Theory of the Firm as Governance Structure: From Choice to Contract, in. *Journal of Economic Perspectives*, 16 (3), American Economic Association, été 2002.

WITTMAN Donald A., *Economic Foundations of Law and Organizations*, Cambridge University Press, 2006.

2.2. Articles

AGHION Philippe, BOLTON Patrick, Contracts as a Barrier to Entry, *The American Economic Review*, Vol. 77, No. 3., Jun. 1987.

BARNES David W., *The Meaning of Value in Contract Damages and Contract Theory*, 46 am. U.L.R. 1, 1996.

BODAMER Benton B., GOTSHAL Weil, The New Frontier Of Agreements To Negotiate, *Law360*, New York, 12 juin 2013.

BOLTON Patrick, SALANIÉ Bernard, CHIAPPORI Pierre-André, RY Patrick, On the Value of Commitment in Contracting with Asymmetric Information, in *Econometrica*, 1996.

BOLTON Patrick, CHIAPPORI Pierre-André, Testing Contract Theory: A Survey of Some Recent Work, in *Advances in Economics and Econometrics*, vol 1, Cambridge University Press, 2003.

D'WATRIPONT Mathias, HANSEN Lars Peter, TURNOVSKY Stephen J., Testing Contract Theory, *CESifo Economic Studies*, 2003.

DUNN Robert L., HARRY Verett P., *Modeling and Discounting Future Damages*, 193 J. Acct. 43, Jan. 2002.

DUNN Robert L., *Recovery of Damages for Lost Profits*, actualisé par S.C. RUTBERG, Supplement September 2015 et Supplement March 2016, Lawpress, USA, 2015 et 2016.

DYSART Joe, *How lawyers are mining the information mother lode for pricing, practice tips and prediction*, *ABA Journal*, mai 2013.

HL Bernd, DAWIDOWICZ Martin, Moral Damages in Investment Arbitration, Commercial Arbitration and WTO Litigation, in. *Jorge A. Huerta-Goldman, Antoine Romanetti, Franz X. Stirnimann, WTO Litigation, Investment Arbitration and Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2013.

FILLER Mark G., DIGABRIEL James A., *A quantitative approach to commercial damages – Applying statistics to the measurement of lost profits*, Wiley, New Jersey, 2012.

FRANCK Susan D., Inside the Arbitral Mind, *conférence à Columbia University*, 27 octobre 2015.

GOLDBERG Nolan et MILLER Micah, *The practice of law in the age of 'Big Data'*, *National Law Journal*, 11 avril 2011.

HARRY Verett P, Future Damages – Before and After Tax Discount Rates in. Robert L. Dunn, *Dunn on Damages – The Economic Damages Report for Litigators and Experts*, automne 2012.

HOLMES Oliver Wendell, *The path of the law*, *Harvard Law Review*, 25 mars 1897, n°10, p.457.

LAWLOR Reed S., *What computers can do: analysis and prediction of judicial decisions*, *American Bar Association Journal*, vol. 49, n°4 avril 1963, p.377-344.

MACNEIL Ian R., *Time of Acceptance: Too many problems for a simple rule*, 112 U. Pa. L. Rev. 947, 1964.

MACNEIL Ian R., *Relational Contract Theory: Challenges and Queries*, 94 Nw. U. L. Rev. 877, 894 n.2, 2000.

MAHONEY Paul G., The Common Law and Economic Growth: Hayek Might Be Right, *Journal of Legal Studies*, 30, 2001.

MARRAS Maxime, LAM Lucile, NASSIF Wanissa, Break-up Fees in Business Agreements, in. *QuickCounsel*, 23 octobre 2014.

MORGAN Mack. J., Surveying the damage, *The Oklahoma Bar Journal*, Vol. 68, n°48, 12/27/97.

POLLACK Richard A., BOUCHNER Scott M., WATSON Craig M., JOHNS Colin A., MOYLL John D., Calculating Lost Profits, *AICPA Practice Aid 06-4*, AICPA, 2006.

BHATTACHARYA Uptal, GALPIN Neal, HASLAM Bruce, The Home Court advantage in international corporate litigation, in. *The Journal of Law & Economics*, volume 50, number 4, november 2007, The University Of Chicago Press, 2007.

BOLTON Patrick, *Corporate Finance, Incomplete Contracts, and Corporate Control*, Journal of Law, Economics, and Organization 2013.

BROOKS Richard W.R., On and Off Contract Remedies Inducing Cooperative Investments, with Alexander Stremitzer, *American Law & Economic Review*, vol. 14(2), 488, 2012.

CRASWELL Richard, Against Fuller And Purdue, *67 University Of Chicago Law Review* 99-161, 2000

DANZIG Richard, Hadley v. Baxendale : *A Study in the Industrialization of the Law*, 4 J. L. & GAL. STUD. 249, 279-83 (1975).

DAVIDOFF SOLOMON Steven, AT&T's Battle for T-Mobile is political as well as legal, in. *Mergers & Acquisitions, The Deal Professor*, New York Times, 6 septembre 2011.

DWORKIN Don, DUFF David, TRUBILOCK Michael, *Exploring the Domains of Accident Law - Taking the Facts Seriously*, Oxford University Press, 1996.

DJANKOV Simeon, GLAUBER Edward, LA PORTA Rafael, LOPES-D-SILVA S Florencio, SHLEIFER Andrei, The Regulation of Entry, in. *The Quarterly Journal of Economics*, 117 (1), MIT Press, février 2002.

DJANKOV Simeon, GLAUBER Edward, LA PORTA Rafael, LOPES-D-SILVA S Florencio, SHLEIFER Andrei, The law and economics of self-dealing, in. *Journal of Financial Economics*, 88 (3), Elsevier, juin 2008.

HEISENBURG Melvin Aron, Probability and Chance in *Contract Law*, 45 UCLA Law Review, 1005, 1998.

FELDMAN Allan M., Kaldor-Hicks compensation, in P. Newman, (ed. by), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 2, London, Macmillan Reference Ltd., 1998.

FELDMAN Allan M., Pareto Optimality, in P. Newman, (ed. by), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 3, London, Macmillan Reference Ltd., 1998.

FERRARIS Maria Rosaria, An Entrepreneurial Conception of Law? The American Model through Italian Eyes, in *Nelken D.*, (ed. by), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot, Dartmouth, 1997.

FOX David, Breakup Fees - Picking Your Number, *Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*, 11 septembre 2012.

FULLER Lon L. and PERDUE William R. Jr., The Reliance Interest in Contract Damages, 46 *The Yale Law Journal*, 52, 1936.

GOLDBERG Charlotte K., Emotional Distress Damages and Breach of Contract: A New Approach, in. 20 *U.C. Davis L.R.* 57, 60, 1986.

GOLDBERG Victor P., An Economic Analysis of the Lost-Volume Retail Seller, 57 *S. California Law Review* 283 (1984).

GOLDBERG Victor P., Protecting Reliance, in. *Columbia Law Review*, volume 114, N°4, May 2014, Columbia University Press, 2014.

GOLDBERG Victor P., Reckoning Contract Damages: Valuation of the Contract as an Asset (March 24, 2016). *Columbia Law and Economics Working Paper No. 530*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2754267>

GOLDBERG Victor P., The New Business Rule and Compensation for Lost Profits (August 2, 2016). *Columbia Law and Economics Working Paper No. 544*. 2 août 2016. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2817600>

GOLDBERG Victor P., *Rethinking Contract law and Contract Design*, Edward Elgar Publishing, 27 February 2015.

GOTANDA John Y., Using the UNIDROIT Principles to fill the gaps in the CISG, in. *Djakhongir Saidov, Ralph Cunningham, Contract Damages : Domestic and International Perspectives*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2008.

GOTANDA John Y., Interview in Quantum Quarterly - *The Damages Newsletter*, King & Spalding's International Arbitration Group, Issue 04, 3Q 2012.

GOULD John P., The economics of legal conflicts, in. *Journal of Legal Studies*, 2, 1973.

GORDLY James, The Moral Foundations of Private Law, 47 *Am. J. Juris.* 1, 2002.

HARRIS Donald, OGUS Anthony, PHILIPS Jennifer, *Contract Remedies and the Consumer Surplus*, 95 *L.Q.R.* 581, 1979.

HUBER Peter, Section 3: Termination, in *Stefan VOGENAUER*.

JIMENEZ Marco, The Many Faces of Promissory Estoppel : An Empirical Analysis Under the Restatement (Second) of Contracts, 57 *UCLA L. Rev.* 2010, p. 669-70 ; cité dans *Robert E. Scott, Jody S. Kraus, Contract Law and Theory*, LexisNexis, 2013.

KAPLOW Louis, SHAVELL Steven, Fairness versus Welfare, 114 *Harvard Law Review* 961, 2001.

KATLY M.B., The Phantom Reliance Interest in Contract Damages, *How should damages for breach of contract be measured ?*.

KLERMAN, Daniel M., and LEE, Yoon-Ho Alex, Inferences from Litigated Cases, *The Journal of Legal Studies*, 43(2), 209-248, 2014.

KLERMAN, Daniel M., and LEE, Yoon-Ho Alex, The Priest-Klein Hypotheses: Proofs and Generality, *USC Class Research Paper 14-34 USC Law Legal Studies Paper 14-43*, 27 septembre 2016, available at <http://ssrn.com/abstract=2538854>, 2015.

LA PORTA Rafael, LOPZ-DOLAN Silan Florencio, POPPER LEE Christian, SHLEIFER Andrei, Judicial Checks and Balances, in. *Journal of Political Economy*, 112 (2), University of Chicago Press, avril 2004.

LANDAU William M., An economic analysis of the courts, in. *Journal of Law and Economics*, 1972.

MCKINDRICK Wan, Section 4: Damages, in *Stefan VOGENAUER, op. cit.*, p. 975.

PRIEST, George L., KLIN Benjamin, The Selection of Disputes for Litigation, *The Journal of Legal Studies*, 13(1), 1-55. 1984.

PRIEST George L., The Modern Expansion of Tort Liability: Its Sources, Its Effects, and Its Reform, in. *Journal of Economic Perspectives*, 5 (3), été 1991.

SAIDOV Djakhongir, Damage to business reputation and goodwill under the Vienna Sales Convention in. *Djakhongir Saidov, Ralph Cunnington*.

SCHWIZER Urs, Litigated Cases: The Selection Effect Revisited, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 172, 409-416-ISSN 0932-4569, Mohr Siebeck, 2016.

SCOTT Robert W., An introduction to contract remedies in American Common Law, *Contracts class, Columbia Law School*, printemps 2016.

SCOTT Robert W., Contract Design and the Shading Problem (July 1, 2015). *Marquette Law Review*, Forthcoming; *Columbia Public Law Research Paper No. 14-472*. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2628256>

SHIN David N., HIRMAN Aliza, Agreements To Agree: Breacher Beware, *Law360*, New York, 25 octobre 2013

SHLEIFER Andrei, LOPZ-DASILAN S Florencio, LA PORTA Rafael, The Economic Consequences of Legal Origins, in. *Journal of Economic Literature*, 46 (2), American Economic Association, juin 2008.

STURGES Robert H., The “Loss of Chance” Doctrine of Damages for Breach of Contract, *The Florida Bar Journal*, Volume 79, No. 9, October, 2005.

TAMBLYN Nathan, Damages under string contracts for sale of goods, *The Journal of Business Law, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters*, Issue 1, 2009.

WAGNER Gerhard, Punitive Damages in European Private Law”, in *Basedow Jürgen, Hopt Klaus J. and Zimmermann Reinhard, Handbook of European Private Law*, Forthcoming, February 21, 2011.

YON-KOO Che, CHUNG Tai-Yeong, Contract damages and cooperative investments, *RAND Journal of Economics* Vol. 30, No. 1, pp. 84-105, Spring 1999.

YORIO Edward, THREL Steve, The Promissory Basis of Section 90, *101 Yale L.J.*, 1991, p. 111 : The remedy routinely granted is either specific performance or expectation damages ; cité dans Robert W. Scott, Jody S. Kraus, *id.*

YORIO Edward, THREL Steve, *Contract enforcement : Specific performance and Injunctions, 2010 Cumulative Supplement*, Aspen Publishers, Wolters Kluwer, USA, 2010.

2.3. Jurisprudence

21st Century Systems, Inc. v. Perot Systems Government Services, Inc., 284 Va. 32, 726 S.2d 236 (2012)

24/7 Records, Inc. v. Sony Music Entertainment, Inc., 566 F. Supp. 2d305 (S.D.N.Y. 2008)

Advanced Marine Enterprises, Inc. v. PRC Inc., 256 Va. 114-15, 501 S.2d 153, 1998

AGF, Inc. v. Great Lakes Heat Treating Co., 51 Ohio St. 3d 177, 555 N.2d 634 (1990)

AlphaMed Pharmaceuticals Corp. v. Arriva Pharmaceuticals, Inc., 432 F. Supp. 2d 1319-1344 (S.D. Fla. 2006), *aff'd*, 294 Fed. Appx. 501 (11th Cir. 2008)

AM/PM Franchise Ass'n v. Atlantic Richfield Co., 584 A.2d 915 (1990)

American Central Corp. V. Steven Van Lines, Inc., 303 N.W.2d 234 , Michigan App., 1981

American Eagle Waste Industries, LLC v. St. Louis County, Missouri, S.W.3d, 2015 WL 778197, (Mo. App. 2015)

Anchor Savings Bank v. United States, 597 F.3d 1356 at 1370 (Fed. Cir. 2010)

Arloe designs, LLC v. Arkansas Capital Corp., 2014 Ark. 21, 431 S.W.3d 277 (2014)

Asahi Kasei Pharma Corp. v. Actelion Ltd., 222 Cal. App. 4th 495, 169 Cal. Rptr. 3d 689 (2014)

Ashland Management Incorporated, Appellant, v. C. Christopher Janien, 82 N.Y.2d 395 (1993), Court of Appeals of the State of New York, November 22, 1993

ASK Chemicals, LP v. Computer Packaging, Inc., 593 fed. Appx. 506 (6th Cir. 2014)

Assembly & Distrib Freeport Warehouse Corp., 738 P.2d 513, New Mexico, 1987.

B. & M. Homes v. Hogan, 376 So.2d 63 (Alabama, 1979)

Bedore v. Ranch Oil Co., 282 Neb. 553, 805 N.W.2d 68 (2011)

Belle City Amusements, Inc. v. Doorway Promotions, Inc., 936 N. . 2d 243 (Ind. App. 2010)

Blair-Naughton, LLC. V. Diner Concepts, Inc., 568 F. Supp. 2d 1261 (D. Kan. 2008), *aff'd*, 369 Fed. Appx. 895 (10th Cir. 2010)

Blinds to go (U.S.), Inc. v. Times Plaza Development, L.P., 88 A.D.3d 838, 931 N.Y.S.2d 105 (2011)

Brown v. Cara, 420 F.3d 148 (2nd Cir. 2005)

Burger King Corp. v. Barnes, 1 F. Supp. 2d 1367 (S.D. Fla. 1998)

Cell, Inc. v. Ranson Investors, 189 W. Va. 13, 427 S. .2d 447 (1992)

Cement-Lock v. Gas Technology Institute, 618 F. Supp. 2d 856 (N.D. 2009)

Centric Corp. V. Morrison-Knudsen Co., 731 P.2d.

Ciaramella v. Reader's Digest Association, 131 F.3d 320 (2d Cir. 1997)

Citadel Group Ltd. V. Washington Regional Medical Center, 692 F.3d 580 (7th Cir. 2012)

Citicorp v. Wachovia & Wells Fargo, 613 F. Supp. 2d 485 (S.D.N.Y. 2009)

COC Services, Ltd. V. CompUSA, Inc., 150 S.W.3d 654 (Tex. App. 2004)

Coley v. Lang, 339 So.2d 70, Ala. Civ. App. 1976

Columbia Park Golf Course, Inc. v. City of Kennewick, 160 Wash. App . 66, 248 P.3d 1067 (2011)

Columbia Park Golf Course, Inc. v. City of Kennewick, 160 Wash. App. 66, 248 P.3d 1076-77 (2011)

Copeland v. Baskin Robbins U.S.A., 96 Cal. App. 4th 1251, 117 Cal. Rptr. 2d 875 (2002)

County of La Paz v. Yakima Compost Co., 224 Ariz. 590, 607, 233 P.3d 1169, 1186 (Ariz. App. 2010)

CSX Transportation, Inc. v. Professional Transportation, Inc., 467 F. Supp. 2d 1333 (M.D. Fla. 2006)

CSX Transportation, Inc. v. Professional Transportation, Inc., 467 F. Supp. 2d 1333 (M.D. Fla. 2006)

D.L. Anderson's Lakeside Leisure Co. v. Anderson, 314 Wis. 2d 560, 757 N.W.2d 803 (2008)

Debus v. Grand Union Stores, 621 A.2d 1288, Vt., 1993

Debus v. Grand Union Stores, 621 A.2d 1288, Vt., 1993.

Delano Growers' Cooperative Winery v. Supreme Wine Co., 393 Mass. 666, 473 N.E. 2d 1066 (1985)

Dental Health Associates v. Zangenech, 34 A.D.3d 622, 825 N.Y.S.2d 505 (2006)

Diesel Machinery, Inc. v. B.R. Lee Industries, Inc., 418 F.3d 820 (8th Cir. 2005) (South Dakota law)

Digital Broadcast Corp. v. Ladenburg, Thalmann & Co., 63 A.D.3d 647, 883 N.Y.S.2d 186 (2009), appeal denied, 14 N.Y.3d 737, 898 N.Y.S.2d 75 (2010)

Douglass v. Hustler Magazine, Inc., 769 F.2d 1128, 1143 (7th Cir. 1985), cert. denied, 475 U.S. 1094 (1986)

Dunham v. Qualcom Corp. v. Global Commerce Center Ass'n, Inc., 59 So. 3d 347 (Fla. App. 2011)

Dunham v. Container Kraft Carton & Paper Supply Co., 161 Cal. App. 2d 752, 327 P.2d 622 (1958)

Electronic Funds Solutions, LLC v. Murphy, 134 Cal. App. 4th 1161, 36 Cal. Rptr. 3d 663 (2005)

Energy Capital Corp. v. United States, 302 F.3d 1314 (Fed. Cir. 2002)

EQT Infrastructure Limited v. Smith, 861 F. Supp. 2d 220 (S.D.N.Y. 2012)

Equity Holdings Capital & Investment Corp. v. Harris Trust & Savings Bank, 602 F. Supp. 2d 928 (N.D. 2009)

Evans v. Z Green Associates, LLC v. Georgia-Pacific Corp., 331 Ga. App. 183, 188, 770 S.E. 2d 273 (2015) et Legal Academy, Inc. v. JLK, Inc., 765 S.E. 2d 472 (Ga. App. 2014)

Fail-Safe, L.L.C. v. A.O. Smith Corp., 744 F. Supp. 2d 870 (N.D. Wis. 2010)

Fairbook Leasing, Inc. v. Mesaba Aviation, Inc., 519 F.3d 421, 425-26 (8th Cir.), reh'g denied (2008)

Fairmont Supply Co. v. Hooks Industrial Inc, 177 S.W.3d 529 (Tex. App. 2005)

Farley v Skinner, UKHL 49, 2001 et Hoadley v Dunham, PNLR 4119, 2001

Fishman v. State of Wirtz, 807 F.2d 520 (7th Cir. 1987)

Fitzpatrick v. Animal Care Hospital, PLLC, 104 A.D.3d 1078, 962 N.Y.S.2d 474, 2013 WL 1234963 (2013)

Fogleman v. Peruvian Assocs., 622 P.2d 63, Arizona App., 1980

Fox v. Webb, 105 So.2d 75, Ala., 1958

Francis v. Lee Enterprises, Inc., 971 P.2d 707, 713, (Hawaii, 1999)

Franconia Associates v. United States, 61 Fed. Cl. 718 (2004)

Freund v. Washington Square Press, Inc. Court of Appeals of New York, 357 N.Y.S.2d 857, 314 N.E.2d 419 (1974) ; UCC § 1-305

Gerwin v. Southeastern California Ass'n of Seventh Day Adventists, 14 Cal. App. 3d 209, 92 Cal. Rptr. 111, 119 (Cal. Ct. App. 1971)

Ginn v. Stonecreek Dental Care, 30 N.E.3d 1034, 1043 (Ohio App. 2015)

Globe Ref. Co. v. Landa Cotton Oil Co., 190 U.S. 540, 23 S.Ct. 754, 47 L.Ed. 1171 (1903)

Godfrey v. Steinpress, 180 Cal. Rptr. 95 (5th Cir. 1982)

Goodstein Construction Corp., et al., v. The City of New York, 780 N.Y.2d 366, 604 N.E.2d 1356, 590 N.Y.S.2d 425 (1992)

Gory Associated Industries v. Juniper Roofing, 358 So.2d 93, Fla. Dist., Ct. App., 1978

Guady v. Seaman, 188 Pa. Super. 475, 149 A.2d 523 (1959)

Hadley v. Baxendale, 156 ER 145, 9 ExCh 341, 1854.

Hadley v. Baxendale, 1854 EWHC Exch J70, 1854 9 ExCh 341, 156 ER 145, 1854 9 Ex 341

Hadley v. Baxendale, Court of Exchequer, 156 Eng. Rep. 145, 9 Exch 341 (1854).

Hexion Specialty Chemicals, Inc. v. Huntsman Corp., C.A. No. 3841-VCL, 2008 WL 4457544 (Del. Ch. Sept. 29, 2008)

Hoffman v Red Owl Stores, 26 Wis. 2d 683, 133 N.W.2d 267, 1965 Wisc.

Houston Exploration, Inc. v. Meredith, 102 Nev. 510, 728 P.2d 437 (1986)

Humetrix, Inc. v. Gemplus S.C.A., our ref. 3U3, 268 F.3d 910, 9th Circuit Court of Appeals of California, 04/10/2001

IBP, Inc. v. Tyson Foods, Inc. Court of Chancery of Delaware, 2001. 789 A.2d 14.

In re Answers Corp. Shareholders, Case No. 6170-VCN, Transaction ID 36970093, April 11, 2011

In re Caremark RX Inc. Shareholders, C.A. No. 2635-N. Transaction ID 13909563, 23 février 2007

In re Clearwater Natural Resources, LP, 421 B.R. 392 (Bankruptcy E.D. Ky. 2009)

In re Comverge, Inc. Shareholders, 2014 WL 6686570, 25 novembre 2014

In re Emerald Casino Inc., 530 B.R. 44, 2014 WL 4954453 (N.D. 2014)

In re Merritt Logan, Inc., 901 F.2d 349 (3d Cir. 1990)

In re Toys "R" Us, Inc. Shareholders, Cons. C.A. No. 1212-N, Filing ID 6085566, 877A.2d 975, 1015, 24 juin 2005

International Telepassport Corporation Usf v. Usfi Inc., 89 F. 3d 82, United States Court of Appeals, Second Circuit, July 12, 1996

Jacob & Youngs, Inc. v. Kent, 230 N.Y. 239, 129 N.E. 889, 1921 N.Y. 828, 23 A.L.R. 1429

Johnson County School District v. Greater Savannah Lawn Care, 278 Ga. App. 110, 629 S.E.2d 271 (2006)

Kewin v. Massachusetts Mutual Life Ins. Co., 295 N.W.2d 50, Michigan, 1980

Kishmarton v. William Bailey Construction Inc., 754 N.E.2d 785 (Ohio, 2001)

Klein v. PepsiCo, Inc., 845 F.2d 76, (4th Cir. 1988)

Knox v. Taylor., 992 S.W.2d 40 5tex. App. 1999)

Kool, Mann, Coffee & Co. v. Coffey, 300 F.3d 340 (3d Cir. 2002)

Kvassay v. Murray, 15 Kan. App. 2d 426, 808 P.2d 896 (1991)

L-7 Designs, Inc. v. Old Navy, LLC, 647 F.3d 419 (2d Cir. 2011)

Lamm v. Shingleton, 55 S.E. 2d 810 (North Carolina, 1949)

Landa Cotton Oil Co., 190 U.S. 540, 23 S.Ct. 754, 47 L.Ed. 1171 (1903).

Learning Annex Holdings, LLC v. Whitney Educ. Group, Inc., 765 F. Supp. 2d 403 (S.D.N.Y. 2011)

Legacy Academy, Inc. v. JLK, Inc., 765 S.E.2d 472 (Ga. App. 2014)

Levin v. Grecian, 974 F. Supp. 2d 1114 (N.D. 2013)

Logan v. D.W. Sivers Co., 343 Or. 339, 169 P.3d 1255 (2007)

Lucker Manufacturing v. Milwaukee Steel Foundry, 777 F. Supp. 413 (E.D. Pa. 1991), appeal dismissed, 983 F.2d 1051 (3d. Cir. 1992)

M&A Technology, Inc. v. iValue Group, Inc., 295 S.W.3d 356 at 366 (Tex. App. 2009)

Marvell Light & Ice Co. V. General Electric Co., 162 Ark. 467, 259 S.W. 741 (1924)

Marvin Lumber & Cedar Co. V. PPG Industries, Inc., 401 F.3d 901 (8th Cir. 2005)

Mc Brayer v. Teckla, Inc., 496 F.2d 122 (5th Cir. 1974)

McDougald v. Garber, 356 N.E.2d 372, 376, N.Y. 1989

McGowan & Co. V. Bogan, F. Supp. 3d, 2015 WL 1220167 (S.D.Tex. 2015)

Meriturn Partners v. Banner, N.E.3d, 2015 Il App (1st) 131883, 6-7 (Ill. App. 2015)

Metalworking Lubricants Co. V. United States Fire Insurance Co., 460 F. Supp. 2d 897 (S.D. Ind. 2006)

Mullen v. Brantley, 213 Va. 765, 195 S.E.2d 696 (1973)

Munters Corp. v. Swisco-Young Industries, Inc., 100 S.W.3d 292 (Tex. App. 2002)

Nature's Plus Nordic A/S v. Natural Organics, Inc., 980 F. Supp. 2d 400 (E.D.N.Y. 2013)

NCMIC Finance Corp. v. Artino, 638 F. Supp. 2d 1042 (S.D. Iowa 2009)

Network Enters. Inc. v. APBA Offshore Prods. Inc., 427 F.Supp.2d 463 (N.Y. 2006)

Northern Helix Co. v. United States, 624 F.2d 557, 564 (Ct. Cl. 1980)

O'Tool v. Genmar Holdings, Inc., 387 F.3d 1188 (10th Cir. 2004)

Olson v. Nieman's Inc., 579 N.W.2d 299 (Iowa 1998)

Parker v. Twentieth Century-Fox Film Corp., 3 Cal. 3d 176, 474 P.2d 689, 89 Cal. Rptr. 737, 1970 Cal. 199

Paul Rombola v. Peter Cosindas, 220 N.E. 2d 919, 1966

Peevyhouse v. Garland Coal & Mining Company, 22 Ill.382 P.2d 109 (Okla. 1962)

PharmAthene, Inc. v. SIGA Technologies, Inc., 2011 WL 4390726, (Del. Ch. 2011)

Phelps Dodge Corp. v. Cyprus Amax Minerals Co., C.A. No. 17398, 27 septembre 1999.

Phillips v. Carlton Energy Group, LLC, S.W.3d, 2015 WL 2148951, 9-10 (Tex. 2015)

Public Service Company of New Mexico, Inc. v. Diamond D Construction Co., 131 N.M. 100, 33 P.3d 651 (2001), cert. Denied, 131 N.M. 221, 34 P.3d 610 (2001)

Purina Mills, L.L.C. v. Less, 295 F. Supp. 2d 1017 (N.D. Iowa 2003)
 R.E.B., Inc. v. Ralston Purina Co., 525 F.2d 749 (10th Cir. 1975)
 Restatement (Second) of Contracts, Chapter 16, Introductory Note
 Robertson v. Dale, 464 F.Supp. 680 (N.D. California, 1979)
 Robertson v. Dale, 464 F.Supp. 680, N.D. California, 1979.
 Rockingham County v. Luten Bridge Co., 22 Ill.35 F.2d 301 (4th Cir. 1929)
 Rombola v. Cosindas, 220 N.E. 2d 919, 1966.
 Salka v. Dean Homes of Beverley Hills, 22 Cal. Rptr.2d 902 (App. Connecticut, 1993)
 Scapa Tapes North America Inc. v. Avery Dennison Corp., 384 F. Supp. 2d 544 (D. Conn. 2005)
 Sedmark v. Charlie's Chevrolet Inc., 622 S.W.2d 694 (1981)
 Shepherd Components, Inc. v. Brice Petrides-Donohue & Associates, 473 N.W.2d 612 (Iowa 1991)
 Siga Technologies, Inc. v. Pharmathene, Inc., A.3d, 2015 WL 9591986 (Del. 2015)
 Silva v. Albuquerque Assembly & Distrib. Freeport Warehouse Corp., 738 P.2d 513 , New Mexico, 1987.
 Silva v. Albuquerque Assembly & Distribution Freeport Warehouse Corp., 738 P.2d 513, (New Mexico, 1987)
 Simon v. Solomon, 431 N.E.2d 556 (Mass. 1982)
 SJW Property Commerce v. Southwest Pinnacle Properties, Inc., 328 S.W.3d 121 (Tex. App. 2010)
 Smith development Corp. v. Bilow Enterprises, Inc., 112 R.I. 203-214, 308 A.2d 477-483 (1973)
 Specialty Beverages, L.L.C. v. Pabst Brewing Co., 537 F.3d 1165 (10th Cir. 2008)
 Spectrum Sciences & Software, Inc. v. United States, 98 Fed. Cl. 8 (2011)
 Stanback v. Stanback, 254 S.E 2d 611 (North Carolina, 1979)
 Stanford Hotels Corp. v. Potomac Creek Associates, L.P., 18 A.3d 739 (D.C. 2011)
 Stanford Hotels Corp. v. Potomac Creek Associates, L.P., 18 A.3d 739 (D.C. 2011)
 Stark v. Shaw, 155 Cal. App. 2d 181, 317 p.2d 188 (1958)
 State Farm Mut. Automobile Ins. Co v. Campbell, 538 U.S. 408, 2003
 Steven Masaki, Frank Masaki, and Sumiye Masaki, Plaintiffs-Appellees v. General Motors Corporation and Servco Pacific, Inc., Defendants-Appellants 780 P.2d 566 (1989), Supreme Court of Hawaii, september 20, 1989
 Story Parchment Co. V. Patterson Parchment Paper Co., 282 U.S. 555 (1931)
 Susan Fixel, Inc. v. Rosenthal & Rosenthal, 921 So. 2d 43 at 46 (Fla. App. 2006), review denied, 939 So. 2d 1061 (Fla. 2006)
 Swierczynski v. Arnold Foods Co., 265 F. Supp. 2d 802 (E.D. Mich. 2003)
 T G Plastics Trading Co. V. Toray Plastics (America), Inc., 775 F.3d 31-40 (1st Cir. 2014)
 TAS Distributing Co. V. Cummins Engine Co., 491 F.3d 625 (7th Cir. 2007)
 Taylor v. Caldwell, King's Bench, 3 B. & S. 826, 122 Eng. Rep. 309 (1863).

Teachers Insur. & Annuity Association v. Tribune Co., 670 F. Supp. 491 (S.D.N.Y. 2012)

Texsun Feed Yards, Inc. v. Ralston Purina Co., 447 F.2d 660 (5th Cir. 1971)

TIAA v. Tribune Co., 670 F. Supp. 491 (S.D.N.Y. 1987)

Titan Investment Fund II LP v. Freedom Mortgage Corp., n° 2627, at 32 (Del. 2012)

Toltec Fabrics, Inc. v. August Inc., 29 F.3d 778, 780 (2d Cir. 1994)

Tractebel Energy Marketing, Inc. v. AEP Power Marketing, Inc., 487 F.3d 109-111 (2d Cir. 2007)

Tractor & Equipment Co. v. Zerbe Bros., 348 Mont. 30, 199 P.3d 222 (2008)

TVT Records v. Island Def Jam Music Group, 279 F. Supp. 2d 366, United States District Court for the Southern District of New York

United House of Prayer for All People v. Therrien Waddell, Inc., 112 A.3d 340 (D.C. 2015)

United States v. Carrol Towing Co., Supreme Federal Court, 1947

Valdez Fisheries Development Association, Inc. v. Alyeska Pipeline Service Co., 45 P.3d 657 (2002)

Van Wagner Adver. Corp. v. S&M Enters., Court of Appeals of New York, 67 N.Y.2d 186, 492 N.E.2d 756 (1986)

Venture Associates Corp. v. Zenith Data Systems Corp., 96 F.3d 275 (7th Cir. 1996)

Vickers v. Wichita State University, 213 Kan. 620-21, 518 P.2d 517 (1974)

Virginia Power Energy Marketing Inc. v. EQT Energy LLC, 3:11-cv-00630 (E.D.Va.2012)

Waggoner Motors, Inc. v. Waverly Church Of Christ, 159 S.W. 3d 60 (Tenn. App. 2004)

Watts and Another v. Morrow, 1 W.L.R. 1421, 1991

Westlake Financial Group Inc. v. CDH-Delnor Health System, 2015 IL App (2d) 140589, 25 N.E.3d 1166 (Ill. App. 2015)

3. Références portant sur l'arbitrage et le droit commercial international (Unidroit, CISG)

3.1. Ouvrages, essais

BONELL Michael Joachim, *The UNIDROIT Principles in Practice: Caselaw and Bibliography on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 2nd ed., 2006.

BORN Gary B., *International Commercial Arbitration*, Second Edition, Wolters Kluwer Law and Business, 2014.

BORN Gary B., *International Commercial Arbitration Treatise*, Edition 2009/2010.

CARTWRIGHT John, HESSELINK Martijn, *Precontractual Liability in European Private Law*, Cambridge University Press, 17 févr. 2011.

GORDLEY James, VON MEHREN Arthur Taylor, *An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings, Cases, Materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

VOGENAUER Stefan, *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC) Second Edition*, Oxford University Press, 2015.

WÖSS Herfried, SAN ROMAN RIVERA Adriana, SPILLER Pablo, DELLEPIANE Santiago, *Damages in International Arbitration under Complex Long-term Contracts*, Oxford University Press, 2014.

3.2. Articles

ARNALDEZ Jean-Jacques, DERAIS Yves, HASCHER Dominique, *Collection of ICC Arbitral Awards - Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI - 2008-2011*, Kluwer Law International, ICCA, 2013.

CALABRESI Guido, *The decision for accidents: an approach to non fault allocation costs*, in. *Harvard Law Review* 78 (4), Harvard Press, 1965.

CALABRESI Guido, *The cost of accidents: a legal and economic analysis*, New Haven Yale University Press, 1970.

CALABRESI Guido, MELAMED Douglas, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, in. *Harvard Law Review*, 85 (6), Harvard Press, avril 1972.

DASSER Felix, *Mouse or Monster ? Some facts and Figures on the lex mercatoria*, R Zimmermann, *Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts, vol. II : Nichtstaatliches Privatrecht – Geltung und Genese*, 2008

DERAIS Yves, KREINDLER Richard H., *Evaluation of Damages in International Arbitration*, International Chamber of Commerce, 2006.

FINAZZI AGRO Eleonora, *The impact of the UNIDROIT Principles in International Dispute Resolution in Figures*, ULR 719, 2011.

GÉLINAS Paul-A., *General characteristics of recoverable damages in international arbitration*, International Chamber of Commerce.

METZGER Axel, *Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im europäischen Privatrecht*, 2009.

PAULSSON Jan, *The expectation model*, International Chamber of Commerce, 2006.

VAN DEN BERG Albert Jan, *ICCA Yearbook Commercial Arbitration, Volume XXXIX 2014*, Kluwer Law International, 2015.

3.3. Jurisprudence

Allemagne

Deutsch c. The Music Company, 6 Ohio Misc. 2d 6 (Mun. Ct. 1983)

Cour du District de Darmstadt, Allemagne, Cas N° 10 O 72/00, LG Darmstadt (9 Mai 2000)

Angleterre

Hadley v. Baxendale, Court of Exchequer, 156 Eng. Rep. 145, 9 Exch 341 (1854).

Taylor v. Caldwell, King's Bench, 3 B. & S. 826, 122 Eng. Rep. 309 (1863)

Cour Européenne des Droits de l'Homme

C.E.D.H., 6 avril 2000, Comingersoll s.a. c. Portugal, req. 35382/97

Finlande

Cour d'Appel d'Helsinki, Finlande, Cas N° S 00/82, 26 Octobre 2000

Italie

1^{er} décembre 1996, Camera Arbitrale Nazionale ed Internazionale di Milano, *Cas n° A-1795/51*, Unilex

Suisse

Tribunal de Commerce de Zurich, Suisse, Cas N° HG 970238.I, 10 Février 1999

Union Européenne

TPICE, 5 avr. 2006, Degussa AG c/ Commission, aff. T-279/02, JOCE 3 juin 2006, C 131/37

TPIUE, 8 avr. 2010, Amann & Söhne GmbH & Co. KG c/ Cousin Filtrerie SAS, aff. T-446/05, point 147

Final Arbitral Award of 2007, *ICC Case n° 13646*. Damages calculated under 1) The United Nations Vienna Convention on International Merchandise Trade of 1980 (CVIM – Art. 75), and 2) Swiss law (Contrats et Obligations, Art. 73.1).

4- Références portant sur le droit comparé

4.1. Références en langue française

BAUDOIN Jean-Louis, *Les dommages et intérêts punitifs : un exemple réussi d'emprunt à la common law*, MéL. Malinvaud, 2006.

CABRILLAC Rémy, *Droit européen comparé des contrats*, LGDJ, 2012.

CHAMPETIER DE RIBES-JUSTEAU Anne-Laure, *Les Abus de Majorité de Minorité et d'Égalité: Etude Comparative des droits français et américain des sociétés*, Dalloz, 2010.

COLLECTIF Université Paul Cézanne Aix Marseille III, Faculté de Droit et de Sciences Politiques, *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, PUAM, 2009.

FONTAINE Marcel, VINEY Geneviève, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Etudes de droit comparé*, BRUYLANT Bruxelles, LGDJ Paris, 2001.

JACQUEMIN Zoé, *Payer, réparer, punir ; étude des fonctions de la responsabilité en droit Français, Allemand et Anglais*, LGDJ, 2015.

LAITHIER Yves-Marie, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, Paris, 2004.

Articles

BELLIVIER Florence, SEFTON-GREEN Ruth, Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme, in. *Etudes offertes à Jacques Ghestin, le contrat au début du XXIème siècle*, LGDJ, 2001.

4.1. Références en langue anglaise

BORGHETTI Jean Sebastien, Punitive damages in France, in. *Helmut Koziol, Vanessa Wilcox, (Dir.) Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*, SPRINGER WIEN New York, 2009.

CALLEROS Charles R., Punitive Damages, Liquidated Damages, and Clauses Pénales in Contract Actions: A Comparative Analysis of the American Common Law and the French Code Civil, in. *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 32, 2006.

DJANKOV Simeon, GLAESER Edward, LA PORTA Rafael, LOPEZ-DE-SILANES Florencio, SHLEIFER Andrei, The new comparative economics, in. *Journal of Comparative Economics*, 31 (4) Elsevier, décembre 2003.

COHEN Nili, Mckenbrick Ewan (dir.), *Comparative remedies for breach of contract*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2005.

GILO David, The deterrent factor of damages where pricing is affected, in. *Nili Cohen, Ewan McKenbrick, Comparative remedies for breach of contract*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2005.

KOCH Bernhard A., Punitive damages in European Law, in. *Helmut Koziol; V. WILCOX, Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*, SPRINGER WIEN New York, 2009.

KOZIOL Helmut, As punishment aim has a strong case against it, is it possible to shift from punitive to preventive damages ?, in. H. Koziol, V. Wilcox, *Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*, SPRINGER WIEN New York, 2009.

MATTEI Ugo, *Comparative Law and Economics*, The University Of Michigan Press, 1997.

MATTEI Ugo, Second study on comparative efficiency: penalty clauses and liability limiting clauses, in. Ugo Mattei, *Comparative Law and Economics*, The University Of Michigan Press, 1997.

MCKENDRICK Ewan, WORTHINGTON Katherine, Damages for non-pecuniary loss, in. Nili Cohen, Ewan McKenbrick, (Dir.), *Comparative remedies for breach of contract*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2005.

PORAT Ariel, A Comparative Fault Defense in Contract Law, in. Fault in *American Contract Law 207*, Omri Ben-Shahar & Ariel Porat eds., 2010.

REQUEJO ISIDRO Marta, Punitive damages from a private international law perspective, in. Helmut Koziol, Vanessa Wilcox, *Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*, SPRINGER WIEN New York, 2009.

SCARSO Alessandro P., Punitive damages in Italy, in. Helmut Koziol, Vanessa Wilcox, *Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*, SPRINGER WIEN New York, 2009.

SEBOK Anthony J., The United States, in. Helmut Koziol; Vanessa Wilcox, *Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*, SPRINGER WIEN New York, 2009.

VISSCHER Louis T., Economic analysis of punitive damages, in. Helmut Koziol ; Vanessa Wilcox, *Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*, SPRINGER WIEN New York, 2009.

5- Autres références portant sur les droits africains ou arabes

BURCHELL Jonathan, *Principles of Delict*, JUTA & Co., Cape Town, 1993.

CHEHATA Chafik, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, Dalloz, 2005.

JEREMIA OLIVIER Pierré Johannes & VAN DER MERWE Nicolaas Johannes, *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg*, J.P. Van Der Walt Publishers, Pretoria, 1985.

NEETHLING Johann, Punitive damages in South Africa, in. *Helmut Koziol, V. WILCOX, Punitive damages: Common Law and Civil Law perspectives*, SPRINGER WIEN New York, 2009.

TELOMONO BISANGAMANI Matthieu, La réparation du préjudice moral. *Etude du droit congolais à la croisée des sources endogènes et exogènes*, Mémoire réalisé sous la direction de Gilda Nicolau, Université Paris I Pantheon Sorbonne, 2007.

ANNEXE 1 : 1. Etudes de cas

1.1. Etude de cas 1

**Procédure devant la Cour d'appel de Versailles
Entre Société V, appelante et Société E, intimée
Jugement du tribunal de commerce de Nanterre du 3 octobre 2008
Arrêts de la Cour d'Appel Versailles des 11 mars 2010, 30 juin 2011 et 18 novembre
2014**

RESUME DES FAITS

La Société E développe, fabrique et commercialise avec succès un médicament P à usage humain ayant pour principe actif F ; elle est titulaire de brevets sur ce principe actif et son procédé de fabrication.

La Société V développe et commercialise, en France et dans plusieurs autres pays, des spécialités médicales à usage vétérinaire. V a souhaité développer un produit L à usage vétérinaire à partir du même principe actif F, et s'est rapprochée à cette fin de E.

Le 25 mai 2004, V et E ont conclu un contrat d'option de licence prévoyant les conditions dans lesquelles V pourrait réaliser des essais afin d'évaluer l'efficacité de F sur les espèces cibles.

En février 2005, E, invoquant un risque médiatique et réglementaire concernant F, a informé V de sa décision de lui substituer un nouveau principe actif F2.

Après discussions, un avenant 1 signé par les parties le 31 août 2005 prévoit que :

- V accepte de poursuivre sa collaboration sur cette nouvelle base sous la condition suspensive que les essais sur F2 concluraient à une efficacité équivalente à celle de F ;
- le contrat du 25 mai 2004 soit suspendu dans tous ses effets à compter du 8 février 2005 jusqu'à la réalisation de la condition suspensive ci-dessus devant intervenir au plus tard le 30 novembre 2005 avec possibilité de prolonger ce délai selon accord exprès des parties ;
- si la condition suspensive était remplie, les parties renégocieraient un avenant 2 modifiant les termes et conditions du contrat initial afin de prendre en compte le préjudice subi par V du fait du retard dans le lancement du produit L ;
- si la condition suspensive ne pouvait être remplie, le contrat initial serait résilié de plein droit par V avec effet immédiat.

Le 2 mars 2006, V a informé E :

- des conclusions défavorables des essais conduits dans le cadre de l'avenant 1 ;
- que la levée de l'option prévue par cet avenant ne pouvait intervenir ;
- qu'elle demandait le retour au contrat initial dont elle confirmait l'option ;
- qu'elle passait commande d'un premier lot du principe actif initial F.

Le 24 avril 2006, E a répondu en :

- contestant les conclusions des essais conduits ;
- refusant toute possibilité de revenir au contrat initial ;
- proposant à V soit de procéder à de nouveaux essais sur F2, selon une méthodologie validée par les deux parties, soit de prononcer la résiliation du contrat initial aux risques exclusifs de V.

PROCEDURE 1

Après mise en demeure, le 18 juillet 2006, V a assigné E et a demandé au tribunal de :

- déclarer nul pour dol l'avenant 1 ;
- dire qu'elle a valablement levé l'option prévue par le contrat initial ;
- dire que ce contrat est devenu définitif ;
- enjoindre E de livrer, sous astreinte, le principe actif initial F que V avait commandé ;
- enjoindre E de reprendre le stock de F2 ayant été livré à V dans le cadre des essais ;
- enjoindre E de rembourser à V la somme de 593 K EUR qu'elle avait payé pour F2 ;
- condamner E à verser à V la somme de 10 M EUR de dommages et intérêts provisionnels ;
- désigner un expert afin d'évaluer le préjudice définitif subi.

Le 22 décembre 2006, E s'est opposée aux prétentions de V et, le 13 juin 2008, a demandé à titre reconventionnel au tribunal de :

- prononcer la résiliation du contrat initial aux torts exclusifs de V ;
- condamner V au paiement à E de la somme de 19 M EUR de manque à gagner subi ;
- (à titre subsidiaire) désigner un expert afin d'évaluer l'efficacité relative de F et F2.

Le tribunal, par jugement rendu le 3 octobre 2008, assorti de l'exécution provisoire, a :

- débouté V de sa demande de nullité de l'avenant 1 ;
- débouté V de ses demandes au titre de l'exécution du contrat initial ;
- débouté V de sa demande de remboursement du F2 qu'elle avait payé et reçu ;
- débouté E de sa demande reconventionnelle ;
- condamné E à payer à V la somme de 64 K EUR des coûts des essais conduits ;
- débouté les parties du surplus de leurs prétentions ;
- condamné les parties aux dépens chacune pour moitié.

V a interjeté appel et, dans ses conclusions du 2 décembre 2009, demande à la Cour, infirmant le jugement en ce qu'il a rejeté ses prétentions, de :

- déclarer résilié le contrat initial aux torts exclusifs de E ;
- déclarer résolue la vente du F2 réalisée dans le cadre des essais ;
- condamner E à rembourser à V la somme de 593 K EUR qu'elle avait payée pour le F2 ;
- (à titre subsidiaire) condamner E à payer à V une indemnité de 593 K EUR ;
- donner acte à V qu'elle tient à disposition de E le stock de F2 inutilisé ;
- condamner E à verser à V la somme de 10 M EUR de dommages et intérêts provisionnels ;
- désigner, aux frais avancés de E, un expert afin d'évaluer le préjudice définitif subi ;
- confirmer le jugement en ce qu'il a débouté E de toutes ses prétentions
- condamner E aux dépens et au paiement de 100 K EUR au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

E, dans ses conclusions du 4 novembre 2009, demande à la Cour, infirmant le jugement en ce qu'il a rejeté sa demande reconventionnelle, de :

- déclarer résilié le contrat initial, aux torts exclusifs de V ;
- condamner V au paiement à E de la somme de 19 M EUR de manque à gagner subi ;
- (à titre subsidiaire) désigner un expert afin d'évaluer l'efficacité relative de F et F2 ;
- confirmer le jugement en ce qu'il a débouté V de toutes ses prétentions ;
- condamner V aux dépens et au paiement de 70 K EUR au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

DISCUSSION

Nous reprenons ci-dessous les principaux termes de la discussion détaillée par la Cour dans son arrêt du 11 mars 2010.

Le jugement n'est pas critiqué et sera confirmé en ce qu'il a débouté V de ses demandes :

- de nullité pour dol de l'avenant 1 ;
- au titre de l'exécution du contrat initial.

E ne pouvait prétendre s'exonérer unilatéralement de son obligation de délivrance résultant du contrat initial. En effet, la décision d'E de ne pas maintenir l'option de licence pour F et de proposer en remplacement F2 était motivée :

- non pas par une nécessité impérieuse tenant à un défaut voire un risque de F ;
- non plus par un changement de réglementation actuel ou futur ;
- mais plutôt par la volonté de se préserver d'un risque médiatique circonscrit à son image et d'une probable modification de la réglementation alimentaire à terme ; ce qui ne constitue pas un cas de force majeure.

V a dans un premier temps contesté :

- la décision d'E qui pouvait être assimilée à une rupture unilatérale du contrat initial ;
- l'assertion selon laquelle F2 serait aussi efficace que F.

V a par la suite accepté de poursuivre la collaboration avec F2 et E a accepté de compenser les conséquences du retard dont elle se reconnaissait ainsi nécessairement responsable.

Mais V a constamment émis des réserves quant à la démonstration de l'équivalence de l'efficacité entre F et F2.

L'avenant 1 signé par les parties le 31 août 2005 n'emporte pas en lui-même novation du contrat d'origine par changement d'objet, mais simplement suspension de ses effets.

Il en résulte que, dans l'hypothèse où les essais envisagés par l'avenant 1 ne permettent pas à V de conclure à l'efficacité de F2, d'un niveau équivalent à F, V est fondée à :

- résilier de plein droit le contrat initial ;
- demander à E réparation du préjudice qu'elle justifierait subir à titre personnel.

Les essais menés dans le cadre de l'avenant 1 concluent à des résultats moins favorables pour F2 que pour F.

Pour remettre en cause ces conclusions, E critique a posteriori la méthodologie suivie en la soumettant à l'analyse de professeurs-chercheurs universitaires et produit aux débats:

- un premier document, daté du 5 avril 2006, qui conclut à l'efficacité des produits testés mais qui :
 - o ne se prononce pas directement sur l'équivalence d'efficacité entre F2 et F ;
 - o ne peut être opposé à V, alors qu'il s'agit d'une étude clinique à laquelle E a elle même fait procéder plus d'un an après les essais de l'avenant 1 ;
- un second document qui conclut à la nécessité de pratiquer un essai sur un échantillon de plus grande taille pour confirmer les résultats alors qu'il est avéré que :
 - o le protocole détaillant la taille des échantillons était annexé à l'avenant 1 et avait donc valeur contractuelle ;
 - o E était en mesure de procéder au contrôle préalable de la pertinence du protocole.

En conséquence, quelles que soient les imperfections des essais menés dans le cadre de l'avenant 1, ceux-ci ne permettaient pas à V de conclure à l'efficacité de F2 d'un niveau équivalent à F. Dans ces conditions, il ne peut être fait grief à V d'avoir refusé de poursuivre le développement de L avec F2 et E doit être déboutée de ses demandes d'indemnisation. En revanche, V est fondée à revendiquer la résiliation de plein droit du contrat initial.

V avait commandé et reçu livraison de F2 pour une valeur de 593 K EUR et, après utilisation partielle, en détient encore pour une valeur de 571 K EUR.

Il est démontré que l'acquisition de F2 était soumise à la levée de la condition suspensive prévue à l'avenant 1. A défaut de réalisation de cette condition, la résiliation du contrat initial a donc pour conséquence la résolution de la vente de F2.

V est donc fondée à demander le remboursement de la somme de 571 K EUR en contrepartie de la restitution du stock encore en sa possession.

Le jugement entrepris sera infirmé en ce qu'il l'a déboutée de ce chef de demande.

Le préjudice de V réside dans la perte de marge nette qu'elle aurait pu réaliser personnellement et directement grâce à la commercialisation du produit L qu'elle aurait du pouvoir lancer sur le marché.

Et la Cour poursuit en explicitant la méthodologie qui devra être suivie.

« La perte de marge nette doit être déterminée en considération :

- d'une part :
 - o des volumes prévisibles de vente ;
 - o du prix envisageable de mise sur le marché ;
 - o de la part de prix HT dont V aurait pu bénéficier directement et personnellement ;
- d'autre part :
 - o de l'ensemble des coûts R&D exposés par V pour parvenir au produit final L ;
 - o des coûts d'approvisionnement en F2 ;
 - o des coûts de commercialisation du produit L ;
- le tout :
 - o sur l'ensemble du territoire concerné par le contrat initial ;
 - o et à tout le moins pour la durée initiale de celui-ci ».

Il convient de préciser ici que V évalue son préjudice, suivant les méthodes de calcul, entre 29 et 52 M EUR de perte de marge sur le produit L. Nous reviendrons plus tard sur les questions de droit posées par cette évaluation et sur leurs conséquences économiques.

« En l'état, conclut la Cour, il apparaît nécessaire d'inviter les parties à envisager une médiation/expertise pour déterminer le montant de l'indemnisation du préjudice subi par V ».

DISPOSITIF 1

Dans son arrêt du 11 mars 2010, la Cour :

- statuant avant dire droit, confirme le jugement en ce qu'il :
 - o déboute V de sa demande de nullité pour dol de l'avenant 1 ;
 - o déboute V de sa demande au titre de l'exécution du contrat initial ;
 - o déboute E de sa demande reconventionnelle ;
 - o condamne E à payer à V la somme de 64 K EUR des coûts des essais conduits ;
- infirme le jugement pour le surplus ;
- statuant à nouveau des chefs infirmés :
 - o constate la résiliation du contrat initial, aux torts de E ;
 - o prononce la résolution de la vente de F2 ;
 - o condamne E à rembourser à V la somme de 571 K EUR correspondant au paiement de la part inutilisée du stock de F2, en contrepartie de la restitution de ce stock ;
 - o (avant de dire droit sur le surplus) invite les parties à envisager une médiation sur l'indemnisation du préjudice subi par V et les renvoie à l'audience du 13 avril 2010.

PROCEDURE 2

La médiation organisée avec l'accord des parties par arrêt du 6 mai 2010 n'ayant pu aboutir, les parties ont de nouveau conclu au fond sur la liquidation du préjudice et les 13 filiales de V sont intervenues volontairement à l'instance. On verra que ce dernier élément de procédure aura une conséquence significative sur l'évaluation du préjudice.

A la demande de E, le conseiller de la mise en état a ordonné la désignation d'un expert judiciaire par ordonnance rendue le 12 mai 2011.

DISPOSITIF 2

Par arrêt contradictoire partiellement avant dire droit en date du 30 juin 2011, la Cour sous la présidence de Mme Dominique Rosenthal a :

- constaté l'échec de la médiation sur l'indemnisation du préjudice subi par V ;
- déclaré les 13 filiales de V recevables en leur intervention volontaire ;
- condamné E à payer à V la somme de 5 M EUR à titre de provision à valoir sur l'indemnisation de son préjudice ;
- ordonné une expertise judiciaire ayant clairement pour objectif de « réunir tous les éléments techniques ou de fait permettant à la Cour d'apprécier la perte de marge nette et le quantum du préjudice subi directement et personnellement par V et chacune de

- ses filiales en conséquence directe de la rupture du contrat (...) et, le cas échéant de constater l'accord des parties » ;
- rappelé que le préjudice subi par V se définit par la **perte subie et le gain manqué** (article 1149 ancien du Code civil) et posé explicitement les méthodes d'évaluation du dit préjudice :
 - « **déterminer le volume des ventes qui auraient pu être réalisées** par V et chacune de ses filiales (...) pour les années pendant lesquelles le contrat de licence aurait dû recevoir exécution sur chacune des zones du territoire contractuel », et ce par référence :
 - aux données du marché constatées pour les produits de même destination pour les années d'ores et déjà écoulées et par estimation/projection pour les années pouvant rester à venir ;
 - à la spécificité du produit fabriqué et selon la forme galénique retenue ;
 - aux méthodes de commercialisation habituelles des appelantes et aux conditions de mise sur le marché de tels produits ;
 - « **déterminer le prix hors taxe auquel les produits auraient pu être vendus** par V et chacune de ses filiales ;
 - **détailler et chiffrer les coûts de R&D** ou de toute nature **déjà exposés** par V, en relation directe avec le contrat, jusqu'à sa rupture ;
 - **déterminer les coûts de R&D qui auraient dû encore être exposés** par V et chacune de ses filiales pour parvenir à l'élaboration d'un produit fini, pour obtenir la protection des droits par dépôt de marques ou brevets ainsi que les autorisations éventuellement nécessaires pour la commercialisation sur chacune des zones de territoire concernées ;
 - **déterminer les coûts de fabrication, conditionnement, promotion, commercialisation, logistique qui auraient dû être exposés** par V et chacune de ses filiales ;
 - **déterminer toutes les charges dont V ou ses filiales auraient été redevables à E** ;
 - **indiquer toutes autres charges, concourant à la détermination de la marge nette**, de V et de chacune de ses filiales et donner son avis sur le taux prévisible de celle-ci » ;
 - dit que V et E devront consigner au greffe de la Cour, à titre de provision pour frais et honoraires d'expertise, la somme totale de 10 K EUR avant le 8 septembre 2011 ;
 - dit que l'expert devra tenir informé le conseiller de la mise en état de l'exécution de sa mission et de toute difficulté qu'il pourrait rencontrer ;
 - dit que l'expert devra déposer son rapport avant le 15 décembre 2011 (à la suite d'incidents de procédure multiples ce délai sera repoussé d'un an) ;
 - renvoyé les parties pour examen de l'état de la procédure au 19 janvier 2012 ;
 - dit qu'il sera statué sur les indemnités de procédure et dépens d'appel par l'arrêt au fond en ouverture de rapport.

EXPERTISE

Un pré-rapport a été remis aux parties le 15 décembre 2012, par l'expert judiciaire M. Lille. Les parties ont formulé leurs observations dans le cadre de dires récapitulatifs reçus par

l'expertise le 15 février 2013. Le rapport final d'expertise est déposé le 31 mars 2013¹. Ce rapport de 149 pages, extrêmement dense sur le plan analytique, utilise de manière critique les arguments des parties les uns après les autres pour n'en retenir que les plus probants. Nous en analyserons successivement la synthèse générale, deux aspects méthodologiques originaux concernant la minimisation (*mitigation*) du préjudice et les intérêts de retard et enfin la conclusion.

Synthèse générale du rapport²

V a affiné son analyse du préjudice. L'expert privé qu'elle a mandaté estime le préjudice total à 40,2 M EUR, intérêts de retard compris.

E, elle-même assistée de son propre expert, a soulevé rapidement de nombreuses objections à l'estimation avancée par V :

- le produit vétérinaire est peu efficace, notamment au dosage suggéré ;
- la forme galénique est un non-sens marketing pour ce type de produit ;
- V envisage la mise en œuvre du contrat de manière non prévisible ;
- les contraintes réglementaires n'ont pas été sérieusement prises en compte ;
- V est un acteur de taille trop modeste sur certains marchés ;
- les tailles de marché sont excessives ne tiennent pas compte des pratiques ;
- les parts de marché envisagées par V sont trop optimistes au regard de ses capacités, de la concurrence et du potentiel du produit.

Après analyse, l'expert judiciaire a écarté totalement ou partiellement la plupart des objections de V et a décidé de concentrer son expertise sur les tailles de marché et les parts de marché envisageables.

Selon V, le marché auquel se serait adressé le produit L s'élèverait à 701,4 M EUR sur l'ensemble de la période contractuelle (2006-2012). E estime les mêmes marchés à 585 M EUR. L'expert a retenu certaines des analyses de E à propos du marché américain pour ramener la taille des marchés envisageables à 600,1 M EUR.

V estime qu'elle aurait pu conquérir environ 16,1% du marché et situer son chiffre d'affaires à un total de 103,9 M EUR. Pour sa part, E considère que le produit aurait été un échec compte tenu de ses insuffisances et n'aurait pu générer plus de 7,3 M EUR de CA soit 1,2% de part de marché. Après une analyse conduite marché par marché, l'expert considère que L aurait pu atteindre une part de marché de 9,7% soit un CA de 58,2 M EUR.

L'expert s'est ensuite penché sur chaque ligne à inclure dans le compte d'exploitation de L acceptable dans le cadre d'une indemnisation de préjudice. A savoir l'estimation des :

- coûts de revient industriels et de la marge brute, compte tenu des prix de vente ;
- frais de douane et de transit ;
- frais de distribution ;
- frais de recherche engagés et à engager ;
- *royalties* afférentes au CA, prenant en compte les paiements initiaux ;
- frais commerciaux et marketing, les frais administratifs sont quasiment fixes ;

¹ E.-Y. LILLE, OTECI (Office Technique d'Etudes et de Coopération Internationale), *V vs. E, Affaire L, Evaluation du préjudice, Rapport final d'expertise*, 31 mars 2013, Paris.

² *Idem.* p. 21 et s.

- effets de cannibalisation avec d'autres produits de la gamme ;
- autres éléments de nature à minimiser le préjudice à prendre en compte ;
- intérêts de retard.

Ce compte d'exploitation est présenté ci-dessous avec les estimations de chaque partie.

En M EUR	Expert de V	Expert de E	Expert judiciaire
Taille du marché adressable	701,4	585,3	600,1
<i>Part de marché atteignable</i>	<i>16,1%</i>	<i>1,2%</i>	<i>9,7%</i>
CA manqué faute de lancement de L	103,9	7,3	58,2
- Coût de revient industriel			-28,1
Marge brute manquée	58,7	2,2	30,1
<i>Taux de marge</i>	<i>56,5%</i>	<i>30,1%</i>	<i>51,7%</i>
- Coût de distribution	-1,8	-0,1	-1,0
Marge brute manquée après distribution	56,9	2,1	29,1
<i>Taux de marge</i>	<i>54,8%</i>	<i>28,8%</i>	<i>50,0%</i>
- Frais de recherche	-1,0	-0,9	-1,1
- Royalties	-6,8	-0,5	-3,8
- Paiement initiaux	-0,3	-0,3	-0,3
- Frais commerciaux	-6,6	-6,5	-6,6
- Frais marketing	-6,9	-6,6	-7,7
- Frais administratifs		-0,5	0
Marge nette manquée avant mitigation	35,3	-13,2	9,6
<i>Taux de marge</i>	<i>34,0%</i>	<i>-181%</i>	<i>16,5%</i>
- Cannibalisation sur F	-2,7	-2,1	-2,7
- Cannibalisation sur C	-1,9	-1,5	-1,3
Résultat net manqué	30,7	-16,8	5,6
<i>Taux de résultat net</i>	<i>29,5%</i>	<i>-230%</i>	<i>9,7%</i>
- Frais R&D externes remboursables	-0,9		-0,4
Préjudice complet courant	31,6		6,0
Préjudice complet actualisé	40,2		5,3

Minimisation du préjudice³

Un compte d'exploitation simplifié a été établi par filiale pour parvenir à une marge nette locale de laquelle l'expert a ensuite déduit la totalité de la marge conservée en France par la maison mère de V (prix de transfert) ainsi que, le cas échéant, l'impact négatif de la cannibalisation avec les produits existants de la gamme.

Ainsi, l'expert a constaté qu'il n'y avait pas de préjudice pour les filiales de V aux Etats-Unis, Canada, ainsi que celles figurant la catégorie « autre ». En effet, le préjudice calculé et actualisé pour ces filiales est négatif ; en d'autres termes, le non-lancement de L leur a évité une perte. Très logiquement le montant des pertes « évitées » par ces filiales devra être imputé sur le bénéfice réalisé en France par la maison mère.

³ *Ibidem.* p. 133 et s.

Intérêts de retard⁴

Une fois déterminé, pour chaque filiale et en global, une série de résultats (positifs ou négatifs) qui auraient dû être encaissés ou subis par V tout au long de la période contractuelle, et une fois admises les hypothèses retenues par l'expert entre celles contradictoires des parties, il ne reste plus aucune notion d'aléas. C'est à ce stade que se révèle toute la puissance de cette méthodologie systématique qui réduit l'arbitraire à son strict minimum.

Les sommes dues sont désormais certaines et la seule chose qui reste à indemniser est le décalage temporel entre le moment où ces sommes auraient dû être encaissées et le moment où le préjudice sera effectivement payé à V. Il s'agit donc du paiement d'un intérêt de retard.

Logiquement, le taux à retenir pour le calcul des intérêts de retard dépend de la situation de trésorerie de la société subissant le préjudice :

- si elle est en position d'emprunteuse nette sur la période considérée, le taux retenu devra correspondre à la moyenne pondérée des taux d'intérêts qu'elle paye à ses prêteurs ;
- si elle est en position d'autofinancement, voire de prêteuse nette, sur la période considérée, le taux retenu devra correspondre à la moyenne pondérée des taux d'intérêt légaux définis par les autorités⁵.

Dans le cas d'espèce, V ne s'est jamais trouvée significativement en période d'emprunteur sur la période considérée. L'expert a donc appliqué l'intérêt légal à la série de résultats considérée, en faisant l'hypothèse - réaliste dans le cas présent - qu'il n'y a pas de saisonnalité trop marquée et que donc les résultats d'une année se forment régulièrement tout au long de l'exercice.⁶

La décision de la Cour tiendra compte de la date de versement de l'acompte de 5 M EUR et de la date de paiement effectivement retenue pour compléter le calcul arrêté à fin 2012.

Conclusion de l'expertise⁷

Le montant du préjudice indemnisable est évalué par l'expert à 5 596 K EUR. Le montant des frais de recherche engagés s'élève à 925 K EUR dont 441 K EUR correspondant à l'imputation de coûts externes (dont 370 K EUR remboursables) et 485 K EUR correspondant à des charges externes.

⁴ *Ibidem*. p. 141 et s.

⁵ Aux termes de la loi n°75-619 du 11 juillet 1975 modifiée par la loi du 23 juin 1989, le taux d'intérêt légal est fixé pour la durée de l'année civile. Il est égal à la moyenne arithmétique des douze dernières moyennes mensuelles des taux de rendement actuariel des adjudications de bons du Trésor à treize semaines.

⁶ Le calcul des intérêts de retard revêt un enjeu économique d'autant plus considérable que ceux-ci sont élevés. A titre indicatif, l'intérêt légal en 2013 et 2014 s'est situé à un niveau historiquement bas, proche de 0% ; il a été de 4% en 2008 et a nettement dépassé les 10% jusqu'au début des années 1990.

⁷ Rapport cit. p. 145 et s.

Par entité juridique le préjudice s'analyse de la manière suivante :

En K EUR	Préjudice courant	Préjudice actualisé
Etats-Unis	0	0
Royaume Uni	330	273
Allemagne	635	589
France	3 771	3 615
Canada	0	0
Japon	0	0
Autriche	11	5
Suisse	119	116
Espagne	246	251
Australie	0	0
Italie	164	166
Belgique	139	140
Pologne	43	42
Mexique	15	14
République Tchèque	14	13
Irlande	63	64
Pays Bas	47	48
Autres	0	0
Total	5 596	5 335⁸

PROCEDURE 3

V et ses filiales dans leurs dernières conclusions en date du 26 mai 2014 demandent à la Cour de condamner E à payer :

- 10 812 K EUR à V (maison mère), sous déduction de la provision de 5 000 K EUR déjà payée ;
- 10 405 K EUR au total à ses filiales, soit un total de 21 217 K EUR la question de la prévisibilité du préjudice selon l'article 1150 ancien du Code civil ne se posant pas, s'agissant d'une faute dolosive de l'intimée E, aucune limite n'a lieu d'être fixée à la réparation ;
- 800 K EUR au titre de l'article 700 du Code de procédure civile, sous déduction de la provision de 70 K EUR ;
- les dépens incluant les frais d'expertise.

Et dans ses dernières conclusions en réponse en date du 25 juin 2014 V demande à la Cour sous visa des articles 1149 et 1150 anciens du Code civil, 238, 696, 699 et 700 du Code de procédure civile :

- d'homologuer le rapport d'expertise de M. Lille en ce qu'il réduit la réparation du préjudice allégué par V au préjudice prévisible (du fait du dosage prévu par les parties

⁸ Même si c'est contre intuitif, il est logique que le préjudice actualisé soit légèrement inférieur au préjudice exprimé en euro courant. En effet, le taux d'intérêt légal a fortement baissé sur la période considérée (2006-2012) et les pertes auraient été réalisées sur les années pour lesquelles le taux d'intérêt était élevé contrairement aux profits qui seraient intervenus plus récemment sur la période à bas taux.

au contrat et qu'aucun objectif de vente n'avait été fixé contractuellement) et prévu par l'expert à un montant de 2 350 K EUR (gain manqué) ;

- d'infirmer le rapport d'expertise en ce qu'il a conclu qu'E devait rembourser 370 K EUR au titre des frais de R&D externes (perte subie), dire que ces frais sont inhérents au lancement du produit L et qu'ils doivent à ce titre venir réduire la marge dégagée de 1 470 K EUR au lieu de 1 100 K EUR ;
- de laisser à la charge de chacune des parties ses propres frais de procédure ;
- de condamner V à régler les dépens à hauteur de 75% ;
- de condamner V à régler les frais d'expertise.

La Cour a rendu son ordonnance de clôture en date du 26 juin 2014 et son arrêt contradictoire, sous la présidence de Mme Dominique Rosenthal, en date du 18 novembre 2014.

MOTIFS 3

La Cour :

- rappelle les principes d'indemnisation du préjudice ;
- inclut le préjudice subi par les filiales, désormais intervenantes à la procédure, qui se rajoute à celui de la maison mère, seulement au titre du gain manqué mais pas de la perte de chance car elles n'étaient pas parties au contrat initial ;
- constate que l'expert a utilisé des méthodes d'analyse pertinentes, fiables et basées sur des données objectives de marché, de concurrence, de marge, etc. ;
- note qu'aucune des parties ne conteste la validité de l'expertise ;
- remarque que les parties s'opposent en revanche sur la notion de préjudice prévisible au regard des stipulations du contrat, qui échappe à l'appréciation de l'expert par application de l'article 238 du Code de procédure civile : durée/renouvellement du contrat, volume de vente minimum/indicatif, dosage/poids, frais de R&D/inhérents au lancement, etc. et elle statue sur chacune de ces stipulations ;
- limite la réparation au préjudice prévisible du fait de l'inexécution simplement fautive et non dolosive d'E selon l'article 1150 ancien du Code civil ;
- considère qu'il convient de retenir 1 100 K EUR au titre des frais de R&D prévisibles et 370 K EUR correspondant aux frais externes déjà exposés par V, dont le remboursement sera mis à la charge de E.

DISPOSITIF 3

La Cour:

- fixe le préjudice indemnisable du groupe V incombant à E à 5 965 K EUR et condamne E à payer cette somme au groupe V ;
- dit que le solde devant revenir au groupe V s'élève à 921 K EUR eu égard à l'acompte actualisé versé par E à V maison-mère, de 5 044 K EUR le 22 juillet 2011 ;
- fixe la ventilation du préjudice subi entre maison-mère et filiales selon le tableau ci-dessous et dit que V maison-mère devra restituer à ses filiales la partie de l'acompte que les concerne ;
- condamne E à payer à V 230 K EUR, déduction déjà faite de 70 K EUR déjà payé à titre de provision, en application de l'article 700 du Code de procédure civile ;
- condamne E aux entiers dépens, y compris aux frais d'expertise conformément aux dispositions de l'article 699 du Code de procédure civile.

Préjudice subi par V	Gain manqué (K EUR)	Perte subie (K EUR)	Total (K EUR)
Maison-mère	3 771	370	4 141
Filiales	1 824	-	1 824
Total	5 595	370	5 965
Acompte déjà versé	5 044	-	5 044
Net à payer	551	370	921

REMARQUES CONCLUSIVES

En conclusion, nous retenons ces sujets qui viennent illustrer la thèse :

- étendue géographique du préjudice : elle dépend des parties aux contrats, des parties à la procédure et des stipulations du contrat lui même bien sûr ;
- profondeur du préjudice : il dépend du préjudice prévisible en cas d'inexécution fautive, sans limite en cas de dol (articles 1149 et 1150 anciens du Code civil) ;
- compétence de l'expert : elle est limitée aux données objectives du marché, de prix et de marge mais ne concerne pas les stipulations mêmes du contrat telles que la durée, le renouvellement, les objectifs de vente, etc ;
- distinction faite (apparemment) entre gain manqué (*lost profit*) et perte de chance (*lost opportunity*) : la perte subie est toujours indemnisée, le gain manqué l'est aussi dans la limite du prévisible. En revanche la perte de chance - qui s'applique théoriquement en l'absence de contrat - ne l'est ici que pour les parties directement au contrat.

1.2. Etude de cas 2

**Procédure arbitrale devant un tribunal international composé de trois membres,
dont un président faisant autorité en matière d'arbitrage international.
Soumis aux règles de l'Institut d'Arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm.
Entre Y, un grand groupe international, demandeur
Et Z, personnes physiques et morales liées résidents dans le pays X, défendeurs.
A la fin des années 2000**

Le contentieux dont il est question ici a été largement commenté par la presse internationale. La sentence arbitrale à laquelle nous avons eu accès, n'ayant quant à elle jamais été rendue publique, nous conserverons la confidentialité sur l'identité des parties.

1. Remarques introductives sur le contexte

Des enjeux économiques considérables

Les sommes en jeu sont considérables. Bien que la sentence susvisée soit partielle et ne traite pas directement du *quantum*, on peut estimer à plus d'un milliard d'euros le préjudice subi par le demandeur. Pendant une dizaine d'années, Y était en effet associé à Z dans une *Joint Venture* pour contrôler l'un des principaux marchés de son secteur dans le pays X. Au moment du contentieux, la valeur du marché s'élève à près de 30 milliards EUR et croît à plus de 10% par an. Les frais d'experts et de conseils juridiques dont il est fait état par les parties s'élèvent à eux seuls à une cinquantaine de millions d'euros.

Une complexité juridique exceptionnelle

« Seulement » cinq personnes sont directement parties à l'arbitrage. Mais une trentaine de sociétés opérationnelles sont directement concernées par l'association entre Y et Z et une centaine le sont indirectement. Huit demandes principales sont soumises à l'arbitrage. La procédure elle-même s'étale sur deux ans et demi avec un nombre incalculable d'incidents et d'échanges d'écriture entre le tribunal et les parties. Sont utilisés, deux langues, deux droits étatiques et le droit international sous couvert des règles de l'Institut d'Arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm. Une bifurcation de la procédure entre la responsabilité et le *quantum* et une sentence partielle rendue sur la responsabilité rédigée sur près de 300 pages.

Une sensibilité politique particulière

Compte tenu des enjeux hors du commun, de la visibilité médiatique de l'affaire et de la proximité des parties avec les plus hautes autorités politiques, ces autorités sont intervenues auprès des dirigeants afin de préserver leurs intérêts diplomatiques respectifs et la réputation de chacun. L'affaire a finalement été transigée en quelques semaines par la cession de tous les intérêts de Y à son ancien partenaire Z et aux autorités du pays X. Cela explique que la sentence dont il est question n'ait jamais été rendue publique⁹. Il est donc difficile de parler de précédent. Pour autant, les décisions prises par le tribunal arbitral constituent une première en ce que les faits qu'elles exposent et l'argumentation qu'elles développent ont ouvert la voie au

⁹ Tribunal arbitral présidé par le Professeur Bernard Hanotiau, Affaire opposant Y à Z, Sentence partielle rendue à Oslo le 30 Septembre 2009.

règlement amiable du litige. Ce règlement amiable, dont les termes précis sont restés secrets, a certainement évité aux défendeurs une condamnation sans appel ; il a aussi évité au demandeur les difficultés plus que probables auxquelles il aurait été confronté pour obtenir l'exécution effective de la sentence, quelque favorable fut elle pour lui.

Nous focaliserons donc l'analyse sur les éléments suivants :

- résumé de la position des parties ;
- bifurcation de la procédure entre responsabilité et *quantum* ;
- clauses essentielles du contrat et décisions du tribunal sur leur inexécution alléguée ;
- autres observations et décisions argumentées du tribunal.

2. Résumé de la position des parties¹⁰

2.1. Position du demandeur Y

Le demandeur reproche aux défendeurs d'avoir violé tous les contrats signés entre le demandeur et les défendeurs et d'avoir notamment créé un réseau occultes de sociétés ayant pour seul objet de concurrencer, voire de détourner, la clientèle de la *Joint Venture*. Ces activités illicites ont déjà causé un grave préjudice aux intérêts de Y dans la *Joint Venture* et continuent de siphonner le reste de son activité de sorte que la *Joint Venture* n'a plus d'existence ou de valeur propre. Enfin chaque société et chaque centime de chiffre d'affaires de ce réseau frauduleux constituent une perte de chance pour le demandeur.

Parmi les huit demandes de Y figure notamment celle d'être indemnisé de ses pertes soit (i) en nature, purement et simplement par transfert à son nom de 51% des titres de toutes les sociétés du réseau frauduleux, soit (ii) en dommages-intérêts compensatoires de la perte subie, de la perte de chance, de la perte de jouissance de la marque de la *Joint Venture* et de l'atteinte à l'image du groupe Y. De plus, (iii) des dommages sont réclamés pour tous les profits tirés des activités illicites des défendeurs, que ces activités violent les dispositions contractuelles ou qu'elles engagent la responsabilité délictuelle de leurs auteurs.

2.2. Position des défendeurs Z

Les défendeurs rejettent en bloc tous les reproches que leur fait le demandeur. Ils soulignent que la JV a toujours été profitable et ce, grâce à l'action efficace de son dirigeant (également partie en défense). Ils ajoutent que le dirigeant n'avait eu de cesse d'informer ses actionnaires des opportunités commerciales qui se présentaient et que ceux-ci avaient toujours repoussé les investissements nécessaires pour en faire bénéficier la *Joint Venture*. Y critique maintenant les actions de Z alors que Y en avait connaissance de longue date et qu'il n'y avait jamais rien trouvé à redire. En tout état de cause, les défendeurs considèrent que le réseau de sociétés qu'ils ont créé n'a jamais concurrencé la *Joint Venture* et qu'*a fortiori* il n'a jamais constitué un montage frauduleux.

Z demande notamment au tribunal arbitral de rejeter toutes les demandes de Y ou de le débouter. Nous laisserons de côté les multiples demandes de se prononcer sur la compétence juridictionnelle et sur le droit applicable qui dépassent le cadre de notre étude.

¹⁰ Sentence cit. p. 17 et s.

3. Bifurcation de la procédure entre responsabilité et *quantum*¹¹

Dès le début de la procédure le tribunal arbitral ordonna une bifurcation de la procédure entre responsabilité et *quantum* en application de l'article 19 des règles de la Chambre de Commerce de Stockholm : « (Cette) bifurcation, de plus en plus courante dans les cas complexes d'arbitrage international, est pertinente à chaque fois que l'évaluation du *quantum* nécessite de recourir à des travaux d'experts longs, détaillés et coûteux. Dans ces cas, repousser le traitement du *quantum* est économe en temps et en coût. Cela permet à toutes les parties d'accélérer le traitement de la responsabilité et d'éviter d'engager des travaux considérables sur des chefs de préjudice pour lesquels le tribunal arbitral pourrait ensuite décider que la responsabilité du défendeur n'est pas engagée ».

Dans la même ordonnance de procédure, le tribunal arbitral ajoute que « les huit demandes d'arbitrage seront séparées entre responsabilité et *quantum*. La première phase de la procédure ne traitera que de la responsabilité. L'évaluation du *quantum*, si elle s'avère nécessaire, sera traitée dans une seconde phase ». On a vu dès nos remarques introductives que cette décision procédurale s'est avérée des plus pertinentes.

Un an plus tard, le tribunal précise dans une nouvelle ordonnance comment il entend séparer les principales demandes d'arbitrage entre les deux phases :

- a- Responsabilité solidaire et indéfinie des défendeurs - Responsabilité
- b- Indemnisation en nature par transfert des titres (i) - *Quantum*
- c- Dommages-intérêts compensatoires des pertes (ii) – Responsabilité puis *Quantum*
- d- Dommages-intérêts liés aux profits illicites réalisés (iii) - *Quantum*
- e- Remboursement à la *Joint Venture* de sommes transférées illégalement - *Quantum*
- f- Paiement des intérêts - *Quantum*

Une troisième et dernière ordonnance sur le même sujet finit de répondre aux parties qui tergiversent : « La première phase est consacrée à la responsabilité et donc aux éléments qui la constituent, à savoir l'existence d'une violation contractuelle ou d'une faute ou d'une négligence, l'existence d'un dommage et l'existence d'un lien de causalité entre les deux. Dans sa délibération, le tribunal arbitral déterminera si les défendeurs ont violé les contrats et, dans l'affirmative, s'ils peuvent être tenus responsables des agissements répréhensibles allégués. Le tribunal n'abordera pas la question de la quantification des dommages allégués ».

4. Découvertes préliminaires et décision du tribunal

Le tribunal a établi clairement¹² que le dirigeant était et reste toujours l'animateur principal du réseau de sociétés hors de la *Joint Venture*, que ces sociétés mènent des activités concurrentes et pas seulement complémentaires à celles de la *Joint Venture*, que ces sociétés constituent bien un réseau opaque et parallèle destinées à masquer les activités illicites et déloyales du dirigeant à l'encontre de la *Joint Venture*, que le dirigeant a bien cherché à masquer la relation qu'il entretenait avec ces sociétés, que les actionnaires de la *Joint Venture* ne pouvaient en conséquence pas en connaître l'existence ou l'activité ni encore moins approuver une telle

¹¹ Sentence cit. para. 90, 137, 148.

¹² Sentence cit. p. 152 et s. (para. 342 à 350).

activité, qu'enfin le dirigeant n'avait nulle intention véritable de résoudre le conflit qui l'opposait à ses actionnaires¹³.

Le tribunal arbitral ne prends pas de décision générale à l'encontre des défendeurs sur la base de leurs agissements tels qu'établis ci-dessus ; il préfère prendre les décisions qui s'imposent en réponse à chaque demande soumise à son arbitrage telles qu'elles sont détaillées ci-après¹⁴.

5. Clauses contractuelles dont l'inexécution est alléguée et décisions du tribunal

Nous étudierons ici les développements de la sentence arbitrale consacrés aux violations contractuelles. Il est notamment reproché au dirigeant - principal défendeur - la violation des articles 7 et 8 et l'annexe 2 du contrat de services passé entre la *Joint Venture* et ses actionnaires. Les développements consacrés aux délits allégués ne nous intéressant pas directement.

Pour chacune des clauses présumées violées, nous résumerons son contenu et la décision argumentée du tribunal.

5.1. Sur l'engagement de confidentialité du dirigeant¹⁵

Pendant toute la durée du contrat et dix ans après.

Le tribunal établit et conclut que le dirigeant a failli à ses engagements de confidentialité.

5.2. Sur les engagements de non sollicitation du personnel et des clients et sur l'engagement de non concurrence¹⁶

Pendant toute la durée du contrat et deux ans après.

Après avoir établi que ces obligations étaient applicables, le tribunal considère que :

- le dirigeant n'a pas failli à ses obligations de non sollicitation du personnel ;
- le dirigeant a failli à ses obligations de non concurrence et a détourné activement la clientèle de la *Joint Venture* au bénéfice des défendeurs.

Toutefois, compte tenu du délai écoulé excédant deux ans après la fin du contrat, le tribunal ne peut plus ordonner que ces détournements cessent comme le souhaite le demandeur.

5.3. Sur les engagements en matière de nouveaux produits¹⁷

Pendant toute la durée du contrat.

¹³ Sentence cit. p. 152 et s. (para. 342 à 350).

¹⁴ Sentence cit. p. 163 et s. (para. 369-372).

¹⁵ Sentence cit. p. 25 (para 7), p. 234 et s.

¹⁶ Sentence cit. p. 26 (para. 8.1 et 8.2), p. 247 et s.

¹⁷ Sentence cit. p. 26 (para. 8.3 et 8.4), p. 257 et s.

Le dirigeant s'engage à révéler immédiatement à la *Joint Venture*, à enregistrer et protéger dans les actifs de la *Joint Venture* toute invention, formule, brevet, marque ou processus relatifs à tous produits nouveaux ou existants directement ou indirectement liés à l'activité de la *Joint Venture*.

Le tribunal considère que :

- le dirigeant a développé, de partie liée avec les autres défendeurs, de nombreux produits concurrents à eux de la *Joint Venture* et a déposé les marques et brevets correspondants aux noms des défendeurs ;
- le dirigeant a donc failli à ses obligations d'enregistrer et protéger dans les actifs de la *Joint Venture* toutes les marques et tous les brevets dont il est l'inventeur pendant toute la durée de son contrat.

5.4. Sur les obligations fiduciaires du dirigeant¹⁸

Dans le cadre de ses fonctions, le dirigeant s'engage notamment à :

- promouvoir et protéger les intérêts et les activités de la *Joint Venture* ;
- reporter directement au conseil d'administration de la *Joint Venture* ;
- se concerter avec les autres dirigeants de la *Joint Venture* ;
- respecter ses obligations fiduciaires à l'égard de la *Joint Venture* ;
- éviter tout conflit entre ses intérêts personnels et son devoir de dirigeant de la *Joint Venture* ;
- ne pas utiliser pour son profit personnel, ou celui de ses proches, les actifs de la *Joint Venture* ;
- n'exercer aucune autre fonction de dirigeant en dehors des siennes au sein de la *Joint Venture* ;
- n'entretenir aucune relation d'affaires avec une organisation concurrente de la *Joint Venture*.

i) Violation de l'obligation d'informer la *Joint Venture* de tout conflit d'intérêt

Cette obligation est admise par les parties en application du contrat mais le défendeur considère qu'elle ne s'applique pas en l'espèce puisque ses activités en dehors de la *Joint Venture* étaient complémentaires et non concurrentes de celles de la JV et que les actionnaires de la *Joint Venture* en avait connaissance en tout état de cause.

Sur la base des découvertes préliminaires décrites plus haut, le tribunal arbitral rejette l'argumentation du défendeur et considère en conséquence que le dirigeant ne pouvait s'affranchir de son obligation d'informer.

Le tribunal décide que le dirigeant a violé le contrat.

ii) Violation de l'obligation d'agir dans l'intérêt de la *Joint Venture*

L'établissement et le management des sociétés concurrentes de la *Joint Venture* suffisent amplement au tribunal pour décider que le dirigeant a violé le contrat.

¹⁸ Sentence cit. p. 27 (para. 8.6, annexe 2), p. 269 et s.

iii) Violation sur les prix de transfert au bénéfice de sociétés externes

Le tribunal reconnaît que les produits confiés aux sociétés hors de la *Joint Venture* sont les plus profitables. Il considère cependant qu'il n'y a pas de preuve suffisante pour affirmer que ceci résulte de manipulation du dirigeant sur les prix de transfert. Le tribunal accepte partiellement l'argumentation du demandeur.

iv) Violation sur les droits de douane de la *Joint Venture*

Les faits ne sont pas contestés par les parties, en conséquence le tribunal décide que le dirigeant a violé ses obligations fiduciaires à l'égard de la *Joint Venture*.

v) Violation sur l'usage de la marque de la *Joint Venture*

Sur la base de la violation des engagements en matière de nouveaux produits telle qu'établie plus haut, le tribunal décide que le dirigeant a violé le contrat.

vi) Violation de l'obligation de se consacrer à plein temps à la *Joint Venture*

Sur la base des faits multiples précédemment rapportés, le tribunal conclut que le dirigeant a violé le contrat.

6. Résumé des décisions conclusives¹⁹

Le tribunal déclare notamment que :

- les contrats signés entre les parties sont restés valides, au-delà de leur terme initial, jusqu'à la résiliation acceptée du dirigeant ;
- le dirigeant a bien violé les dispositions contractuelles.

Il ordonne au dirigeant de :

- cesser immédiatement d'utiliser à son profit le nom et la propriété intellectuelle de la *Joint Venture* ;
- transférer toutes ses activités au sein de la *Joint Venture*.

REMARQUES CONCLUSIVES

Ici la force obligatoire ne découle pas du contrat ni même de la menace d'indemnisation du préjudice. L'exécution de cette indemnisation - à défaut du contrat lui-même qui a été résilié - découle de la procédure rigoureuse et patiente du tribunal arbitral et de la menace d'un scandale politique international.

¹⁹ Sentence cit. p. 285.

1.3. Etude de cas 3

**Procédure arbitrale devant un tribunal composé de trois membres
Dont le Président est désigné par le tribunal de Commerce de Paris le 18 mars 2002
Entre les sociétés *Carlyle 1 et 2*, demanderesse et *Otor* et ses fondateurs, défendeurs**

**Sentence arbitrale relative à la demande en liquidation d'une astreinte
Et Sentence arbitrale après dépôt du rapport de l'expert
Rendues le 23 mars 2005 successivement à 10h00 et 11h00**

Remarques introductives

Le contentieux traité ci-après a marqué la jurisprudence arbitrale française en matière d'exécution de pacte d'actionnaires, non pas tant sur le fond, qui avait un précédent au judiciaire, mais en raison du contrat qui est un pacte d'actionnaires extrêmement détaillé, de la qualité de fonds d'investissement de l'une des parties, de la qualité de société cotée d'une autre partie et de la longueur de la procédure qui s'est étalée de mars 2002 à mars 2005. Ce litige a opposé le fonds d'investissement *Carlyle* à l'une de ses participations et ses fondateurs-dirigeants, pour le contrôle de la société *Otor*.

L'aspect essentiel du litige que le tribunal arbitral devait trancher concernait les conditions d'exercice par *Carlyle* de son droit à convertir les obligations convertibles en actions (OCA) tel que défini par le pacte d'actionnaires. Notamment, le tribunal a ordonné une expertise afin de déterminer le seuil d'EBITDA (excédent brut d'exploitation) atteint pour l'exercice 2000, seuil qui déclenchait contractuellement le droit à conversion.

Dès lors qu'il sera démontré que les fondateurs n'avaient sciemment pas respecté le pacte d'actionnaires, empêchant ainsi à *Carlyle* de prendre le contrôle d'*Otor*, les points qui retiendront plus particulièrement notre attention dans le cadre de la présente étude seront ceux de la demande de dommages-intérêts qui en résulte et de l'exécution forcée du droit à conversion.

Les faits et les décisions du tribunal arbitral

1. Sur la liquidation et le montant de l'astreinte²⁰

La sentence arbitrale du 2 juin 2004 relève que le pacte d'actionnaires du 12 mai 2000 oblige chaque partie à accepter telles quelles les propositions de candidatures faites par l'autre partie afin de pourvoir les sièges aux conseils d'administration ou de surveillance des sociétés cibles *Otor*.

Le tribunal arbitral constate la violation par les fondateurs de cette disposition et leur fait injonction de voter au sein des organes sociaux des sociétés *Otor* conformément aux stipulations du pacte d'actionnaires de manière à ce que les sociétés *Carlyle* aient

²⁰ Sentence rendue le 23 mars 2005 à 10h00. Voir notamment Les Echos Investir, Journal des finances, *La Cour d'appel de Paris confirme la prise de contrôle du cartonnier Otor par le fonds d'investissement Carlyle*, 4 juin 2005.

effectivement trois représentants proposés par elles au sein des organes sociaux des sociétés *Otor*.

Le tribunal dit que cette injonction est assortie d'une astreinte de 750 000 EUR dès sa première infraction.

Après avoir confirmé son « pouvoir en matière de prononcé et même de liquidation d'astreinte à défaut de pouvoir en ordonner lui même l'exécution forcée »²¹, le tribunal arbitral détermine le montant définitif de l'astreinte.

Va-t-il le faire en fonction du préjudice allégué ou démontré par la victime ? Ce n'est pas le cas ici.

En effet, l'article 36 de la loi du 9 juillet 1991 dispose :

« Le montant de l'astreinte provisoire est liquidé en tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter. Le taux de l'astreinte définitive ne peut jamais être modifié lors de sa liquidation ».

Le tribunal arbitral observe alors que les sociétés *Carlyle* n'invoquent en l'état aucun dommage irrémédiable né du fait de la manoeuvre des fondateurs en infraction du pacte d'actionnaires. Cependant, le tribunal arbitral considère que le premier devoir d'un cocontractant est de respecter loyalement les conventions qu'il a signées et ne peut que souligner que le viol du pacte d'actionnaires par les fondateurs a contribué à aggraver des relations déjà difficiles entre les parties.

Pour ces raisons le tribunal arbitral liquidera définitivement le montant de l'astreinte prononcée le 2 juin 2004 à la somme de 250 000 EUR.

2. Sur la demande en exécution forcée du droit de conversion des Obligations Convertibles en Actions (OCA)²²

Après avoir décidé que :

- le niveau d'EBITDA au moment de la conversion était bien inférieur au minimum requis pour l'exercice 2000 (275 K EUR), notamment au vu du rapport d'expertise l'établissant à 250 K EUR ;
- les sociétés *Carlyle* étaient donc bien fondées à convertir les OCA qu'elles détenaient en vertu des dispositions du pacte d'actionnaires ;
- la décision de convertir les OCA, jugée légitime, ne pouvait avoir pour conséquence que de changer le contrôle de la société *Otor*

le tribunal va se prononcer successivement sur 2.1- la condamnation à accomplir les formalités consécutives à la conversion des obligations convertibles, 2.2- la désignation d'un mandataire judiciaire, 2.3- le prononcé d'une astreinte.

2.1. Sur la condamnation à accomplir les formalités consécutives à la conversion des obligations convertibles

Le tribunal arbitral commence par analyser, pour les rejeter, les objections formulées par les fondateurs. Seule nous intéresse celle-ci : l'article 1142 ancien du Code civil interdirait au tribunal de prendre toute mesure d'exécution forcée à l'égard des fondateurs au motif que « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts ».

Selon le tribunal arbitral, cette disposition n'a pas la portée que lui prêtent les fondateurs. Il cite à l'appui de sa démonstration une doctrine éminente professant que seules les obligations

²¹ D. COHEN, « Arbitrage et Société », Dalloz, Paris, 2001, n° 235, p. 193.

²² Sentence rendue le 23 mars 2005 à 11h00.

de faire ou de ne pas faire « présentant un caractère purement personnel sont (...) soumises à la règle de l'article 1142 (ancien) du Code civil »²³, étant précisé qu'une « obligation de faire a un caractère personnel quand l'activité qui en est l'objet doit mettre en jeu des qualités irréductibles individuelles du débiteur »²⁴. Le tribunal arbitral estime que l'activité banale consistant à accomplir les formalités consécutives à la conversion des OCA ne relève pas de cette catégorie. Il ajoute que les tribunaux ont déjà condamné les signataires de pactes d'actionnaires à l'exécution en nature des obligations qu'ils avaient souscrites, par exemple pour l'obligation de participer à une augmentation de capital²⁵ ou celle de céder la totalité des titres détenus²⁶ qui, on en conviendra sont des engagements plus importants que la constatation des effets d'une conversion d'OCA.

Le tribunal arbitral ordonnera en conséquence les mesures sollicitées par *Carlyle* et « condamnera les fondateurs à prendre en quelque qualité que ce soit toute mesure utile à l'effet de constater ou de faire constater la conversion des obligations en actions (...) »

2.2. Sur la désignation d'un mandataire judiciaire

Carlyle demandent au tribunal arbitral « de désigner un mandataire ad hoc ayant pouvoir pour effectuer en lieu et place des fondateurs défailants les actes positifs qui s'imposent à eux ». Elle évoque à l'appui de cette demande la jurisprudence sur l'abus de minorité, selon laquelle le juge peut nommer un mandataire de justice aux fins de participer aux décisions sociales auxquelles s'oppose le minoritaire en votant à la place et pour le compte de ce dernier²⁷. Cependant le tribunal arbitral « considère que cette jurisprudence n'est pas transposable en l'espèce dans la mesure où l'on ne saurait préjuger l'attitude des fondateurs quant à l'accomplissement des formalités dont l'exécution est réclamée par *Carlyle* ». En conséquence, le tribunal débouterait *Carlyle* de cette demande.

2.3. Sur le prononcé d'une astreinte

Carlyle demande au tribunal arbitral de « condamner les fondateurs à une astreinte de 50 000 EUR (ou tout autre montant qu'il estimerait approprié) par jour de retard a cas où les mesures d'exécution ordinaire n'auraient pas été mises en œuvre par les fondateurs dans un délai de vingt jours à compter de la date du prononcé de la sentence à intervenir. »

Le tribunal estimera que les suites de la conversion des OCA doivent être rapidement mises en oeuvre eu égard à l'ancienneté du contentieux, à la durée particulièrement longue de la procédure et au fait qu'*Otor* est une société cotée en bourse.

Le tribunal ordonnera la mesure sollicitée en ramenant l'astreinte à 15 000 EUR par jour.

²³ J. CARBONNIER, « *Droit civil, Les obligations* », tome 4, 2000, n° 372.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ CA Pais 30 juin 1995, JCP 96, E, n. 795.

²⁶ CA Paris, 21 décembre 2001, RJDA 6/02, n. 643.

²⁷ Cass. Com. 9 mars 1993, JCP E 1993, II, 448.

3. Sur le reproche adressé aux fondateurs d'abus dans l'exécution du pacte d'actionnaires, et sur la demande tendant à les voir condamnés à 10 M EUR de dommages et intérêts²⁸

Le tribunal arbitral considère d'abord que la demande en dommages et intérêts présentée par Carlyle est recevable en ce qu'elle concerne les procédures qui lui ont été directement soumises et qu'il peut apprécier le comportement des signataires du pacte dont l'exécution est soumise à son arbitrage, y compris si certains des dits signataires ne sont pas parties à la procédure arbitrale.

Sur le fond, le tribunal arbitral observe que « si le comportement des fondateurs n'a pas été abusif au sens où il n'aurait pas été animé que par l'intention de nuire, ils ont néanmoins violé le pacte d'actionnaires. La faute est donc constituée. Toutefois l'une de ces violations - application de la clause relative à la répartition des sièges au sein du Conseil d'Administration - fait l'objet d'une procédure en liquidation d'astreinte et le tribunal arbitral considère que le préjudice subi par *Carlyle* du fait de cette violation est suffisamment réparé par la sentence rendue le même jour à 10h00²⁹. Le tribunal veillera donc à ne pas réparer deux fois ce même préjudice.

Concernant la non-constatation de l'augmentation de capital résultant de la conversion des OCA détenus par la société *Carlyle*, le tribunal estime, d'abord, qu'il a fallu recourir à une expertise pour que la faute des fondateurs soit démontrée et, ensuite, que le préjudice qui en résulte éventuellement a été subi par Otor et non directement par *Carlyle*.

En conséquence le tribunal arbitral considère que ni le préjudice ni le lien de causalité entre la faute et le préjudice n'est suffisamment prouvé par *Carlyle*. Il les débouterait donc de leur demande à voir les fondateurs condamnés à leur verser la somme de 10 239 000 EUR à titre de dommages et intérêts.

4. Sur la nullité de la promesse de vente prévue à l'article 11 du pacte d'actionnaires du fait des violations commises par les fondateurs³⁰

C'est la demande sur laquelle le tribunal arbitral a délibéré le plus longuement et donc celle pour laquelle une décision inverse aurait pu se justifier.

« *Carlyle* consent une promesse de vente irrévocable aux fondateurs (qui pourront se substituer *Otor*) sur une partie des actions et/ou OCA détenues par *Carlyle* (sous plusieurs conditions suspensives, notamment celle stipulée) à l'article 11.6 du pacte d'actionnaires, à savoir que l'article 7 (i) serait applicable, (...) c'est à dire au cas de violation par les fondateurs, *Otor* ou leurs successeurs éventuels de l'une quelconque des dispositions du pacte, dès lors que cette violation (a) serait susceptible d'avoir un impact significativement négatif sur les droits de *Carlyle* ou sur la valorisation de la société et (b) ne serait pas susceptible d'être réparée dans les trente jours de sa survenance. »

Dans son argumentation *Carlyle* souligne que :

- la première partie de cet article intéresse les fondateurs à la réussite de l'investissement de *Carlyle* en leur permettant d'appréhender la plus value marginale au-delà d'un plancher correspondant à un taux de rendement interne de l'investissement total (*earn out*) ;

²⁸ Sentence rendue le 23 mars 2005 à 11h00 incomplet. Voir notamment Le Monde, *Le fonds américain Carlyle prend le contrôle du cartonnier Otor*, 29 juin 2005.

²⁹ Voir ci-dessus les décisions du tribunal sur la liquidation et le montant de l'astreinte.

³⁰ Sentence rendue le 23 mars 2005 à 11h00.

- la condition suspensive de cet article est - en creux - une clause pénale fixant forfaitairement le gain que les fondateurs serraient prêts à manquer (ou symétriquement le montant du gain que *Carlyle* pourrait prétendre conserver) pour indemniser le préjudice qui serait porté aux actionnaires par les fondateurs si ces derniers n'exécutaient pas le contrat.

Dans son appréciation le tribunal arbitral considère sans débat que :

- il est constant que les fondateurs ont violé les dispositions du pacte d'actionnaires ;
- ces violations n'ont pas été réparées dans les trente jours.

Toutefois il a délibéré sur le point de savoir si « ces manquements ont été susceptibles d'avoir un impact économique *suffisamment significatif* sur les droits de *Carlyle* pour entraîner la sanction grave de la nullité de l'article 11 du pacte », l'interprétation de la clause litigieuse reposant donc sur le principe de proportionnalité.

Le tribunal arbitral aurait pu observer que « ces manquements, pour incontestables qu'ils soient, n'ont pas eu d'impact *direct et significativement négatif* sur la valorisation de la participation qu'aurait dû avoir *Carlyle* dans le capital d'*Otor* à la suite de sa décision de convertir les OCA ».

Au contraire, le tribunal a retenu que, s'agissant du refus de constater l'augmentation de capital résultant d'une décision de conversion d'OCA et des obstacles dressés à l'application de la clause relative à la répartition des sièges au Conseil d'Administration, « quand on sait l'importance de ces clauses dans les pactes d'actionnaires du type de celui signé par les parties, ces manquements ont même *par nature* un impact significatif sur les droits du titulaire de ces OCA ».

Le tribunal dira que les parties se trouvent dans la situation prévue à l'article 11.6 du pacte d'actionnaires et prononcera donc la nullité de cette stipulation.

REMARQUES CONCLUSIVES

Un cas typique où le tribunal a mixé l'exécution par équivalent et l'exécution en nature. L'indemnisation du préjudice a consisté à annuler une clause particulièrement avantageuse aux débiteurs et à forcer l'exécution d'une autre qui était plutôt avantageuse pour le créancier. Les dommages et intérêts à proprement parler ont été limités à des astreintes aux montants somme toute modestes.

1.4. Etude de cas 4

Arbitrage régi par le règlement arbitral de la Chambre Internationale de Commerce

Entre Groupe C, demandeurs

Et Groupe D, défendeurs

Cas ICC N° 17977/CA (C-18055/CA)

LES FAITS

En 1999, Groupe C signe des accords avec son partenaire Groupe D, dirigé par Monsieur AD, pour exploiter le marché national. Au départ, C a une position minoritaire et il monte progressivement au capital de *la Joint Venture* dénommée CD (elle même contrôlée par une structure dénommée W). Vers 2005/2006, C est arrivé à 50% du capital et paye la prime de contrôle. Alors que C prévoyait de payer le complément pour prendre le contrôle en 2012, AD a décidé qu'il devait rester aux commandes du groupe en tant que président et actionnaire de référence. Au début, C a eu une attitude souple et a laissé faire.

Mais AD en a voulu plus et CD a commencé à entrer en négociation secrète d'abord avec *LVMH - Colony Capital* (octobre 2010 - mai 2011) puis directement avec Carrefour. Les premiers souhaitant prendre une option pour l'avenir au bénéfice du second dont ils étaient les actionnaires de référence.

ANALYSE DES ARGUMENTS ET PROCEDURES JUDICIAIRES/ARBITRALES

Lorsqu'on analyse les *term sheets* qui ont été négociées au départ et surtout les accords extrêmement complexes signés avec Carrefour, on se rend compte que ce dernier était totalement couvert en cas de rupture des accords avec CD par une garantie donnée par D. Leur objectif semblait surtout de pénaliser leur concurrent en toute hypothèse.

En droit (boursier et des sociétés) brésilien, comme en droit français, l'intérêt social prime sur tout autre intérêt. C'est l'argument que D a utilisé contre C. Ainsi, l'actionnaire de référence ne peut pas exiger contractuellement (par des dispositions du pacte) que la cible agisse contre son intérêt social : si l'actionnaire de référence vote contre l'intérêt social, son vote est nul. C'est une limite à une réforme législative envisagée en droit brésilien qui prévoit que si la cible est partie au pacte entre ses actionnaires, elle doit respecter le pacte ; ce que C a tenté d'invoquer au début de la procédure. En plus, en droit brésilien, c'est le dirigeant qui détermine en premier lieu l'intérêt social.

Dans ce cas, la société était bien partie au pacte d'actionnaires, mais AD a apporté l'offre de Carrefour au conseil d'administration en la déclarant « très intéressante pour tous les actionnaires, y compris les minoritaires » qui n'avaient que des actions de préférence sans droit de vote. « Les actionnaires de référence sont donc en conflit pour juger de cette offre mais c'est dans mon devoir en tant que dirigeant de présenter cette offre ».

BNDES, la banque publique brésilienne finançait l'offre de Carrefour sous condition suspensive d'approbation définitive par le conseil d'administration de CD.

La défense de C était donc très compliquée face à des institutionnels locaux que ce soit dans la procédure judiciaire brésilienne ou ensuite dans la procédure arbitrale dès que les rumeurs de presse ont laissé filtrer les négociations entre D et Carrefour, et en parallèle la procédure en référé invoquant l'article 145 du Code de procédure civile. Mais après réflexion, BNDES déclare qu'il ne soutiendrait plus l'opération si elle devenait hostile.

Alors, la maison mère de C a convoqué son conseil d'administration pour donner ses consignes de vote aux administrateurs de CD, au travers d'une structure dénommée W. Ils ont démontré que l'opération n'était pas dans l'intérêt de CD. Donc BNDES s'est retiré du financement puisque l'opération devenait hostile. Ce qui faisait naturellement échouer l'offre de Carrefour, malgré les tentatives de D pour trouver d'autres financements.

C'est ainsi que C a pu finalement racheter à D l'action qui lui manquait pour contrôler W qui elle même contrôlait CD, tout cela dans le délai prévu de 2012.

Souvent aux Etats-Unis, le directeur juridique a autant de pouvoir que le directeur financier puisqu'il est le collaborateur direct du DG. Dans ce cas ce serait lui le responsable de l'échec. Mais en France le directeur juridique reporte souvent au Directeur des Affaires Financières (DAF) qui dans ce cas est responsable. Ce qui est arrivé d'ailleurs au DAF de Carrefour qui a dû démissionner.

TRANSACTION AVANT SENTENCE ARBITRALE

En dehors des aspects managériaux et des frais bien sûr (banques, investisseurs, conseils juridiques), il y a eu principalement le préjudice moral de C. C a utilisé ce préjudice dans la procédure arbitrale comme moyen de pression. Il serait intéressant d'étudier le préjudice moral (20 M EUR) même si la demande essentielle concernait l'exécution forcée en nature.

Il y avait même une audience prévue où le tribunal arbitral devait étudier ces préjudices. Mais aucune sentence n'a été rendue car les parties ont transigé juste avant cette audience. En effet Diniz et sa famille avait conservé des actions au niveau de WILX avec des put à des valeurs intéressantes. La transaction a porté sur la vente de ces actions qui permettaient à Casino de maîtriser la totalité du capital de WILX dès septembre 2012.

Conclusions des demandeurs Août 2012 - Mars 2013 partie 4 p. 27, partie 9 p. 74 et 113

- 1- Les aveux du Groupe D confirment tous les dires des demandeurs.
- 2- De nouvelles preuves révèlent l'étendue réelle du comportement fautif du Groupe D et mettent en échec ses tentatives de les rationaliser.
- 3- Les faits confirment que le Groupe D a failli à certaines dispositions du pacte d'actionnaire de W et à sa responsabilité fiduciaire selon la loi du pays.
- 4- En agissant ainsi, les défendeurs ont causé un préjudice indemnisable pour le Groupe C :
 - préjudice financier : Groupe C doit recouvrer la totalité des frais de conseils et d'arbitrage qu'il a engagé pour faire appliquer le pacte d'actionnaire de W ainsi que tous les autres frais destinés à protéger ses intérêts ;
 - préjudice moral et économique : Au delà de l'inexécution contractuelle, La campagne de dénigrement engagée par le Groupe D a porté atteinte à l'image et la réputation de Groupe C. A titre d'indemnisation de ce préjudice Groupe C réclame 20 M USD de dommages-intérêts.

- 5- La demande reconventionnelle du Groupe D au motif que le Groupe C aurait fait échoué la proposition G est infondée :
- les actions du Groupe C engagées à la suite des révélations sur les négociations secrètes du Groupe D étaient licites et dans le meilleur intérêt de la *Joint Venture* ;
 - la proposition G a été unanimement rejetée le 12 juillet 2011 par le conseil d'administration de Groupe C au motif qu'elle n'était pas dans l'intérêt de la *Joint Venture* car :
 - o elle était basée sur une vision stratégique erronée de la *Joint Venture* ;
 - o les synergies annoncées étaient grossièrement surestimées ;
 - o les risques d'exécution de la transaction étaient énormes ;
 - o elle impliquait une dilution massive et injustifiée des actionnaires de la JV au bénéfice des actionnaires du nouveau partenaire pressenti ;
 - o elle transformait la *Joint Venture* en une structure holding inefficace et pénalisante pour ses actionnaires ;
 - Le Groupe C a évalué la proposition G conformément aux dispositions du pacte d'actionnaire de W et de la loi du pays :
 - o le Groupe C a agit dans un cadre légal pour rejeter la proposition G ;
 - o le Groupe C n'avait aucune obligation d'attendre le Conseil d'administration de la *Joint Venture* qui devait statuer sur la proposition G avant de l'évaluer ;
 - o l'allégation du Groupe D selon laquelle la proposition G ne pouvait raisonnablement être rejetée ne tient pas ;
 - o le Groupe D ne doit disposer d'aucun droit de réponse au communiqué de presse du Groupe C car ce communiqué ne faisait que rendre public des faits établis afin de protéger les intérêts de son auteur.

6- En conséquence la demande en dommages-intérêts du Groupe D est infondée.

La loi du pays admet la théorie de la perte de chance selon laquelle « une partie A peut réclamer des dommages-intérêts si elle prouve que la partie adverse B a commis une faute ayant ôté à A une chance raisonnable, réelle et sérieuse de conclure une affaire qui l'aurait probablement mis dans une situation plus favorable si et seulement si le cours naturel des choses n'avait pas été interrompu par l'action illicite de B ». En l'espèce la théorie de la perte de chance ne peut s'appliquer :

- la proposition G ne constituait pas une chance réelle et sérieuse pour la *Joint Venture* car elle était hypothétique et soumise à des conditions suspensives largement hors du contrôle des parties :
 - o condition suspensive de financement ;
 - o confirmation de l'engagement du nouveau partenaire pressenti ;
 - o approbation de l'autorité locale de la concurrence ;
 - o approbation des actionnaires du nouveau partenaire pressenti ;
- le Groupe D n'a pas démontré que la proposition G aurait été « certainement et sans contestation possible » bénéfique aux actionnaires de la *Joint Venture* :
 - o la proposition G n'était pas génératrice de valeur pour la *Joint Venture* ;
 - o l'étude d'événement mené par l'expert du Groupe D montre seulement que l'appréciation ponctuelle de l'action de la *Joint Venture* était due aux achats massifs du Groupe C sur la marché et non pas à l'annonce de la proposition G ;
 - o quand bien même une partie de cette appréciation serait due à l'annonce de la proposition G, l'expérience montre que ce phénomène est courant en pareille situation car le marché anticipe une surenchère sans préjuger de l'intérêt de la dite proposition pour les actionnaires de la société cible ;

- en revanche la même étude d'événement basée sur le cours des actions du nouveau partenaire pressenti confirme que la proposition est dans le seul intérêt de ses propres actionnaires ;
- le Groupe D ne peut tirer profit de sa propre rupture : « *Turpidudinem suam allegans, non est adiendus* ».

7- Le demandeur réclame d'être affranchi de toute responsabilité.

Conclusions en réponse et demandes reconventionnelles des défendeurs
Novembre 2012 - Mars 2013
partie 4 p. 109-126, partie 6 p. 111-128

- 1- Le Groupe D n'a pas failli aux dispositions du pacte d'actionnaire de W et à sa responsabilité fiduciaire selon la loi du pays.
- 2- Le Groupe C a enfreint les dispositions du pacte d'actionnaire de W et la loi du pays.
- 3- Le Groupe D est en droit de réclamer des dommages-intérêts au titre de la perte de chance résultant de l'infraction commise par le Groupe C.

L'infraction commise par le Groupe C a causé un préjudice au Groupe D sous la forme de la perte de chance de réaliser la proposition G :

- a. La loi du pays accorde des dommages-intérêts pour perte de chance.
 La théorie de la perte de chance est communément admise par les tribunaux du pays depuis deux décennies. Le demandeur cherchant réparation de son préjudice au titre de la perte de chance doit démontrer que (1) le défendeur a commis un action illicite telle le non respect d'un contrat ou un délit ; (2) le demandeur a perdu une chance réelle et sérieuse de réaliser un gain ou d'éviter une perte ; et (3) l'action du défendeur a été une cause essentielle de cette perte de chance.
- b. Le Groupe D a droit à réparation de son préjudice économique.
 - i. Le Groupe C a commis une infraction
 - ii. La proposition G représentait une opportunité réelle et substantielle
 Afin de déterminer si la perte de chance est « réelle et sérieuse », les tribunaux recherchent les éléments de faits établissant que la chance n'était pas « imprécise ou hypothétique » mais bien « plausible et probable ». En l'espèce, il n'y a aucun doute que la proposition G était « réelle et sérieuse » dans le sens où elle remplissait les critères requis de probabilité. En particulier un accord écrit avait été formalisé avec le nouveau partenaire pressenti démontrant que les négociations pour la fusion envisagée étaient avancées. La proposition était valable 60 jours à compter de sa réception et soumise à la seule condition suspensive d'approbation par les actionnaires de la *Joint Venture*, en l'occurrence Groupe C puisque l'autre actionnaire Groupe D l'avait lui même négocié. Le conseil d'administration du nouveau partenaire pressenti

avait approuvé la proposition sous condition d'obtention des financements. Ceux-ci ne faisaient plus aucun doute puisque le partenaire financier était également parti à la fusion envisagée. De plus, la proposition avait été reçue de manière enthousiaste par des experts indépendants, les médias nationaux et internationaux et même le comité consultatif de la *Joint Venture*.

iii. La proposition G représentait une opportunité de réaliser un gain significatif pour la *Joint Venture* et tous ses actionnaires

Tout démontre que la fusion entre la *Joint Venture* et le nouveau partenaire pressenti aurait accru substantiellement la valeur de la *Joint Venture* et aurait conforté sa position de leader sur le marché national. Les experts indépendants considéraient que la fusion aurait généré des synergies de 1,6 milliard USD par an, réduit la dépendance géographique et évité une fusion entre les deux principaux concurrents qui aurait causé une perte de USD 1,4 milliard à la *Joint Venture*. Les analystes étaient en grande majorité positifs sur la proposition, estimant les synergies à 1,2 milliard USD par an et anticipant la création d'un acteur dominant avec 35% de part du marché national. Ces analyses externes étaient corroborées en tout point par les analyses du management de la *Joint Venture*. Enfin les analystes approuvaient l'adoption d'une gouvernance dans laquelle la structure n'était pas contrôlée par un seul actionnaire. Un analyste déclarant même que le Groupe C valoriserait mieux sa participation dans un ensemble plus grand sans injection de liquidité.

iv. L'action du Groupe C a causé la perte de chance de réaliser la proposition G

Malgré toutes ces évidences le Groupe C a soutenu sans fondement que « la proposition G se serait avérée contraire aux intérêts de la *Joint Venture* et aurait déstabilisé son schéma de gouvernance ». A l'appui de ses dires Groupe C avance les opinions tronquées de ses conseils. Comble de l'ironie : deux de ces conseils appartiennent à des banques dont les analystes ont par ailleurs émis des avis favorables à la proposition G.

Les conseils du Groupe C affirment que - compte tenu de certaines synergies négatives - les synergies nettes générées par la fusion envisagée seraient inférieures à 400 millions USD par an soit moins de 1% du chiffre d'affaires combiné des deux entités.

Au contraire, les conseils du Groupe D considèrent que les hypothèses du Groupe C sont erronées, qu'il n'y aurait en fait aucune disparition des gammes offertes par les deux partenaires et qu'il n'y aurait en conséquence aucune cannibalisation ou perte de clientèle.

Après correction de ces erreurs, les conseils du Groupe D estiment que les synergies résulteraient de (1) revenus supplémentaires du fait du partage des meilleures pratiques au sein des deux entités ; (2) de meilleures marges brutes du fait des économies d'échelle aux achats et d'optimisation sur les prix et (3) de frais de structure réduits après élimination des doublons. Ces synergies dépasseraient les 800 millions USD par an soit près de 2% du chiffre d'affaires combiné des deux

entités ; ces chiffres étant corroborés par le management de la *Joint Venture* qui est le mieux placé pour appréhender de telles synergies.

Concernant les désinvestissements qui seraient requis par l'autorité nationale de la concurrence, ils sont grossièrement surestimés par le Groupe C. En effet, une définition du marché pertinent, des zones de chalandise et des nouveaux entrants potentiels plus en accords avec les pratiques en vigueur et la jurisprudence amènent à conclure que l'autorité de la concurrence aurait exigé la cession de 38 unités plutôt que 79 à 165 ainsi que le prétend le Groupe C.

Enfin, les experts en évaluation financière conseils du Groupe D nient toute perte de valeur de la participation des actionnaires dans la *Joint Venture* ainsi que l'affirment les conseils du Groupe C. Cela est démontré par l'appréciation significative du cours de bourse des actions de la *Joint Venture* le jour où la proposition G a été rendue publique. C'est bien le cours de bourse réel et non pas le prix d'acquisition de la cible qui détermine la création de la valeur de la cible. Et c'est ainsi que les experts du Groupe D ont déterminé que la proposition G aurait créé 1,2 milliard USD de valeur pour tous les actionnaires de la *Joint Venture*.

Le conseil d'administration du Groupe C a pourtant rejeté la proposition G.

Dès lors que cette décision a été rendue publique, les partenaires financiers ont annulé immédiatement leur participation à la fusion envisagée en déclarant explicitement le faire « suite à la communication du Groupe C indiquant que son conseil d'administration avait rejeté la proposition ».

Dès le lendemain, le partenaire industriel pressenti s'est également retiré puisque sa proposition était soumise à la condition suspensive d'obtention des financements. Et plus aucun autre partenaire ne s'est présenté depuis.

En conclusion, l'action du Groupe C a largement dépassé le seuil de causalité requis par la loi du pays pour justifier un dédommagement du préjudice au titre de la perte de chance.

- c. Le Groupe D a droit à la réparation intégrale de la perte de chance résultant de l'échec de la proposition G.

Il résulte de ce qui précède que le Groupe D peut légitimement réclamer la réparation intégrale de son préjudice économique. Afin d'évaluer le montant de ce préjudice les experts ont recours aux études d'événements. Partant du principe que la variation du cours de bourse reflète fidèlement la variation de la valeur actualisée des cash-flows futurs aux actionnaires anticipés par les acteurs de marché, il est possible d'estimer la valeur qu'aurait créée la mise en œuvre de la proposition G en observant la variation du cours de bourse au moment de l'annonce de cette proposition. Comme il a été décrit plus haut (Deuxième Partie, Chapitre II, para. 3.2.2.2 Le déroulement d'une étude d'événement et sa transposition en droit français), l'étude d'événement permet de distinguer la variation directement imputable à l'événement en question (ici l'annonce de la proposition G) des autres variations ou « bruit » du marché.

Cette méthodologie a été appliquée par l'expert du Groupe D pour quantifier la valeur attribuable à l'opportunité représentée par la proposition.

Etape 1 : L'expert choisi les références pour construire un modèle pertinent de prévision du cours de bourse de la *Joint Venture* en l'absence de la proposition. Les références sont issues (i) du marché boursier général du pays ; (ii) des cours de bourse d'autres sociétés de même secteur que la *Joint Venture* dans le pays et (iii) des cours de bourse du même secteur dans le monde.

Etape 2 : A partir de l'évolution du cours de bourse de la *Joint Venture* relativement à ces références dans l'année qui a précédé la proposition, l'expert prévoit ce qu'aurait été le cours de bourse en l'absence de la proposition G. Il peut ensuite déterminer que l'écart observé entre le cours réel et le cours théorique, soit +12,6%, est statistiquement significatif.

Etape 3 : L'expert relève enfin que toutes les informations publiées dans les deux jours qui suivent l'annonce portent sur la proposition G, y compris les risques qu'elle comporte, et conclut qu'il y a bien un lien de causalité directe entre la proposition et la hausse du cours de 12,6%. Sa conclusion est corroborée par le fait que toute la hausse disparaîtra deux semaines plus tard dès que le Groupe C annoncera que son conseil d'administration a rejeté la proposition et que les partenaires financiers se seront retirés du projet.

C'est ainsi que l'expert estime le préjudice de tous les actionnaires à hauteur de 1,2 milliard USD et entre 400 et 800 millions USD pour le Groupe D seul. C'est le montant de l'indemnisation réclamée par le Groupe D.

4- Le Groupe D est en droit de réclamer un droit de réponse aux allégations diffamatoires proférées à son encontre par le Groupe C.

Au delà du préjudice économique, le Groupe D considère que le Groupe C a porté atteinte à son honneur et sa réputation en publiant un communiqué de presse alléguant de manquements à leurs engagements contractuels et à leurs obligations fiduciaires de la part des dirigeants du Groupe D. Dans de telles circonstances, la loi du pays prévoit à la fois une indemnisation du préjudice et un droit de réponse. Groupe D réclame uniquement la prise en charge des frais liés au droit de réponse dans la presse.

Conclusions en réponse des demandeurs

29 Mars 2013

(Reconstitué)

Dans ses conclusions en réponses, Groupe C avance une longue liste de critiques méthodologiques à l'encontre de l'expertise menée par le Groupe D, notamment en ce qui concerne le recours à une étude d'événement pour mesurer son préjudice allégué. « Rien n'indique qu'une hausse ponctuelle du cours de bourse de l'action de la *Joint Venture* se serait traduite en création de valeur à long terme après mise en œuvre de la proposition G, et donc rien ne permet de conclure que le Groupe D a subi un préjudice lorsque la dite proposition est tombée à l'eau ».

Nous résumons ces critiques ci-dessous avant d'y répondre par le biais des conclusions finales des défendeurs qui suivront immédiatement après.

- 1- Plusieurs exemples de transactions démontrent que les fusions-acquisitions sont risquées par nature et ne génèrent pas toujours la valeur espérée.

- 2- L'évolution ultérieure du cours de bourse de l'action de la *Joint Venture* démontre qu'elle s'en sort mieux sans la proposition que son partenaire potentiel pressenti dans les actions duquel la *Joint Venture* aurait dû investir si la proposition avait abouti.
- 3- L'étude d'événement n'est pas une mesure pertinente car le marché réagit uniquement aux informations publiques.
- 4- Le Groupe D n'a pas subi de préjudice puisqu'il n'a vendu aucune action de la *Joint Venture*.
- 5- L'expert du Groupe D n'a pas pris en compte les achats de titres que le Groupe C a effectué sur le marché au moment même de l'annonce de la proposition G (28 et 29 juin).
- 6- La période considérée pour évaluer l'impact de l'événement est inadaptée.
- 7- La baisse du cours de bourse constatée lors de l'abandon de la proposition (13 juillet) n'est pas statistiquement significative.
- 8- L'expert du Groupe D commet une erreur en assimilant hausse du cours de l'action de préférence et augmentation de la valeur de toutes les actions de la *Joint Venture*, y compris les actions ordinaires.

Conclusions finales des défendeurs

19 juin 2013

p. 118-128 de la partie 6

Nous résumons ci-dessous les réponses du Groupe D aux critiques méthodologiques avancées par le Groupe C ci-dessus.

- 1- L'objectif d'une étude d'événement n'est pas de calculer ex-post la valeur créée par une fusion réalisée mais précisément d'apprécier *ex-ante* la valeur de poursuivre l'opportunité du point de vue des acteurs de marché. Le marché intègre dans son appréciation la probabilité de réalisation et tous les éléments de risque inhérents aux transactions de ce type. C'est donc la meilleure mesure possible du préjudice de perte de chance qu'un tribunal doit apprécier lorsque l'opportunité n'a pu prospérer comme c'est le cas ici.
- 2- L'investisseur ne mesure pas la valeur d'une option en observant les profits ex-post mais précisément au moment de l'achat en fonction de l'appréciation qu'il a de son profit potentiel (parabole du billet de loterie). C'est exactement ainsi que le marché a évalué la proposition G.
- 3- Bien entendu, le marché intègre dans son appréciation le fait que certaines informations ne sont pas encore portées à sa connaissance. Malgré cette incertitude, le marché a réagi très positivement à l'annonce de la proposition ce qui démontre d'autant plus la valeur de l'opportunité.

- 4- Cet argument ne tient pas économiquement. Si un investisseur détient des actions dans une société dont une partie des actifs sont détruits, il subit un préjudice qu'il vende ou qu'il conserve ses actions. Le fait que cet actif soit incorporel (une opportunité de fusion) plutôt qu'un immeuble ne change rien à la logique.
- 5- L'analyse distincte des mouvements de marché montre que le cours de l'action monte le plus lorsque ceux sont en majorité des investisseurs tiers qui agissent et il monte le moins lorsque c'est principalement Groupe C qui investit. Cela démontre que le cours de l'action n'est pas essentiellement animé par l'intervention de Groupe C sur le marché et que l'expert de Groupe D a eu raison de négliger cet aspect.
- 6- La période pertinente d'analyse dépend entièrement du cas d'espèce. Les fenêtres de temps vont en général entre quelques heures et plusieurs jours. Un jour est tout à fait acceptable. Le deuxième jour est effectivement pollué par les interventions adverses de Groupe C sur le marché. Mais même si on prenait deux jours plutôt qu'un jour, cela ne changerait pas fondamentalement la conclusion et l'estimation du préjudice causé.
- 7- La question n'est pas de savoir si cette baisse est statistiquement représentative mais si toute la hausse du cours de bourse du à l'annonce de la proposition a complètement disparu lorsqu'il est devenu évident que la proposition tombait à l'eau. Or c'est bien ce qui s'est passé entre le 28 juin et le 13 juillet.
- 8- Fondamentalement, il n'était pas possible d'appliquer l'étude d'événement aux actions ordinaires car elles ne se négocient pas sur le marché.

Conclusions finales des demandeurs

22 juillet 2013

p. 42-49 de la partie 12

Dans ses conclusions finales le Groupe C réitère ses critiques méthodologiques et rejette en bloc l'utilisation même de la perte de chance dans le cas d'espèce. Selon la loi du pays une partie ne peut être condamnée à payer des dommages-intérêts au titre de la perte de chance que si l'action qui a causé la perte était illicite. « Comme démontré plus haut, le Groupe C n'ayant commis aucun acte illicite, le Groupe D ne peut prétendre à aucun dédommagement ».

De plus, le Groupe D ne peut se prévaloir de ses propres turpitudes passées pour réclamer maintenant des dommages-intérêts. En effet les échanges montrent amplement que si le préjudice existe aujourd'hui (et il n'existe pas selon la démonstration du Groupe C), il ne se serait jamais matérialisé si Groupe D avait respecté ses engagements contractuels en vertu du pacte d'actionnaires et ses obligations fiduciaires en vertu de la loi du pays.

Enfin, considérant que Groupe D avait signé un accord dans lequel il acceptait de partager le contrôle de la *Joint Venture* avec Groupe C, il ne peut se plaindre ou demander un quelconque remède judiciaire lorsque son associé a une analyse différente de la sienne et conclut que la proposition n'est pas dans l'intérêt de la *Joint Venture*.

REMARQUES CONCLUSIVES :

Nous sommes ici dans un cas où l'*efficient breach* ne paye pas. En d'autres termes, ce n'est pas tant la valeur (que la fusion aurait potentiellement créée) qui a été retenue par le tribunal arbitral mais bien la faute de D dans l'exécution de bonne foi du pacte d'actionnaire. Le tribunal arbitral aurait pu condamner D à exécuter par équivalent, c'est à dire indemniser C du préjudice subi en prélevant une partie de la création de valeur alléguée. Il a préféré aller dans le sens de l'exécution forcée en nature qui était demandée par C et justifié par la *clean hand theory*.

C'est ainsi qu'a été surmonté l'argument fort imposé par le droit des sociétés du pays, selon lequel un actionnaire ne peut pas voter contre les intérêts sociaux même si la proposition soumise au vote contrevient au pacte d'actionnaire.

ANNEXE 1 : 2. Entretiens de terrain avec les praticiens

2.1 GUIDE D'ENTRETIEN

Nous complétons nos sources par des entretiens de terrain auprès de praticiens du droit : avocats, juristes ou dirigeants d'entreprises.

Merci d'avoir accepté de participer à ces entretiens.

- 1- Quand vous êtes partie à un contrat dont vous souhaitez qu'il soit respecté, quels moyens utilisez-vous pour en accroître sa force obligatoire (*binding force*) et rendre son inexécution dissuasive aux yeux du débiteur :
 - 1.1- Dans la rédaction du contrat :
 - clause de choix de la loi ;
 - clause d'attribution de juridiction ;
 - clause résolutoire ;
 - clause pénale ?
 - 1.2- En dehors de la rédaction du contrat :
 - menace du procès ;
 - menace de la sanction ;
 - valeur de l'indemnisation judiciaire ;
 - possibilités réelles d'*enforcement* de la sanction ?
- 2- En cas d'inexécution, quels moyens mettez-vous en oeuvre pour obtenir un remède :
 - plutôt l'exécution en nature (*specific performance*) ;
 - plutôt l'exécution par équivalent (*damages*) ;
 - plutôt des mesures provisoires du type référé, provision et autres injonctions, voire saisies conservatoires ?
- 3- Dans le cas des dommages-intérêts compensatoires, quelles différences de traitements avez vous constaté entre tribunaux américains, tribunaux français et juridictions arbitrales lorsqu'ils statuent par application de la même loi ?
 - 3.1- Générosité des dommages-intérêts compensatoires octroyés relativement à la considération d'espèce :
 - les tribunaux français sont plus généreux ;
 - les tribunaux américains sont plus généreux ;
 - les juridictions arbitrales sont plus généreuses.
 - 3.2- Recours à des expertises judiciaires :
 - les tribunaux français y recourent plus souvent ;
 - les tribunaux américains y recourent plus souvent ;
 - les juridictions arbitrales y recourent plus souvent.
 - 3.3- Recours à des techniques issues d'autres pratiques judiciaires (d'autres Etats), d'autres matières du droit (droit boursier, de la concurrence, du travail, de la propriété intellectuelle, de la consommation) ou d'autres théories (économiques ou financières) :
 - formation économique et financière des juges du fond ;
 - utilisation d'une méthode objective d'évaluation imposée aux juges du fond ;
 - mise en oeuvre plus ou moins officielle de barèmes d'indemnisation par les juges du fond.

- 4- Mêmes questions concernant les dommages-intérêts préventifs.
- 5- Mêmes questions concernant les dommages-intérêts punitifs.
- 6- Evolutions constatées dans le temps :
- plus/moins de générosité ;
 - intervention plus/moins fréquentes d'experts ;
 - formation plus/moins fréquentes des juges du fond ;
 - techniques plus/moins sophistiquées ;
 - mise en œuvre plus/moins officielles de barèmes d'indemnisation ;
 - plus/moins d'homogénéité entre les trois types de juridictions.
- 7- (Optionnel) Evolutions constatées en comparaison des juridictions d'autres zones géographiques :
- Europe ;
 - Moyen-Orient, Afrique ;
 - Asie, Pacifique.
- 8- Utilisation de barèmes d'indemnisation :
- 8.1- En dehors des barèmes utilisés pour indemniser les préjudices corporels (*per diem*), quels autres barèmes connaissez vous pour indemniser les dommages subis en cas d'inexécution de contrats d'affaires ?
- 8.2- Quels préjudices les juges cherchent-ils à indemniser ?
- 8.3- Quelles autres techniques (économiques, financières marketing) mettent-ils en œuvre ?
- 8.4- Merci de citer un cas concret d'utilisation.
- 9- Comment évaluez-vous l'efficacité d'une sanction ? Efficacité juridique contre efficacité économique. Nous illustrerons la distinction qui n'est pas forcément évidente.
- 10- Quel lien constatez-vous entre l'efficacité de la sanction et son application effective ? Et donc entre l'efficacité de la sanction et la force obligatoire du contrat ?
- 11- « En droit français, le principe de la réparation intégrale, appliqué strictement, limite, en fait sinon en droit, la réparation du préjudice à *la perte certaine effectivement et directement subie par le créancier, uniquement et directement imputable à l'inexécution du contrat et prévisible du point de vue du débiteur* ».
- Etes-vous tout à fait d'accord, plutôt d'accord, plutôt en désaccord ou tout à fait en désaccord avec cette assertion ? (Discuter les articles 1149 à 1153 anciens du Code civil)
- 12- Dans le cas où vous êtes plutôt ou tout à fait en accord avec l'assertion précédente, quels aménagements proposeriez-vous au principe de la réparation intégrale afin d'indemniser plus complètement les victimes d'inexécutions contractuelles :
- perte potentielle, et pas seulement perte certaine et effective, subie par le créancier ;
 - perte subie par la collectivité ou perte indirecte, et pas seulement perte directe, subie par le créancier ;
 - perte en partie, et pas seulement perte uniquement, imputable à l'inexécution ;
 - perte indirectement, et pas seulement perte directement, imputable à l'inexécution ;
 - perte probable, et pas seulement prévisible, du point de vue du débiteur ?

13- Comment faire en sorte que ces aménagements restent compatibles avec les principes fondamentaux du droit des obligations contractuelles ?

14- (Raccourci sans questions 10 à 13) Comment concilier les principes fondamentaux du droit des obligations contractuelles (principe de la réparation intégrale notamment) et la demande légitime d'une indemnisation plus complète des victimes d'inexécution :

- développer le recours aux juridictions arbitrales ;
- développer le recours à des experts compétents ;
- développer la formation économique et financière des juges du fond ;
- imposer une méthodologie de calcul aux juges du fond ;
- proposer un barème d'indemnisation indicatif aux juges du fond ?

15- Le cas particulier des contrats de fusions-acquisitions :

- pour les sociétés cotées ;
- pour les sociétés non cotées ;
- en cas de *litigation*.

Rappel du sommaire pour ordonner le guide d'entretien.

1- Les dommages-intérêts et la force obligatoire du contrat

- 1.1- Force obligatoire et fonction compensatrice des dommages-intérêts
 - 1.1.1 – Fonction des dommages-intérêts dans la théorie de la responsabilité contractuelle
 - 1.1.2 – Force obligatoire et principe de la réparation intégrale
 - 1.1.3 – Cas particulier du préjudice moral
- 1.2- Force obligatoire et autres fonctions des dommages-intérêts
 - 1.2.1 – La fonction punitive des dommages-intérêts
 - 1.2.2 – La fonction préventive des dommages-intérêts
 - 1.2.3 – Conflit entre fonctions punitive et préventive

2- Les dommages-intérêts et l'efficacité de la sanction

- 2.1- Efficacité et fonction compensatrice des dommages-intérêts
 - 2.1.1 – Efficacité et application du principe de la réparation intégrale
 - 2.1.2 – Efficacité et aménagements du principe de la réparation intégrale
- 2.2- Efficacité et autres fonctions des dommages-intérêts
 - 2.2.1 – Puniton et prévention
 - 2.2.2 – Violation efficace ou nouveau contrat
- 2.3- Efficacité comparée des systèmes de sanctions

Quinze entretiens ont été réalisés courant 2015 et 2016, essentiellement à Paris et à New York, avec des praticiens ayant tous une grande expérience des contrats d'affaires internationaux. Chaque entretien, d'une durée de 30 à 90 minutes environ, a été enregistré, retranscrit intégralement. Le contenu a été ensuite réorganisé par thème et par question.

Un numéro a été attribué à chaque praticien afin de préserver leur anonymat. Ces praticiens sont cités ci-dessous (par ordre alphabétique, différent des numéros attribués) :

- Forrest Alogna, avocat, Darrois Villey Maillot & Brochier, Paris ;
- Laurent Aynès, avocat associé, Darrois Villey Maillot & Brochier ;
- Claude Bendel, avocat associé, Bredin Prat, Paris ;
- Cyril Bonan, avocat associé, Darrois Villey Maillot & Brochier, Paris ;
- Emmanuel Brochier, avocat associé, Darrois Villey Maillot & Brochier, Paris ;
- Matthieu de Boissesson, avocat associé, Linklaters, Paris ;
- Adam Emerich, avocat associé, Wachtell Lipton Rosen & Katz, New York ;
- Norbert Giaoui, directeur juridique et fiscal de Lagardère Groupe, Paris ;
- Claire Karsenti, expert judiciaire, associée, Sorgem Evaluation, Paris ;
- Alain Maillot, avocat associé, Darrois Villey Maillot & Brochier, Paris ;
- Olivia Maginley, avocat, Wachtell Lipton Rosen & Katz, New York ;
- Jonathan Moses, avocat associé, Wachtell Lipton Rosen & Katz, New York ;
- Maurice Nussenbaum, expert judiciaire, associé gérant, Sorgem Evaluation, Paris ;
Peter Saunders, avocat honoraire, Cravath, New York, Prof. Georgetown University ;
- Richard Schepard, avocat associé, Bredin Prat, Paris.

2.2. RETRANSCRIPTION THEMATIQUE

A ce stade, nous avons conservé l'intégrité des dires des praticiens interrogés en les regroupant par thème selon l'ordre chronologique du guide d'entretien décrit ci-dessus.

1. Doctrine : Introduction à la théorie de la responsabilité et à la théorie de la prévision

Praticien n°4

La question de la responsabilité contractuelle, qui débouche en principe sur l'allocation de dommages-intérêts, est très agitée en doctrine française depuis une quarantaine d'années entre deux écoles. Le droit positif dans la jurisprudence est également le reflet de ce débat.

Il s'agit notamment de savoir :

- si les dommages, qui sont la conséquence d'une inexécution contractuelle, sont simplement l'évaluation de la prestation qui n'a pas été fournie ; ce qui voudrait dire que la responsabilité contractuelle c'est l'exécution du contrat par équivalent ;
- ou plutôt, si ces dommages-intérêts sont la réparation des dommages causés par l'inexécution (comme en responsabilité délictuelle). Question qui a trait à l'identification de la responsabilité contractuelle : cette fonction d'évaluation du dommage est la même que pour la responsabilité délictuelle. Qu'il s'agisse d'une faute de comportement (responsabilité délictuelle) ou d'une faute dans l'exécution (responsabilité contractuelle) c'est la même. Il y a un seul ordre de responsabilité qui a pour objectif de réparer les dommages causés par une faute (avec quelques variantes en ce qui concerne la cause de la responsabilité comme celle du dommage prévisible citée dans l'article 1150 *ancien*, le jeu des clauses contractuelles, etc. mais qui ont tendance à se réduire en droit positif). En revanche bien sûr l'absence de prestation en elle-même et la fourniture en nature relève du droit des contrats dans cette théorie.

C'est la **théorie de la responsabilité** (unifiée autour du *reliance interest*) adoptée par le courant représenté par Geneviève Viney en France.

Une autre **théorie de la prévision** (autour de l'*expectation ou expectancy interest*) représentée par Philippe Rémy, Loïc Cadier, Philippe Stoffel-Munck, Philippe Malaurie et Laurent Aynès.

Dans cette deuxième optique il y a un ordre spécifique de la responsabilité contractuelle qui met en avant les caractéristiques particulières de la promesse et de l'attente créée par la promesse. Son ordre n'est pas tellement de réparer la déception de cette attente mais surtout de rétablir, pas seulement en fournissant la prestation qui était due par équivalent mais également en réparant les conséquences de ce défaut de fourniture dans la mesure de ce qui était attendu. Cet ordre met l'accent sur le caractère central de la prévisibilité (article 1150 *ancien* du Code civil), sur le mode de réparation spécifique, sur les clauses relatives à la responsabilité comme le régime processuel (clauses attributives, compromissaires, etc). Tout cela participe d'un ordre spécifique au triptyque le contrat, son exécution et son inexécution. Cet ordre inclut des dommages-intérêts qui vont au delà du simple remplacement de la prestation (article 1149 *ancien* du Code civil), mais il reste entièrement un régime spécifique qui n'a rien à voir avec la compensation des fautes de comportement de la responsabilité extra contractuelle.

Cette seconde perspective révèle tout le sens d'un texte difficile à interpréter comme l'article 1145 (*ancien*) qui débouche sur une jurisprudence hésitante. Si l'obligation est « de ne pas

faire » celui qui contrevient doit des dommages-intérêts par le seul fait de la contravention (même sans dommage). Ce texte ne peut s'expliquer que sous l'angle contractuel. Sous le seul angle de la théorie de la responsabilité ce texte serait absurde.

Praticien n°11

Le système juridique américain a hérité de deux anciennes doctrines de la *common law* anglaise

Doctrine 1

Les Cours du droit et les Cours d'équité sont encore différentes parfois ; elles ne peuvent décider des mêmes remèdes.

Une Cour du droit ne peut décider que des dommages-intérêts pas de l'exécution en nature.

Une Cour d'équité ne peut décider que des réparations équitables (*equitable relief*), comme l'exécution en nature par exemple, pas des dommages-intérêts. C'est le cas de la *Chancery Court* du Delaware qui juge de la plupart des cas de pactes d'actionnaires et de fusions-acquisitions. Elles ont un pouvoir contraignant plus important que les Cours du droit.

En effet, les Cours demeurent séparées au Delaware.

Au contraire, à New York elles ont fusionné comme dans la plupart des Etats américains et toutes les Cours sont à la fois des Cours du droit et des Cours d'équité, de sorte que les juges peuvent accorder des dommages-intérêts financiers ou des exécutions en nature.

Doctrine 2

On ne peut obtenir d'*equitable relief* si les dommages-intérêts sont possibles et suffisants.

Or on peut toujours débattre de savoir si dans tel ou tel cas une exécution par équivalent ou une réparation en argent est un remède suffisant ou si une exécution en nature est nécessaire.

Par exemple, pour indemniser la perte d'une jambe, les dommages-intérêts sont possibles, mais seront-ils jamais suffisants ?

Dans le monde des affaires, si vous êtes distributeur exclusif d'un produit et que votre fournisseur ne respecte pas son engagement d'exclusivité, vous voulez non seulement être indemnisé en argent pour le préjudice passé mais aussi obtenir du juge une exécution forcée (*injunction*) garantissant que le fournisseur respectera bien l'exclusivité à l'avenir.

A l'inverse, aucune somme d'argent ne peut prétendre interdire à quiconque d'exercer son métier sans limitation dans le temps et dans l'espace ou avec une limitation insuffisante. Donc une clause de non concurrence, même assortie d'une indemnisation financière, ne serait valable dans un contrat de travail que si elle est raisonnablement limitée dans le temps et l'espace.

C'est une doctrine très ancienne que de voir si des dommages-intérêts suffisent à « remettre les parties dans la situation où elles auraient été si le contrat avait été respecté ».

Vous ne trouverez trace de ces deux doctrines dans aucune loi d'un Etat américain, car elles tirent leur origine de la vieille *Common law* anglaise.

2. Les moyens juridiques utilisés pour accroître la force obligatoire (*binding force*) du contrat et rendre son inexécution dissuasive aux yeux du débiteur

Praticien n°1

« Dans les pactes d'actionnaires (qui sont ma spécialité) :

- je fais adhérer la personne morale ;
- j'intègre des clauses relatives au capital : *Tag along* (préemption de sortie), *Drag along* (sortie conjointe), anti-dilution, sortie à prix minimum garanti, etc. ;
- la clause d'arbitrage précise la composition du tribunal arbitral et ses compétences pour sanctionner l'inexécution d'une clause contractuelle.

Ces clauses sont dissuasives mais elles ne peuvent empêcher toute tentative de violation du contrat de la part d'un débiteur :

- n'ayant pas la même interprétation de la force obligatoire en général (ou de son engagement en particulier) ;
- souhaitant instaurer un rapport de force pour renégocier les termes du contrat ;
- ou tout simplement indélicat.

C'est particulièrement fréquent dans les contrats entre des entreprises, des dirigeants ou des actionnaires ayant des origines culturelles différentes.

Ainsi Y face à son partenaire Z ou Groupe C face à son partenaire local Groupe D ».

Praticien n°2

« Dans cette dernière affaire, il était prévu à l'avance que Monsieur AD transfère ses parts à Groupe C en 2012. Monsieur AD avait tenté de céder ses parts dans Groupe D à *Carrefour* sans en avertir Groupe C. Cela aurait dilué la participation de Groupe C dans Groupe D et empêché tout transfert au bénéfice de Groupe C. Groupe C a fait jouer la clause arbitrale en droit brésilien pour demander, non pas des dommages-intérêts, mais bien l'exécution forcée du transfert à son profit de cet actif stratégique. L'affaire n'a finalement pas donné lieu à une sentence arbitrale car elle a été transigée ainsi que le souhaitait Groupe C.

Il y a une tendance à mon avis accrue à assurer l'effectivité des clauses, la *specific performance*, des contrats tant aux Etats-Unis qu'en France. Même en fusions-acquisitions où la jurisprudence était traditionnellement favorable aux dommages-intérêts, on assiste à des décisions de plus en plus favorables à l'exécution forcée ».

Praticien n°3

« Dans les pactes d'actionnaires, il y a des clauses qui concernent la cession des actions et d'autres qui organisent la vie de la société. Sur les premières on constate un retour en force de l'exécution forcée. C'est une évolution lente mais certaine dans la jurisprudence française.

Les clauses sur les cessions d'actions sont surtout des obligations de faire, elles se résolvent en dommages-intérêts selon l'article 1142 (ancien) du Code civil. Mais notre client va souvent considérer que les dommages-intérêts ne sont pas satisfaisants :

- le juge est avare en dommages-intérêts ;
- de l'exécution du pacte dépend le contrôle stratégique de la société, ce qui a beaucoup plus de valeur.

Donc notre première préoccupation est souvent d'écarter l'article 1142 (ancien), ce que la jurisprudence admet facilement. Elle considère que 1142 s'applique lorsqu'il n'y a pas moyen de faire autrement. (L'article) 1142 (ancien) n'a donc pas la portée excessive que certains

juristes veulent lui attribuer. Je ne dis pas que la réparation en nature dépasse en efficacité la réparation par équivalent mais la responsabilité du juge est bien de déterminer la réparation la plus efficace. Petit à petit la jurisprudence s'éloigne de l'article 1142 (ancien) en s'appuyant sur d'autres textes plus récents qui le contredisent.

L'article 809 du code de commerce dispose que « dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, le juge des référés peut accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire ».

Article 1184 (ancien) du Code civil : « la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible ou d'en demander la résolution avec dommages-intérêts ». A mon sens (l'article) 1184 (ancien) du Code civil complété par le Code de procédure civile est plus fort que 1142 (ancien) du Code civil car il donne le choix à la victime de l'inexécution. Voilà pourquoi notre priorité consiste désormais à écarter (l'article) 1142 (ancien) selon la volonté expresse des parties dans les clauses contractuelles du pacte d'actionnaires, notamment les promesses de vente. Cette volonté est aussi une poursuite du concept de la force obligatoire (article 1134 ancien du Code civil) et son application à l'hypothèse de l'inexécution.

Toutefois la difficulté de l'exécution forcée revient lorsqu'elle touche le fonctionnement de la société et a fortiori un engagement de vote. L'arrêt *Metal Europe* a confirmé que seul l'intérêt social primait. Le juge n'ordonne jamais l'exécution forcée du vote en revanche il prive les associés de leur droit de vote et ordonne la désignation d'un mandataire ad hoc pour se substituer à eux. On peut dire que c'est respectueux du droit de vote ; on peut aussi penser que c'est hypocrite de la part du juge. L'intervention du mandataire ad hoc est très souple ».

Praticien n°6

« Le contrat a par définition force obligatoire mais on peut prévoir des pénalités comme une menace.

Dans les pays anglo-saxons je prévois souvent une clause de *specific performance* et plus rarement une clause pénale de *liquidated damages*.

Dans un contrat de M&A, il y a des conditions suspensives de MAC clauses qui prévoient le versement d'indemnités en cas de survenance d'une MAC.

Aux Etats-Unis on voit beaucoup moins souvent une exécution forcée qu'en France. Sauf pour les ventes d'immeubles où c'est systématique.

J'ai compris en France que les SPA (vente d'actions) mènent souvent à l'exécution forcée ».

Praticien n°7

« Même à l'intérieur des Etats-Unis la clause de choix de loi (et dans une moindre mesure celle d'attribution de juridiction, *forum clause*) est importante sur les *damages*. C'est souvent la loi de New York et du Delaware qui sont choisies, ces Etats sont très expérimentés en droit des affaires. Il y a une grande différence entre la loi de Californie et la loi de New York.

Par exemple, en cas de litige dans un pacte d'actionnaires post fusion-acquisition on est très content au Delaware car les juges ont une grande pratique de ces transactions, surtout les grosses transactions. Mais également au Texas où ils sont très pro business.

Les clauses pénales (*liquidated damages*, *break up fees*) sont importantes mais il faut savoir si ces clauses résilient complètement le contrat ou seulement certains de ses aspects. Par exemple j'ai un arbitrage qui a une clause compliquée de résiliation mais celle-ci n'annule ni la confidentialité ni la propriété intellectuelle.

Il y a aussi des clauses de limitations de responsabilités (*cap on damages*). Par exemple, la loi de l'Etat de New York impose des limites la liberté des parties à s'exonérer ou limiter leur responsabilité. Par exemple on ne peut pas *capper* les *damages* en cas de fraudes ou de viol de dispositions d'ordre public.

Dans les contrats de M&A, les tribunaux du Delaware admettent aussi de plus en plus la résiliation unilatérale du contrat, dès lors que le débiteur a failli à son engagement, sans même que le créancier n'ait à démontrer que cette faute lui a causé un préjudice (*repreheble harm*) ».

« *Liquidated damages* vs. clause pénale : l'application est à peu près similaire. On voit ce genre de clause dans les SPA mais moins dans les pactes d'actionnaires qui règle la gouvernance ».

Praticien n°11

« La force majeure existe en jurisprudence américaine qui permet de ne pas tenir ses engagements si les conditions ont changé radicalement - MAC - (par exemple le cas d'un investisseur s'étant engagé à investir dans le capital d'une start-up, la décision de justice habituelle serait de l'obliger à exécuter le contrat) mais ce n'est pas facile. Si l'investisseur peut démontrer que la start-up a elle même commis une fraude au contrat, alors cet investisseur peut se défendre en disant que le demandeur ne peut pas demander l'exécution forcée car il ne peut se prévaloir de ses propres turpitudes, c'est la doctrine des *unclean hands*.

Attention cette doctrine ne s'applique pas en cas de demande de dommages-intérêts mais seulement en cas de demande d'exécution en nature ».

3. Les moyens mis en oeuvre pour obtenir un remède en cas d'inexécution : exécution en nature ou exécution par équivalent selon les espèces, mais la première ne serait pas (ou plus) le comble de la force obligatoire

Praticien n°4

« Le projet de réforme du Code civil est d'actualité puisque il va entrer en vigueur au 1^{er} octobre 2016.

Pour le moment il y a une disposition qui est dans la lignée de Yves-Marie Laitier qui consiste à dire que le créancier a droit à l'exécution en nature - s'il le demande bien sûr - seulement dans la mesure où elle ne produit pas des conséquences excessives. Dans le cas contraire le créancier n'aurait plus droit qu'à l'exécution par équivalent. Cette disposition est raisonnable mais comme toujours ces atténuations sont contraires à (l'article) 1134 (ancien) « les conventions tiennent lieu de loi ». La jurisprudence est en fait déjà alignée sur ce côté raisonnable.

L'exécution en nature paraît encore préservée dans la protection du droit à la propriété. Là on touche à quelque chose d'encore plus profond dans la mentalité française qui est la propriété.

On verra ce que devient ce texte qui réécrit complètement un article du Code civil. Tout ça est inspiré des Principes d'UNIDROIT, du droit européen et, bien sûr, de la *common law* qui sont un peu plus pragmatiques que la pure exécution nature.

En droit anglo-américain, c'est l'économie et l'efficacité qui priment au delà du droit du créancier. Au contraire, en droit français, le créancier a le droit de forcer car on rattache l'exécution en nature à la force obligatoire du contrat.

A l'avenir je serais assez favorable à la limitation en droit français de l'exécution en nature en la mettant en balance avec d'autres intérêts comme le principe d'efficacité. Le concept de force obligatoire du contrat ne débouche pas forcément sur le droit à l'exécution en nature. Force obligatoire du contrat veut dire qu'il y a un lien d'obligation entre un débiteur et un créancier. Mais cela ne veut pas forcément dire qu'il y ait un droit à l'exécution en nature, notamment lorsque cette exécution s'étire dans le temps. Dans ces cas il serait légitime de prendre en considération les modifications des conditions d'espèces et d'environnement. On ne peut tout de même pas assimiler « force obligatoire » à « Prison » !

Praticien n°7

« Je ne rédige pas des contrats puisque j'interviens en cas de *litigation*. Le choix entre *specific performance* et *damages* est entièrement question d'espèces. Les meilleurs *litigators* essaient d'éviter le procès pour transiger rapidement.

Souvent les campagnes de correspondance très fréquentes ne servent qu'à préparer une procédure, même si en théorie elles sont destinées à ôter tout malentendu.

Une fois que la procédure a démarré, les moyens qu'on utilise (*remedy*) dépendent des objectifs poursuivis.

1- Si vous êtes la cible qui souhaite une fusion et que l'acquéreur tergiverse en invoquant tel ou tel prétexte, alors oui vous allez rechercher l'exécution en nature. Dans ce cas vous devez veiller au choix de la juridiction car certaines seront plus accueillantes que d'autres sur une demande de *specific performance*. Le Delaware sera accueillant.

Typiquement aux Etats-Unis la procédure démarre après que l'annonce de la transaction mais avant son *closing*. Dans le passé la plupart des procédures se terminaient au *closing* de la transaction ; depuis peu on assiste à des procédures qui se poursuivent au-delà du *closing*.

2-En revanche dans des contrats commerciaux classiques, les parties préfèrent demander des dommages-intérêts plutôt que l'exécution en nature car elles ne souhaitent plus du tout travailler ensemble. D'ailleurs aux Etats-Unis on ne peut forcer à l'exécution en nature pour tous les contrats de service. L'histoire du travail forcé et de l'esclavage est passée par là.

Il n'y a pratiquement jamais de demande de dommages-intérêts conjointe avec l'exécution en nature (*injonction*). Le juge serait très mal à l'aise si vous demandez les deux. En effet, pour demander l'exécution en nature forcée ou l'*injonction* il faut démontrer des *reprehensible harm* ; c'est-à-dire que le préjudice que vous subiriez en cas d'inexécution ne pourrait jamais être indemnisé en dommages-intérêts. C'est pourquoi vous n'allez pratiquement jamais demander les deux à la fois, ça causerait un problème juridique. En revanche vous pouvez faire une déclaration préalable en *equitable relief* (pas vraiment une injonction) et en dommages-intérêts ».

Praticien n°8

« La réparation (qu'elle soit en nature ou indemnitaire) pose d'abord un problème de délai judiciaire et même en procédure arbitrale. Cas *Otor* : mise de fond initiale pour acheter mais deux ans entre les conditions de levée de l'option pour prendre le contrôle et la prise de contrôle effectif, c'est beaucoup trop et incompatible avec les objectifs poursuivis car entre temps la société a été dirigée par des managers qui ne devaient plus être là. Et la procédure rapide en référé n'est pratiquement pas ouverte sur le fond des contrats complexes de ce type.

Conséquences :

1- C'est pourquoi on prévoit dans la rédaction des contrats des procédures ad hoc automatiques en cas de difficultés d'exécution, par exemple : un mécanisme de séquestre où on s'en remet à un tiers pour la détention de certaines actions ; un mécanisme d'arbitrage « *fast track* » dans la clause compromissoire, y compris sur le fond.

2-Le cas *Otor* est riche d'enseignement : quelles que soient les dispositions contractuelles, si on veut prendre le contrôle, il faut vraiment le faire dès le début. La force obligatoire du contrat dépend de la bonne foi des parties bien sûr. Mais à terme, la mauvaise foi coûtera plus cher que la bonne exécution du contrat si ce contrat initial était équilibré économiquement. Même en l'absence de dommages-intérêts punitifs, les débiteurs ont été conduits à des comportements antiéconomiques. En revanche, il est vrai que si le contrat n'est plus équilibré avec le temps, le débiteur peut être conduit à des comportements déviants pour ne pas exécuter le contrat, surtout en France, car il ne serait condamné qu'à payer le préjudice réel subi par son créancier (rien à voir avec le gain supplémentaire du débiteur), que le temps de la procédure est long et son coût limité pour la partie qui se sera bien défendue juridiquement ».

Praticien n°13

Arrêts dans lesquels nous avons dû défendre nos clients contre des demandes d'indemnisations

« 1999/2000 *IBP International Beef Processors* une exploitation bovine v. *Tyson* un acheteur de poulets.

Le Chief Justice Leo Strine Jr de la Cour Suprême du Delaware a émis une injonction contre l'acquéreur pour acheter et a expliqué dans quel cas le MAC peut être utilisé pour sortir d'une transaction. C'est en fait très rare.

2005/2006 *Hexion Portfolio Company of Apollo* v. *target X*.

Leon Black et Josh Harris voulaient sortir. X a poursuivi Apollo et les banques pour obtenir des dommages-intérêts. Cela s'est terminé par une fusion à part entière.

Une violation efficace n'existe pas réellement dans les fusions et acquisitions. Des frais de rupture ou des dommages et intérêts, oui, s'ils sont inscrits dans le contrat.

D'autre part, la responsabilité fiduciaire pourrait imposer de refuser la fusion et, dans ce cas, vous pourriez payer des dommages et intérêts, mais il n'y a pas vraiment de lien avec une violation du contrat.

Devant la Cour du Delaware, il y a la procédure d'injonction préliminaire utilisée pour les *limited liability partnerships* afin de faire respecter leurs conventions d'actionnaires. Par exemple, les *hedge funds* privés utilisent cette procédure afin d'obtenir un jugement rapide ».

4. En termes de dommages-intérêts compensatoires, les tribunaux judiciaires américains seraient plus généreux que les tribunaux arbitraux internationaux, eux mêmes plus généreux que les tribunaux judiciaires français

Praticien n°1

« Le juge français est traditionnellement peu généreux comme le prouve une abondante jurisprudence en matière d'indemnisation des dommages.

A cela plusieurs raisons : d'abord la difficulté technique à quantifier les dommages dans l'absolu, ensuite sans doute la réticence ou le manque de compétence des juges face aux techniques d'évaluation lorsqu'elles existent et enfin des raisons qui tiennent plus à la méfiance traditionnelle vis à vis de l'argent dans la culture française.

La position du juge est différente de celle de l'arbitre ; le juge a tendance à préférer l'exécution en nature. Cela ne convient pas forcément aux grands groupes institutionnels qui préfèrent transiger. Cela convient en revanche parfaitement aux fonds d'investissement, moins sensibles à leur réputation, qui n'hésitent pas à s'affronter (ou à affronter le management) en justice pour obtenir l'exécution forcée. Ce fut le cas de *Carlyle* face au management minoritaire qui bloquait la liquidité sur le capital d'*Otor*. La justice française a tranché en faveur de *Carlyle* ».

Praticien n°2

« Dans l'arrêt *Otor c. Carlyle* en matière de jurisprudence arbitrale où la sentence arbitrale a ordonné l'exécution des mécanismes de droit des sociétés qui ont permis l'exécution concrète du contrat, c'est à dire la prise de contrôle de *Otor* par *Carlyle*.

Dans le droit brésilien (cas Groupe C), il y a une forte intensité en faveur de la *specific performance*, le juge brésilien (même le juge des référés) a toute liberté pour l'appliquer notamment si le contrat la prévoit. Cette sentence arbitrale a donné lieu à un recours en annulation donc elle est publique et publiée dans la revue de l'arbitrage ».

Praticien n°6

« On constate que les tribunaux français sont moins généreux que les arbitres. Le tribunal est à l'aise lorsque le préjudice est aisément chiffrable : perte d'un meuble, préjudice corporel (où il y a même des barèmes publiés).

En revanche, lorsqu'il y a une cession d'entreprise qui tombe à l'eau, le préjudice est plus difficile à quantifier. Le tribunal retient assez facilement les frais d'étude du dossier mais il est réticent à accorder des préjudices financiers et économiques. Comme il ne sait pas les calculer, il préfère les minimiser. De plus, en France projeter la perte de chance dans l'avenir est très difficile à faire admettre au juge et même à l'avocat.

Aux Etats-Unis c'est tout à fait différent car on a le système du jury qui peut s'appliquer aux affaires de responsabilité contractuelle : Si on a suffisamment de preuves en matière de M&A, le jury n'hésite pas à accorder des *damages* plus généreux que le juge. Et aussi il y a cette différence culturelle qui valorise l'argent et qui deshinibe le juge américain. Les moyens de preuve de la perte de chance sont illimités dès lors qu'il y a un travail sérieux de projection.

Aux Etats-Unis, notamment avec les jurys, la décote sur la perte de chance sera au maximum de 30 à 50% alors qu'en France cette décote sera de 85 à 95%. En France Saint Thomas fait loi ».

Praticien n°8

« Aux Etats-Unis chaque partie conserve la charge de ses propres dépens quel que soit l'issue de la procédure. En revanche le droit anglais fait supporter l'intégralité des frais de justice à la partie défaillante ou de mauvaise foi. Bien sûr il y a en plus des dommages-intérêts punitifs aux Etats-Unis. Au total, il y a sans doute une meilleure prise en compte du résultat économique pour les parties et une meilleure célérité que dans les procédures en droit français ».

Praticien n°9

Execution forcée sur les deux points suivants

« Aux Etats-Unis l'exécution forcée est plutôt l'exception par rapport aux dommages-intérêts. En revanche le juge américain aura tendance à être plus généreux dans l'octroi des dommages-intérêts, ce qui adoucit l'absence d'exécution forcée surtout en matière de M&A ou de pacte d'actionnaires dans lesquels elle serait pourtant essentielle. Il y presque toujours l'exécution forcée (jamais une clause pénale) prévue dans les accords de confidentialité américains car il est impossible de quantifier le préjudice en cas de non respect de ces accords. En plus, les décideurs ne souhaitent pas crispes les négociations sur ces accords annexes alors que l'essentiel se joue dans les SPA, *Share Purchase Agreement*.

En droit des sociétés il y a moins de liberté en terme de droits de vote en France qu'aux Etats-Unis. En France, les statuts de la société peuvent renvoyer au pacte d'actionnaires ; ça semble être moins le cas aux Etats-Unis. Il est vrai que les pactes d'actionnaires y sont moins fréquents. Aux Etats-Unis il y a aussi plus de libertés pour structurer les actions de préférence. **On va faire une étude comparative entre la France et les Etats-Unis en ce qui concerne l'exécution forcée des pactes d'actionnaires ».**

Praticien n°2

« Il y a une tendance croissante à demander l'exécution forcée et à l'obtenir dans la jurisprudence française et même américaine, même si cette *specific performance* est souvent accompagnée de demande de dommages-intérêts.

Il y a une collaboration de plus en plus étroite entre les avocats et les experts financiers pour quantifier les préjudices avec des techniques de plus en plus sophistiquées. Cette collaboration est constatée pour attaquer mais aussi pour se défendre. On a pu le constater notamment dans l'affaire *LVMH* contre *Morgan Stanley* : le premier reprochait au second d'avoir porté préjudice à son cours de bourse ; de nombreux experts avaient été mandatés pour évaluer ces supposés préjudices. Il s'agit là d'un recours en responsabilité délictuelle, extra-contractuelle ».

Praticien n°3

« Les avantages de l'arbitrage sont multiples par rapport à la juridiction judiciaire :

- il est plus généreux (même si plus coûteux) ;

- il est plus rapide à rendre sa sentence ;
- il donne plus de temps aux parties pour plaider (de l'ordre d'une ou deux heures contre 10 ou 15 mn) alors que le juge judiciaire pousse tout vers l'écrit ».

Praticien n°7

« Il y a une perception générale parmi les avocats américains qu'ils obtiendront des dommages-intérêts moins importants de la part des arbitres que de la part des jurys. C'est exactement l'inverse de ce que pensent les avocats en France, sans doute pour des raisons culturelles mais surtout du fait de la présence de jury populaires aux Etats-Unis. Toutefois il y a une exception récente en arbitrage : en 2014, Emmanuel Gaillard de Shearman & Sterling à Paris a obtenu 50 milliards USD de dommages-intérêts contre l'Etat russe pour indemniser les anciens actionnaires du groupe *Ioukos*. La plupart des grands arbitres internationaux viennent d'Europe : Bernard Hanotiau, Gabriel Kaufman Cooler. Donc les avocats américains pensent que ces arbitres issus de *civil law* vont leur octroyer des dommages-intérêts relativement faibles. Conclusion en réalité les jurys (populaires) américains octroient les dommages-intérêts les plus importants, puis les arbitres internationaux et enfin, loin derrière, les juges de droit civil européens ».

5. Au delà de la générosité des juridictions, les praticiens doivent prendre en compte certaines différences fondamentales entre les systèmes juridiques français et américains ; parfois ils en jouent même

Praticien n°4

« Le système des dommages-intérêts compensatoires américain se distingue du système français notamment parce qu'il ne comporte pas à proprement parlée de perte de chance et qu'en revanche, il admet l'*efficient breach*.

Les américains n'ont pas la perte de chance car ils considèrent que c'est une mollesse intellectuelle : soit il y a perte soit il n'y a pas perte. Les américains nous reprochent de ne pas vouloir regarder en détail ces calculs. Souvent en France c'est le lieu de toutes les incertitudes.

La thèse pourrait se demander pourquoi il n'y a pas de perte chance aux Etats-Unis.

C'est révélateur des deux systèmes. Les américains se régalaient quand ils peuvent appliquer le droit français. Est ce qu'on pourrait voir dans les juridictions américaines si elles acceptent la perte de chance (qui est contraire à tout concept américain) quand elles appliquent le droit français. Et faire des comparaisons par rapport aux juridictions françaises sur leur générosité dans le calcul de la décote.

On pourrait en effet être contre la perte de chance. La Cour de cassation a commencé un travail de reprise en main de la théorie de la perte de chance mais on est encore loin du compte.

En droit allemand et en droit suisse, les chefs de préjudice sont identifiés dans la loi, dans le BGB. Il y a un auteur (professeur et praticien) Pierre Tercier qui est l'auteur du « Traité du droit des obligations ».

Praticien n°13

Arrêts dans lesquels nous avons dû défendre nos clients contre des demandes d'indemnisations

« Des dommages-intérêts peuvent également être demandés lorsqu'il existe une violation importante des clauses restrictives bancaires d'un contrat de prêt bancaire. Chaque partie nomme un expert et ils débattent sur la perte d'opportunité.

En arbitrage, il existe également des dommages et intérêts pour perte de profits, perte de valeur de l'actif ou perte d'opportunité commerciale. Un cas célèbre a impliqué une société mexicaine de Carlos Slim qui a poursuivi *IBM IT Systems*. *IBM* a violé le contrat et n'a pas complété un projet qui aurait considérablement amélioré la rentabilité commerciale de la société mexicaine. C'était un arbitrage de la CPI avec siège au Mexique.

Au Mexique, il existe une règle dite « DOLO » permettant aux préjudices de perte de chance d'être indemnisés en cas de rupture ou de violation du contrat international comme dans les pays de droit civil.

Ceci n'est pas autorisé dans le système de *common law* des États-Unis. Selon la loi de l'Etat de New York il est nécessaire de prouver la fraude. Dans ce cas, la demande d'indemnisation au titre des gains manqués (*expectation damages*) a échoué, la réparation du préjudice n'est pas accordée pour fraude, mais vous pouvez obtenir des dommages-intérêts punitifs ».

Praticien n°2

« En matière de cartel et d'antitrust il y a eu beaucoup d'études et de décisions pour savoir si les *deble* ou *dreble damages* américains, qui sont une forme de dommages-intérêts punitifs, étaient compatibles avec l'ordre public et les principes du droit civil français notamment la proportionnalité de la sanction et la réparation intégrale. La réponse est positive. Cela a été illustré par exemple dans le cas *Westinghouse*, et c'est une tendance de fond ».

« L'astreinte est une forme de peine privée qui se développe dans les juridictions de référés et même arbitrales. L'arbitre est désormais compétent pour prononcer une astreinte, même s'il ne l'est pas encore pour liquider l'astreinte.

L'article 145 du Code de procédure civile est un outil très puissant pour accélérer les procédures qui sont censées sanctionner l'inexécution du contrat. Ainsi Groupe C avait assigné *Carrefour* en référé sur la base de l'article 145 pour leur demander tous les documents sous tendant leurs négociations avec Groupe D et en avance de phase du procès en responsabilité délictuelle (en tant que tiers qui n'était pas sensé ignorer le contrat) que Groupe C menaçait de lancer contre *Carrefour*.

Il y a beaucoup de jurisprudence sur la base de l'article 145 ».

Praticien n°3

« Je ne vois pas venir les *punitive damages* dans le droit en France. En matière d'actions de groupe par exemple, on ne peut réclamer que son préjudice matériel pas son préjudice moral ».

Praticien n°6

« En France, le principe c'est qu'il n'y a pas de dommages-intérêts punitifs. Mais lorsqu'une partie est de mauvaise foi, le juge appliquera sans jamais les nommer des dommages-intérêts punitifs en les déguisant par exemple sous forme d'une décote moindre pour la perte de chance.

Aux Etats-Unis les *punitive damages* s'appliquent seulement quand le préjudice porte atteinte à la société au delà de l'intérêt privé ou alors quand il y a une fraude manifeste. Ces *punitive damages* sont souvent associés aux *class actions*. On n'y pense pas vraiment en droit des contrats d'affaires car ça risque d'indisposer le juge américain ».

Praticien n°11

Cas jugés différemment en droit civil et en *common law*

« De nombreux ouvrages comparent les deux droits en terme de procédures; moins nombreux sont ceux qui les comparent dans leurs contenus ou leur substance. « Le juge français applique la loi, le juge américain fait le droit ».

Dans l'action de groupe contre *Vivendi* au début des années 2000 au sujet de la publication d'informations trompeuses aux marchés financiers. Le juge américain devait décider si un actionnaire français qui aurait perdu son procès aux Etats-Unis pourrait tenter le même procès en France, où les actions de groupe (avec *opt out*) n'existaient pas encore.

La réponse donnée a été double :

- « certainement pas » si l'actionnaire est américain car il ne peut poursuivre deux fois pour la même cause quelle que soit la juridiction ;
- « je ne sais pas, mais le juge français ne le permettrait probablement pas » si l'actionnaire est français, ce qui a permis aux actionnaires français de se joindre à l'action de groupe aux Etats-Unis.

Trois ans plus tard, la Cour suprême est venue modifier la loi américaine régissant les instruments financiers en décidant qu'elle ne s'appliquerait pas hors des Etats-Unis ».

6. Des évolutions sont constatées avec le temps, mais elles restent modestes au regard des attentes des praticiens.

Praticien n°3

« Concernant l'évolution des dommages-intérêts compensatoires dans le temps, le juge judiciaire français est un peu plus généreux que par le passé mais il reste toujours bien moins généreux que l'arbitre. Nous sommes encore très loin de l'indemnisation du préjudice réel.

Il y a en revanche plus fréquemment recours aux experts. De la part des parties d'abord puis de la part du juge ensuite. Mais il y a un problème d'hétérogénéité de la compétence des experts et de leur formation ».

Praticien n°6

« L'avant projet Catala prévoit des dommages et intérêts punitifs en cas de *lucrative fault* etc.

L'évolution constatée en France va vers **plus de générosité des juges lorsque la faute est reconnue (ce qui demeure très rare)**, tout en restant très critiques sur l'appréciation de la faute. Exemple le juge est très réticent à faire jouer les GAP quand elles ne se traduisent pas des chiffres très concrets. De même c'est très difficile de se faire réparer le dol parce que le tribunal considère qu'entre professionnels chacun est averti et responsable.

Aux Etats-Unis, le principe *buyer beware* s'applique totalement pour les acheteurs professionnels mais les compensations y restent plus généreuses qu'en France.

On constate aussi une amélioration notable de la qualité des experts et des juges consulaires en France, mais on partait de loin. En revanche il reste beaucoup à faire pour améliorer la compétence économique des juges professionnels ».

Praticien n°7

« Tous les dommages-intérêts deviennent de plus en plus importants avec le temps car la taille des transactions augmente aussi ».

Praticien n°8

« La situation en faveur de l'exécution en nature s'améliore mais on est encore loin du compte. On n'a pas encore renversé l'ordre des priorités avec l'exécution par équivalent qui reste souvent privilégiée par les tribunaux car plus simple à mettre en œuvre ».

Praticien n°11

On constate une évolution de la jurisprudence américaine en faveur des entreprises

« Par exemple, il y a un débat aux Etats-Unis sur le caractère exorbitant de certains dommages-intérêts accordés - notamment par les jurys populaires - aux demandeurs/plaignants face à des entreprises.

Ils sont toutefois approuvés par le juge dès lors qu'il les considère raisonnables.

Ainsi des dommages-intérêts punitifs ne seront jugés raisonnables dans certains Etats que s'ils sont proportionnés aux dommages-intérêts compensatoires. Dans d'autres Etats, au contraire, la loi autorisera des dommages-intérêts punitifs jusqu'à trois fois supérieurs aux dommages-intérêts compensatoires (*treble damages*). A l'autre extrême, certains cas interdisent tous les dommages-intérêts punitifs.

Même si les dommages-intérêts punitifs sont destinés à punir le défendeur, ils sont empêchés par le demandeur. D'où cette réputation si caractéristique des avocats américains : certains se sont fait la spécialité de chasser les cas les plus profitables et de convaincre les plaignants de leur confier leurs intérêts simplement pour indexer leurs honoraires sur les dommages-intérêts récupérés pour le client ».

En revanche il y a aussi un mouvement inverse dans le Delaware.

« Une société peut-elle inscrire dans ses statuts l'obligation pour un plaignant de :

4.1- Payer les dépens s'il perdait son procès contre elle ?

Ce genre de disposition sera probablement rejeté par la Cour Suprême du Delaware car on n'aime pas aux Etats-Unis tout ce qui pourrait décourager une victime à demander réparation en justice. Contrairement au système anglais où le perdant paye les dépens.

4.2- Poursuivre uniquement au Delaware (et dans aucun autre Etat) une société enregistrée au Delaware ?

Ce genre de disposition a été autorisé par la Cour suprême du Delaware ».

« Il y a désormais des lois dans certains Etats pour limiter les abus de *derivative cases*. La doctrine du *business judgement rules* protège les administrateurs qui n'engageraient pas des poursuites contre le dirigeant au nom de la société. Si l'actionnaire n'en fait pas la demande, les administrateurs ne le feront jamais car ils sont conflictés en étant en relation avec le dirigeant. Donc ces lois exigent désormais que les actionnaires demandent à la société de poursuivre le dirigeant avant de pouvoir engager eux mêmes un *derivative case*. L'unique exception à cette règle est lorsque l'actionnaire peut démontrer que sa demande à la société n'aboutirait pas car les administrateurs sont en conflit d'intérêt : *Demand excused if the demand is futile*.

Autre possibilité pour protéger les administrateurs et rendre plus difficiles les poursuites engagées par des actionnaires : la création de comités *ad hoc* pour décider des poursuites éventuelles et cette décision engage définitivement les administrateurs et les actionnaires.

Donc on assiste à des évolutions pour rendre les *derivative cases* de plus en plus difficiles pour un actionnaire et cela amène des décisions de plus en plus raisonnables. Tout cela est fait aussi pour rendre l'environnement plus *business friendly*. Ces évolutions sont encouragées par les Etats, par le Congrès et par la Cour Suprême.

En 1994, le *Private Securities Litigation Reformed Act (PSLRA)*, confirmé et renforcé peu de temps après par le *Securities Litigation Uniformed Standard Act (SLUSA)* sont des lois que le Congrès a pris (parfois contre l'avis du Président des Etats-Unis) pour rendre plus difficile les poursuites contre des sociétés par des particuliers. Ces lois ne s'appliquent pas aux cas de litiges entre entreprises ».

Praticien n°13

Autres sources d'entretiens

« Les experts en médecine légale évaluent les dommages lorsqu'ils sont nommés dans un procès.

René Stolz de Cornerstone (Ohio State). Ils ont travaillé sur le cas de Groupe C. Certains consultants sont spécialisés dans les méthodologies d'études d'évènements et le développement des modèles économiques associés ».

7. Les études d'événements pour évaluer les préjudices boursiers.

Praticien n°4

« Demeurent non résolues les manipulations de cours comme dans l'affaire *Vivendi* : quelle est l'indemnisation de ce préjudice ? Si on regarde la situation de chacune des victimes, c'est un travail titanesque car il y a des milliers de cas particuliers qui sont tous différents et dont les préjudices n'ont rien à voir. **La Cour de cassation avait admis - dans une affaire *Sidel* souvent citée - que l'on puisse fixer le préjudice à tant par action. C'est la première affaire dans laquelle on a admis une sorte de forfait mais qui est absolument contraire avec le principe de la réparation intégrale car il ne prend pas la considération de la situation d'espèce de la victime** ».

Praticien n°7

« Les études d'événements (*event studies*) sont de plus en plus utilisées pour analyser les évolutions de cours avant et après un événement donné supposé préjudiciable. Par exemple une diffusion d'information trompeuse qui pénalise un cours de bourse. Elles sont donc plutôt réservées aux préjudices boursiers et seules quelques juges spécialisés sont familiers avec cette méthode d'évaluation du préjudice ».

Praticien n°11

« Pour le préjudice financier, il y a énormément de jurisprudence qui définit quelle méthode d'évaluation doit être utilisée en fonction des conditions d'espèces. Le PSLRA oblige le plaignant à prouver le lien causal entre la fraude et le préjudice mais il ne dit pas comment. C'est la jurisprudence qui détaille le comment.

Mais ce n'est pas un débat simple car, par exemple, si une société a commis une fraude, il est très difficile de connaître exactement quel est l'impact de cette fraude sur le cours de bourse. Le cours de l'action a pu d'abord monter de 5 USD au moment de l'information frauduleuse puis baisser de 5 USD au moment de la révélation de la fraude (c'est la version du plaignant) mais on peut aussi bien trouver que le marché a monté de 10 USD pendant que l'action ne montait que de 5 USD, ce qui revient à dire qu'elle a baissé de 5 USD. On doit donc « désagréger » l'impact de la fraude des autres facteurs. Donc c'est toujours une évaluation subjective soit de l'expert soit du jury qui départagera les versions. Il n'y a toujours de méthode universelle dans les cas de fraude aux marchés financiers.

Même si les méthodes ne sont pas certaines en toute exactitude, ces méthodes objectives sont quand même mieux que rien pour évaluer le préjudice ».

8. En dehors des barèmes utilisés pour indemniser certains préjudices bien spécifiques - notamment corporels (*per diem*) et bientôt en droit du travail – les praticiens imaginent peu des méthodes aussi simples pour indemniser des dommages complexes tels ceux résultant de l'inexécution des contrats d'affaires

Praticien n°4

« C'est un peu difficile d'arriver à un barème chiffré unique pour indemniser les préjudices économiques et financiers, mais on peut au moins proposer une méthodologie du type :

- premièrement placez-vous dans la situation favorable ; quels auraient été les profits de la victime si le contrat avait été exécuté ?
- ensuite capitalisez ces profits à l'infini ;
- enfin quel profit ou perte le créancier a-t-il vraiment réalisé ?

Le juge aurait l'obligation de suivre cette méthode même s'il resterait souverain sur les chiffres. Dans la pratique son appréciation ne pourra pas être trop éloignée des chiffres obtenus ».

Praticien n°6

« En France, j'estime qu'il sera difficile, sinon impossible, de définir des barèmes dans le préjudice économique et financier. Il me semble même difficile d'imposer au juge des méthodes d'évaluation. Je suis réservé à l'idée de légiférer sur ces sujets.

Aux Etats-Unis, ce serait peut être possible mais je serais opposé à aller dans le sens de l'application de barèmes. Le juge doit conserver son appréciation souveraine du préjudice ».

Praticien n°7

« Le seul domaine où on applique des barèmes aux Etats-Unis concerne les préjudices corporels engageant la responsabilité civile professionnelle des médecins. Il est vrai que certains Etats imposent des limites aux dommages-intérêts compensatoires, d'autres suggèrent des méthodes, jamais des barèmes. Dans ce domaine rien n'est imposé au niveau fédéral. Les standards de preuves et les méthodes d'évaluation du préjudice sont définis au sein de chaque Etat lorsqu'il s'agit de procédure au civil et je dirai presque au sein de chaque Jury lorsque la procédure en prévoit un. Dans ce dernier cas, le Jury a librement le choix de la méthode pour rassembler les faits et il est souverain pour apprécier les évidences du préjudice ».

Praticien n°11

« Pour le préjudice corporel aux Etats-Unis, il y avait des avocats qui bâtissaient leur démonstration de plaidoirie sur un préjudice *per diem* qui semblait très faible mais qui arrivait à des sommes considérables sur toute l'espérance de vie du plaignant. Finalement cette méthode a été supprimée à New York et dans plusieurs Etats car elle était certes objective (un préjudice par jour multiplié par l'espérance de vie) mais totalement déraisonnable ».

Praticien n°13

« L'Académie de droit américain forme tous les avocats au mouvement de *Law & Economics* depuis les années 1980. Il existe maintenant une école dominante d'avocats en économie qui travaille dans des préjudices contractuels et encore plus dans les dommages causés en responsabilité civile, où la causalité peut être indirecte ».

9. Si l'efficacité de la sanction est liée à son *quantum* alors il y a un lien entre la force obligatoire du contrat et l'efficacité de la sanction

Praticien n°4

« En doctrine française, le droit aux dommages-intérêts est une conséquence de la force obligatoire. Le *quantum* dépend juste du dommage et de l'appréciation souveraine de ce dommage par le juge. Mais il est vrai qu'en fait, plus la violation est grave plus les dommages-intérêts vont grimper. Donc, tant que le *quantum* n'est pas un sujet de droit, la question devrait être inversée : ce n'est pas le *quantum* qui renforce l'obligation contractuelle mais l'obligation contractuelle qui renforce le *quantum*, compte tenu de la gravité de la faute et des dommages ».

10. En droit français, le principe de la réparation intégrale, appliqué strictement, limite, en fait sinon en droit, la réparation du préjudice à la perte certaine effectivement et directement subie par le créancier, uniquement et directement imputable à l'inexécution du contrat et prévisible du point de vue du débiteur

Que pensez-vous de cette assertion ? (Discuter les articles 1149 à 1153 anciens du Code civil).

Praticien n°3

« C'est tout à fait exact et à cela je vois plusieurs raisons en France :

- la Cour de cassation est absolument incompétente sur le *quantum* des dommages ;
- on exclut les dommages punitifs ;
- les aspects culturels des juges qui ont de plus en plus tendance à se refermer sur eux mêmes.

C'est en revanche moins vrai pour les dommages corporels ».

Praticien n°6

« Il ne faut pas confondre les principes du droit et ce qui se passe devant un tribunal. Ce n'est pas parce que les tribunaux sont timides sur l'octroi des dommages-intérêts que l'on doit en conclure que le droit français n'accorde pas la réparation intégrale de ce préjudice. Le tribunal estime lorsqu'il a accordé son dommage qu'il a accordé la réparation de tout le préjudice qu'il a librement apprécié.

La réalité c'est que le texte influe rarement sur la décision. En tant qu'avocat, je n'ai jamais entendu cités ces textes en France. Le texte est vu comme un principe général. A l'audience c'est surtout l'appréciation des faits. Y a-t-il rupture abusive ou au contraire trouve-t-on des

raisons valables à l'inexécution ? A supposé qu'il y ait abus, y a-t-il préjudice et comment l'apprécier ? Enfin y a-t-il un lien de causalité entre l'abus et le préjudice » ?

10.1. Rapprochement des régimes contractuel et délictuel en dehors du droit des affaires

Praticien n°4

« On constate aussi en droit français un rapprochement des régimes contractuel et délictuel pour certains types de responsabilité : les dommages à la personne où il y a une obligation de sécurité, également les responsabilités professionnelles (médecins, avocats, notaires) où ces responsabilités échappent à l'ordre contractuel.

Pourquoi ces deux domaines - responsabilités professionnelles et dommages à la personne - sont les seuls où les deux ordres se rejoignent ?

On peut l'expliquer par le fait que les professionnels ont des devoirs qui dépassent leur contrat : le médecin, le notaire, l'avocat, etc. a une responsabilité en sa simple qualité de professionnel (et *a fortiori* en tant qu'officier public pour le notaire).

Il y a deux idées derrière cette explication.

Une idée théorique : Quand ils commettent une faute professionnelle, ils ne font pas que violer un contrat, ils ont une responsabilité vis à vis de la loi, de l'ordre public.

Une idée pratique : c'est la volonté des tribunaux de faire voler en éclat toutes les clauses de limitation ou exonératoires de responsabilité pour avoir un régime quasi légal dans la responsabilité professionnelle.

On retrouve ces deux mêmes idées dans la directive sur la responsabilité induite par les produits défectueux. C'est un régime qui repose sur la responsabilité générale :

- . vous introduisez un produit dangereux vous avez une responsabilité ;
- . il ne faut en aucune manière qu'on puisse buter sur une clause limitative ou exonératoire de responsabilité ».

10.2. Le droit des affaires reste plus attaché à la prévision et aux attentes du créancier

« Au contraire dans le domaine des affaires on a tendance à retrouver cette distinction entre ce qui était prévu dans le contrat et ce qui ne l'était pas pour déterminer la responsabilité contractuelle. Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont en principe efficaces (avec des limites).

Le droit français cependant, chemin faisant, a mis un certain nombre de limites à cette efficacité par exemple la faute lourde ou intentionnelle dont la responsabilité ne peut être ni limitée ni exonérée. Pour la faute lucrative nous n'en sommes pas encore là en droit mais la jurisprudence y vient. Le projet Catala a été rédigé sur cette partie par Geneviève Viney qui est très attachée à la faute lucrative.

Dans la conception américaine la réparation intégrale inclut la faute lucrative. Dans un exemple ou deux opérateurs américains dans la chimie où l'un a commis une faute sur la composition du produit on discute de la faute en droit américain car en droit français il n'y aurait pas de faute puisque le produit n'a pas été commercialisé. Dans ce cas il n'y a pas de contrat c'est juste la propriété intellectuelle. Les américains disent qu'il faut rendre l'avantage que présente pour le contrefacteur l'acquisition de cette technologie (*restitution interest*).

Alors qu'en France la responsabilité n'est pas de rendre son profit mais simplement d'exécuter ses engagements ».

Praticien n°11

Consequential damages

« Les dommages-intérêts compensatoires sont différents des dommages-intérêts consécutifs (*consequential damages*).

Exemple : un fournisseur s'est engagé à vous vendre 10 tonnes par semaine et ne peut en fait livrer que 5 tonnes par semaine. Vous pouvez être indemnisé pour ne pas avoir réalisé la marge sur les 5 tonnes non vendues mais en général vous ne pouvez pas être indemnisé sur les conséquences de cette marge supplémentaire. Par exemple vous ne pourrez pas être indemnisé si vous dites que vous auriez pu construire un nouveau hangar pour entreposer la marchandise et donc développer vos affaires au delà même de cette transaction. On considère que c'est une conséquence trop lointaine pour être indemnisée.

Sauf dans certains Etats et dans des cas très particuliers où ils sont parfaitement prévisibles, les *consequential damages* ne sont pas admis alors que les *compensatory damages* le sont.

Dans l'interprétation du principe de la réparation intégrale, la jurisprudence de l'Etat de New York serait assez proche de celle de la Cour de Cassation. On considère qu'un bon business plan n'est pas spéculatif s'il est documenté ; il est donc une base admissible pour évaluer les dommages-intérêts compensatoires. En revanche on n'irait pas jusqu'à indemniser au titre des dommages-intérêts consécutifs ».

11. Des aménagements au principe de la réparation intégrale sont proposés afin d'indemniser plus complètement les victimes d'inexécution contractuelles

11.1. Nous vivons un paradoxe entre l'absence de dommages punitifs et la faiblesse de la réparation intégrale

Praticien n°4

« C'est un problème propre au droit français voire aux droits civils européens: ce droit ne s'est jamais intéressé à la méthode d'évaluation du préjudice par ce qu'il considère que ce n'est pas une question de droit et donc ça n'est qu'une question d'appréciation de la réalité, une question de fait. Du coup la Cour de cassation n'exerce aucun contrôle. Cela a pour conséquence que c'est un peu « à votre bon cœur Monsieur le juge... »

L'évaluation des dommages et donc des dommages intérêts est laissée aux lumières ou à l'obscurité des juges. Cette absence de contrôle laisse la porte ouverte à des raisonnements fondés sur la gravité de la faute (ce qui jure avec le système de base français) ou encore à des dommages forfaitaires (également contradictoires avec la réparation intégrale).

Dans des systèmes étrangers le processus d'évaluation des dommages est codifié. Très souvent les américains ou les anglais nous interrogent sur le processus d'évaluation des dommages-intérêts en droit français. On ne peut que leur répondre qu'il faut faire des calculs statistiques sur la jurisprudence des différentes cours puisque ce n'est pas une question de droit ».

11.2. Une évolution récente permet d'entrevoir une sortie de ce paradoxe

Praticien n°4

« Il y a un mouvement lent et puissant d'une partie de la doctrine qui tend à faire de l'évaluation des dommages une question de droit. Par ailleurs, il y a eu une réaction timide de la Cour de cassation - surtout à l'époque où elle était présidée par Guy Canivet - concernant l'évaluation du préjudice financier ou économique. Sous son égide, plusieurs colloques se sont tenus et ont fait intervenir des experts de ces sujets ».

11.3. Dans l'avenir deux voies peuvent être proposées pour sortir de ces limites

Praticien n°4

« La première piste touche à la **méthode même d'évaluation des préjudices économiques et financiers**. Sous l'influence des discussions (décrites ci-dessus) et peut-être d'un plus grand contrôle de la Cour de cassation apparaîtra progressivement une méthodologie d'évaluation de ce type de préjudice (voir Maurice Nussembaum).

Ce travail méthodologique est relativement nouveau même s'il y a des thèses qui ont été effectuées sur le sujet de l'évaluation du préjudice :

- celle d'Yves Marie Laitier ;
- une thèse sous la direction de Laurent Aynès publiée dans la collection PUAM rédigée à la fois en France et à Oxford, l'étudiante qui en est l'auteur a beaucoup travaillé en droit anglais.

La seconde piste est issue de l'influence croissante du droit communautaire. Il oblige le droit Français à devenir beaucoup plus rigoureux sur une méthode générale d'évaluation, et donc à **abandonner la conception traditionnelle du principe de la réparation intégrale**.

Par exemple, les **actions de groupe** doivent présenter un certain nombre de cas identiques ou par définition la victime n'est pas là. On identifie alors une victime et un préjudice théorique qui auront forcément droit à une réparation forfaitaire.

Autre exemple, les préjudices relatifs aux infractions à la concurrence. Ceux sont des ententes entre acteurs d'un même marché qui causent un préjudice de masse aux autres acteurs. Ceux-ci sont susceptibles d'exercer une **action en follow-on**.

Dans ces deux exemples et tant d'autres, il y a un mouvement de remise en cause de la conception traditionnelle de la réparation intégrale. **En présence de ces préjudices nouveaux et de masse (consommateurs, concurrents, investisseurs individuels, etc.) le droit français ne peut plus maintenir l'apparence de la réparation intégrale** ».

12. Ces aménagements ne seront compatibles avec les principes fondamentaux du droit des obligations contractuelles (principe de la réparation intégrale notamment) que lorsque le dommage économique et financier ne sera plus uniquement une question de fait

12.1. Rien ne s'oppose à qualifier juridiquement le dommage économique et financier

Praticien n°4

« Pour ce qui concerne la faute, on constate bien des éléments de faits. Mais une fois que l'on a les faits (« il a refusé de signer »), on entre dans le droit (« est-ce une faute ? »).

Pourquoi n'en serait-il pas de même pour le dommage ? On pourrait avoir des qualifications juridiques en complétant l'article 1149 (ancien) « les dommages intérêts dus au créancier sont de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé ». Pourquoi ne pourrait-on pas aller plus loin en disant par exemple « En matière d'acquisition de société la perte qu'il a faite s'entend... et le gain dont il a été privé s'entend... » et seraient ainsi précisées les qualifications dans le texte ».

12.2. De même, on pourrait qualifier juridiquement la perte de chance

Praticien n°4

« *La mesure du préjudice contractuel*, thèse rédigée par Andrea Pina sous la direction de Pierre-Yves Gautier aux éditions LGDJ en 2007.

Il faut partir de l'article 1149 (ancien), le dommage s'entend de la perte qu'il a faite (par hypothèse constatée) et du gain dont il a été privé. Ce second est par définition une anticipation mais il suppose que ce gain soit certain.

Les gains qu'il aurait pu faire : il faut être certain qu'il les aurait fait. S'il y a une inexécution d'un contrat conclu on va calculer quel aurait été le gain net.

Mais si le contrat n'a pas encore été conclu, on va raisonner en terme de perte de chance en droit français. « Il n'est pas sûr qu'il aurait acheté mais il est sûr qu'il aurait pu acheter ». Et donc on applique une décote qui représente la probabilité de réaliser cette transaction.

Exemple : si on viole un droit de préemption on doit calculer la probabilité que le co-contractant aurait eu d'acheter. Cette probabilité peut exister théoriquement et être nulle en pratique. Dans ce cas le tribunal jugerait que la perte de chance s'élève à zéro ».

12.3. La perte de chance et, bientôt, le *quantum* pourraient alors devenir des questions de droit contrôlées par la Cour de cassation

Praticien n°4

« Cela va avoir des conséquences sur le calcul des préjudices financiers résultant de l'inexécution contractuelle. Par exemple la Cour de cassation reprend en main certains aspects du processus d'évaluation. Elle contrôle la pertinence de l'utilisation de la perte de chance. Elle contrôle la manière dont le juge raisonne et l'applique. « Si on vous a demandé de réparer des gains manqués c'est différent de la perte de chance, vous ne pouvez donc pas utiliser la perte de chance... Et s'il s'agit de la perte de chance vous devez d'abord caractériser l'opportunité perdue et ensuite mesurer la probabilité qu'elle se soit produite ».

En droit français, la perte de chance est un chef de préjudice spécifique, différent du gain manqué. Mais il faut dire aussi, que l'on applique souvent la perte de chance dans des cas où le préjudice n'est pas absolument certain mais où la faute est énorme. D'une certaine manière ce sont des dommages punitifs déguisés que l'on applique dans des cas graves ou ayant généré un profit injustifié.

Pour améliorer la réparation intégrale et l'exécution par équivalent il faut sérieusement réfléchir si les dommages et le *quantum* sont vraiment seulement une question de fait. Et si c'est une question de droit alors la mise en œuvre des méthodes d'évaluation par le juge du fond devrait être contrôlée par la Cour de cassation. Les créanciers déçus n'attendent que ça. Et c'est justement sur cette phase là que les créanciers ont le moins de prévisibilité ; ça devient insupportable. **Pour l'éprouver, on devrait contester le postulat fondamental selon lequel l'évaluation relève de l'appréciation souveraine du juge.**

Guy Canivet, s'il était encore en poste, aurait abouti à des méthodes d'évaluation standardisées pour le préjudice financier. Il avait animé beaucoup de travaux et colloques. Ces communications sont sur le site de la Cour de cassation ».

13. Dès lors, il devient possible, selon les praticiens du préjudice économique et financier, de concilier les principes fondamentaux du droit des obligations contractuelles et la demande légitime d'une indemnisation plus complète des victimes d'inexécution contractuelle

Cette section contient également les éléments de réponse de la section 14.

Praticien n°4

« Dans l'avenir deux voies peuvent être proposées pour sortir de ces limites. Toutes les deux reviennent à rendre au droit ce qui aujourd'hui est considéré exclusivement comme une question de fait, à savoir le *quantum*.

1- La première piste touche à la **méthode même d'évaluation des préjudices économiques et financiers**. Sous l'influence des discussions (décrites ci-dessus) et peut-être d'un plus grand contrôle de la Cour de cassation apparaîtra progressivement une méthodologie d'évaluation de ce type de préjudice (voir Maurice Nussembaum).

Ce travail méthodologique est relativement nouveau même s'il y a des thèses qui ont été effectuées sur le sujet de l'évaluation du préjudice :

- celle d'Yves Marie Laitier ;
une thèse sous la direction de Laurent Aynès publiée dans la collection PUAM rédigée à la fois en France et à Oxford, l'étudiante qui en est l'auteur a beaucoup travaillé en droit anglais.

2- La seconde piste est issue de l'influence croissante du droit communautaire. Il oblige le droit Français à devenir beaucoup plus rigoureux sur une méthode générale d'évaluation, et donc à abandonner la conception traditionnelle du principe de la réparation intégrale qui, il faut bien le dire est en grande partie une apparence. Peut être que cela nous amènera aussi à revoir la théorie de la perte de chance en rationalisant le calcul de la probabilité et donc de la décote qui s'applique ».

Praticien n°3

« Mes préconisations seraient les suivantes :

- recourir plus systématiquement aux experts judiciaires à condition qu'ils soient compétents ;
- privilégier la juridiction arbitrale qui n'est pas soumise au même a priori culturel ;
- adapter la formation des juges, comme on l'a fait pour celles des avocats (eq. HEAD) par exemple en y intégrant un volet non technique sur le monde de l'entreprise, des aspects non juridiques, en faisant intervenir des responsables de la Cité, etc ;
- permettre à des non juges d'origine de devenir juges, un avocat confirmé pourrait le faire pendant deux ans par exemple et il pourrait ainsi intégrer sa vision dans les référés ;
- à faire preuve de « gymnastique élastique » : c'est à dire de demander systématiquement plus que ce que l'on veut ; c'est un effet pervers regrettable du système ; le premier qui en sort sera au détriment du client ;
- il est possible que l'introduction de barèmes d'indemnisation fasse avancer la cause sur certaines espèces (comme l'engagement de vendre des actions pour donner le contrôle de la société au créancier) en fournissant un guide simple au juge lorsque l'affaire est simple ».

Praticien n°6

« En France : mes préconisations sont, outre l'expertise, de faire jouer le temps : on peut apporter des éléments de faits postérieurs à la rupture contractuelle. Si A s'est engagé à vendre une société à B. Si A ne tient pas son engagement vis a vis de B et qu'il vend la même société 10 M EUR de plus à C. Alors B pourra dire que sa perte de chance s'élève à 10 M EUR.

Aux Etats-Unis : on devrait importer le système d'expertise français plus performant que celui appliqué aux Etats-Unis car chaque partie y présente les conclusions de son propre expert privé. Je préférerais aussi éviter le jury dans toutes les affaires de responsabilité contractuelle *non jury trial*.

Je suis dubitatif sur la procédure de *discovery* appliquée aux Etats-Unis. Elle est longue et coûteuse mais elle permet d'établir des faits indiscutables. J'hésite à l'importer en France car on s'orienterait vers une judiciarisation excessive de la société. On pourrait en revanche recourir plus souvent en France à la procédure d'enquête qui est pourtant prévue dans le Code de procédure civile ».

Praticien n°8

« En France : créer une troisième instance pour ce genre de litiges complexes qui soit à la fois plus rapide que la procédure judiciaire et aussi pratiquement plus ouverte que la procédure rapide en référé. Au commerce, on devrait encadrer la procédure dans un calendrier très strict. Dans les procédures judiciaires civiles on pourrait éliminer la possibilité de recourir à une deuxième instance comme c'est le cas en procédure arbitrale. Le coût de la justice devrait être alourdi pour dissuader certaines procédures.

Il faudrait responsabiliser les parties dans la formalisation de leurs demandes afin de faciliter la décision du juge. C'est possible avec l'aide des experts ».

Praticien n°11

« Aux Etats-Unis, il y a d'abord des incertitudes et des attaques croissantes depuis de très nombreuses années contre le système des jurys que l'on accuse de ne pas être outillés techniquement pour affronter des cas très techniques. Donc certains voudraient retirer les affaires les plus techniques des mains des jurys. D'autres, comme moi, pensent au contraire que le système des jurys a plutôt bien fonctionné dans l'ensemble et qu'il convient de le maintenir. Et le 7ème amendement de la constitution des Etats-Unis indique qu'en tout état de cause un jury doit intervenir dans tous les cas où il y a un préjudice économique supérieur à 25 USD. A l'inverse, le juge peut décider que certains aspects non économiques de l'affaire échappent au pouvoir du jury, comme par exemple des cas de violation de la propriété intellectuelle. Le juge peut aussi considérer que sur certains aspects de l'affaire, aucun jury raisonnable ne pourrait décider en faveur du plaignant, et par voie de conséquence il peut soustraire ces aspects de l'appréciation souveraine du jury.

Il y a ensuite un mouvement très lent en faveur des Cours spécialisées, par exemple en fonction du *quantum* ou du type d'affaires. En général nos Cours sont plutôt généralistes. Si Toutefois, si on continuait à spécialiser les Cours cela demeurerait un mouvement très lent.

Ces évolutions possibles du système judiciaire américain sont plus politiques que juridiques ».

15. Le cas particulier des fusions-acquisitions

15.1 Pour les sociétés cotées

Praticien n°12

Les dommages et intérêts pour rupture du contrat ne s'avèrent pas vraiment pertinents pour les fusions-acquisitions publiques

« Les avocats de fusion-acquisitions ne pensent pas beaucoup à ces questions. Nous travaillons principalement sous le droit du Delaware, et la Cour du Delaware fait appliquer des contrats très efficacement pour les fusions et acquisitions : si une disposition est écrite elle sera appliquée. Cela diffère, par exemple, pour un emploi lorsqu'il existe une politique publique dans une clause de non concurrence.

Exemple de protection de l'affaire dans l'affaire *Revlon* de 1984-1985 faisant application du système de *common law* appliqué au Delaware. Le tribunal a retenu que : « le but du conseil en acceptant la vente d'une entreprise cotée doit être de maximiser la valeur immédiate pour les actionnaires, et non pas d'obtenir une indemnisation financière. Il n'est pas possible de prendre en compte l'intérêt des employés ou de l'entité ». Dès lors, en termes d'indemnisation, tout ce qui est écrit dans le contrat sera appliqué. Le contrôle judiciaire au Delaware se fait selon la règle du *business judgment rule* et se réfère aux administrateurs. Une question ne sera soumise aux administrateurs du conseil d'administration qu'en cas de conflit d'intérêts personnels ou lorsque les administrateurs n'ont pas accompli leur devoir et n'ont pas pris de décision dans le meilleur intérêt des actionnaires. Lorsque la décision de vendre une entreprise est examinée par le tribunal, il s'agit de processus inhabituels ou d'une question d'opportunités pour d'autres offres concurrentielles. Le tribunal ne s'est pas fondé sur la

décision des administrateurs parce qu'il a été jugé que les administrateurs de *Revlon* ont mis l'usurpation de l'autorité de décision dans leurs mains. Tout un ensemble de lois a été introduit sur les recours dans le contexte des mécanismes de protection des affaires dont le capital est ouvert au public : accord de résiliation facilité, convention de blocage, frais de rupture excessifs, arrangement d'exclusivité trop strict, pilule empoisonnée, vote forcé, etc. tout ce qui, dans l'opinion du juge, interférerait « de façon déraisonnable » avec le processus de vente. Tous les mécanismes sont supprimés par le tribunal. Donc, si l'acheteur négocie une trop bonne affaire, cette transaction risque d'être complètement annulée.

Exemple opposé: frais de rupture inversés *antitrust*.

Acquisition par *AT&T* de *T-Mobile*: *AT&T* a accepté de verser 6 milliards USD (sur un montant de 39 milliards USD) dans le cas où l'acquisition n'était pas été effectuée. Et ils devaient le faire parce que l'autorité antitrust s'était opposée à la conclusion du contrat. Cela aurait pu être une action en justice contre *AT&T*. Steven Davidoff, le professeur de l'affaire a écrit au sujet de cette transaction qui était réellement un accord privé (*Deutsche Telecom* détenait 100% de *T-Mobile*) en disant qu'il s'agissait d'un « contrat de type très ancien ».

Acquisition de *Motorola* par *Google* : *Google* a accepté de payer des frais de rupture de retrait à hauteur de 25%. Mais la transaction a finalement été conclue.

C'est l'idée normale de l'avocat américain : dans un contrat commercial, les accords portant sur l'achat d'actifs d'un vendeur privé ont un ajustement postérieur à la conclusion. Alors que dans une transaction impliquant une entreprise cotée, il n'y a ni ajustement après fermeture ni indemnisation en cas de problème. Cependant, la pratique commerciale a évolué : aux États-Unis (à l'inverse de l'UE), la plupart des transactions ont une énorme quantité de limitations et de garanties qui doivent être vraies lors de la signature à la fois pour les entreprises cotées ou non. C'est le produit d'une pratique de marché: *MAC*. Il existe une croyance générale selon laquelle tout ce qui est écrit est possible, mais il est vraiment très difficile de l'appliquer légalement, particulièrement dans le contexte d'une entreprise publique. Et il devient encore plus difficile dans un contexte international de droit étranger ou d'arbitrage ».

Arrêts impliquant des sociétés dont le capital est ouvert au public (pas complètement pertinent pour la thèse)

« Pour les transactions de sociétés cotées, cela ne s'applique pas parce que le temps entre la signature et le *closing* est très limité. Ce délai peut être prolongé pour des raisons relevant de l'antitrust, de l'emploi ou d'autres raisons légales. Mais généralement, la société cible disparaît si elle était cotée. Il n'y a personne pour se plaindre ; les actionnaires reçoivent leur contrepartie et partent ; l'acheteur reste avec tout ce qu'il a acheté.

Dès lors les litiges portant sur la transaction se concentrent autour des :

- conditions préalables à la clôture : litiges en matière de droit des sociétés, obligations fiduciaires non liées au contrat ;
- compléments de paiement conditionnels : par exemple, dans une transaction entre laboratoires pharmaceutiques, l'acheteur s'intéresse aux futurs médicaments de la cible. Donc, il y a une plus value potentielle et il pourrait y avoir un conflit d'intérêts sur le partage de cette plus value à l'avenir. L'objectif des avocats est de rédiger clairement afin d'éviter tout malentendu concernant les conditions imprévues à l'avenir.

Ces exceptions ne constituent pas vraiment des dommages-intérêts pour violation du contrat, dès lors elles sortent du sujet de notre étude ».

Le cas particulier des sociétés cotées ayant un bloc actionarial de contrôle

« Aux Etats-Unis, il est rare d'avoir un accord entre le fondateur et la société.

Dès lors, les seuls points pertinents pour ma thèse sont les frais de rupture ou le pacte d'actionnaires.

La plupart des sociétés cotées ont des actionnaires institutionnels mais pas de pacte entre eux. Les quelques accords entre les sociétés et certains actionnaires sont constitués avec les actionnaires les plus impliqués qui acquièrent un ensemble d'actions. Ici encore, l'objectif principal de l'avocat ne consiste pas à obtenir une indemnisation en cas de violation, mais plutôt d'assurer l'interprétation des termes et évidemment sur les droits des actionnaires. La règle juridique de base demeure que je dois écrire ce que je veux dire.

Lorsqu'il existe un actionnaire fondateur - comme la famille Walton chez *Walmart*, Michael Dell chez *Dell* et Serguei Brin chez *Google* - il peut y avoir un accord entre la société et son fondateur. Néanmoins, dans une telle hypothèse, cet accord sera davantage axé sur la gouvernance et les droits des actionnaires : droits de vote faible/élevé et équilibre des pouvoirs au sein de l'entreprise.

Telus au Canada : il y avait un procès sur le juste équilibre entre des droits de votes faibles / élevés et la volonté de fusionner les deux catégories d'actions ».

15.2 Pour les sociétés non cotées

Praticien n°12

Le cas des transactions portant sur des sociétés non cotées : l'indemnisation des dommages est pertinente

« En 1999, j'ai travaillé sur un cas intéressant de cession d'une entreprise. Avant la fin de la période de prescription, l'acquéreur a soutenu qu'il n'avait pas eu le résultat escompté. Une responsabilité environnementale est apparue. Y avait-il une violation d'une obligation ? Est-ce que ce sont des dommages indirects ? Devrait-il y avoir une information préalable ? À l'époque, il n'y avait pas la même loi en termes d'environnement. Ensuite, la loi change ; elle engage la responsabilité de l'acquéreur et celui-ci doit indemniser l'Etat de l'atteinte à l'environnement. L'acquéreur peut-il se retourner contre le vendeur en cas d'indemnisation ?

Évaluer le montant des dommages-intérêts ?

Sur les indemnités, il peut y avoir des dommages indirects. De manière plus générale, il existe des choses très factuelles, plus que l'évaluation réelle du montant des dommages-intérêts. Aux États-Unis, il existe un large éventail de pratiques en raison d'un contexte culturel/personnel. Toute résolution de ce type de conflit se conclut par un *quantum* en indemnisation du préjudice. Larry Silverstein sur le *World Trade Center* (WTC) a perçu une indemnisation d'assurance de 3,5 milliards USD. Quelle est la valeur marchande ? Quel serait le coût de remplacement ? Nous avons eu des experts qui ont étudié ce qu'il en coûterait pour remplacer le WTC tel qu'il était. Larry avait accepté de payer un loyer à l'Administration portuaire pendant 99 ans et il a été maintenu. La compagnie d'assurance a accepté de payer à Larry le coût de la reconstruction, soit 7 milliards USD ».

15.3 En cas de *litigation*

Praticien n°12

Changements principaux sur les 30 dernières années et le futur des fusions-acquisitions ?

« Il y a eu une large mondialisation, aussi la technologie des processus, la communication électronique, etc.

Mais pas beaucoup de changement de contenu juridique pour les entreprises à capital fermé.

À l'avenir, je prendrai le problème à rebours.

Le processus de pré-industrialisation a effectivement été plus efficace avec un ou deux projets avant la signature. Moins de perte de rendement. Y a-t-il moins de peine à parvenir à un accord ?

Les accords sont trop longs et denses, pas accessibles pour le client. Il y a donc plusieurs couches de conseils entre un client et l'homologue. C'est trop. Je ne suis pas toujours sûr que toutes les dispositions du contrat présentent beaucoup de valeur pour la transaction globale. La loi est trop importante pour la laisser aux avocats ! Nous sommes d'excellents artisans, mais nous avons tendance à aller trop loin dans le raffinement des contrats (exemple *T-Mobile c. AT&T*) ».

« Warren Buffet, la délégation au point d'abdication : il est seulement intéressé à acheter s'il peut faire confiance à la personne à qui il achète. Il ne s'intéresse pas à la diligence raisonnable dans une entreprise qu'il ne comprend pas avec une personne en laquelle il n'a pas confiance. Et l'indemnisation ne résoudra aucune transaction frauduleuse ou mauvaise foi ».

ANNEXE 2

1. Représentation graphique de l'étude empirique quantitative

1.1. France (Situations 1¹ et 2²)

1.2. Etats-Unis (Situations 1, 2 et 3³)

1.3. Droit Commercial International (Situations 1 et 2)

2. Tableaux comparatifs des analyses empiriques quantitatives

¹ Situation 1 : rupture des pourparlers, violation d'un accord de négociation ou de conclusion.

² Situation 2 : atteinte à la réputation.

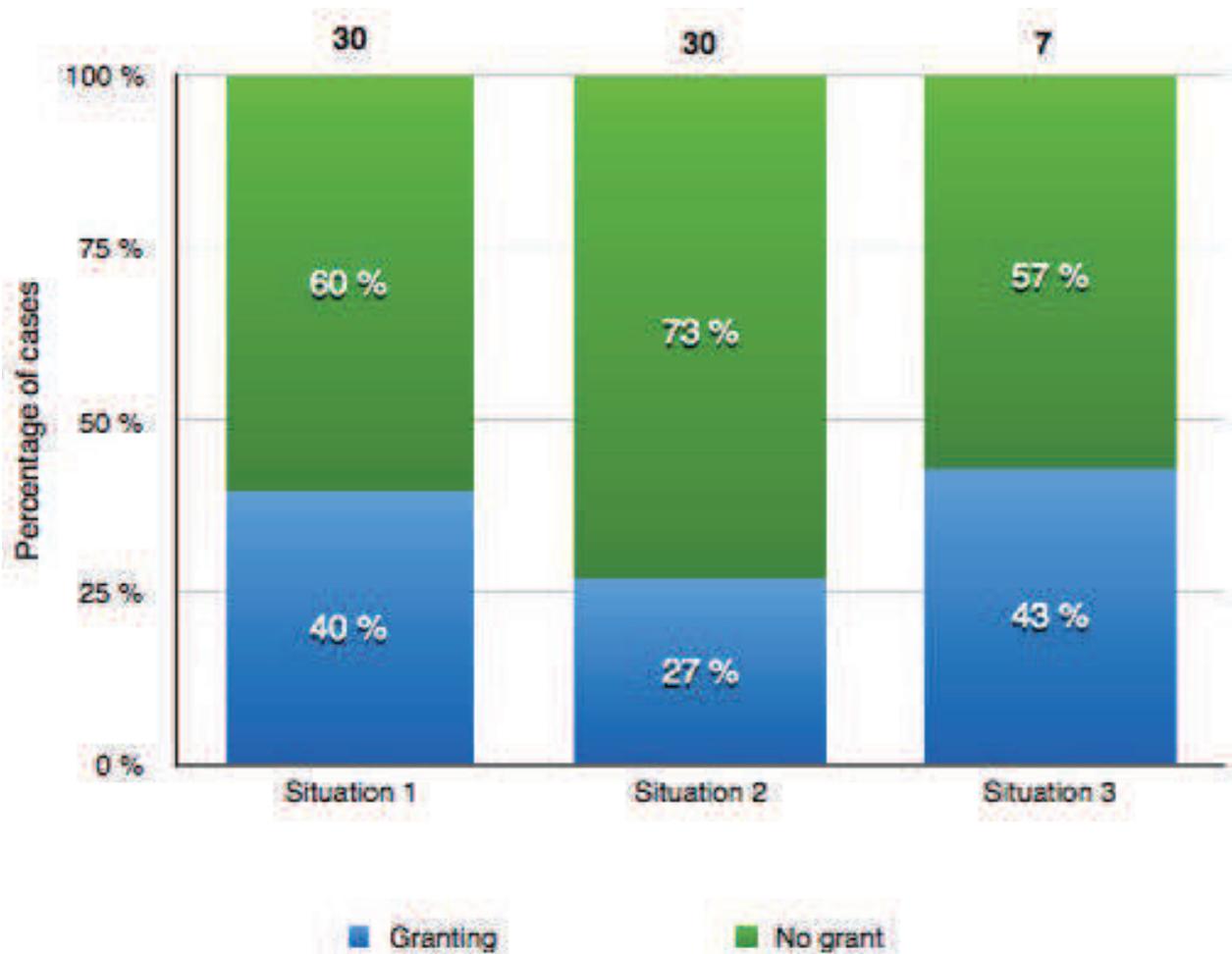
³ Situation 3 : activité sans base établie (*New Business Rule*).

ANNEXE 1 : 1. Représentation graphique de l'étude empirique quantitative

-

1.1. France

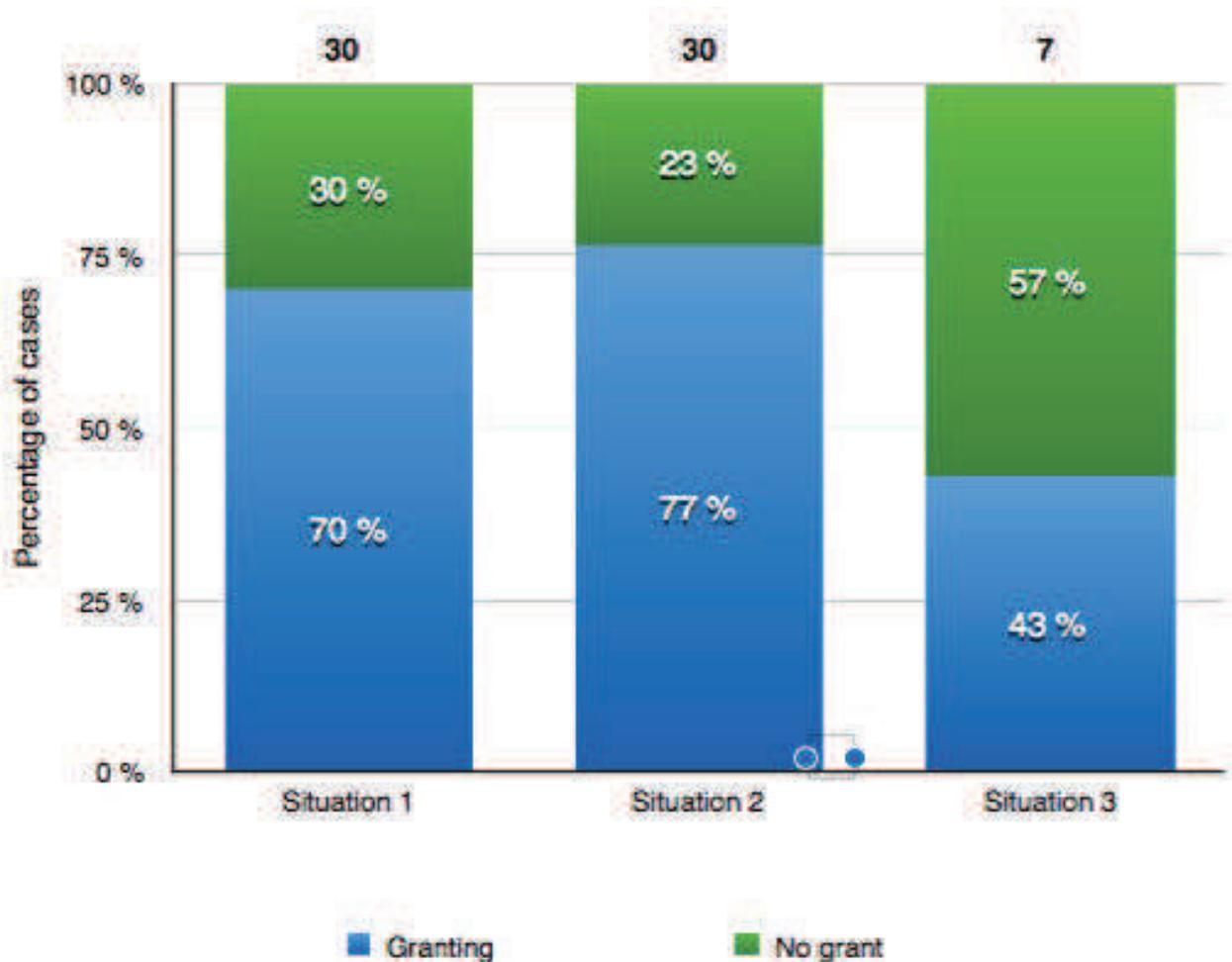
Après avoir défini chaque situation, nous avons choisi des mots clés pour chacune d'elles afin d'extraire des cas pertinents. Nous avons d'abord extrait 30 cas de manière aléatoire, en sélectionnant un sur cinq pour avoir un échantillon représentatif en terme de mots clés et de chronologie. En extrayant ces cas nous avons identifié les pourcentages suivants de cas accordant ou non des dommages-intérêts. Sur 30 cas, 12 accordaient des dommages-intérêts dans la Situation 1 (40%). Dans la Situation 2, le ratio chutait à 8 sur 30 (27%). Dans la Situation 3, 3 cas sur 7 accordaient une indemnisation. Ces statistiques figurent dans le graphique ci-dessous.



Description de l'échantillon

Notre base de données finale comprend 30 cas pour la Situation 1, 30 cas pour la Situation 2. La Situation 1 comprend 21 cas dans lesquels la Cour a accordé des dommages-intérêts et 9 dans lesquels elle n'en a pas accordé. La Situation 2 comprend 24 cas avec une indemnisation et 6 sans. La Situation 3 comprend 7 cas, dont 3 accordant une indemnisation.

Les pourcentages diffèrent de ceux exposés en page 3 puisque nous avons volontairement sélectionné davantage de cas accordant une indemnisation afin d'analyser le *quantum*. Toutefois, nous avons gardé certains cas sans indemnisation afin de comprendre pourquoi ces cas n'avaient pas connu de succès. Certains cas peuvent être commun aux deux extractions (page 3 et la présente page).



Raisons principales pour l'octroi de dommages-intérêts

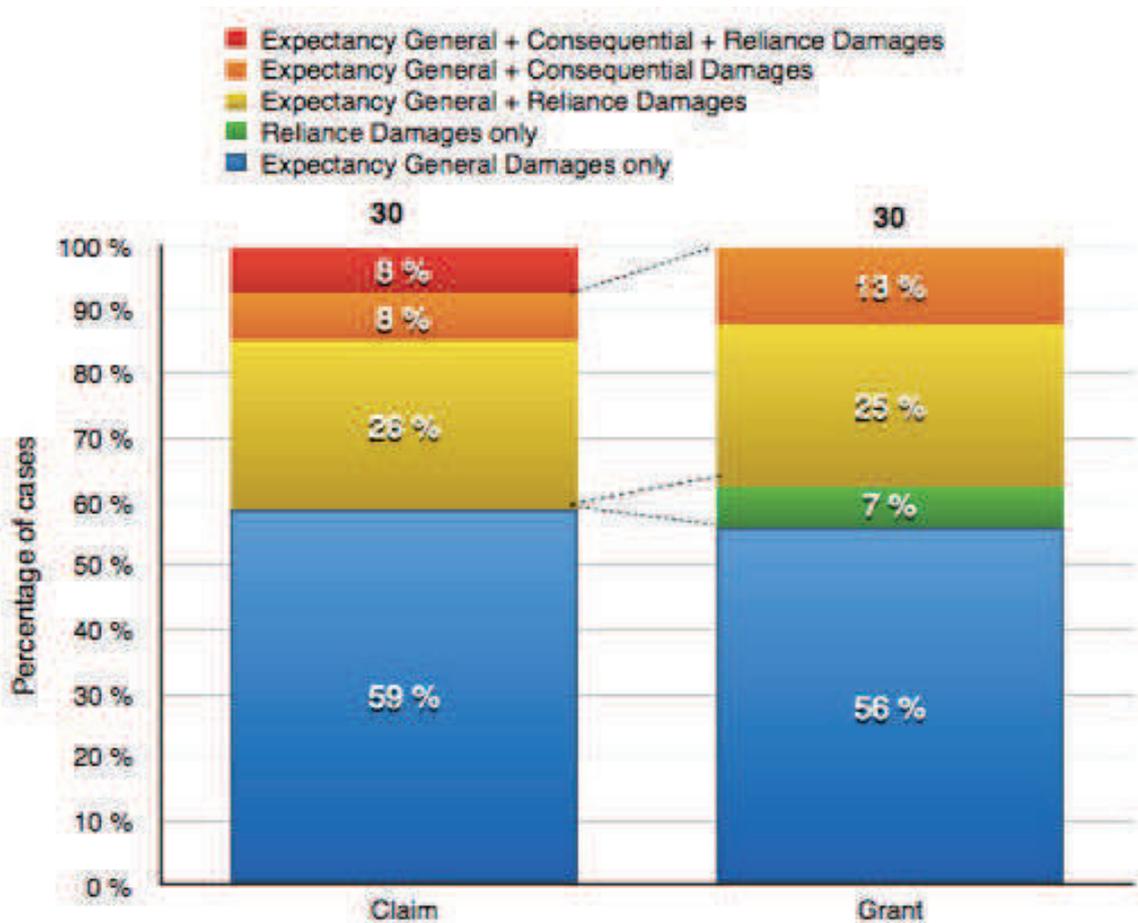
Les cas présentés dans nos bases de données affichent parfois des facteurs en fonction desquels la Cour a décidé d'accorder des dommages-intérêts. Ce tableau montre les occurrences de ces facteurs dans chaque Situation. Le chiffre affiché dans ce format « (2) » indique le nombre de cas dans lesquels un facteur a été identifié.

Situation 1	Situation 2	Situation 3
Mauvaise foi (7)	Mauvaise foi (3)	Mauvaise foi (3)
Demande détaillée (2)		
Relation antérieure (2)		
Durée des négociations		
Accord clair		
	Performance de mauvaise qualité d'un sous-traitant (7)	
	Inexécution (2)	
	Demande reconventionnelle pour procès abusif	

SITUATION 1 - France

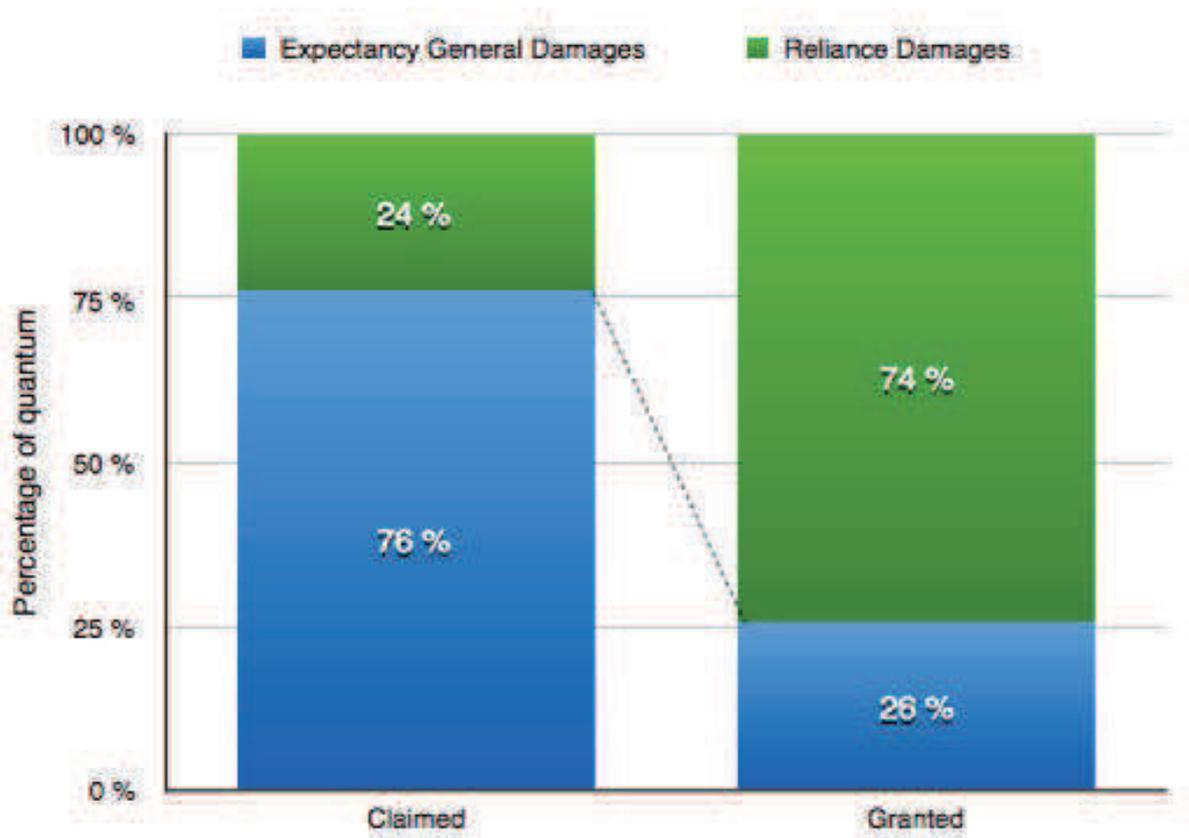
Types de dommages-intérêts demandés / types de dommages-intérêts accordés dans la Situation 1

Ce graphique, portant uniquement sur la Situation 1, montre comment les demandeurs ont organisé leur demande (ce qu'ils ont demandé) en termes de type d'indemnisation et comment la Cour a accordé ces indemnisations (ce qu'ils ont eu). Un tel graphique n'était pas pertinent pour la Situation 2 dans laquelle un seul type de dommages-intérêts est demandé et donc accordé.



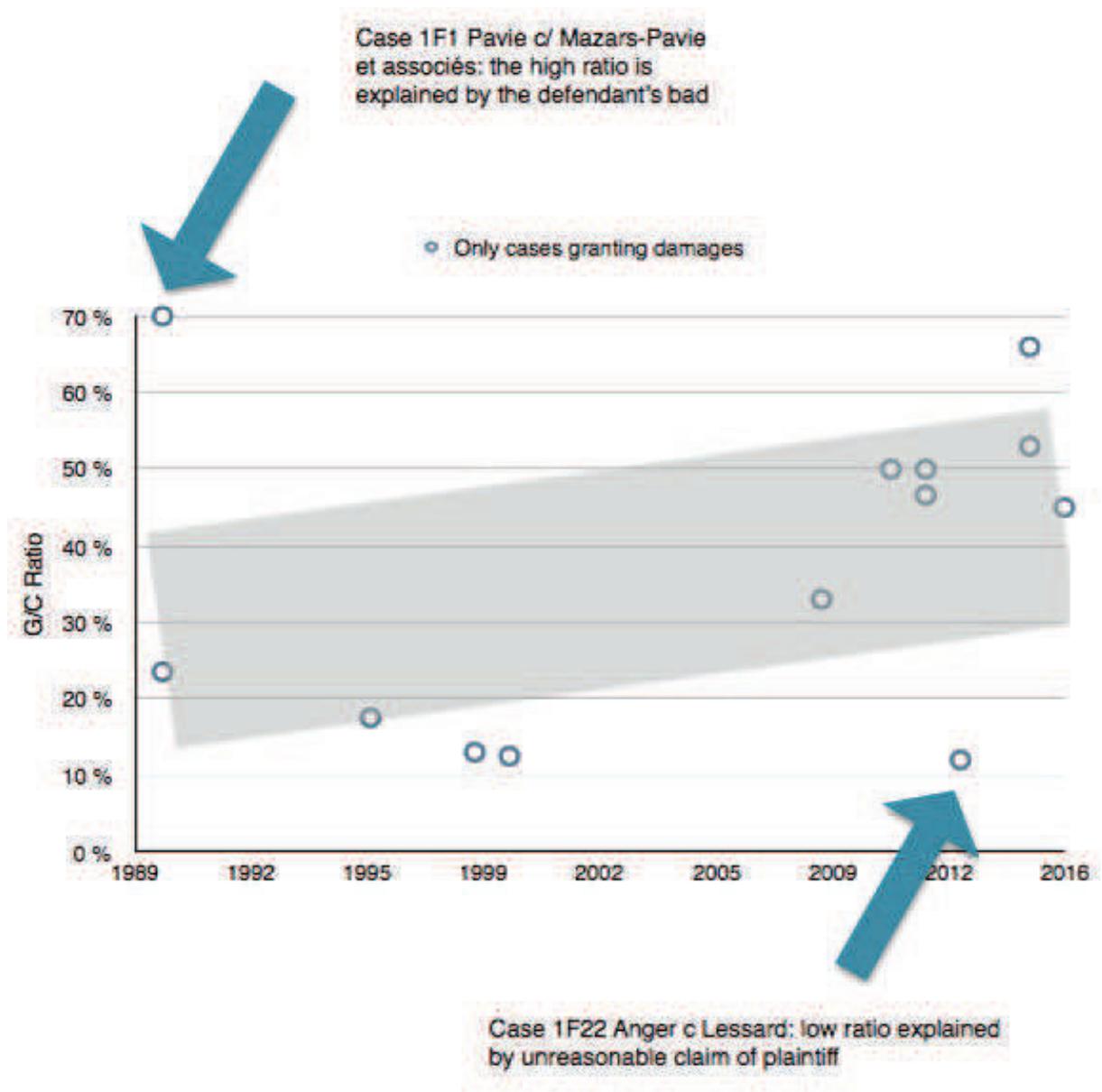
Ratio des *Expectancy General Damages* / *Reliance Damages* selon la demande et la décision dans la Situation 1

Dans la Situation 1, en prenant seulement en compte les *Expectancy General Damages* et les *Reliance Damages*, nous voyons que les EGD constituent 76% du total du *quantum* demandé alors que les pourcentages sont presque inversés dans les décisions.



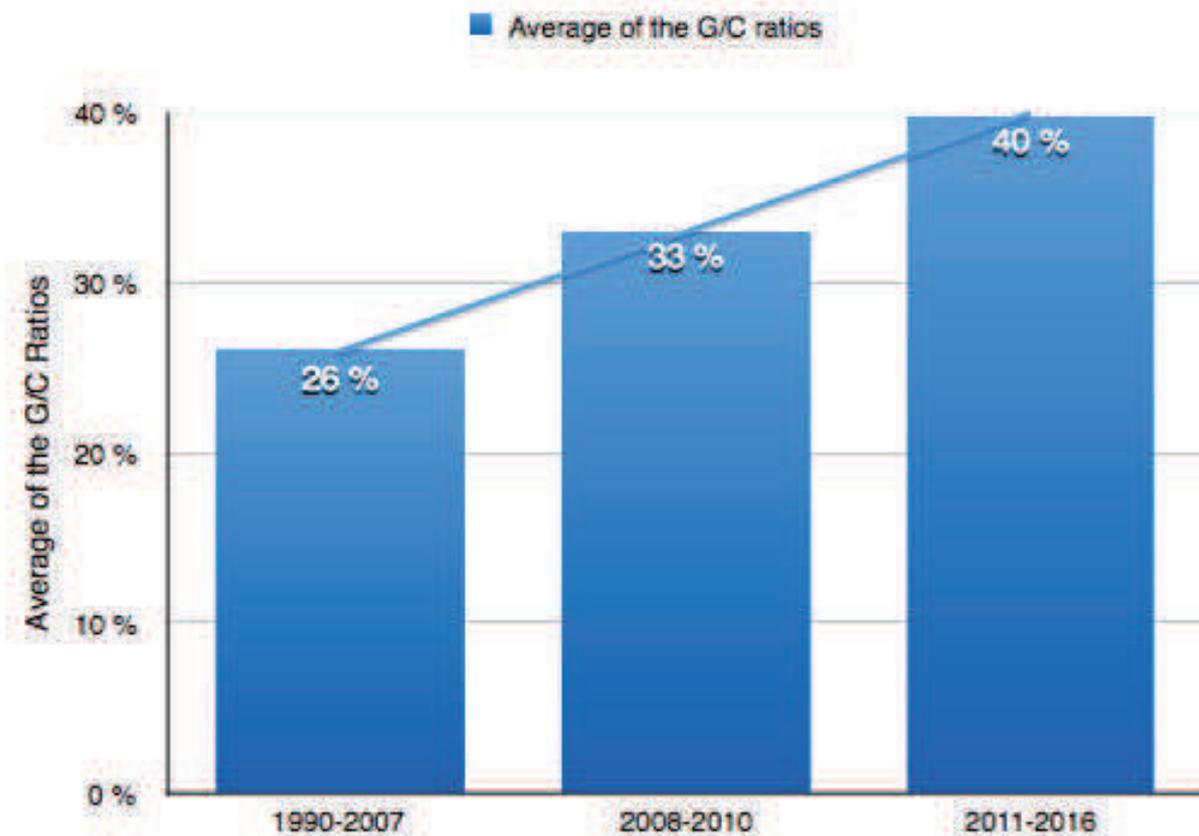
Evolution du ratio G/C dans le temps pour la Situation 1, en prenant en compte seulement les *Expectancy Damages* (EGD + *Consequential Damages*)

Ce graphique affiche les différents ratios G/C des cas étudiés pour la Situation 1. On constate une augmentation régulière malgré deux exceptions : le cas 1F1 dont le ratio très élevé s'explique par la mauvaise foi caractérisée du défendeur ; le cas 1F22 dont le ratio très faible s'explique par la demande déraisonnable du plaignant.



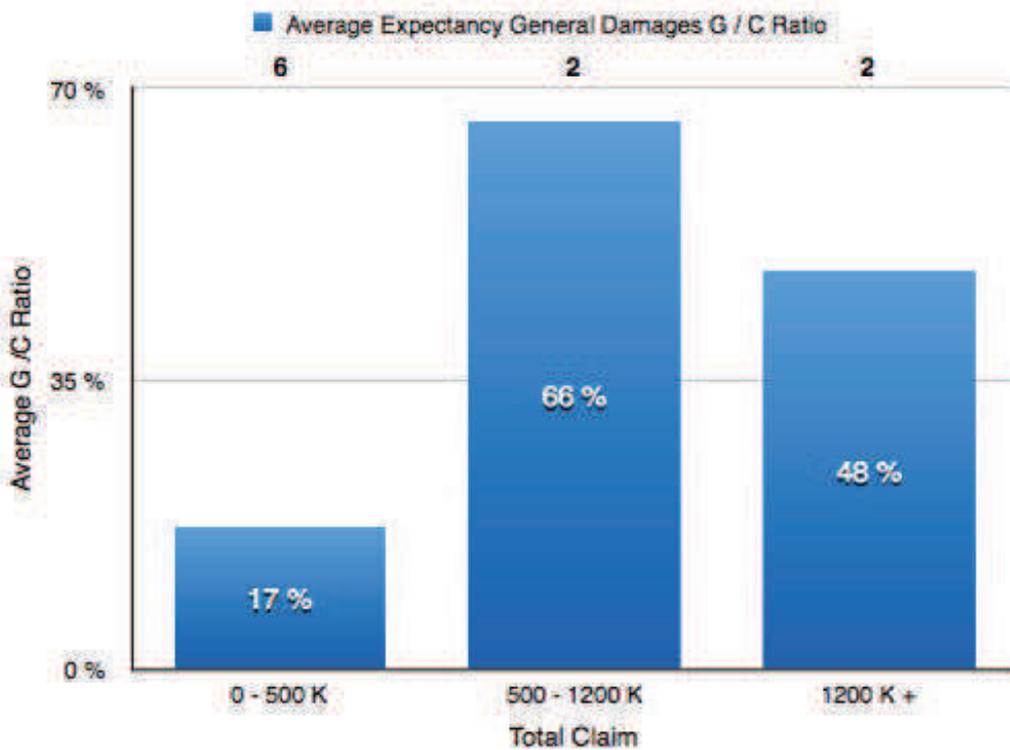
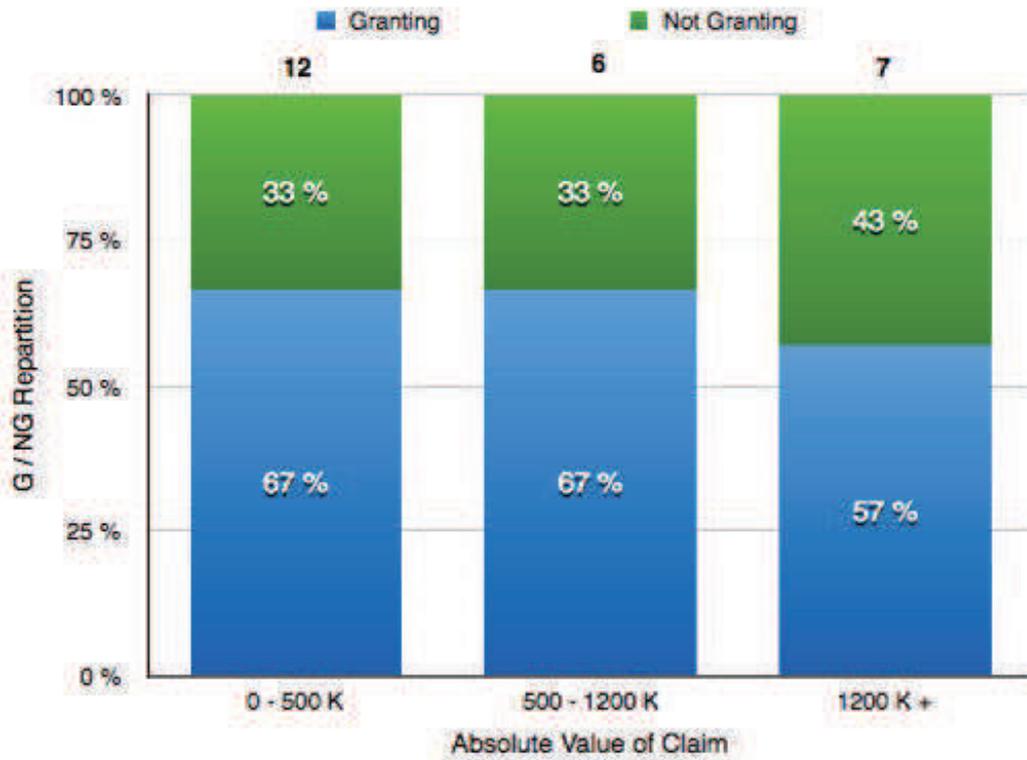
Evolution du ratio G/C dans le temps dans la Situation 1

Ce graphique affiche le ratio G/C moyen dans la Situation 1 pour trois périodes de temps différentes : 1990 - 2007 ; 2008 - 2010 et 2011 - 2016. On constate une augmentation régulière des ratios. Le seul cas où ne sont demandés (et obtenus) que des *reliance damages* a été exclu.



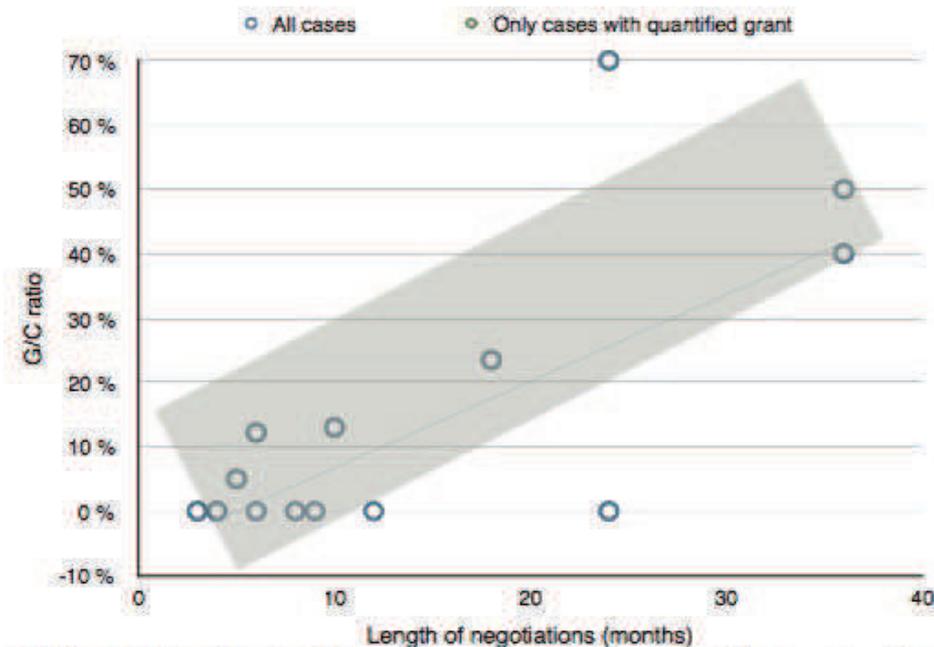
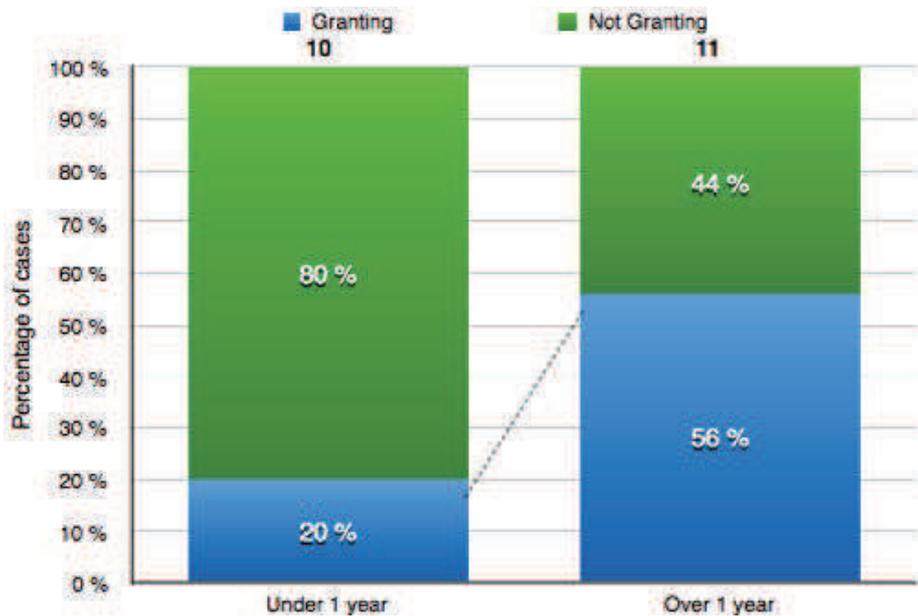
	1990-2007	2008-2010	2011-2016
Demande moyenne (seulement cas octroyant une indemnisation) K EUR	1875	542	419
Indemnisation moyenne K EUR	480	181	166

Evolution du ratio Grant/No Grant (graphe 1) et du ratio G/C (graphe 2) selon la valeur absolue de la demande



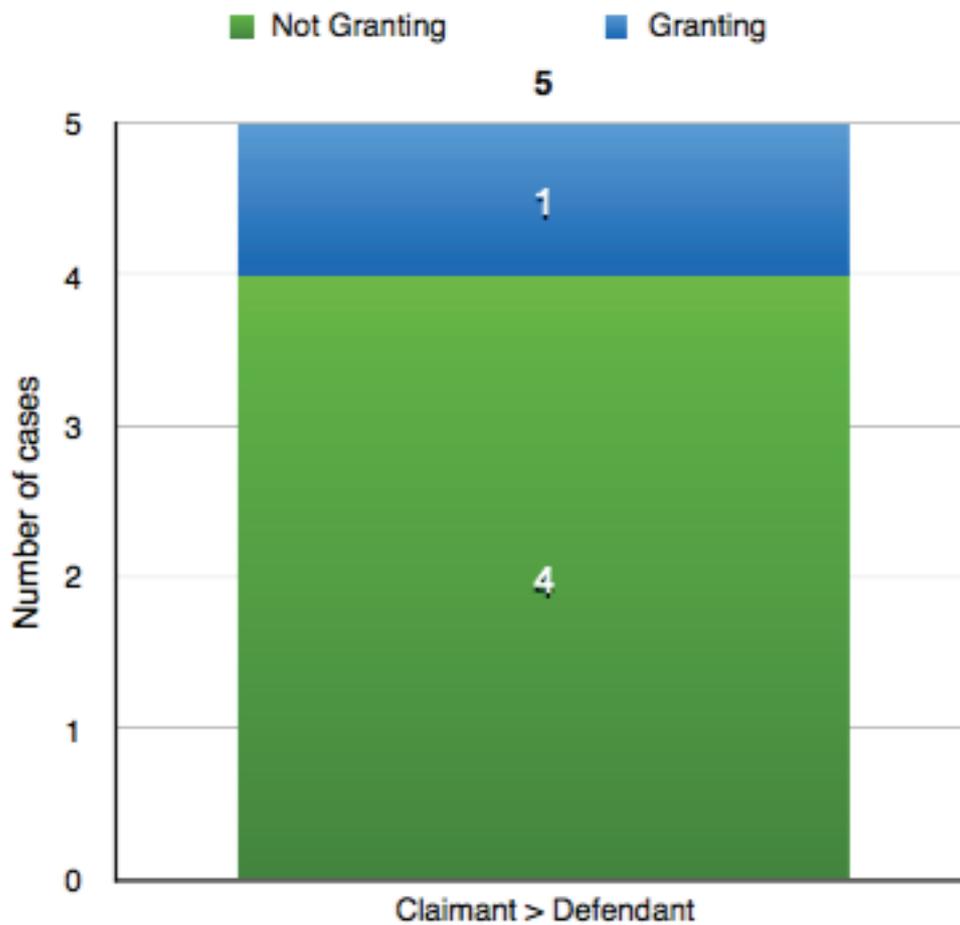
Distribution des cas et évolution du ratio G/C dans la Situation 1 en fonction de la durée des négociations

Ces graphes montrent que, pour les cas dans lesquels la relation entre les parties dépasse un an, il est statistiquement plus probable que la Cour accorde une indemnisation que pour les cas dans lesquels la relation / les négociations ont duré moins d'un an (graphe 1). Le second graphe montre que le ratio G/C augmente proportionnellement à la durée de la relation. La zone grise montre comment le ratio moyen évolue en fonction de la longueur des négociations (les cas n'accordant pas d'indemnisation ne sont pas pris en compte).

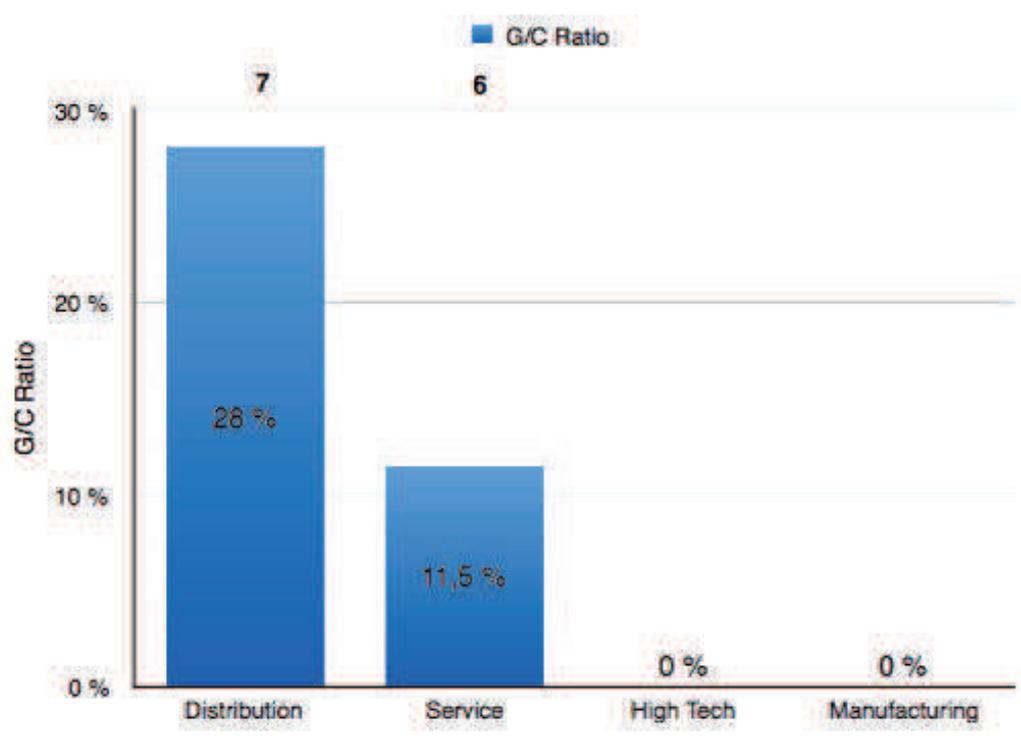
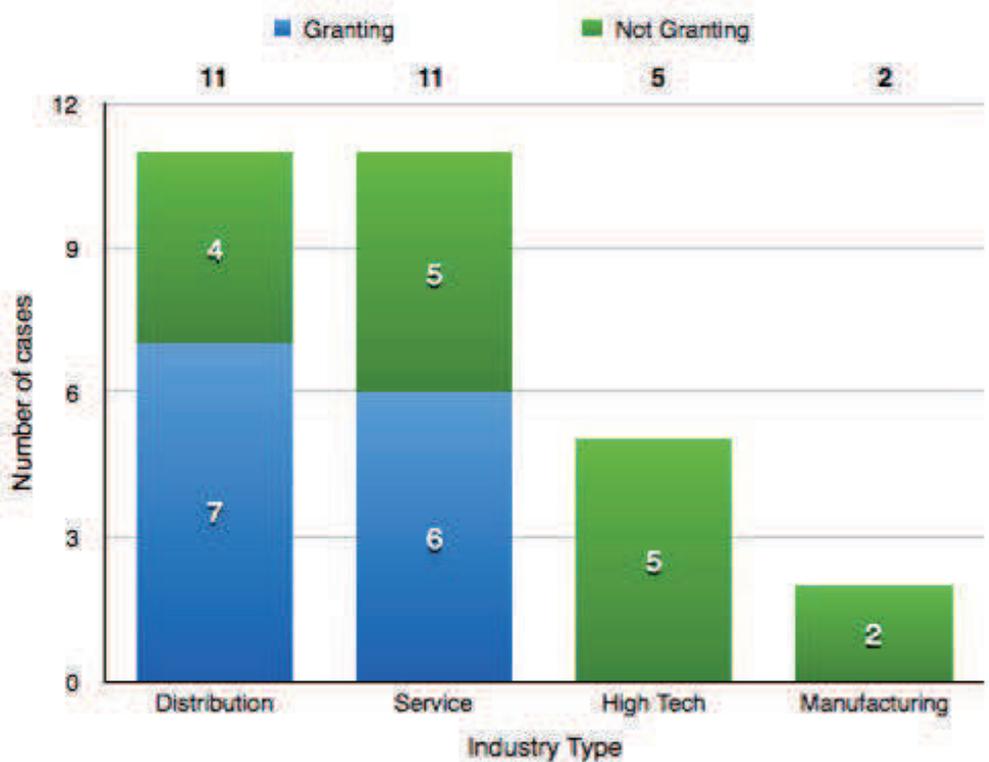


Répartition des cas dans la Situation 1 selon la taille respective de chaque entreprise

Les cas dans lesquels le demandeur est plus gros que le défendeur ne donnent que rarement droit à indemnisation (20%).

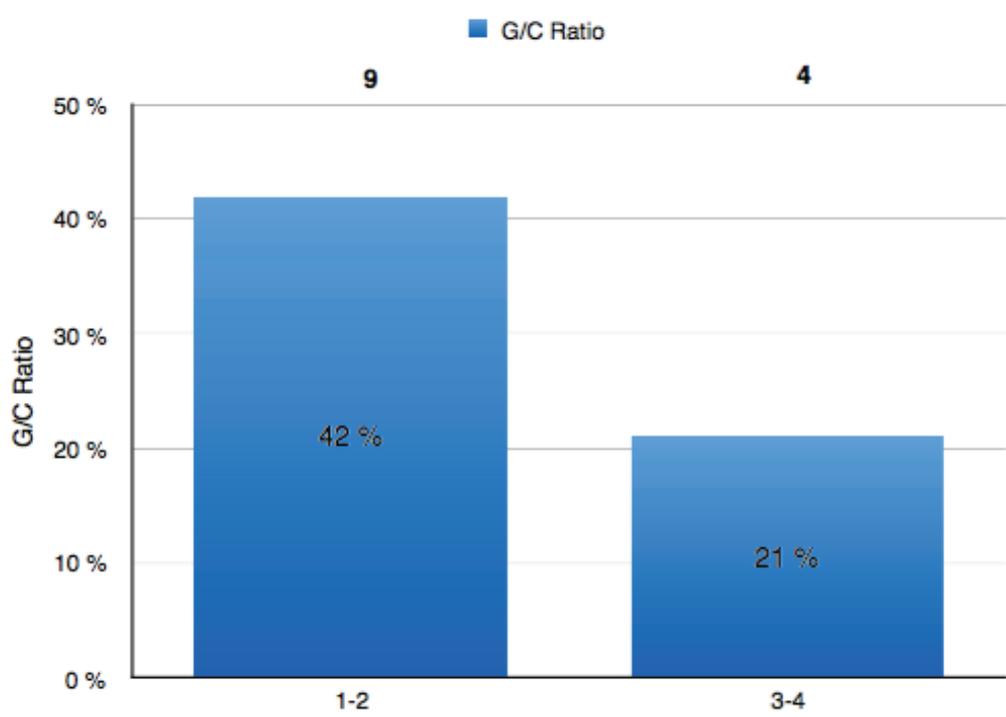
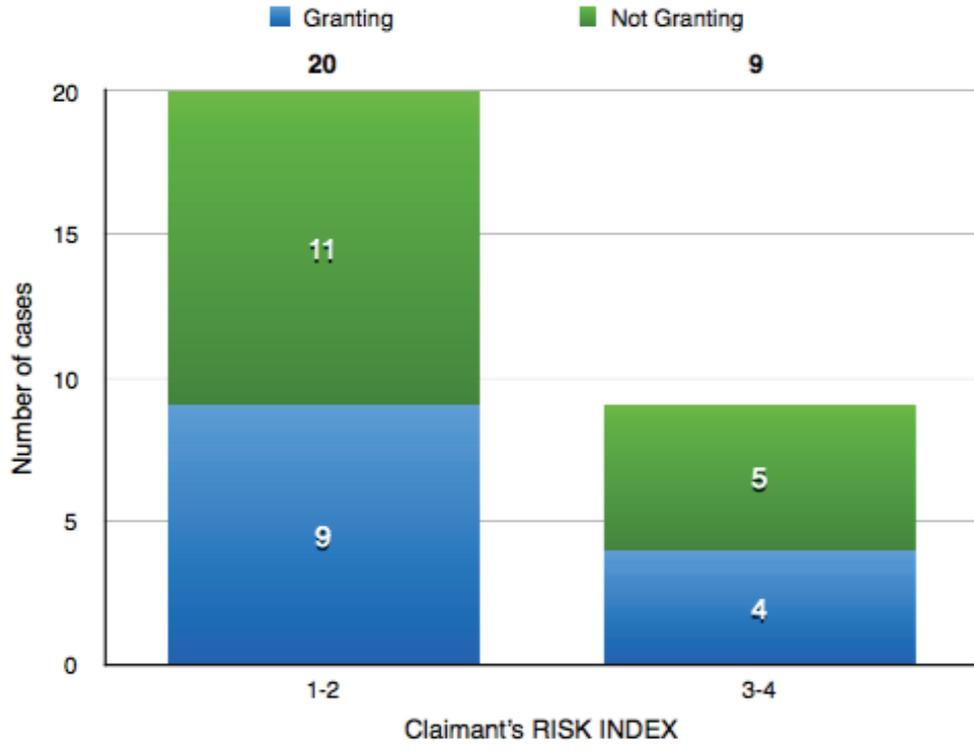


Distribution des cas et ratios Grant/No Grant et G/C moyen pour la Situation 1 selon le type d'industrie



Distribution des cas et ratios Grant/No Grant et G/C moyen pour la Situation 1 selon le niveau de risque de l'activité du demandeur

1 = Risque très faible ; 2 = Risque faible ; 3 = Risque fort ; 4 = Risque très fort

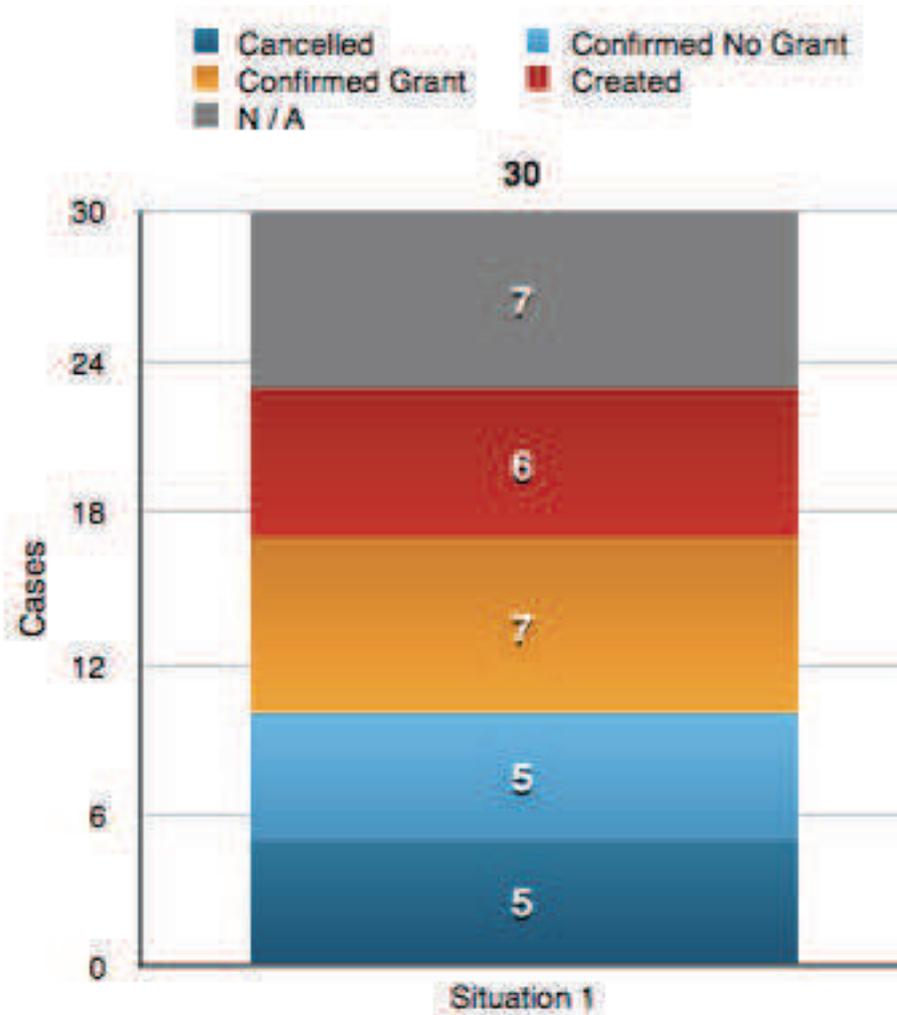


Evolution de la décision entre la première instance et l'appel dans la Situation 1, ratio G/No Grant

Appel ----- 1 ^{ère} instance (dessous)	Confirmée	Augmentée	Réduite	Total
Pas d'indemnisation (No Grant)	5	6	X	11
Indemnisation (Grant)	0	2	5	7
Total	5	8	5	18

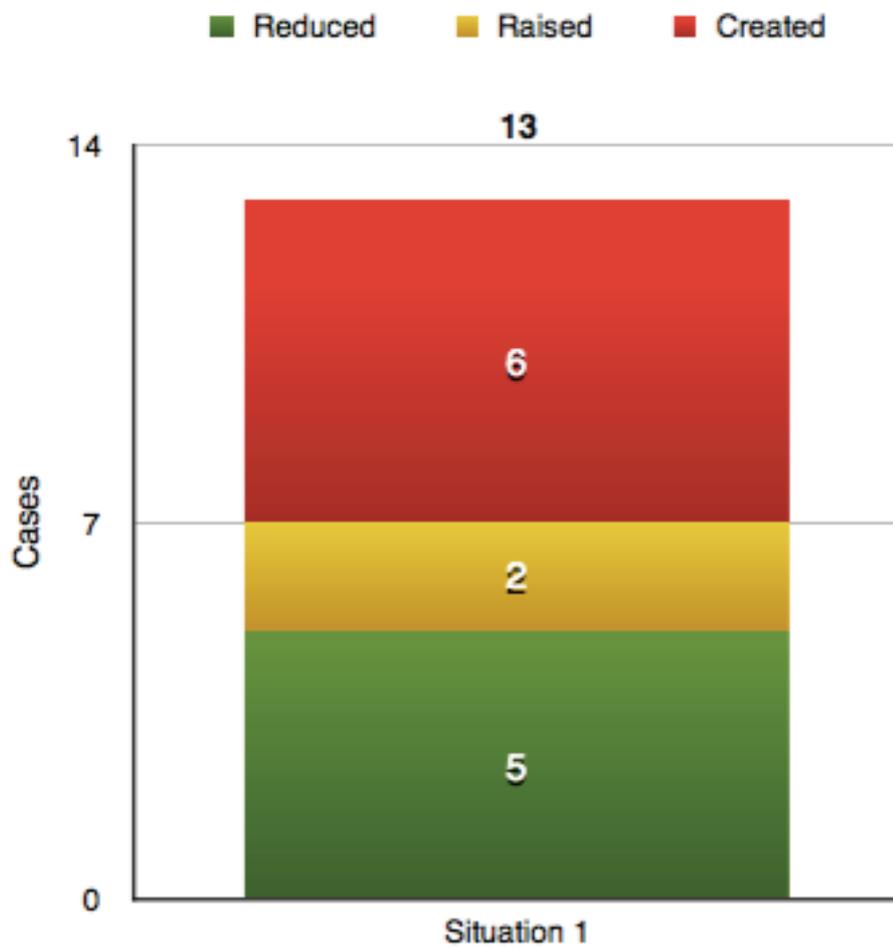
Evolution de la décision entre la première instance et l'appel : ratio G/No Grant

Ce graphe montre une distribution équilibrée de cas dans lesquels la décision de première instance accorde une indemnisation ensuite annulée en appel (cancelled), de cas dans lesquels les deux juridictions s'accordent à ne pas donner d'indemnisation (Confirmed No Grant), de cas dans lesquels les deux juridictions accordent une indemnisation sans que le montant soit nécessairement le même (Confirmed Grant) et de cas dans lesquels l'appel accorde une indemnisation refusée en première instance (Created).



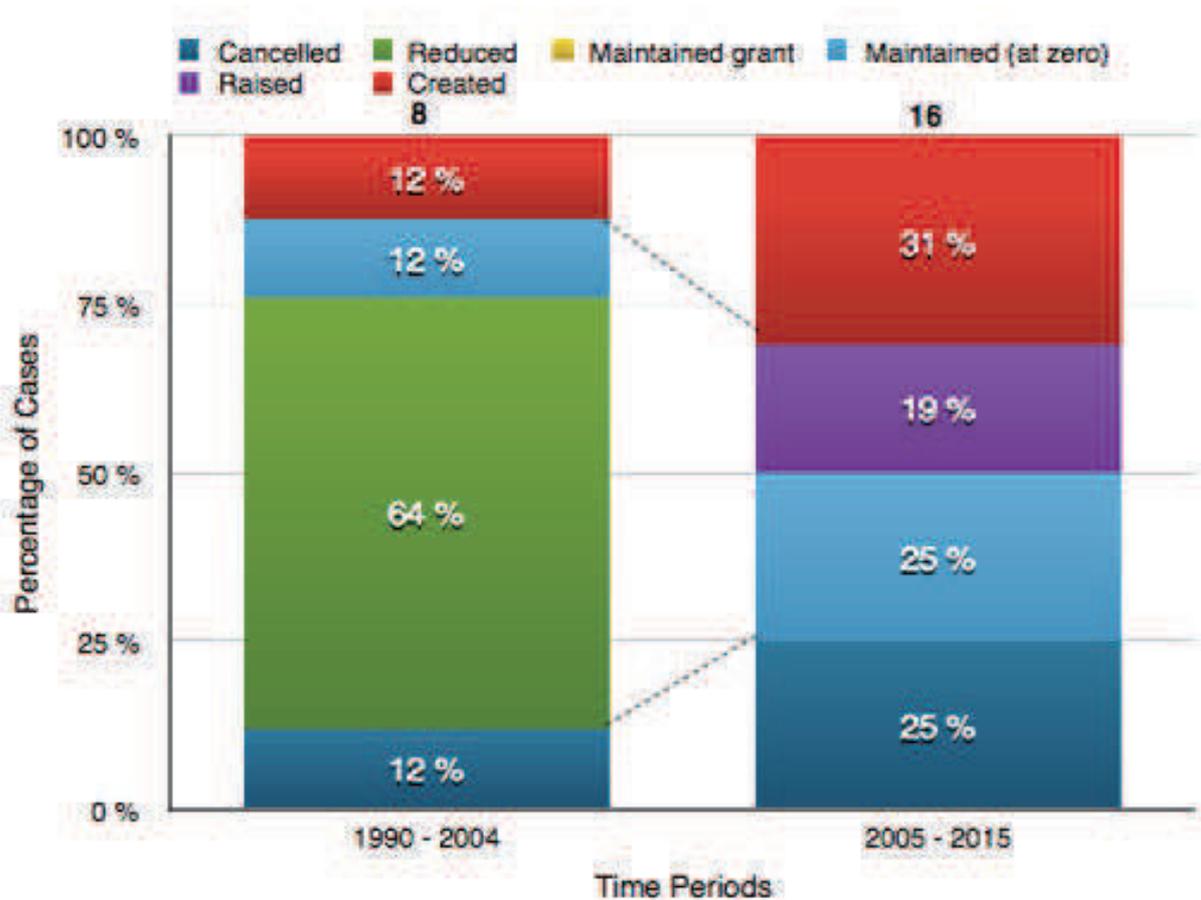
Evolution de la décision entre la première instance et l'appel : *quantum*

Parmi les 13 cas accordant une indemnisation, nous avons trouvé que le *quantum* avait réduit en appel à 5 reprises, qu'à 2 reprises il avait augmenté et qu'à 6 reprises la décision de première instance n'accordait pas d'indemnisation.



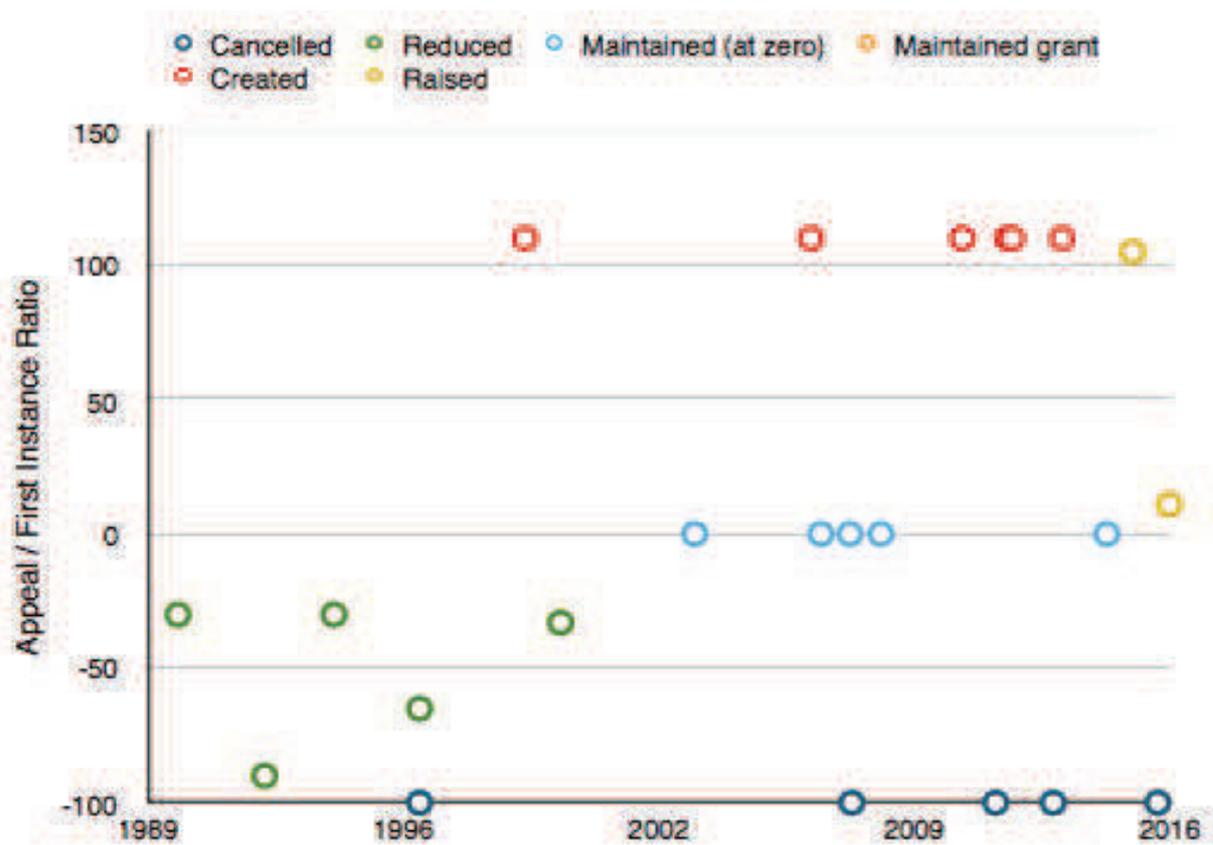
Evolution de la décision entre la première instance et l'appel : évolution en fonction du temps

Ce graphe montre un changement clair dans l'attitude de la Cour en fonction du temps, récemment des décisions plus extrêmes semblent dominer. La fréquence des cas dans lesquels la Cour d'appel a annulé ou créé une indemnisation a plus que doublé.



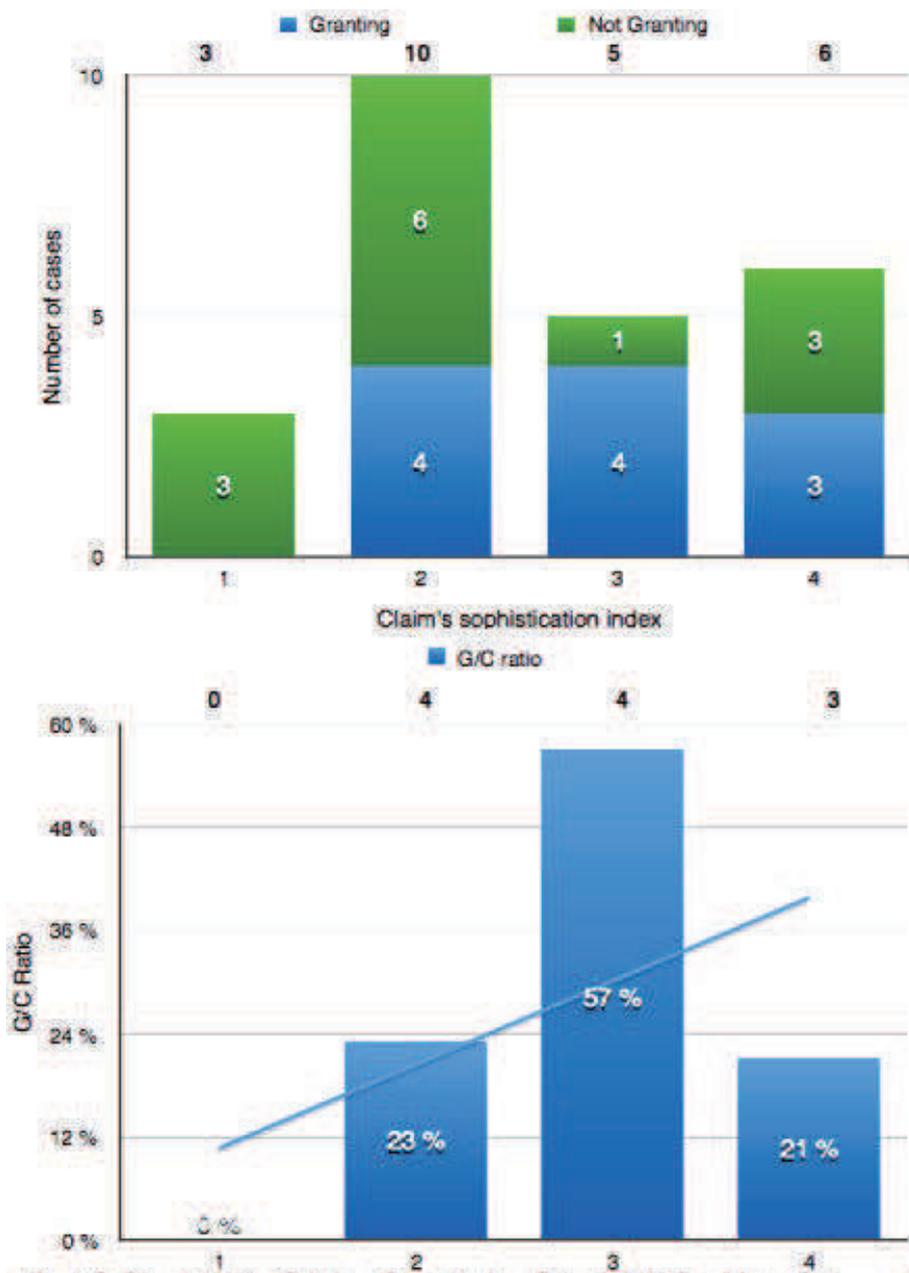
Evolution de la décision entre la première instance et l'appel : évolution en fonction du temps

Ce graphe montre à la fois comment et quand la Cour d'appel a changé le quantum de la décision et quand elle change la décision d'accorder ou non une indemnisation.



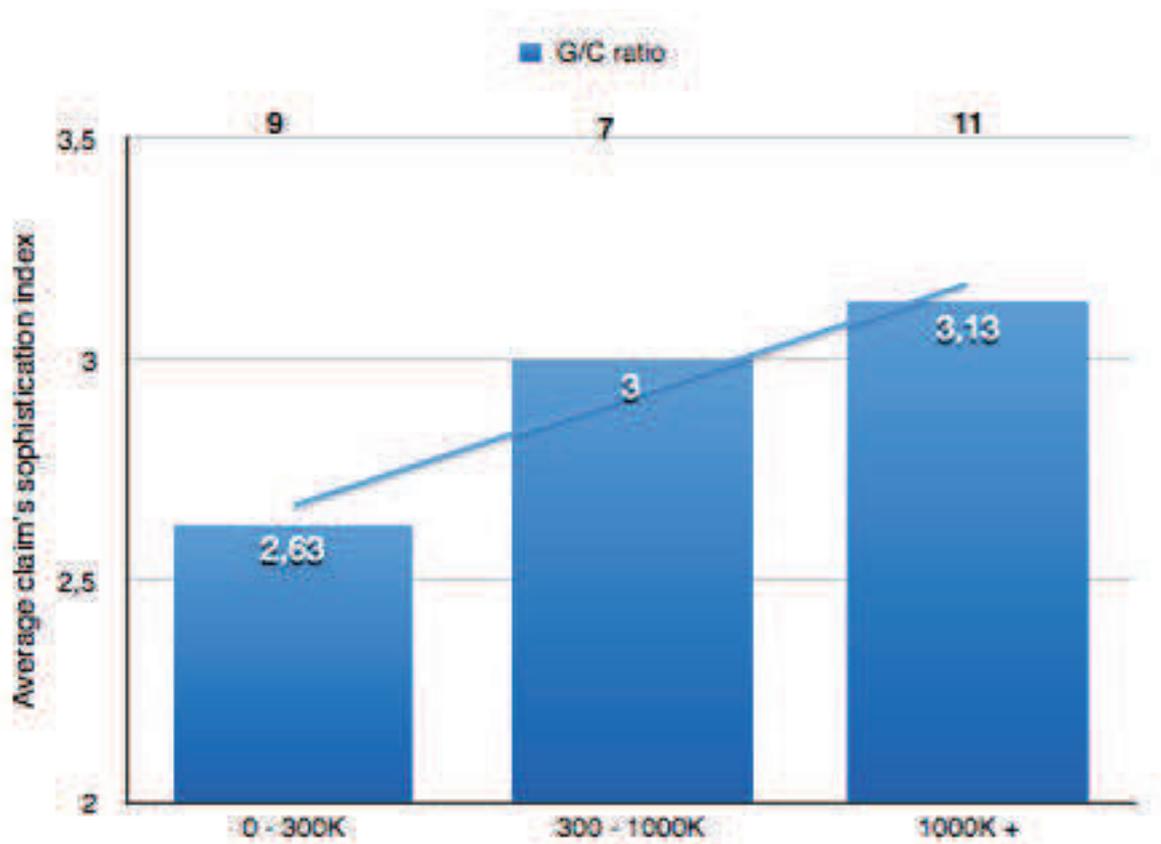
Distribution des cas et ratio G/C moyen (dans les cas accordant une indemnisation) dans la Situation 1 selon le niveau de sophistication de la demande

Nous avons attribué à chaque demande un indice de sophistication allant de 1 à 4. 1 = le demandeur formule une demande sans aucun détail ou justification ; 2 = le demandeur détaille sa demande selon différents chefs de préjudice or explique les facteurs qu'il prend en compte dans le calcul de l'indemnisation sans pour autant détailler comment ces facteurs ont influencé la demande ; 3 = le demandeur prend différents facteurs en compte et explique comment ils influencent sa demande en utilisant des méthodes simples de calcul ; 4 = le demandeur prend plusieurs facteurs en compte et explique comment ils influencent sa demande en utilisant des méthodes de calcul complexes ou sophistiquées.



Niveau de sophistication moyen de la demande selon la valeur absolue de la demande

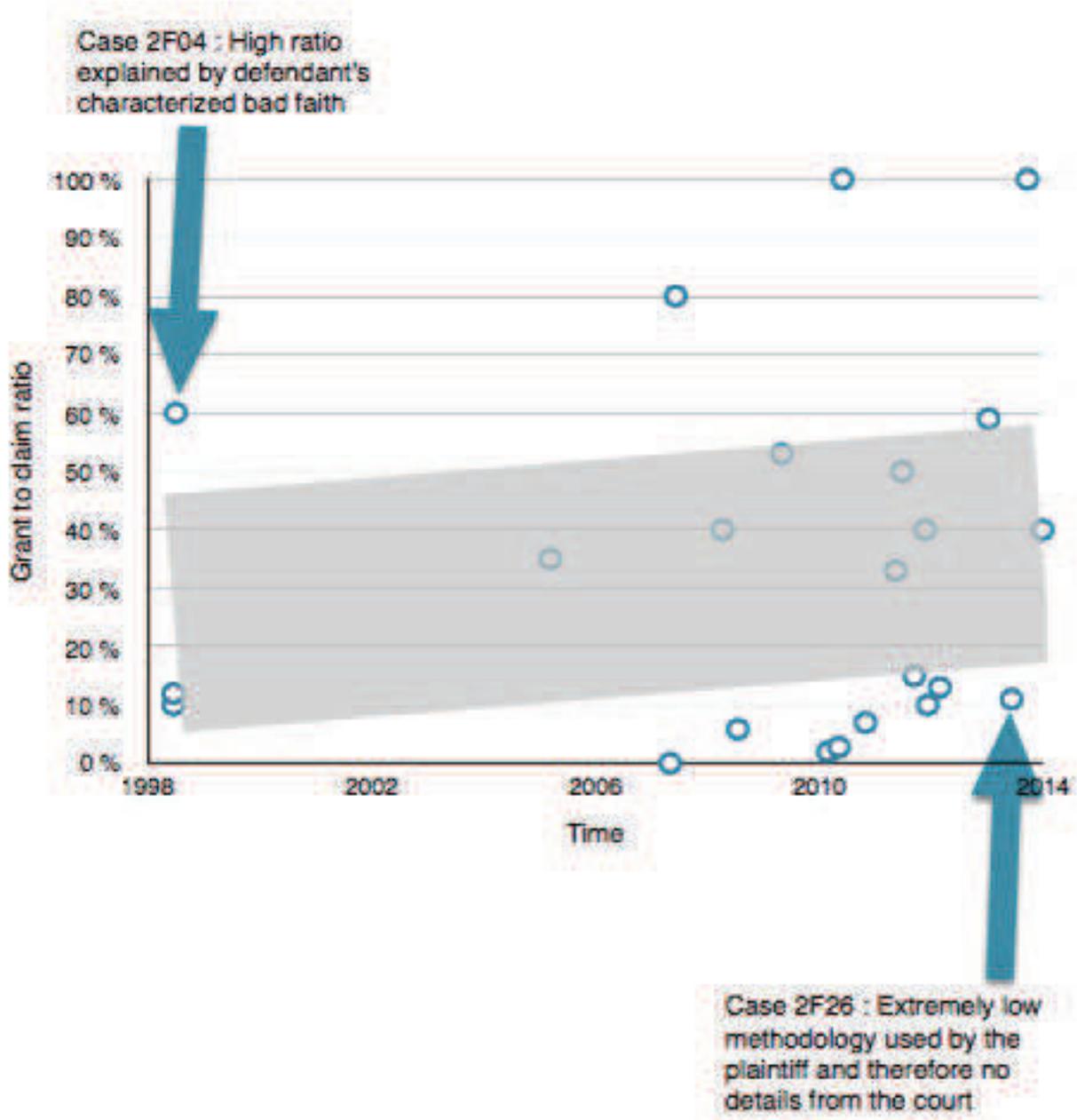
De manière prévisible, plus le demandeur demande une indemnisation élevée, plus la méthodologie qu'il utilise est sophistiquée.



SITUATION 2 - France

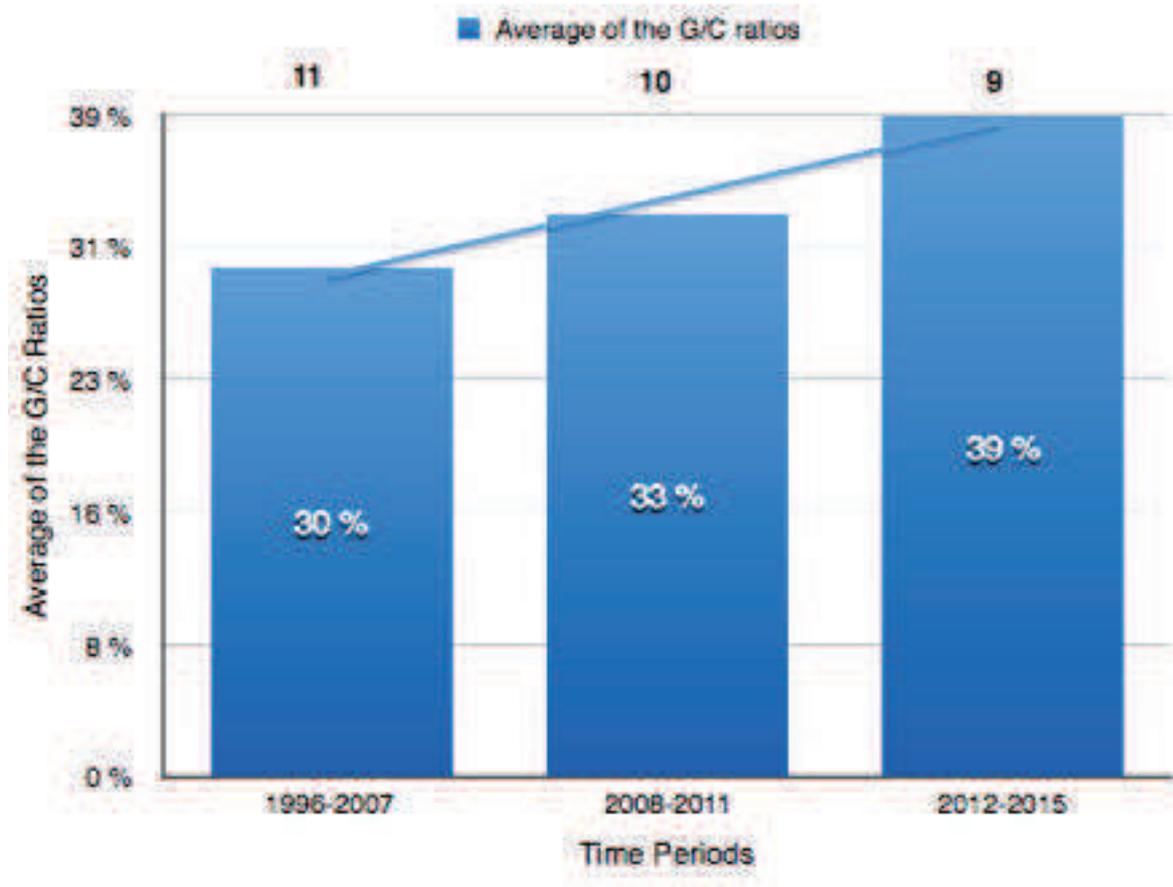
Médiane et distribution des cas en fonction du ratio G/C dans la Situation 2

Ce graphe montre l'évolution dans le temps du ratio G/C dans la Situation 2. Chaque point bleu représente un des 30 cas et la zone grise correspond à la corrélation linéaire de toutes les données.



Evolution du ratio G/C dans le temps dans la Situation 2

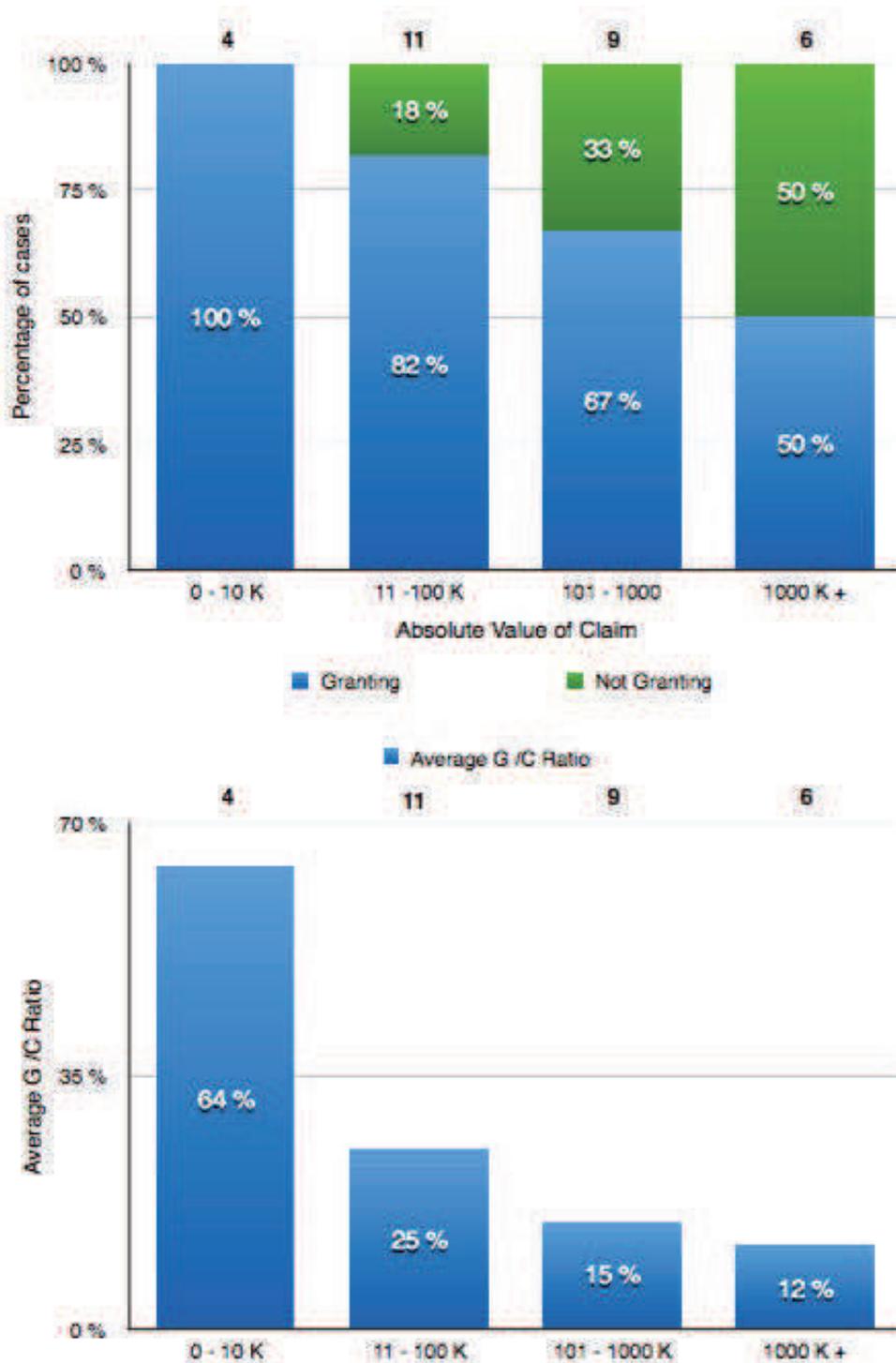
Ce graphe représente l'évolution dans le temps du ratio G/C sur trois périodes de temps. Sur 30 cas, nous avons extrait trois groupes (les 11 premiers cas, les 10 suivants et les 9 derniers) avons calculé le ratio G/C moyen pour chaque groupe, permettant de démontrer que celui-ci croît continuellement.



	1996-2007	2008-2011	2012-2015
Demande moyenne (seulement cas octroyant une indemnisation)	146	430	345
Indemnisation moyenne	22	31	127

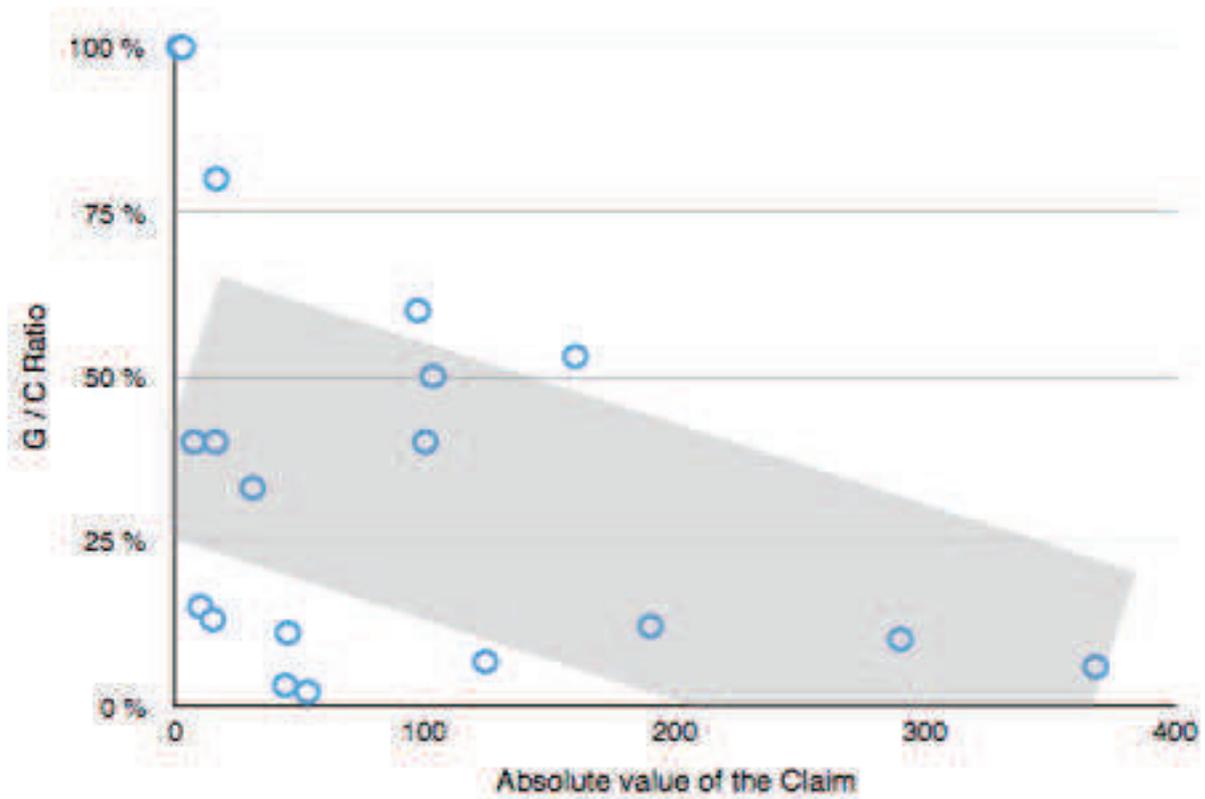
Evolution du ratio Grant/No Grant et du ratio G/C selon la valeur absolue de la demande

L'augmentation de la valeur absolue de la demande a un effet négatif sur la décision de la Cour d'accorder une indemnisation (graphe 1) et sur le montant de cette indemnisation (graphe 2).



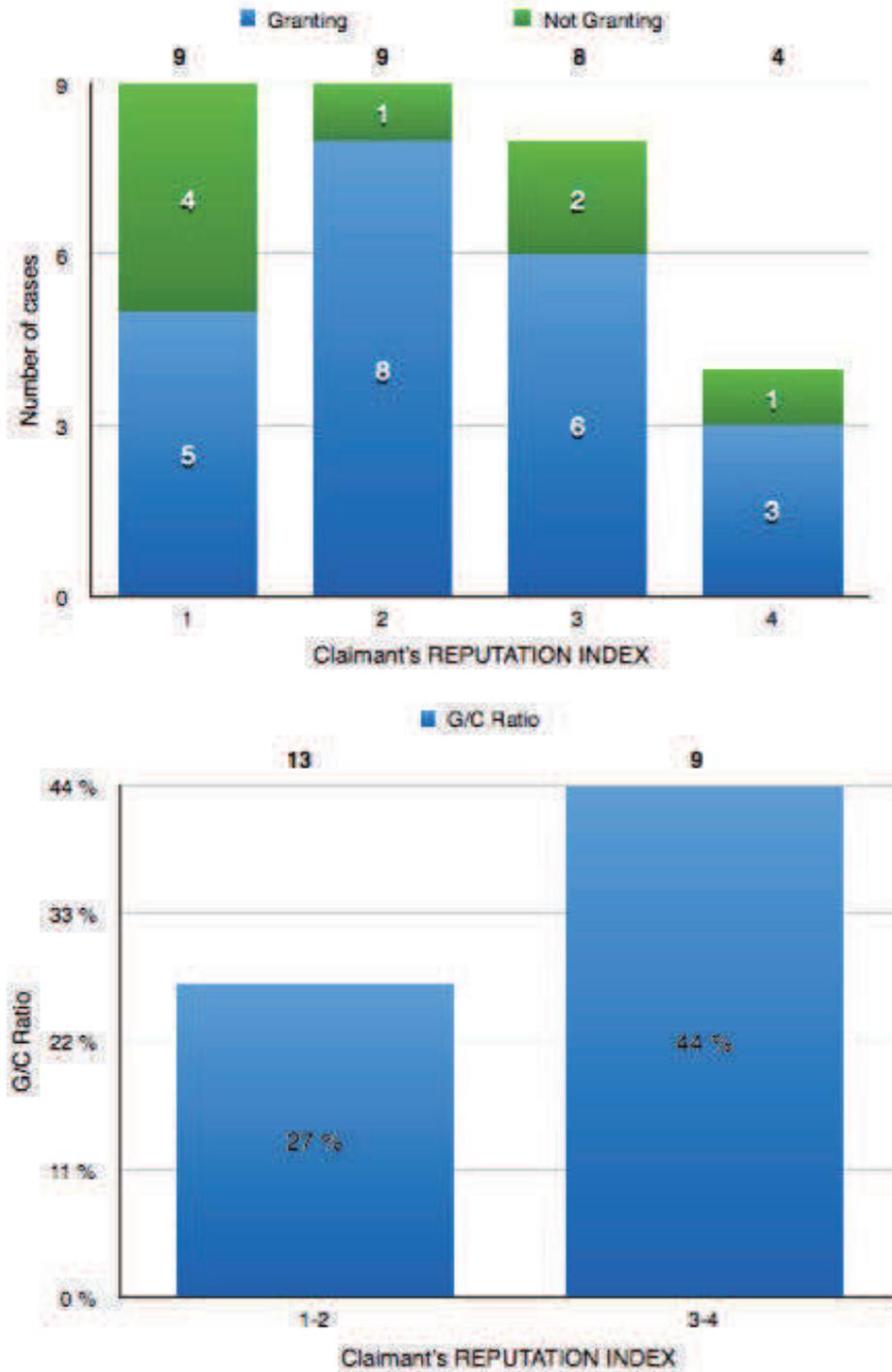
Distribution des cas selon le ratio G/C et la valeur absolue de la demande

Chaque point bleu représente un cas et la zone grise est une corrélation linéaire des données. De manière prévisible, le ratio G/C chute avec l'augmentation de la demande.



Distribution des cas et ratio G/C moyen (dans les cas accordant une indemnisation) selon l'importance de la réputation pour le demandeur

Nous avons construit un indice d'importance de la réputation pour le demandeur. 1 = Importance très faible ; 2 = Importance faible ; 3 = Importance forte ; 4 = Importance très forte.



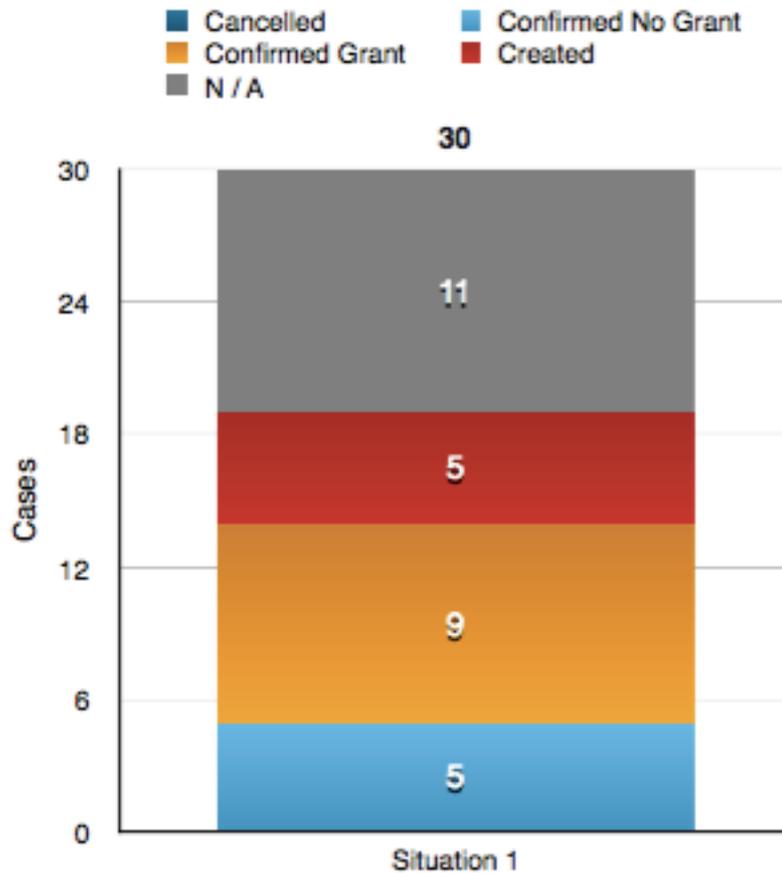
Evolution de la décision entre la première instance et l'appel dans la situation 2

Le tableau ci-dessous montre la distribution des cas en fonction de l'évolution de la décision entre la première instance et l'appel sur 19 cas de la Situation 2.

Appel ----- 1 ^{ère} instance (dessous)	Confirmée	Augmentée	Réduite	Total
Pas d'indemnisation (No Grant)	5	5	X	10
Indemnisation (Grant)	5	2	2	9
Total	10	7	2	19

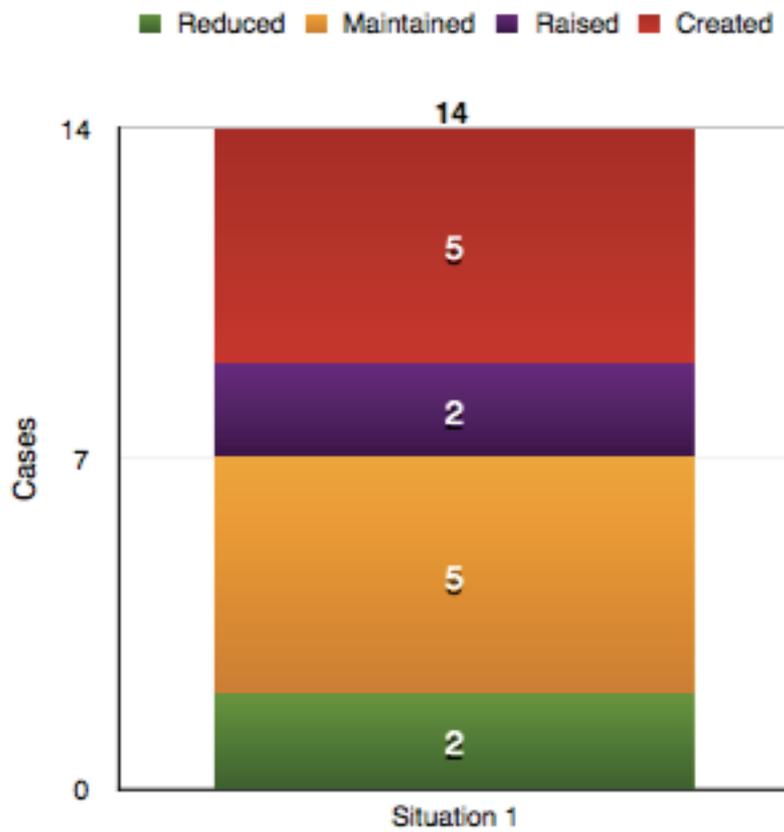
Evolution de la décision entre la première instance et l'appel dans la situation 2 : Grant/No Grant

Ce graphe montre la distribution de cas dans lesquels les deux juridictions s'accordent à ne pas donner d'indemnisation (Confirmed No Grant), de cas dans lesquels les deux juridictions accordent une indemnisation sans que le montant soit nécessairement le même (Confirmed Grant) et de cas dans lesquels l'appel accorde une indemnisation refusée en première instance (Created).



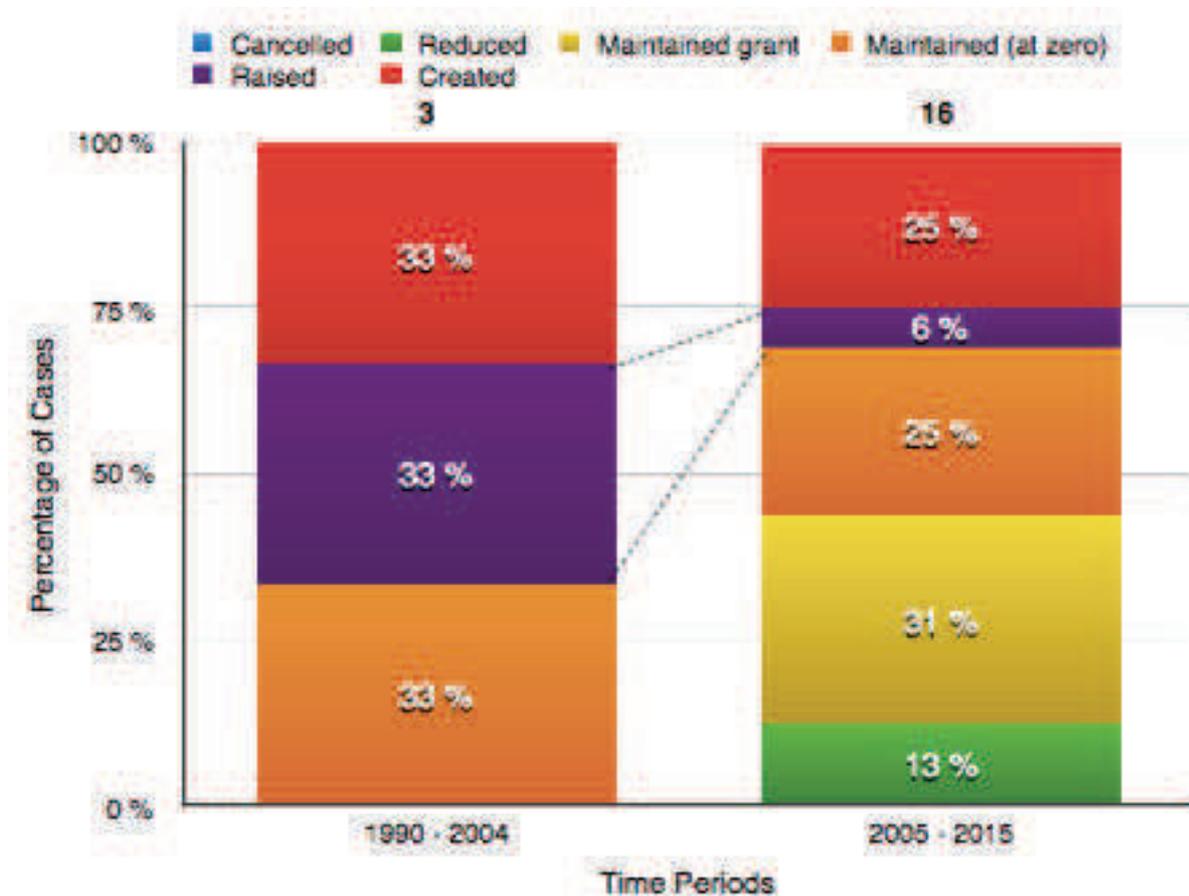
Evolution de la décision entre la première instance et l'appel : *quantum*

Parmi les 14 cas accordant une indemnisation, nous avons trouvé que le *quantum* avait réduit en appel à 2 reprises, qu'à 2 reprises il avait augmenté et qu'à 5 reprises la décision de première instance n'accordait pas d'indemnisation.



Evolution de la décision entre la première instance et l'appel : évolution en fonction du temps

Ce graphe montre un changement clair d'attitude de la part des Cours. La colonne de gauche ne contient que 3 cas. En effet, notre base de données ne consiste que de 5 cas antérieurs à 2005, signe que les indemnisations pour atteinte à l'image n'ont été que récemment reconnus par les juridictions françaises. De plus, tous les cas ne traitaient pas en première instance ET en appel d'une indemnisation pour atteinte à l'image, ce qui explique que seuls 19 cas soient représentés.



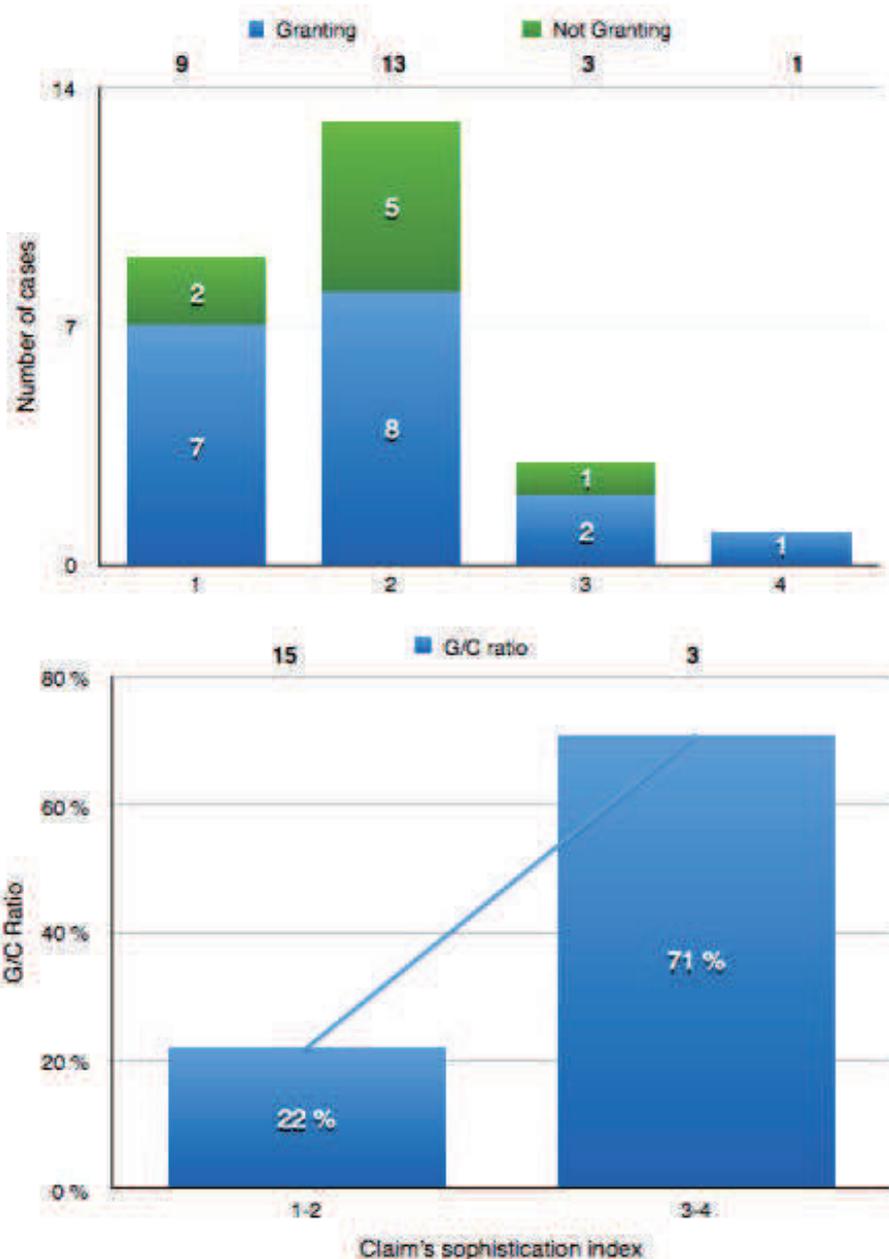
Ratio d'évolution de la décision entre la première instance et l'appel, distribution des cas

Ce graphe montre le pourcentage d'évolution de chaque cas entre la première instance et l'appel. Nous constatons que dès lors que la juridiction supérieure a décidé de modifier l'indemnisation, elle le fait de manière significative.



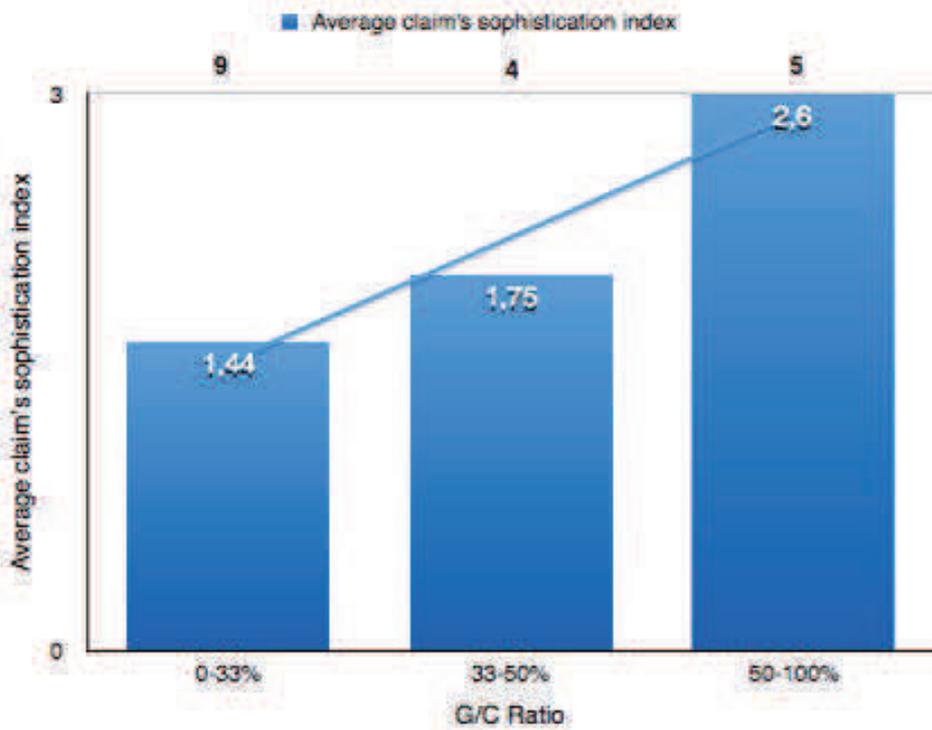
Distribution des cas et ratio G/C moyen (dans les cas accordant une indemnisation) dans la Situation 2 selon le niveau de sophistication de la demande

Nous avons attribué à chaque demande un indice de sophistication allant de 1 à 4. 1 = le demandeur formule une demande sans aucun détail ou justification ; 2 = le demandeur détaille sa demande selon différents chefs de préjudice or explique les facteurs qu'il prend en compte dans le calcul de l'indemnisation sans pour autant détailler comment ces facteurs ont influencé la demande ; 3 = le demandeur prend différents facteurs en compte et explique comment ils influencent sa demande en utilisant des méthodes simples de calcul ; 4 = le demandeur prend plusieurs facteurs en compte et explique comment ils influencent sa demande en utilisant des méthodes de calcul complexes ou sophistiquées.



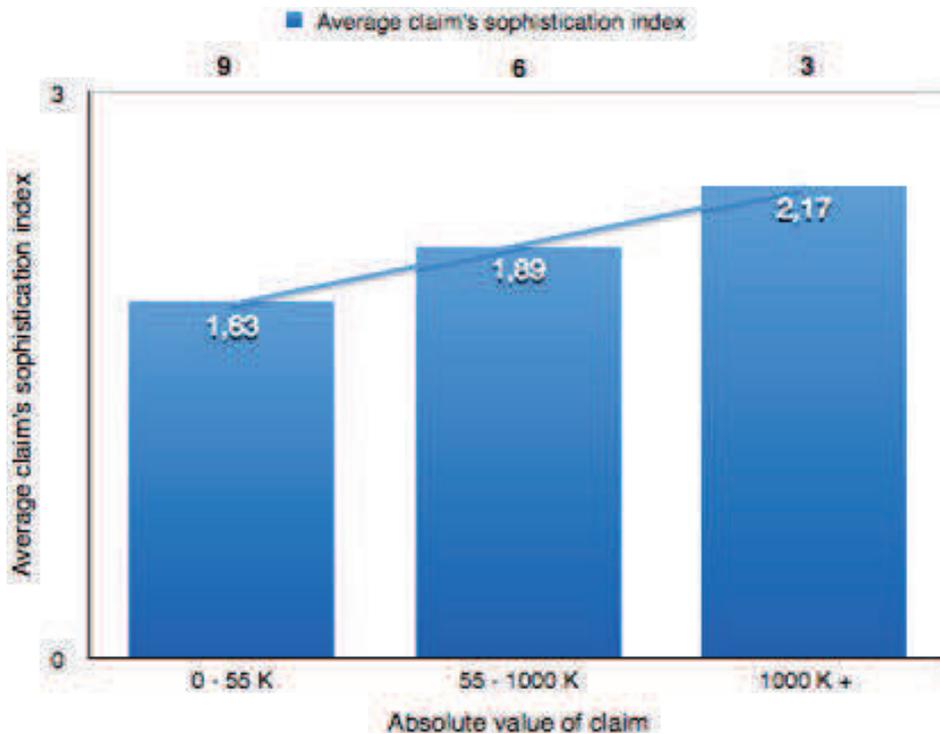
Niveau de sophistication moyen de la demande selon le ratio G/C de la décision

Une méthodologie sophistiquée permet un ratio G/C plus élevé.



Niveau de sophistication moyen de la demande selon la valeur absolue de la demande

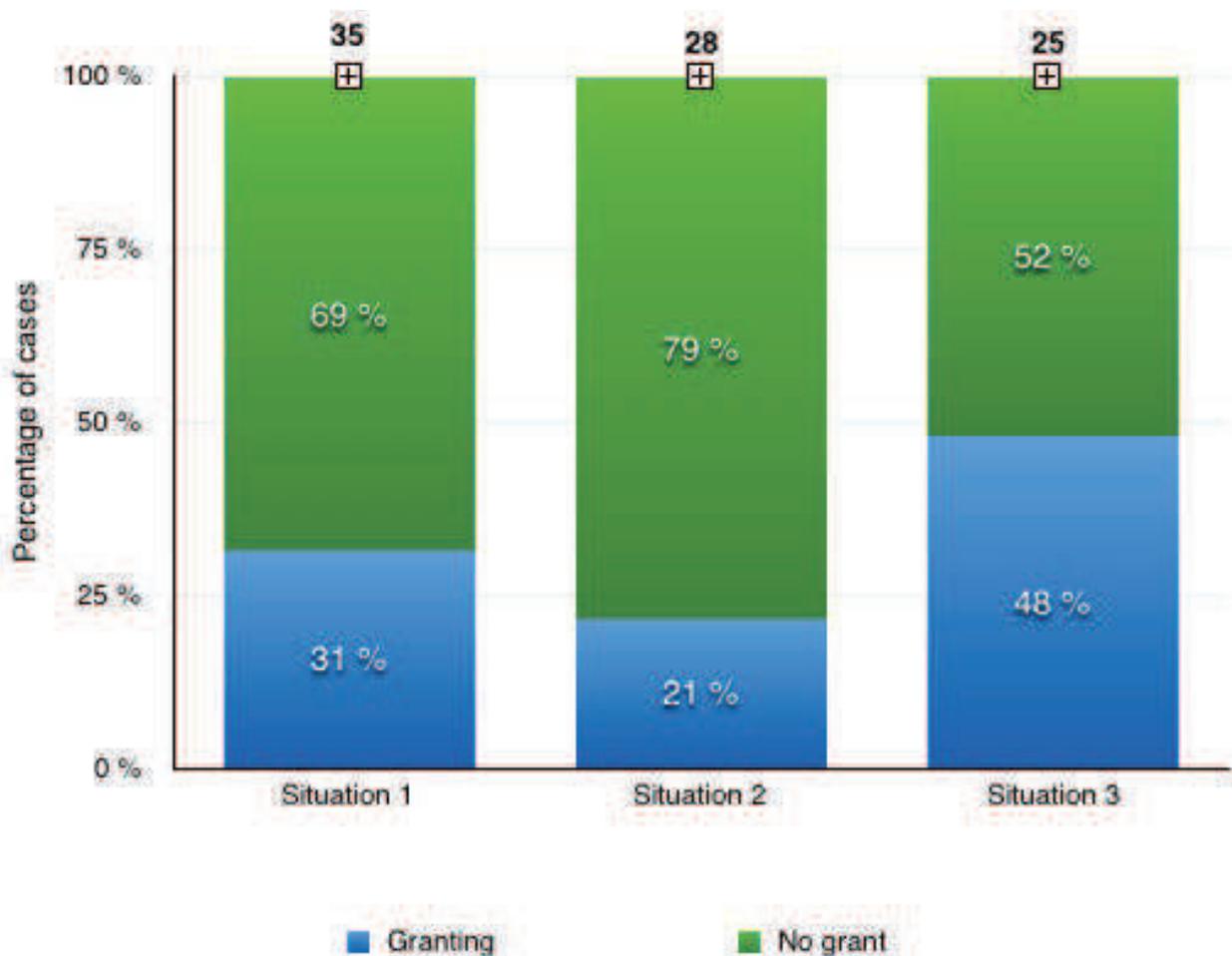
Une sophistication supérieure permet une indemnisation plus élevée.



1.2. Etats-Unis

Description de l'échantillon

Notre base de données finale comprend 30 cas pour la Situation 1, 30 cas pour la Situation 2. La Situation 1 comprend 21 cas dans lesquels la Cour a accordé des dommages-intérêts et 9 dans lesquels elle n'en a pas accordé. La Situation 2 comprend 24 cas avec une indemnisation et 6 sans. La Situation 3 comprend 7 cas, dont 3 accordant une indemnisation.



Raisons principales pour l'octroi de dommages-intérêts

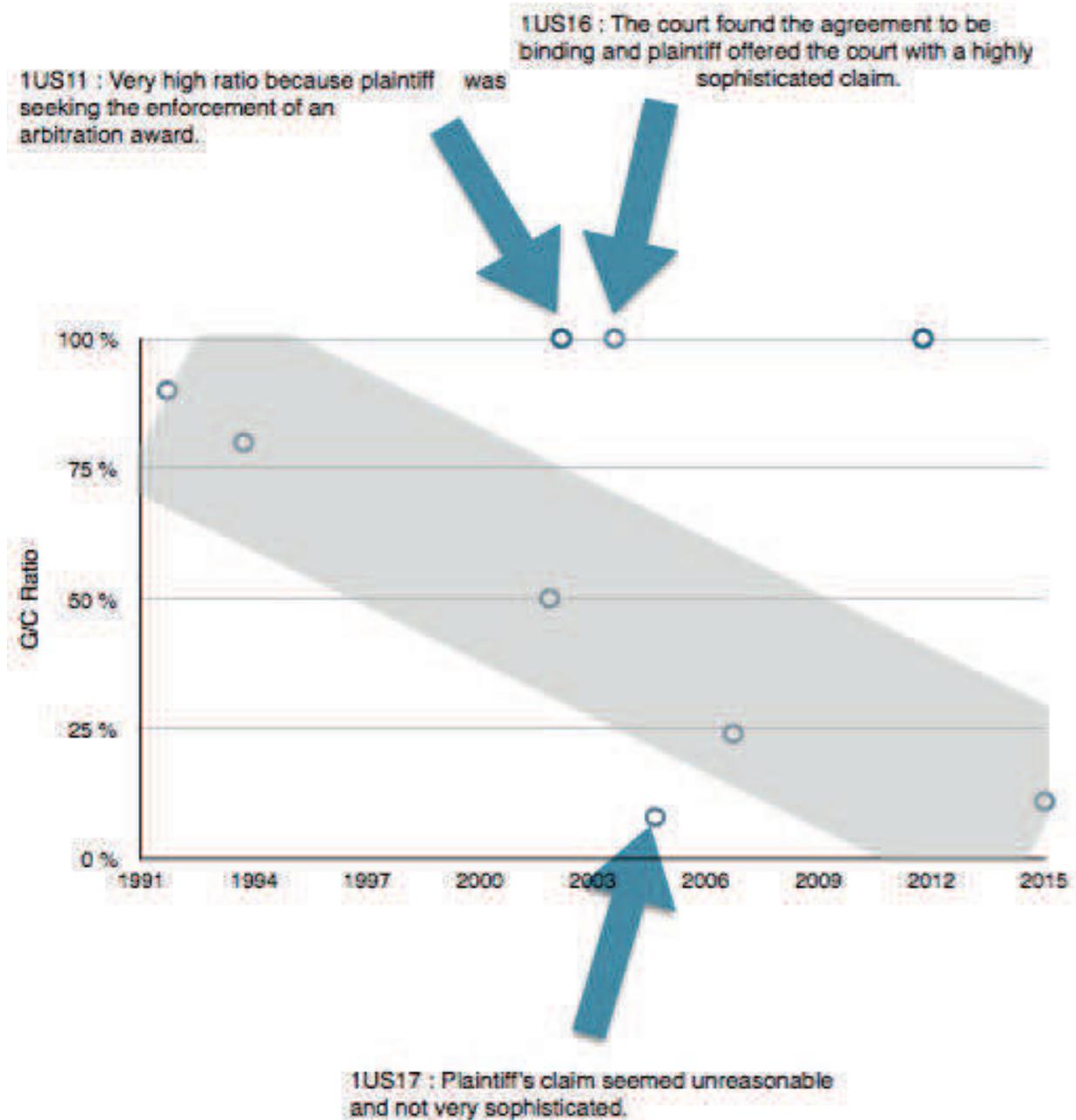
Les cas présentés dans nos bases de données affichent parfois des facteurs en fonction desquels la Cour a décidé d'accorder des dommages-intérêts. Ce tableau montre les occurrences de ces facteurs dans chaque Situation. Le chiffre affiché dans ce format « (2) » indique le nombre de cas dans lesquels un facteur a été identifié.

Situation 1	Situation 2	Situation 3
Force obligatoire du contrat reconnue (4)		
Mauvaise foi (2)	Mauvaise foi	Mauvaise foi (3)
Reconnaissance d'une sentence arbitrale		
	Inexécution contractuelle (3)	Inexécution contractuelle
	Négligence	
		Restitution

SITUATION 1 - Etats-Unis

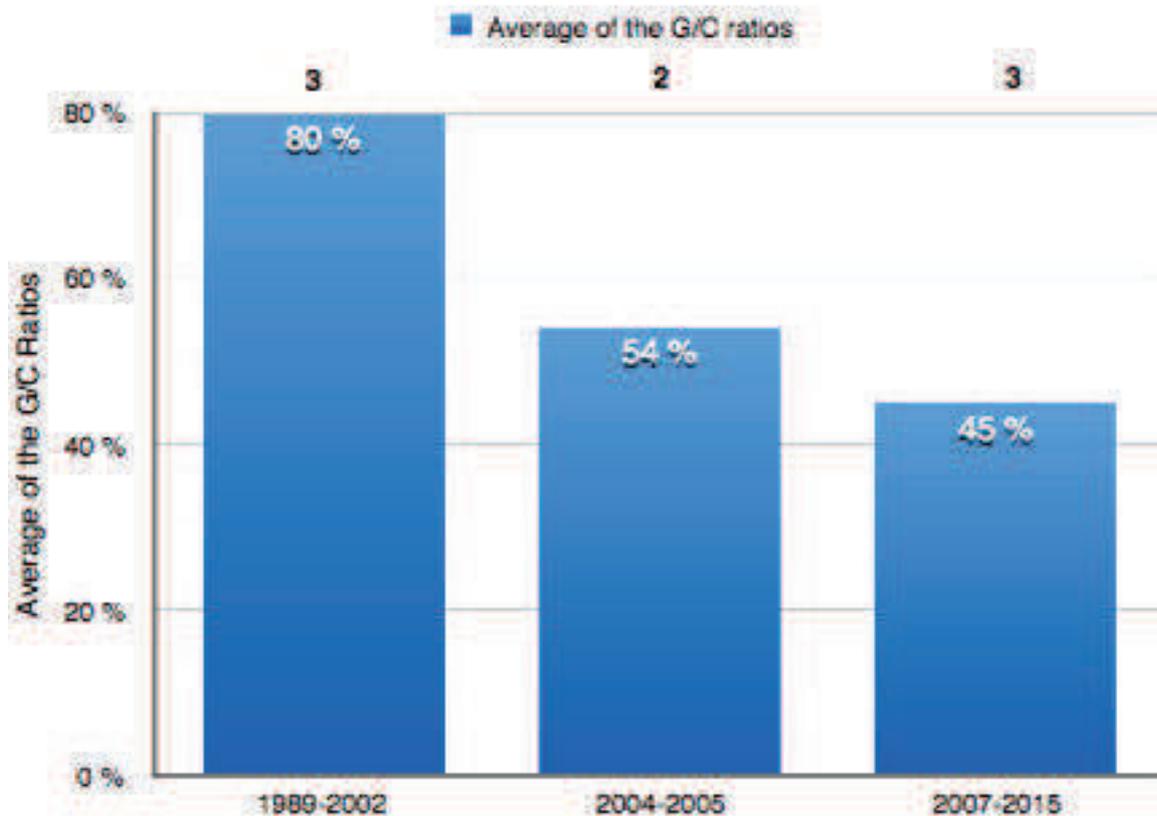
Evolution du ratio G/C dans le temps dans la Situation 1

Trois cas affichent des résultats anormaux : le cas 1US11 affiche un taux de 100% justifié par la reconnaissance d'une sentence arbitrale ; le cas 1US16 affiche un taux de 100% car le contrat a été reconnu valable et le demandeur a fourni une méthodologie très sophistiquée ; le cas 1US17 qui affiche un taux très faible en raison d'une demande peu sophistiquée et déraisonnable.



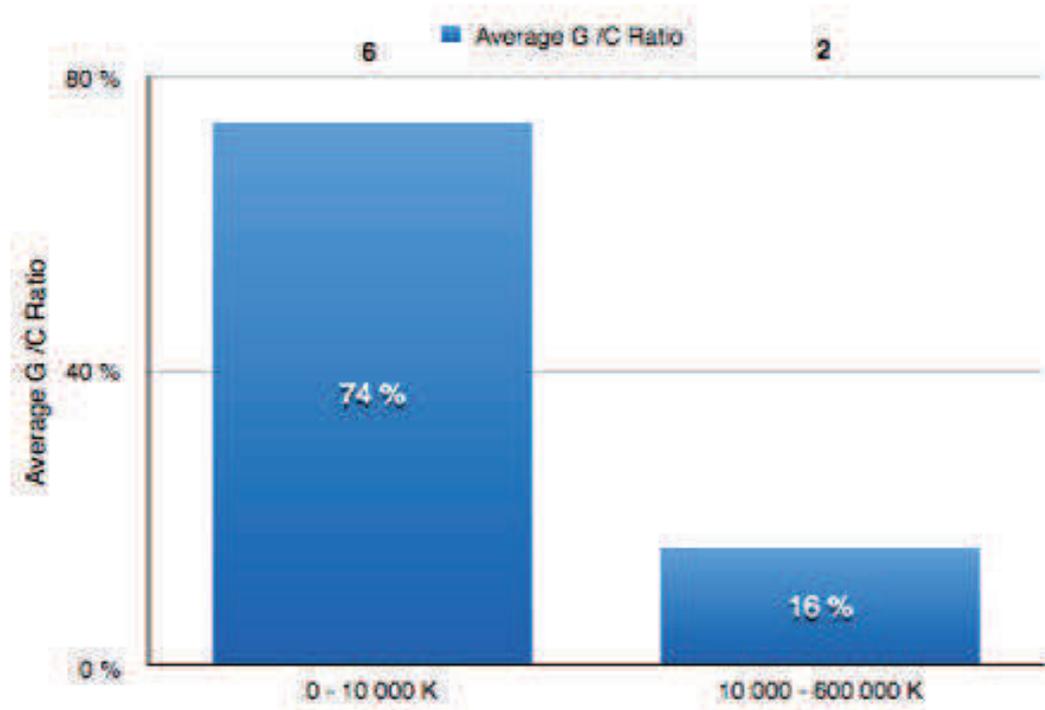
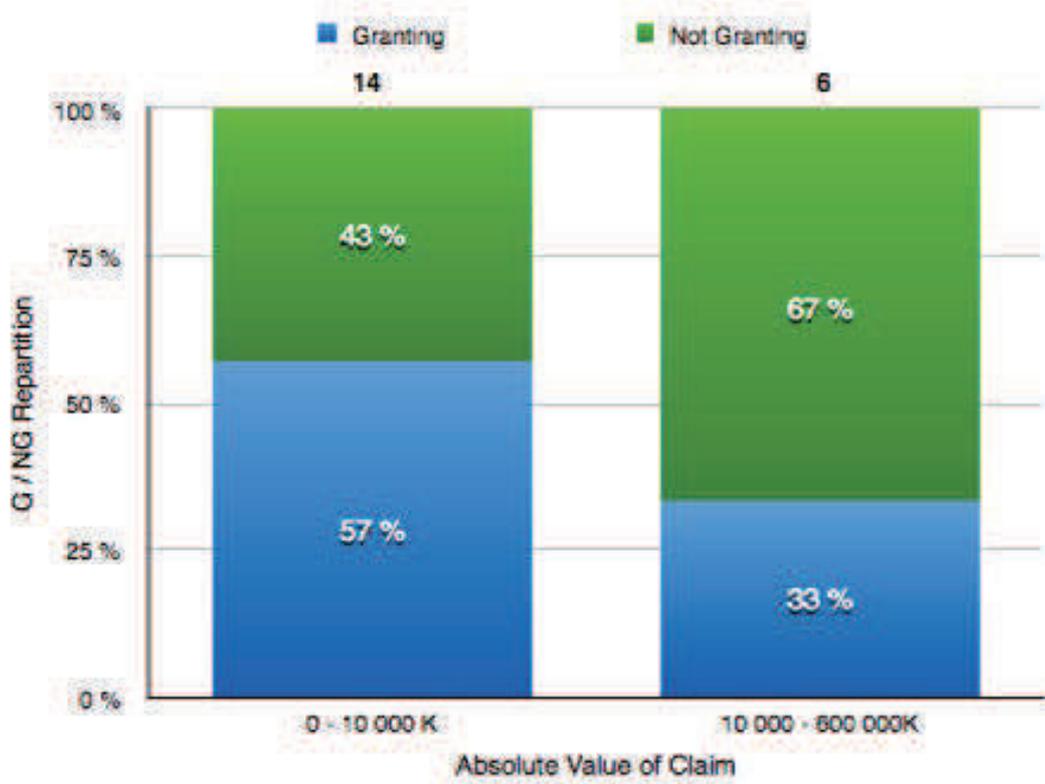
Evolution du ratio G/C dans le temps pour la Situation 1

Le ratio G/C moyen a récemment chuté de 80% à 45%. Cette évolution a toutefois été accompagnée par une forte augmentation dans les montants demandés et octroyés.



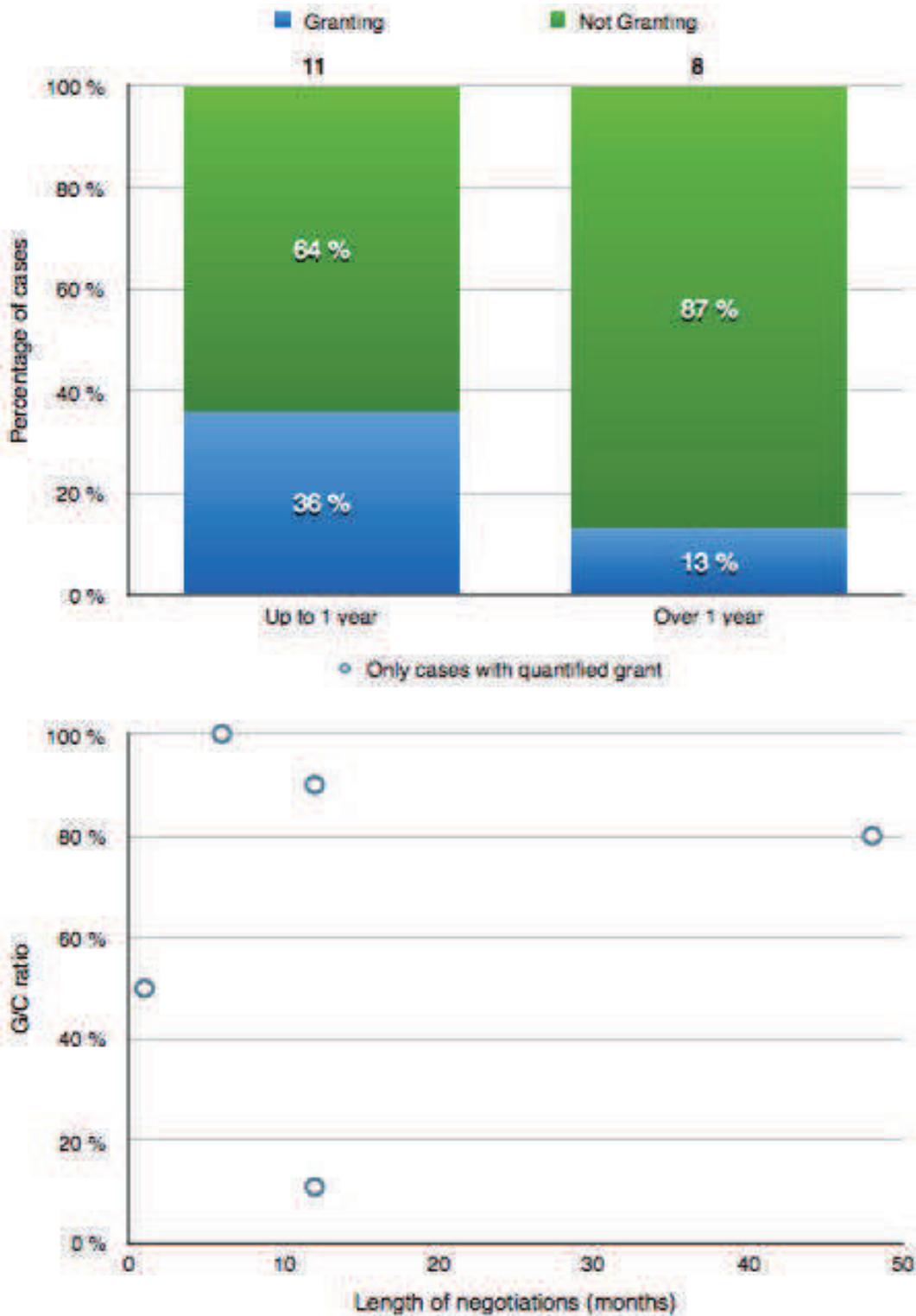
	1989-2002	2004-2005	2007-2015
Demande moyenne (seulement cas octroyant une indemnisation) K USD	2511	62961	196848
Indemnisation moyenne K USD	2296	6725	49626

Evolution du ratio Grant/No Grant (graphe 1) et du ratio G/C (graphe 2) selon la valeur absolue de la demande

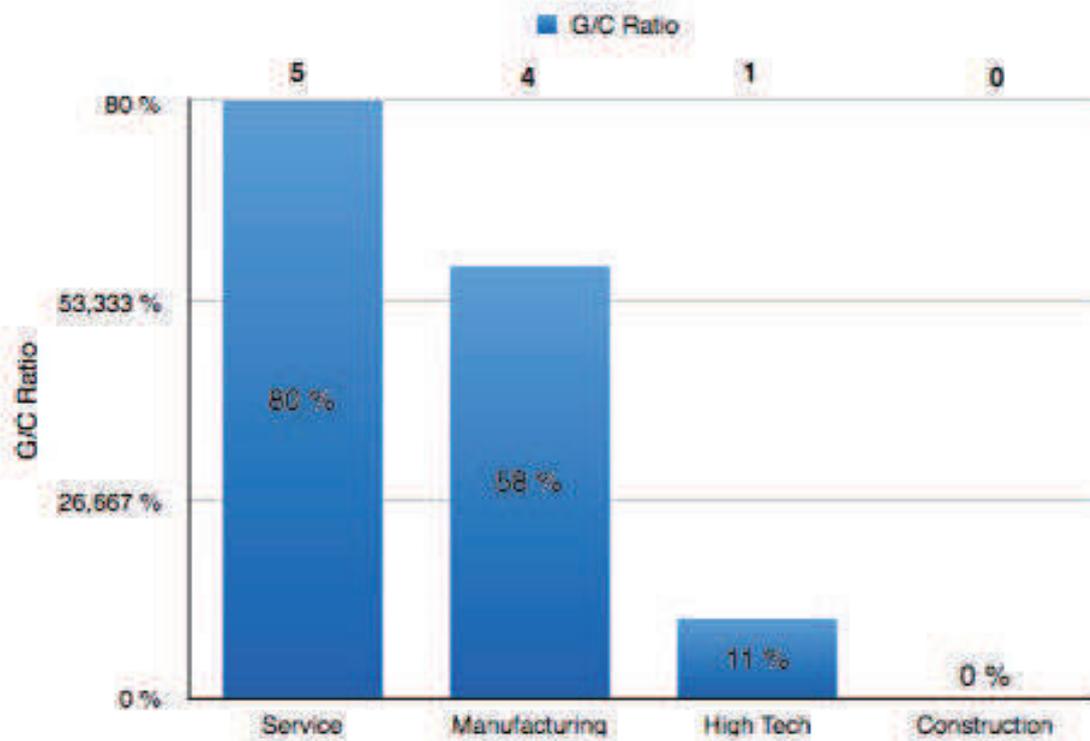
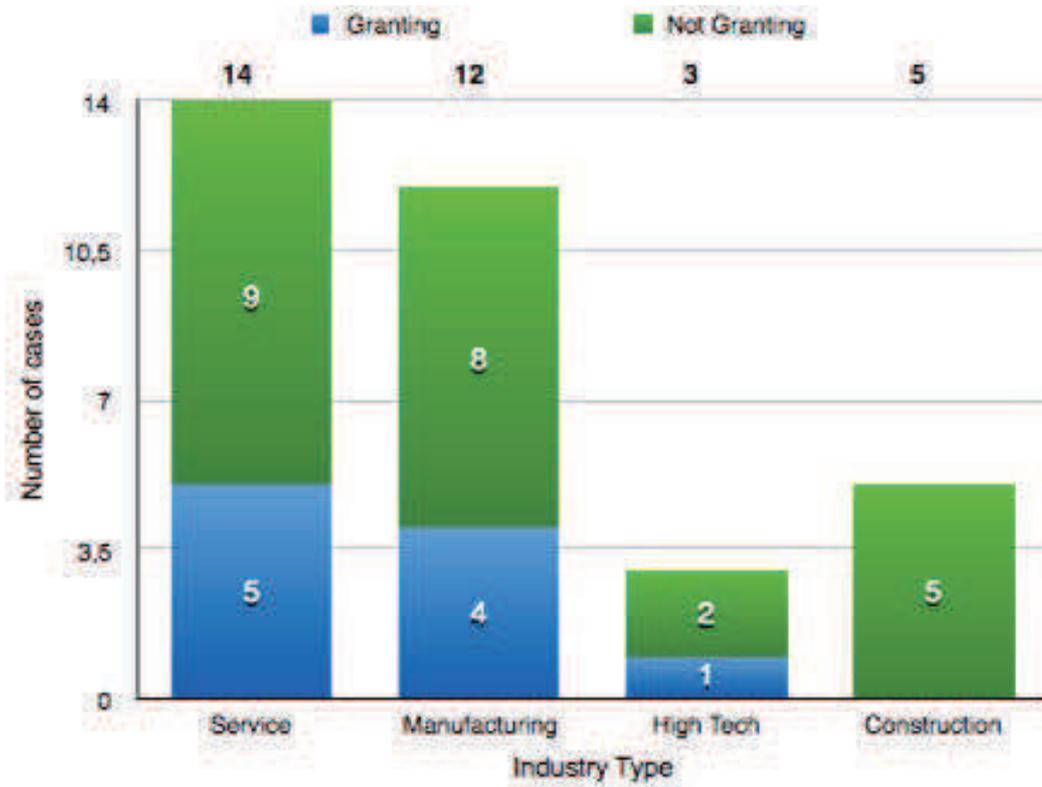


Distribution des cas et évolutions des ratios Grant/No Grant et G/C en fonction de la longueur des négociations

Cette analyse a produit des résultats contraires à nos intuitions.

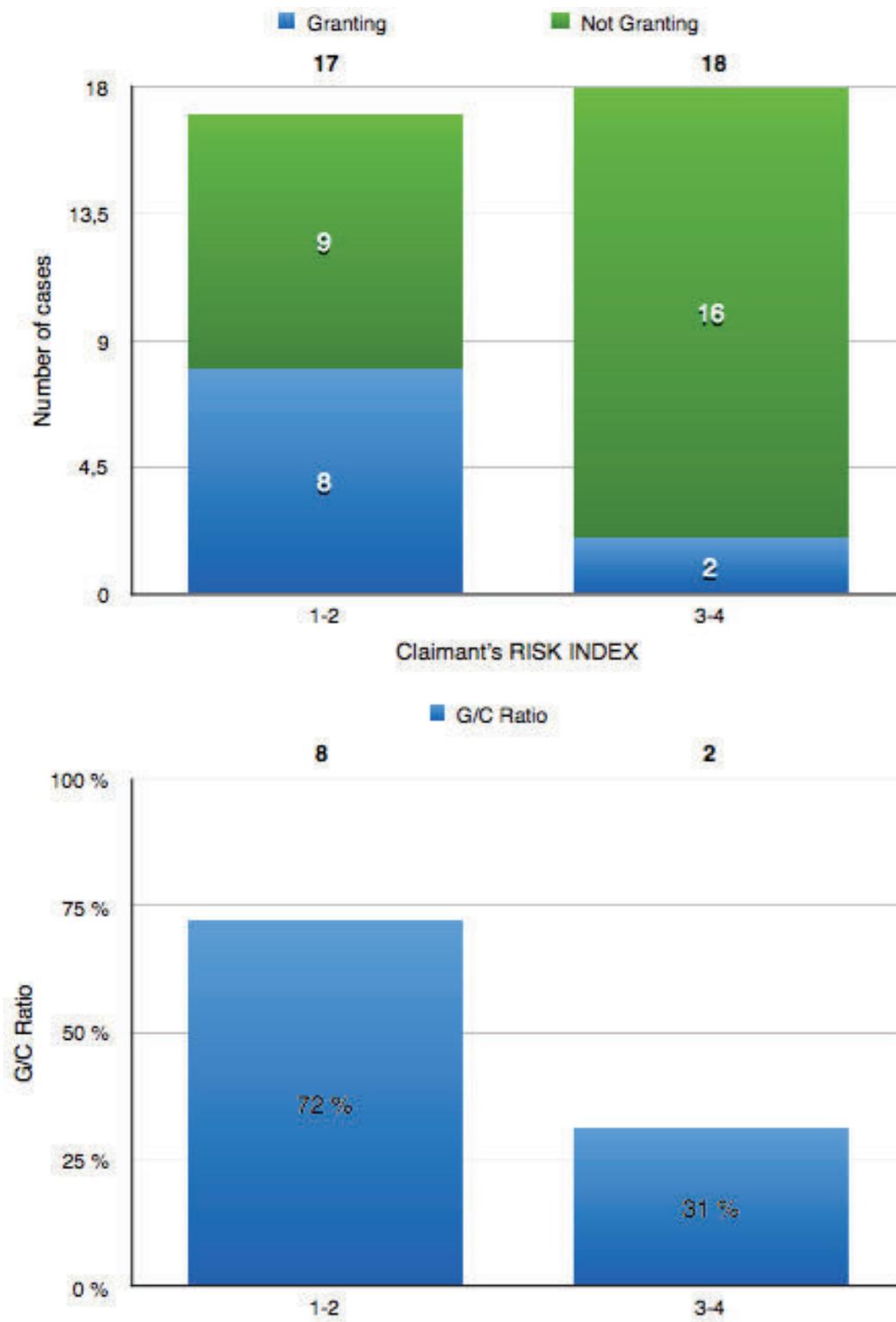


Distribution des cas et évolutions des ratios Grant/No Grant et G/C en fonction du secteur d'activité



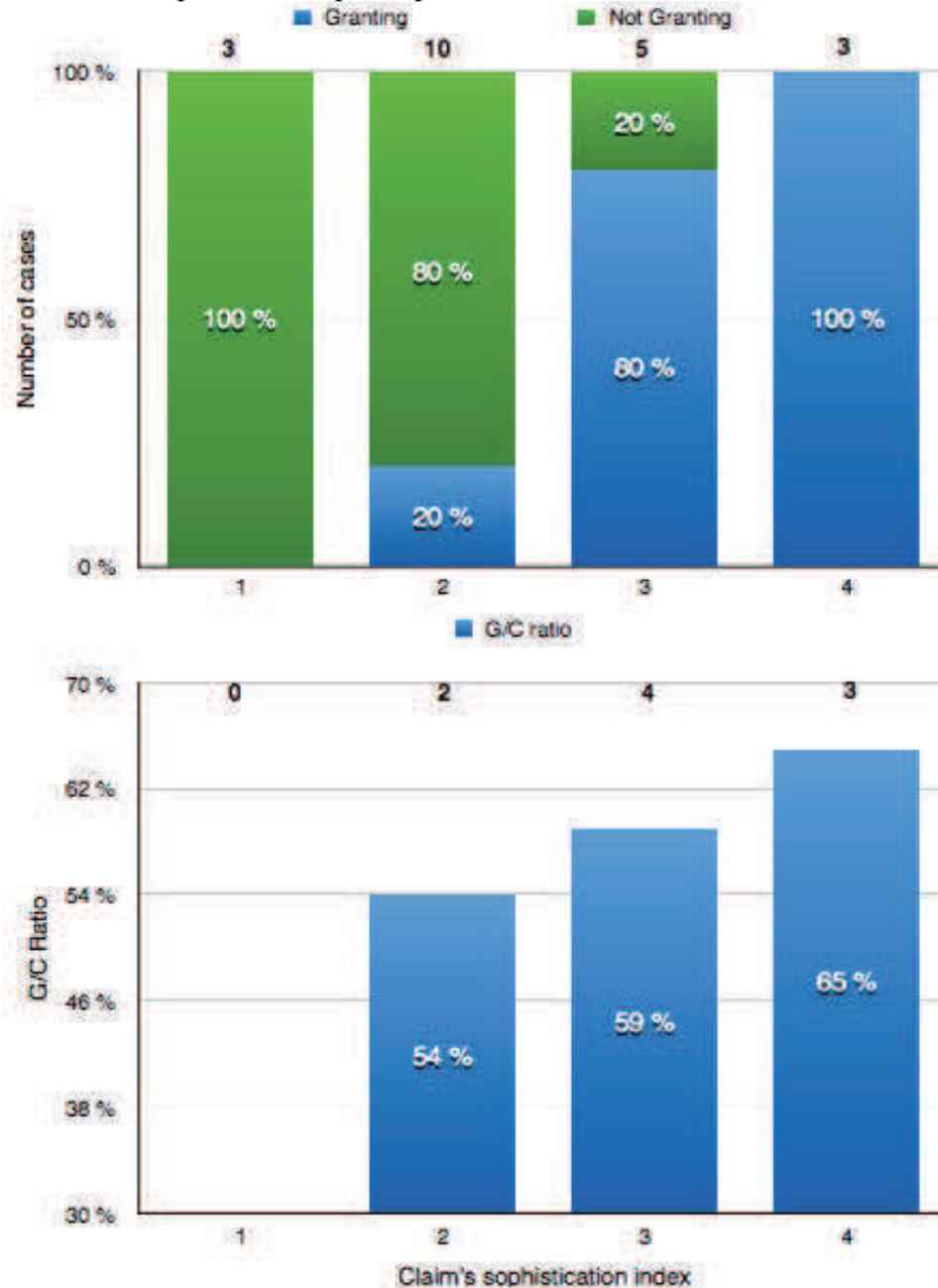
Distribution des cas et ratios Grant/No Grant et G/C moyen pour la Situation 1 selon le niveau de risque de l'activité du demandeur

1 = Risque très faible ; 2 = Risque faible ; 3 = Risque fort ; 4 = Risque très fort



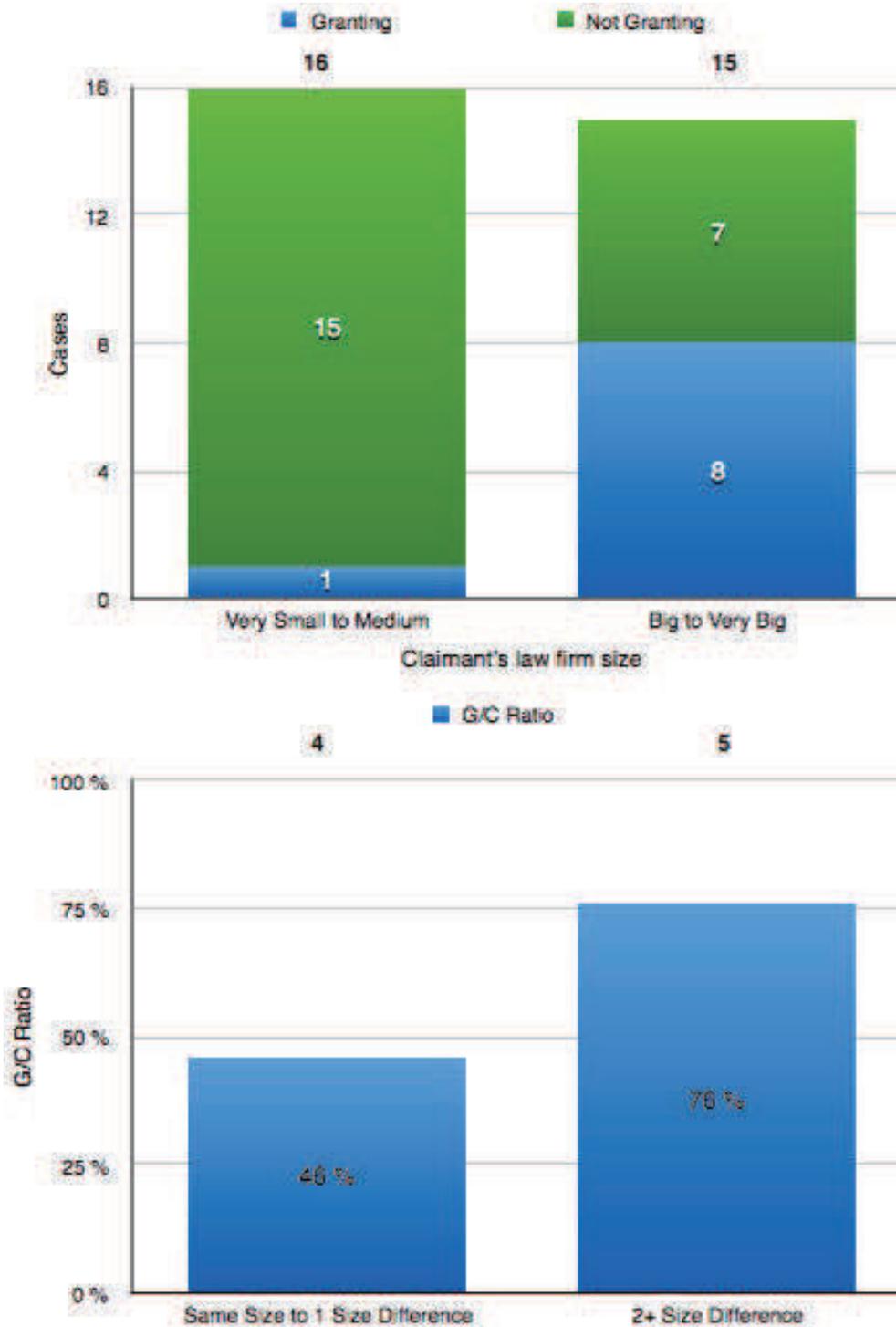
Distribution des cas et ratio G/C moyen (dans les cas accordant une indemnisation) dans la Situation 1 selon le niveau de sophistication de la demande

Nous avons attribué à chaque demande un indice de sophistication allant de 1 à 4. 1 = le demandeur formule une demande sans aucun détail ou justification ; 2 = le demandeur détaille sa demande selon différents chefs de préjudice or explique les facteurs qu'il prend en compte dans le calcul de l'indemnisation sans pour autant détailler comment ces facteurs ont influencé la demande ; 3 = le demandeur prend différents facteurs en compte et explique comment ils influencent sa demande en utilisant des méthodes simples de calcul ; 4 = le demandeur prend plusieurs facteurs en compte et explique comment ils influencent sa demande en utilisant des méthodes de calcul complexes ou sophistiquées.

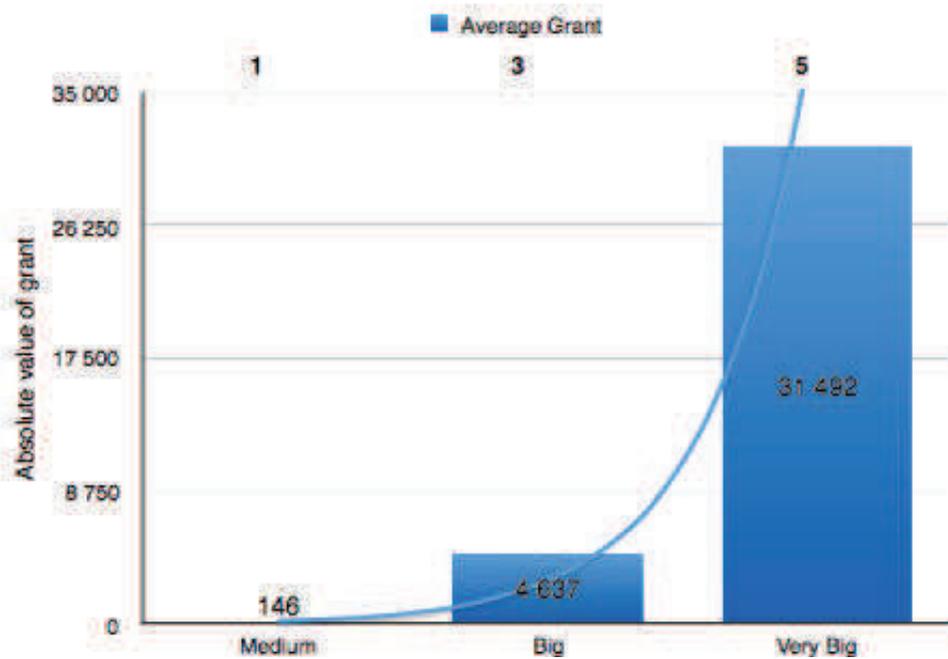
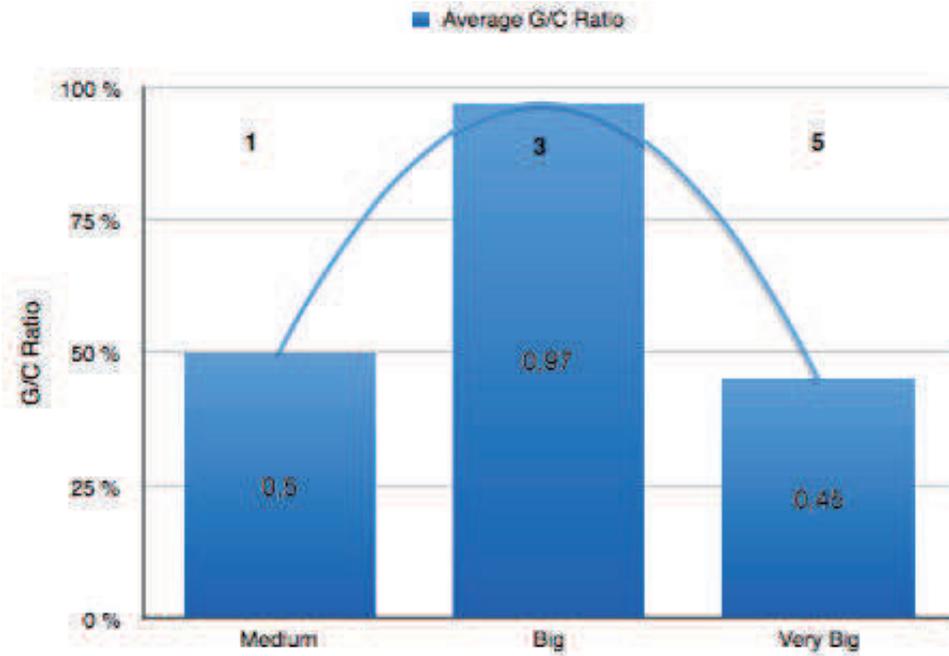


Distribution des cas selon la taille du cabinet d'avocats représentant le demandeur

Très petit (*very small*) : cabinet local avec moins de 5 avocats ; Petit (*small*) : cabinet national avec moins de 30 avocats ; Moyen (*medium*) : cabinet national avec moins de 100 avocats ; Grand (*big*) : cabinet national avec plus de 100 avocats ; Très grand (*very big*) : cabinet international avec plus de 300 avocats.

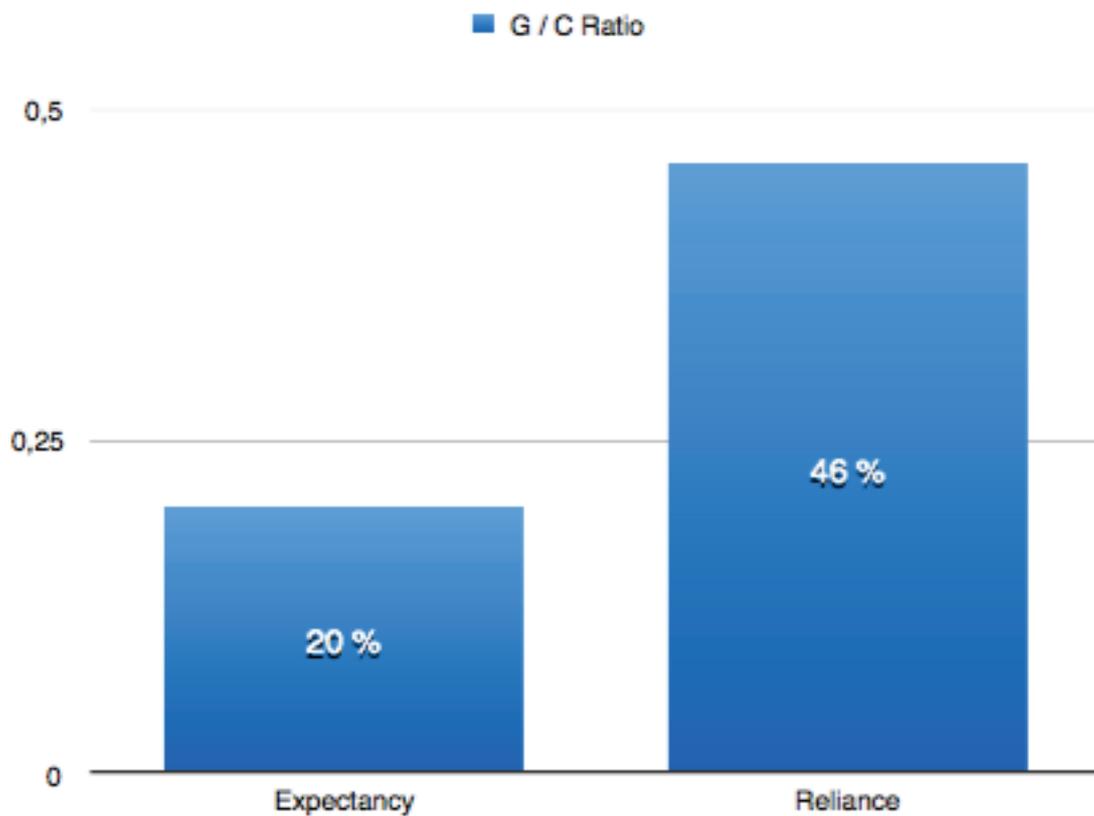


Les graphes ci-dessous montrent le G/C ratio moyen selon la taille du cabinet du demandeur (graphe 1) et la valeur absolue de la demande selon la taille du cabinet (graphe 2).



Ratio G/C selon les types de dommages-intérêts demandés : *expectancy general* et *reliance damages*

Méthodologie : nous avons additionné les indemnisations octroyées et divisé le résultat par la part moyenne de chaque type de dommage-intérêt trouvé dans les demandes. Le cas 1U13 a été exclu car ses montants très élevés faussaient les résultats.

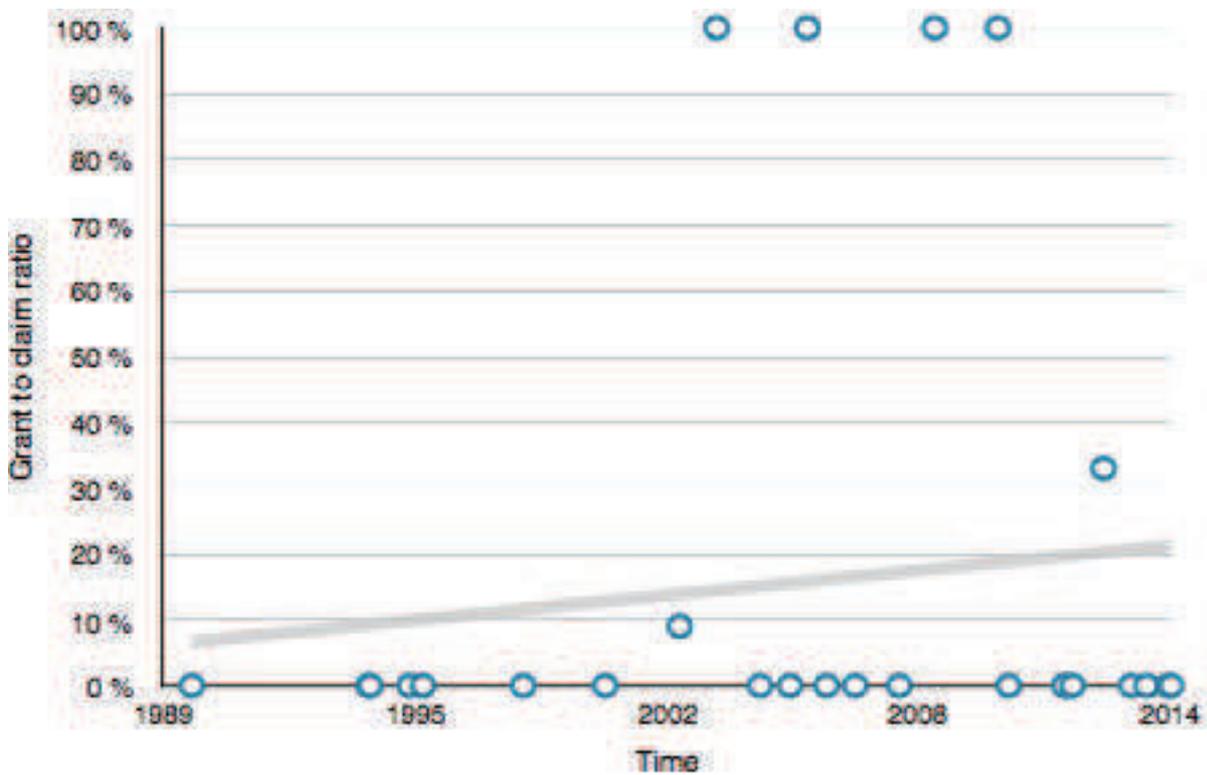


	Expectancy General Damages	Reliance Damages
Demande	742513	2463 (502463 avec 1U13)
Indemnisation	145972	1144

SITUATION 2 - Etats-Unis

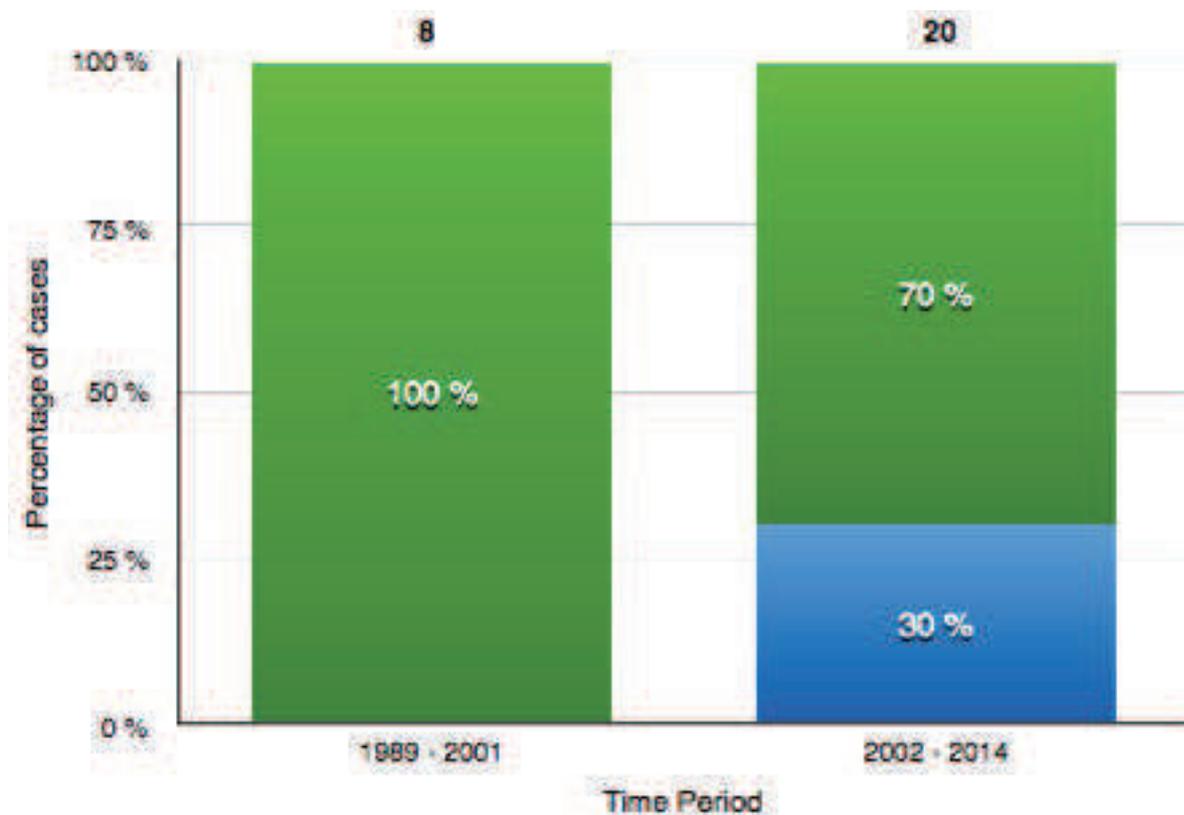
Evolution du ratio G/C dans le temps pour la Situation 2

L'octroi d'une indemnisation semble devenir de plus en plus fréquent et élevé avec le temps.



Evolution du ratio Grant/No Grant en fonction du temps

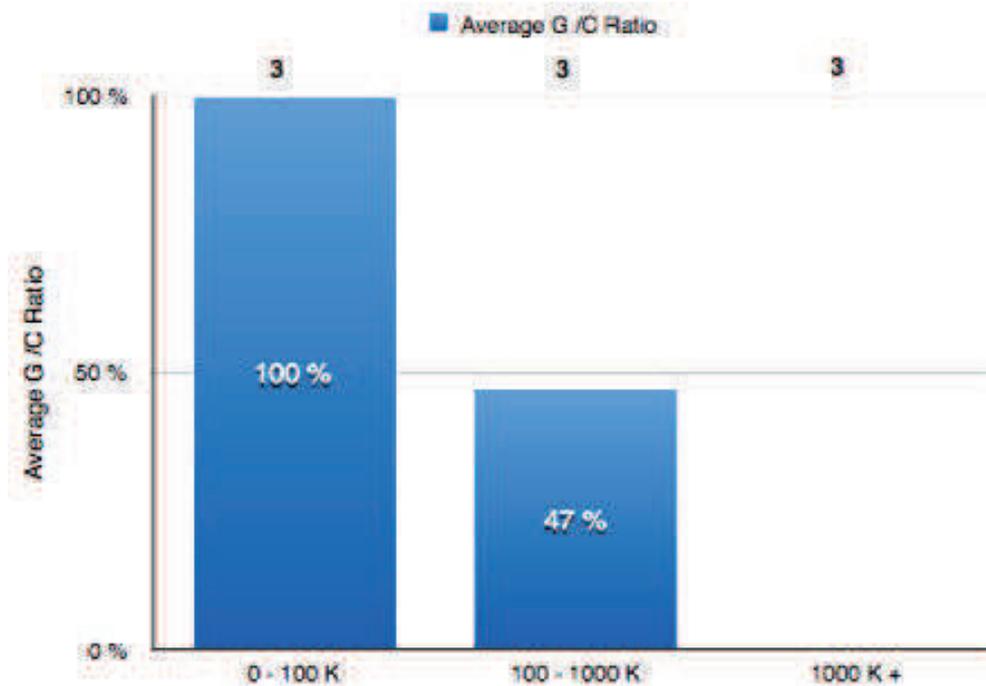
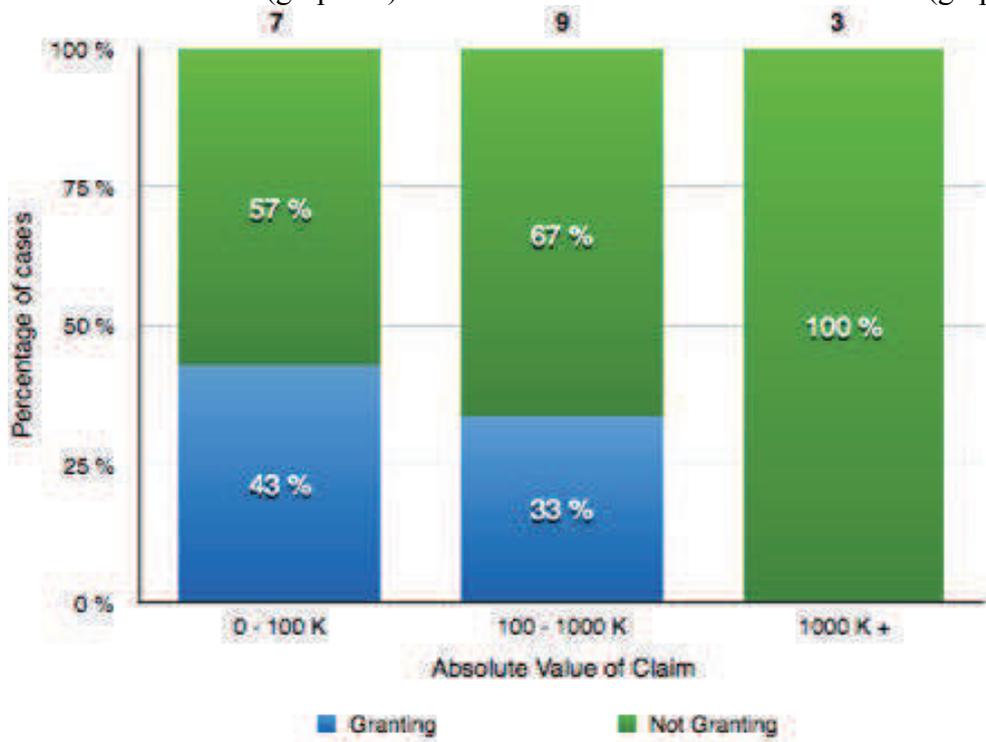
Les premiers cas octroyant une indemnisation sont postérieurs à 2001, période à partir de laquelle les demandes ont également augmenté.



	1989-2001	2002-2014
Demande moyenne (seulement cas octroyant une indemnisation)	293	1461 (sans 2U11)
Indemnisation moyenne	0	155

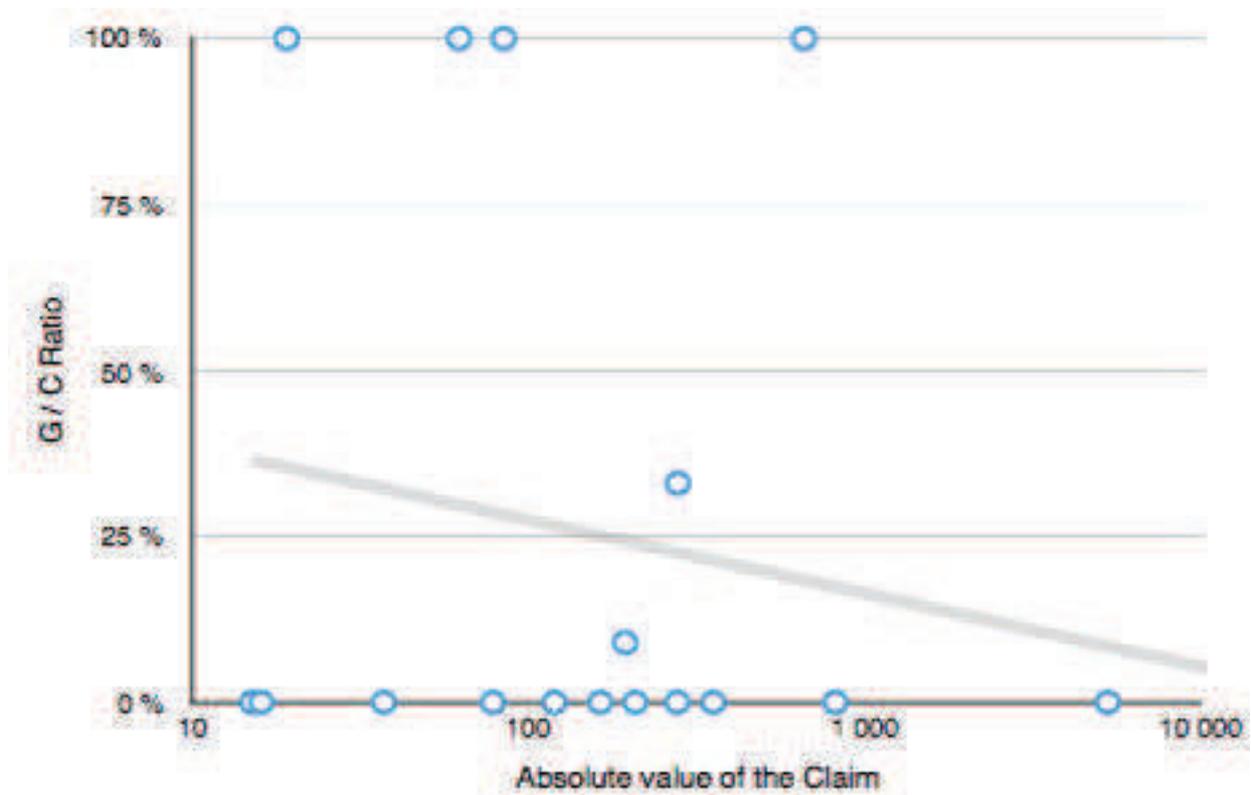
Evolution du ratio Grant/No Grant et du ratio G/C selon la valeur absolue de la demande

L'augmentation de la valeur absolue de la demande a un effet négatif sur la décision de la Cour d'accorder une indemnisation (graphe 1) et sur le montant de cette indemnisation (graphe 2).



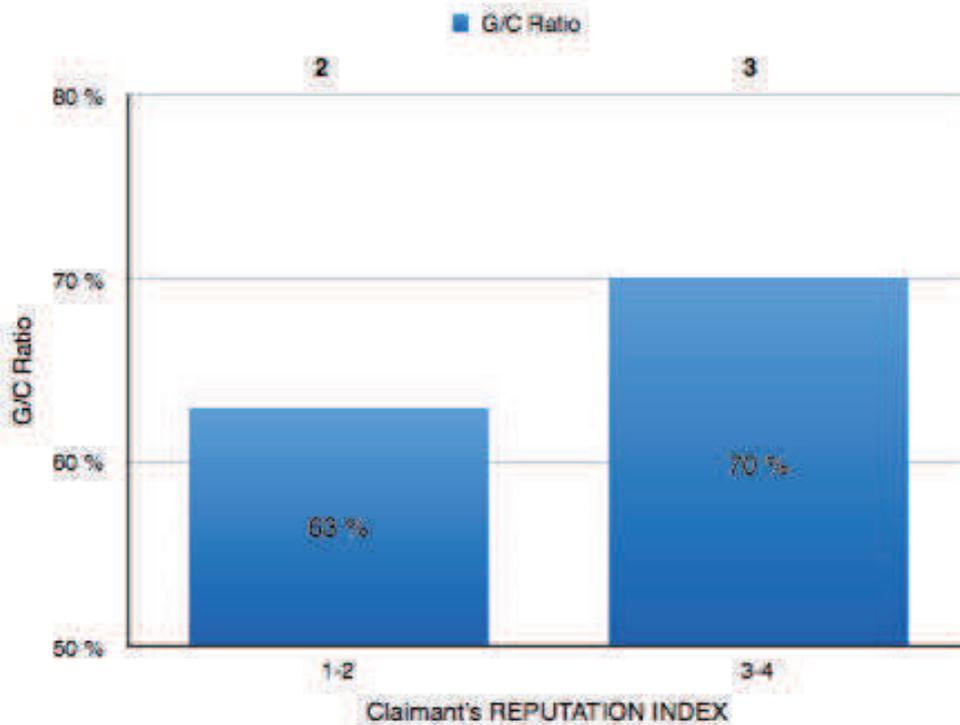
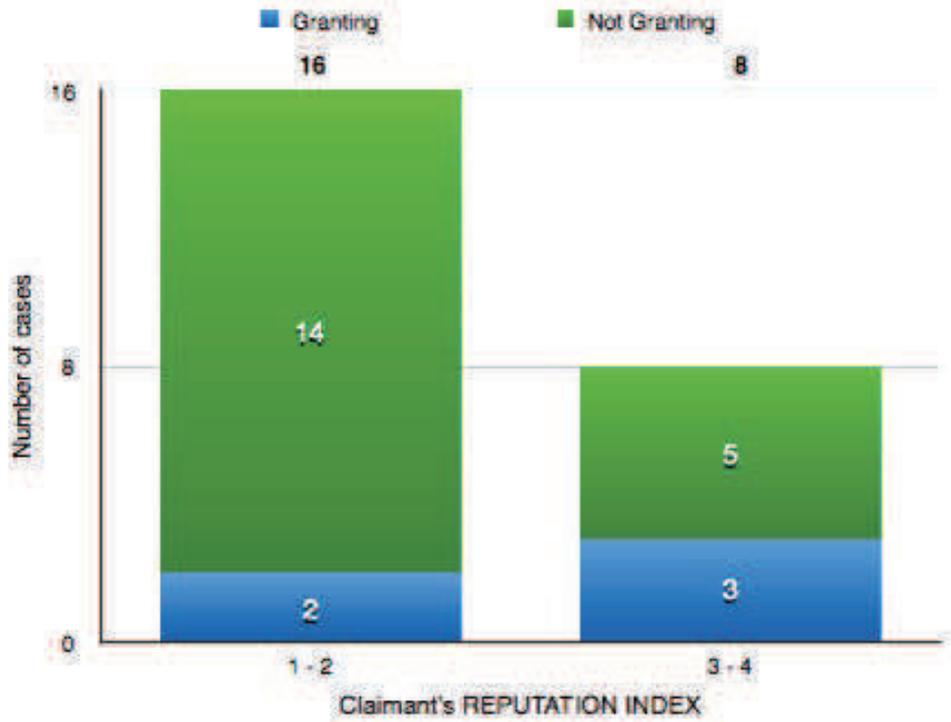
Distribution des cas en fonction du ratio G/C et de la valeur absolue de la demande

Chaque point bleu représente les cas de la Situation 2, la ligne épaisse grise affiche la corrélation linéaire entre toutes les données.



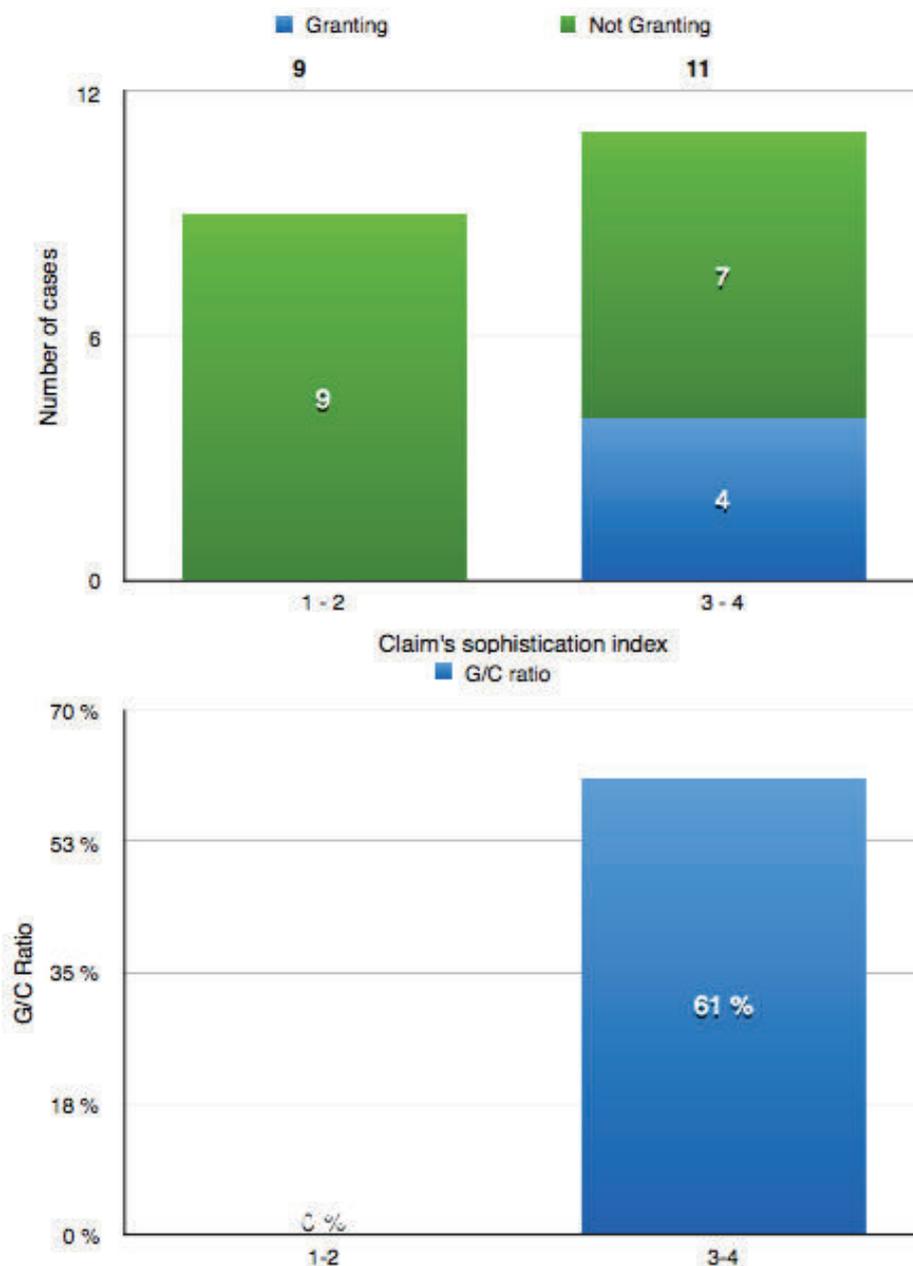
Distribution des cas et ratio G/C moyen (dans les cas accordant une indemnisation) selon l'importance de la réputation pour le demandeur

Nous avons construit un indice d'importance de la réputation pour le demandeur. 1 = Importance très faible ; 2 = Importance faible ; 3 = Importance forte ; 4 = Importance très forte.



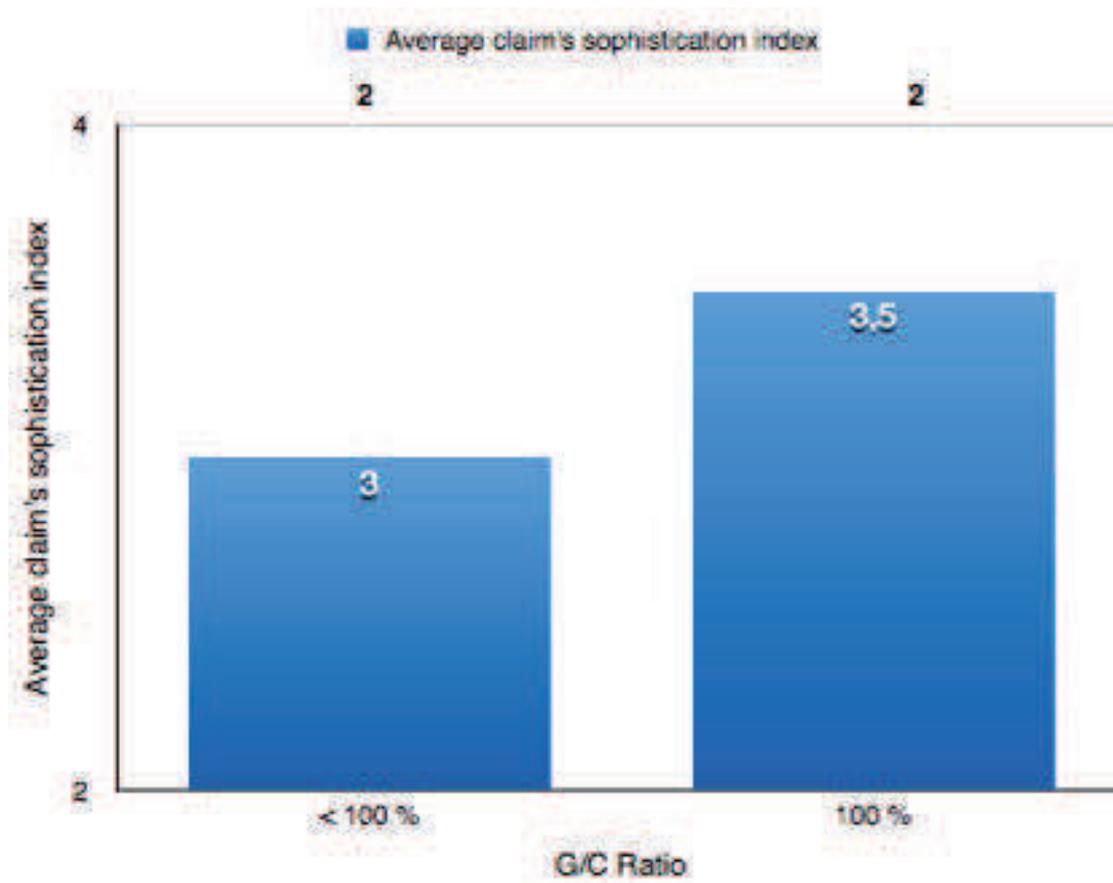
Distribution des cas et ratio G/C moyen (dans les cas accordant une indemnisation) dans la Situation 1 selon le niveau de sophistication de la demande

Nous avons attribué à chaque demande un indice de sophistication allant de 1 à 4. 1 = le demandeur formule une demande sans aucun détail ou justification ; 2 = le demandeur détaille sa demande selon différents chefs de préjudice or explique les facteurs qu'il prend en compte dans le calcul de l'indemnisation sans pour autant détailler comment ces facteurs ont influencé la demande ; 3 = le demandeur prend différents facteurs en compte et explique comment ils influencent sa demande en utilisant des méthodes simples de calcul ; 4 = le demandeur prend plusieurs facteurs en compte et explique comment ils influencent sa demande en utilisant des méthodes de calcul complexes ou sophistiquées.



Sophistication moyenne de la demande en fonction du ratio G/C

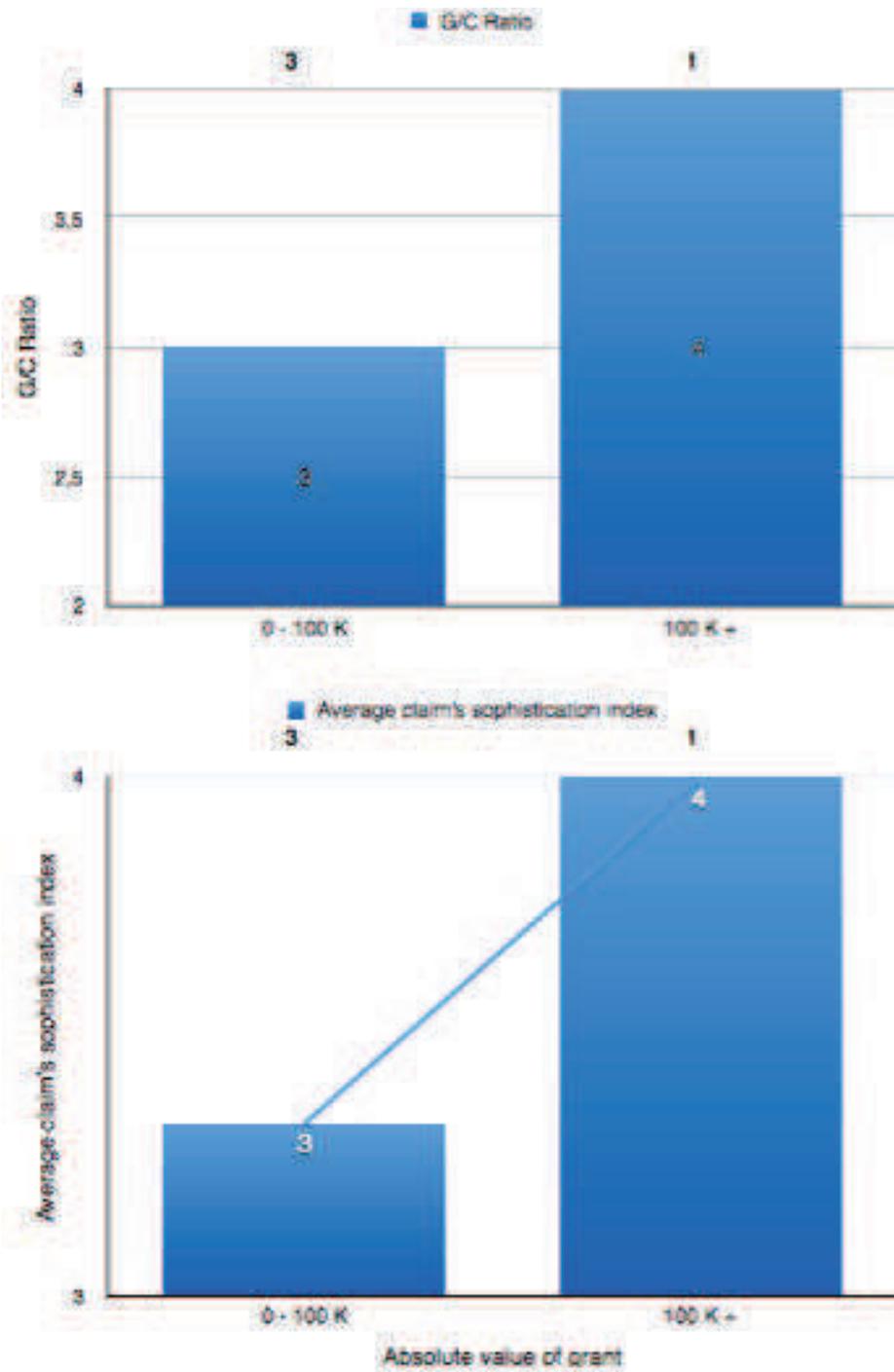
Logiquement, la demande est plus sophistiquée dans les cas où le ratio G/C est plus élevé.



	<100%	100%
Demande moyenne (seulement cas octroyant une indemnisation)	235	205
Indemnisation moyenne	54	205

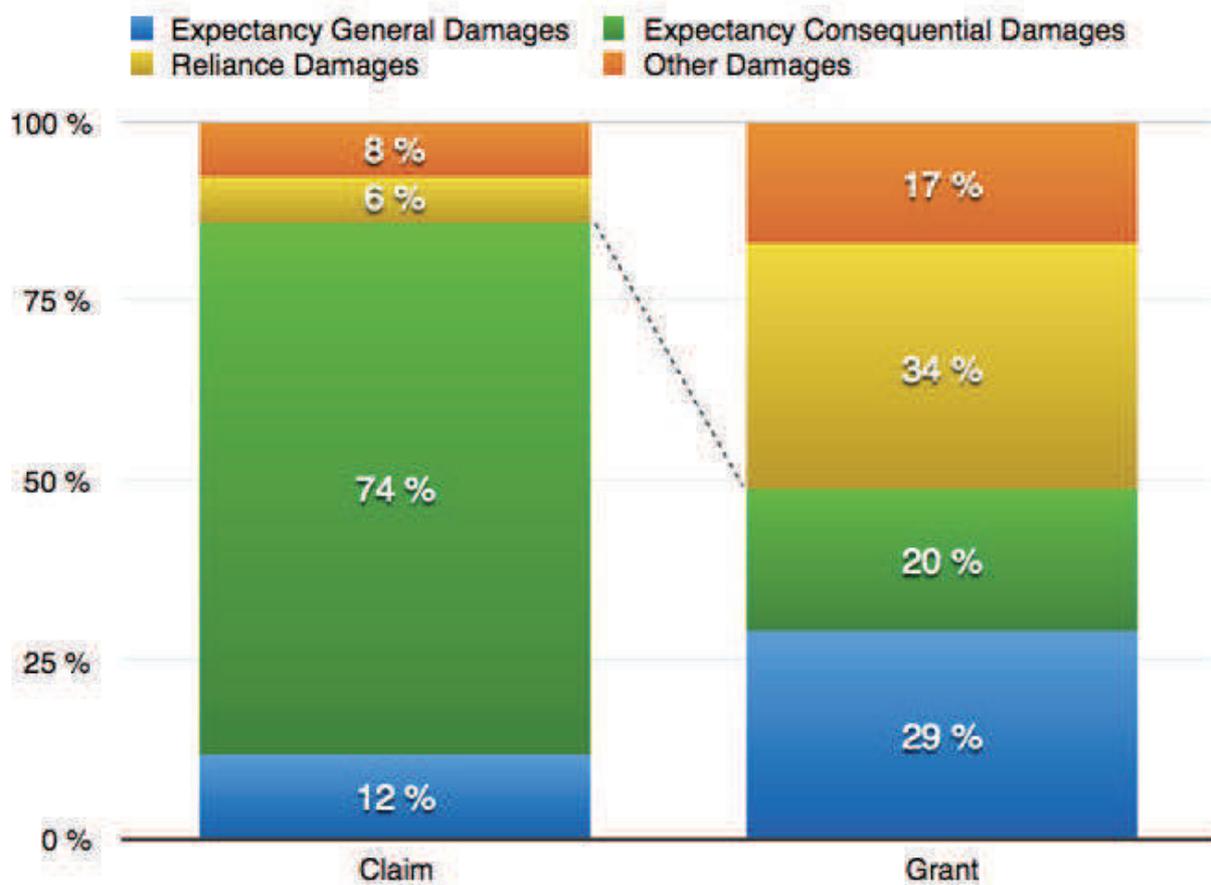
Sophistication moyenne de la demande en fonction de la valeur absolue

La sophistication augmente avec la valeur absolue de la demande.



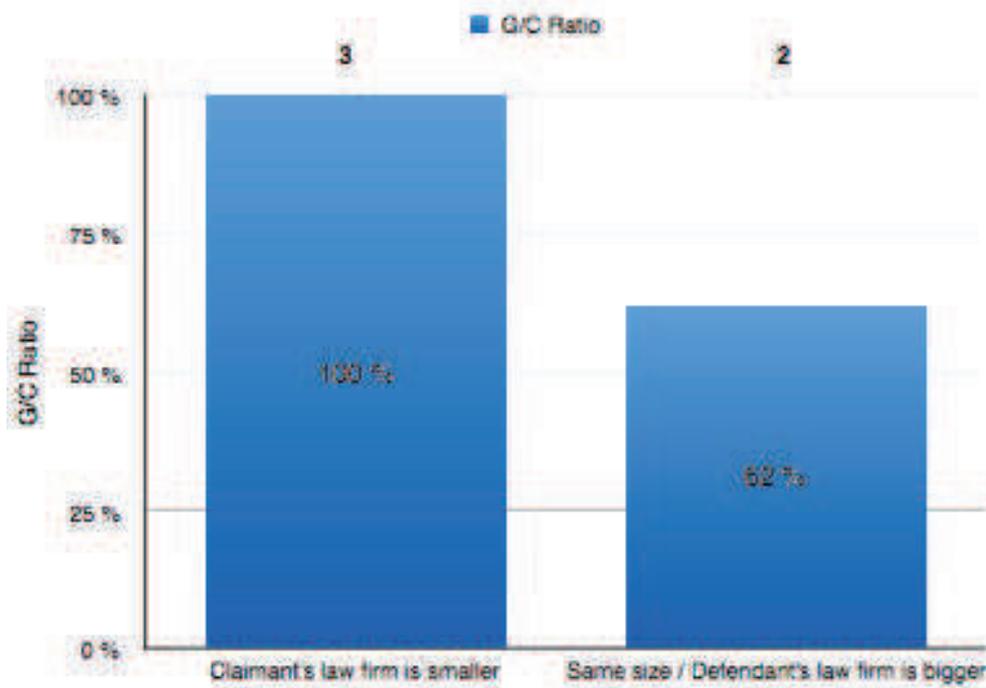
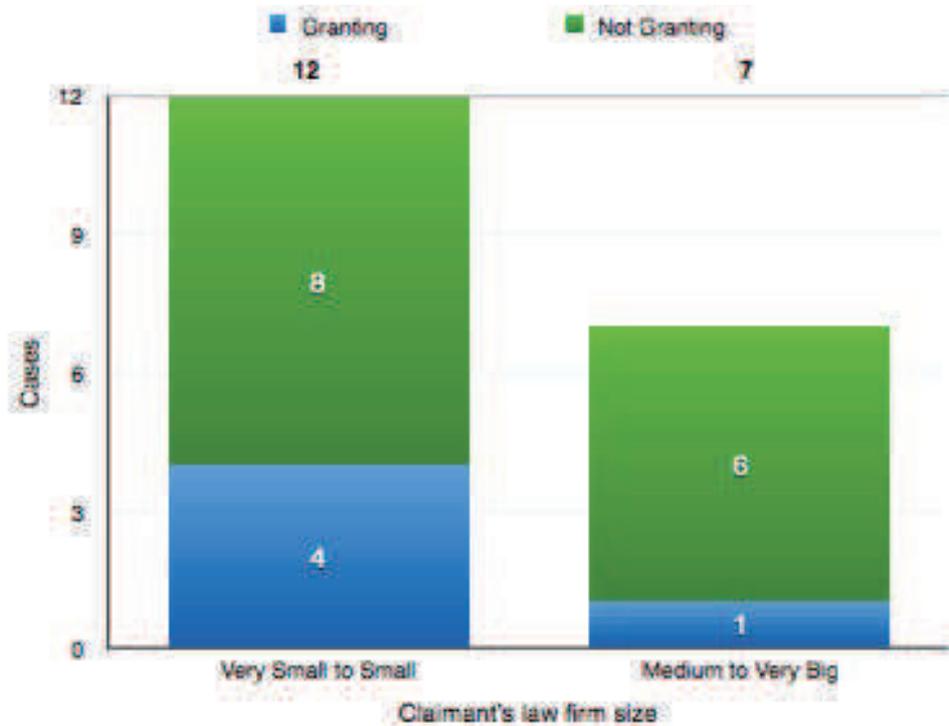
Types de dommages-intérêts dans la demande et dans l'indemnisation octroyée

Largement majoritaires en demande, les *Expectancy General Damages* (74%) ne constituent que 20% des indemnisations accordées.

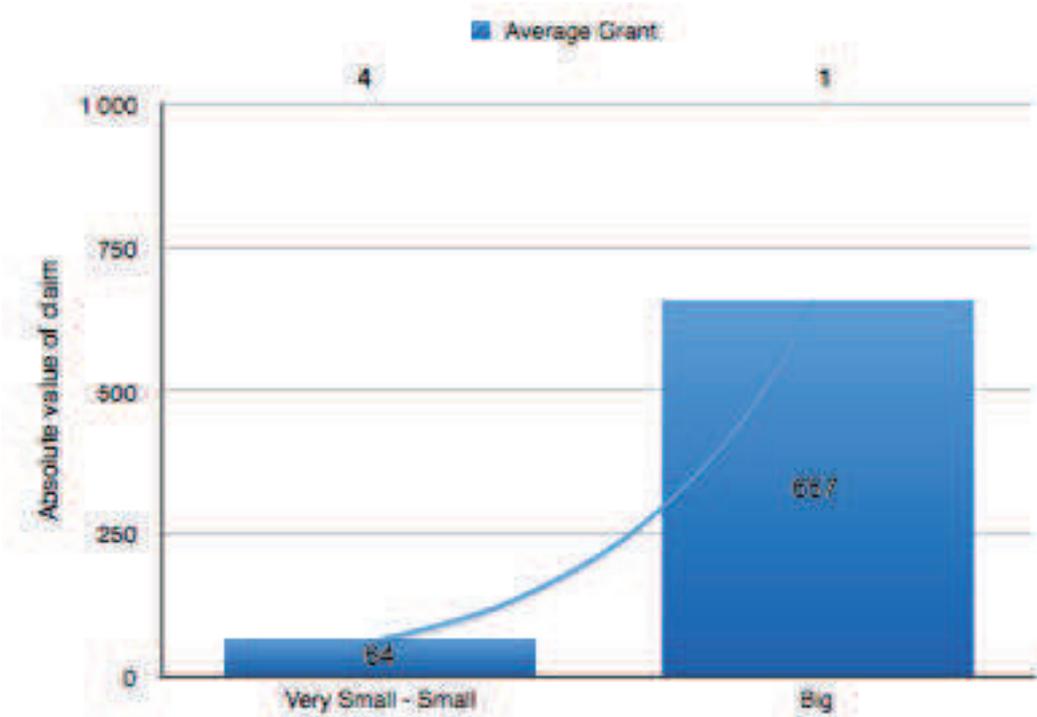


Distribution des cas selon la taille du cabinet d'avocats représentant le demandeur

Très petit (*very small*) : cabinet local avec moins de 5 avocats ; Petit (*small*) : cabinet national avec moins de 30 avocats ; Moyen (*medium*) : cabinet national avec moins de 100 avocats ; Grand (*big*) : cabinet national avec plus de 100 avocats ; Très grand (*very big*) : cabinet international avec plus de 300 avocats.



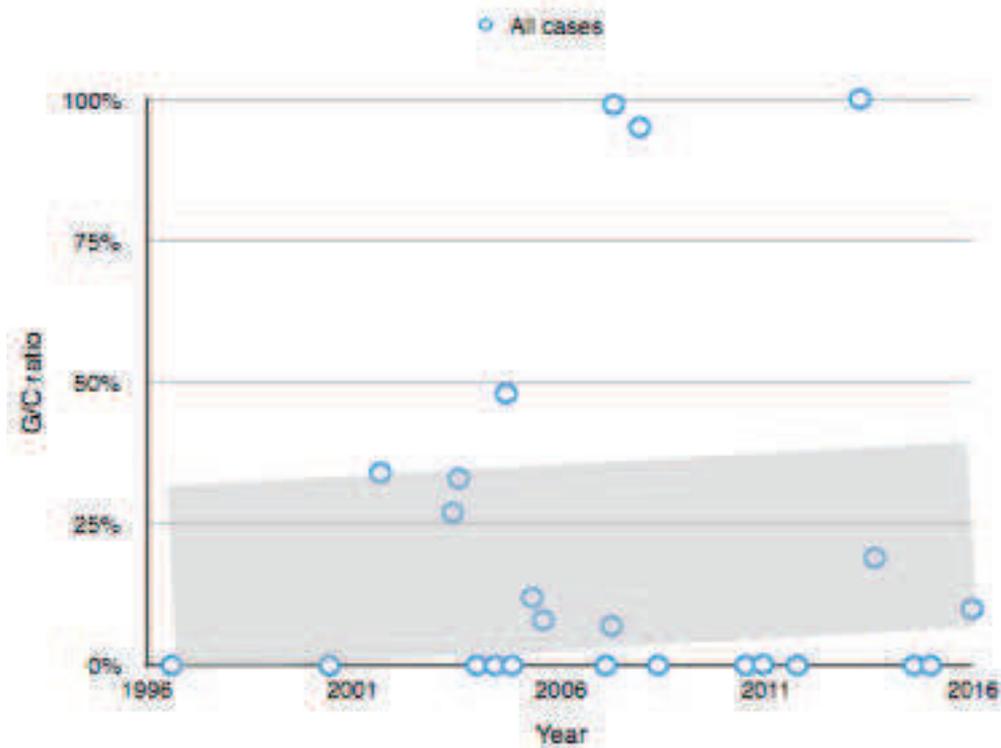
Demande moyenne selon la taille du cabinet d'avocats représentant le demandeur (en K USD)



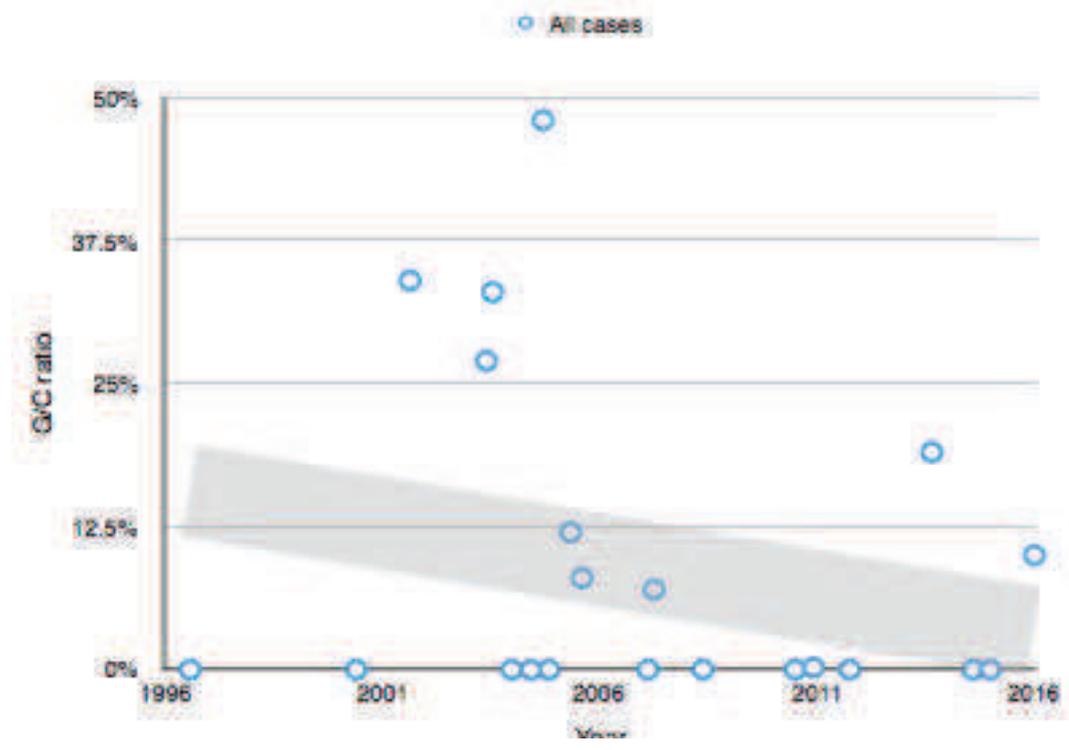
SITUATION 3 - Etats-Unis

Cette section de notre analyse empirique comprend 25 cas dont 13 ont accordé une indemnisation. Le ratio G/C a globalement diminué dans le temps (en ne prenant pas en compte les cas extraordinaires, page suivante). Néanmoins, en utilisant tous les cas de notre base de données, le ratio G/C moyen a légèrement augmenté dans le temps.

Evolution du ratio G/C dans le temps (cas extraordinaires inclus)

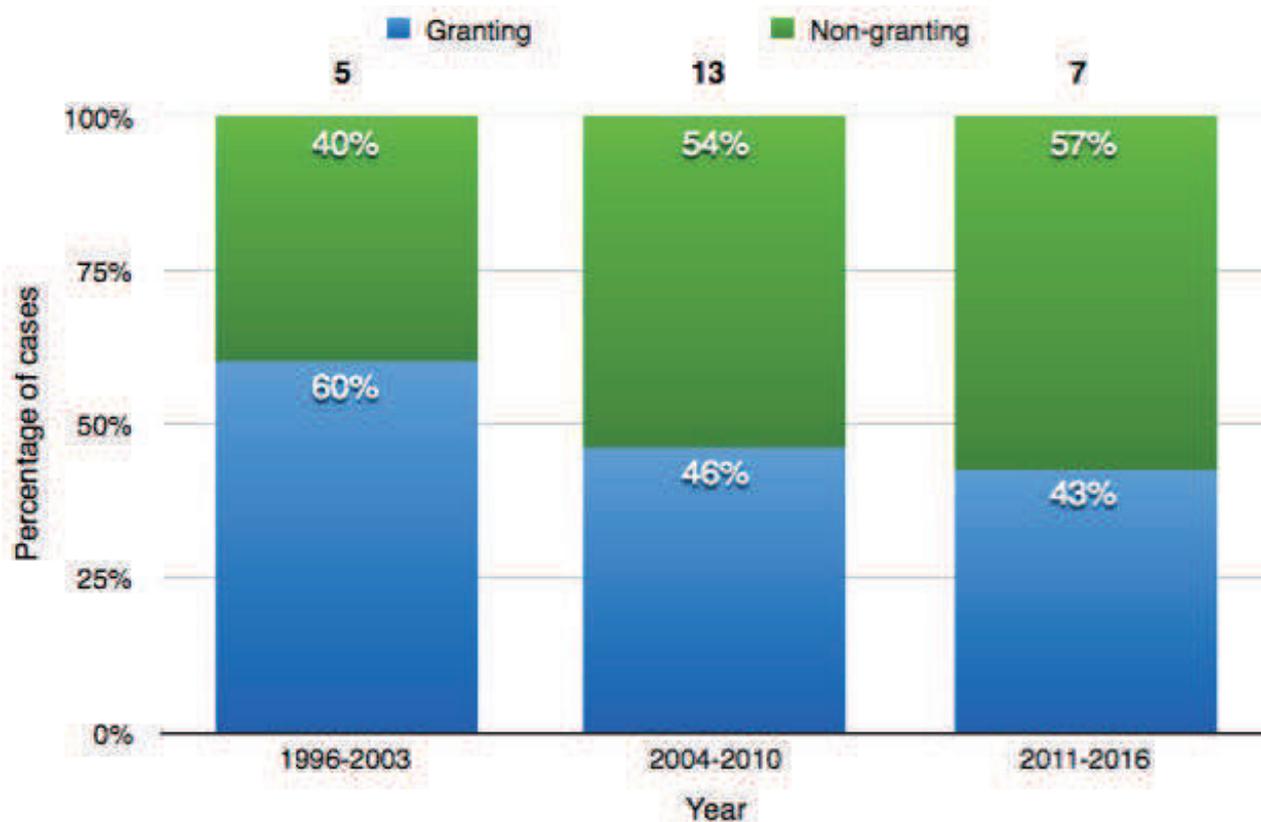


Evolution du ratio G/C dans le temps (cas extraordinaires exclus)



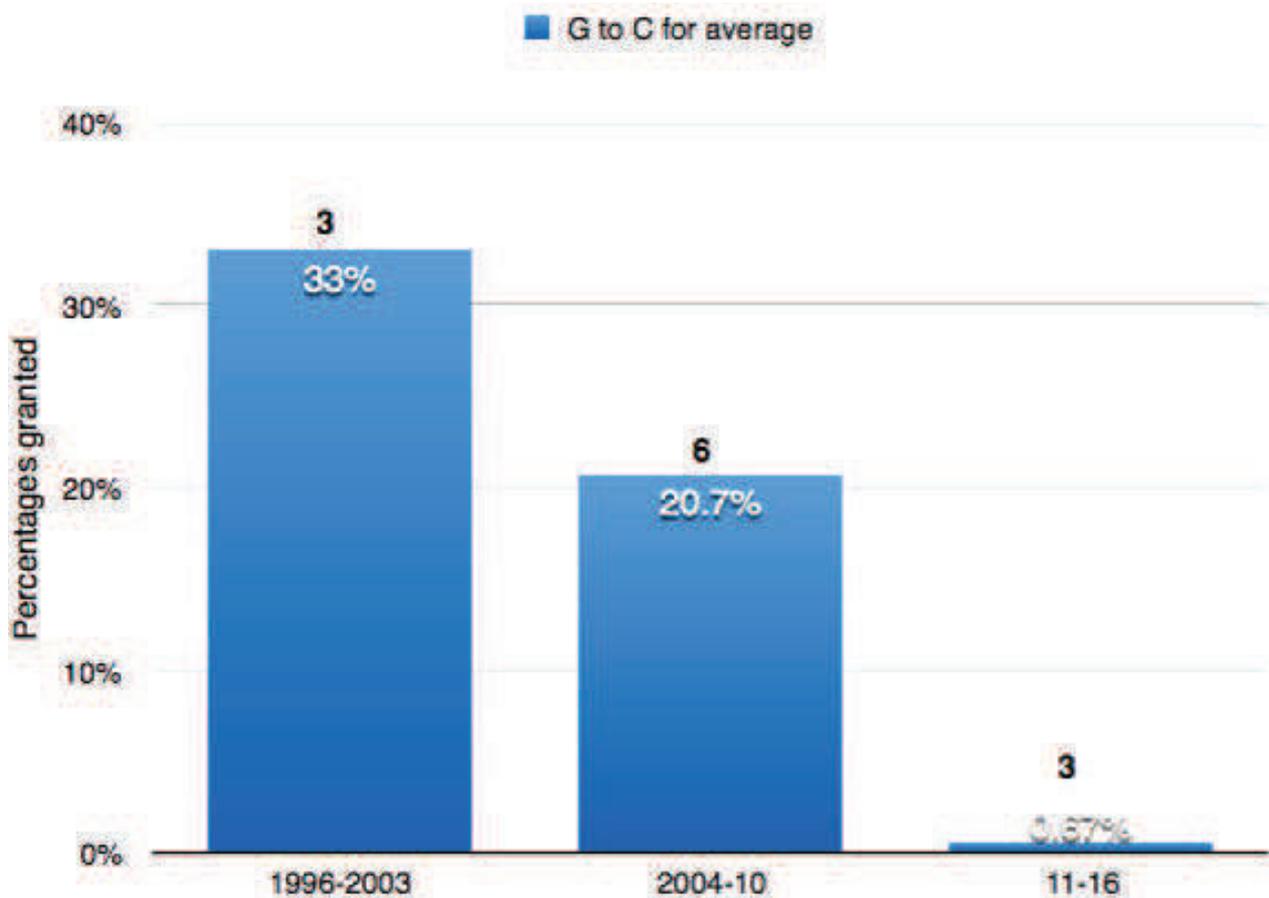
Distribution des cas selon le ratio Grant/No Grant dans le temps

Nos données montrent que les Cours accordent de moins en moins d'indemnisation. Alors que le ratio était d'environ 60% entre 1993 et 2003, il a diminué à 46% sur les périodes suivantes.



Evolution du ratio G/C dans le temps pour la Situation 3

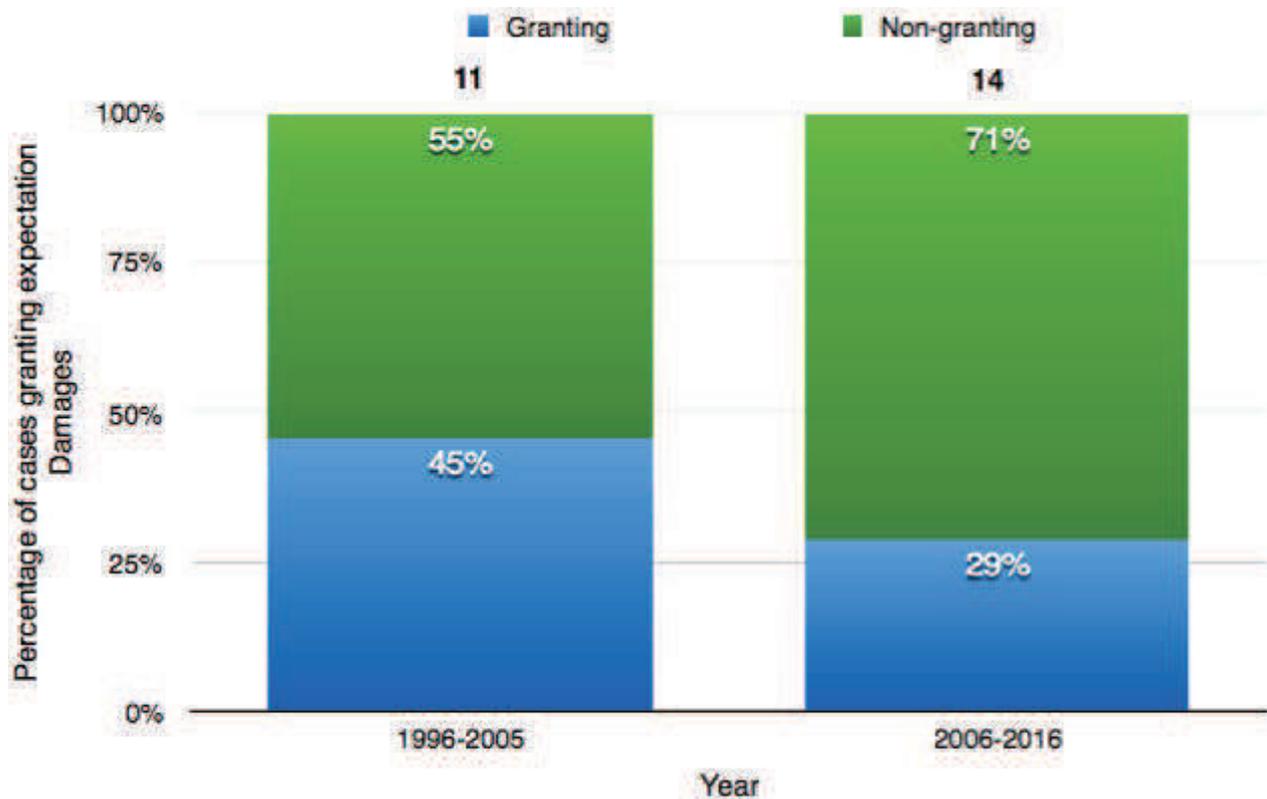
Le ratio G/C moyen semble décliner doucement, notamment parce que les demandes sont significativement plus importantes.



	1996-2003	2004-2010	2011-2016
Demande moyenne (seulement cas octroyant une indemnisation)	201455	27497	69301
Indemnisation moyenne	6659	5684	466

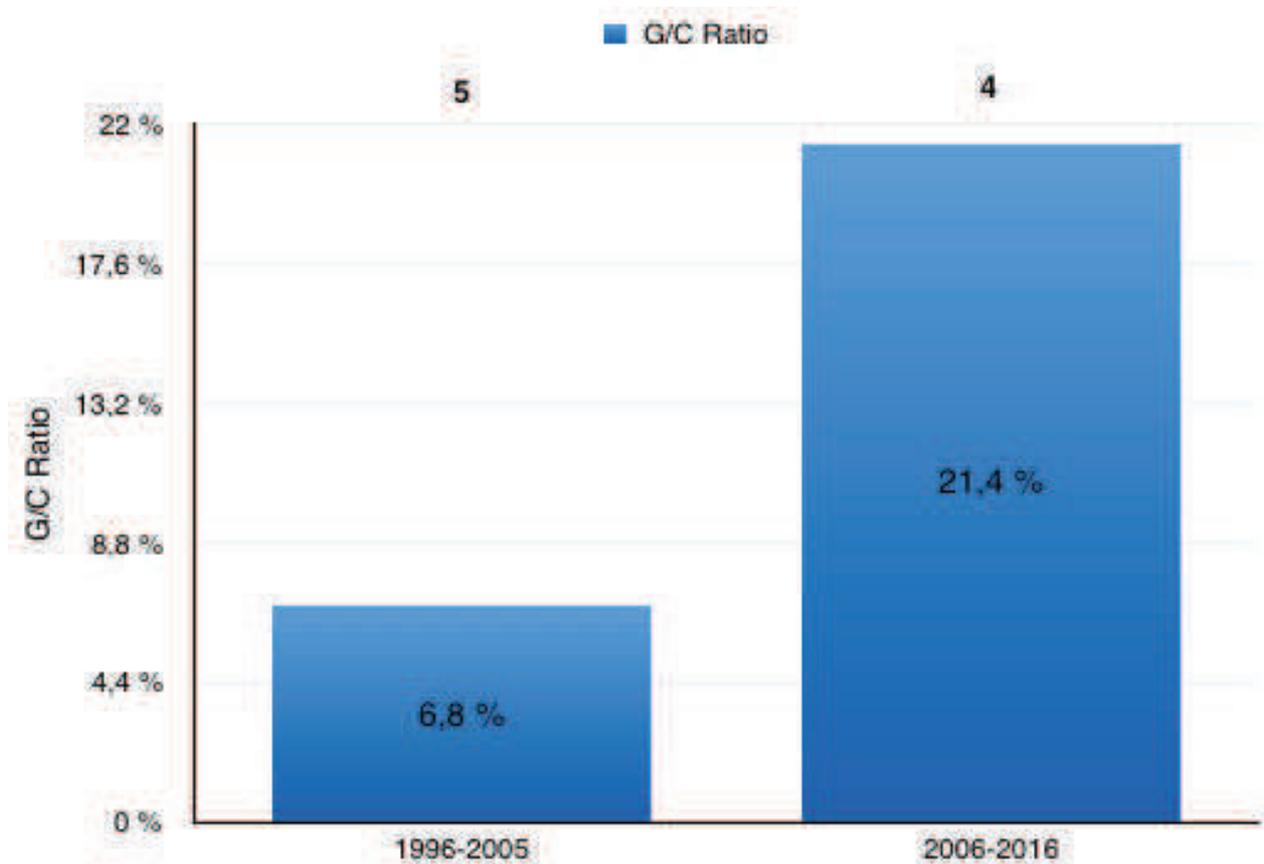
Evolution dans le temps du ratio Grant/No Grant d'Expectation damages pour la Situation 3

Les résultats affichés ainsi sont contraires à nos hypothèses initiales. Cette tendance est toutefois conforme à l'évolution générale de l'octroi d'Expectation damages dont la fréquence d'octroi diminue alors que les sommes augmentent.



Evolution du ratio G/C moyen pour les *Expectation damages* en Situation 3

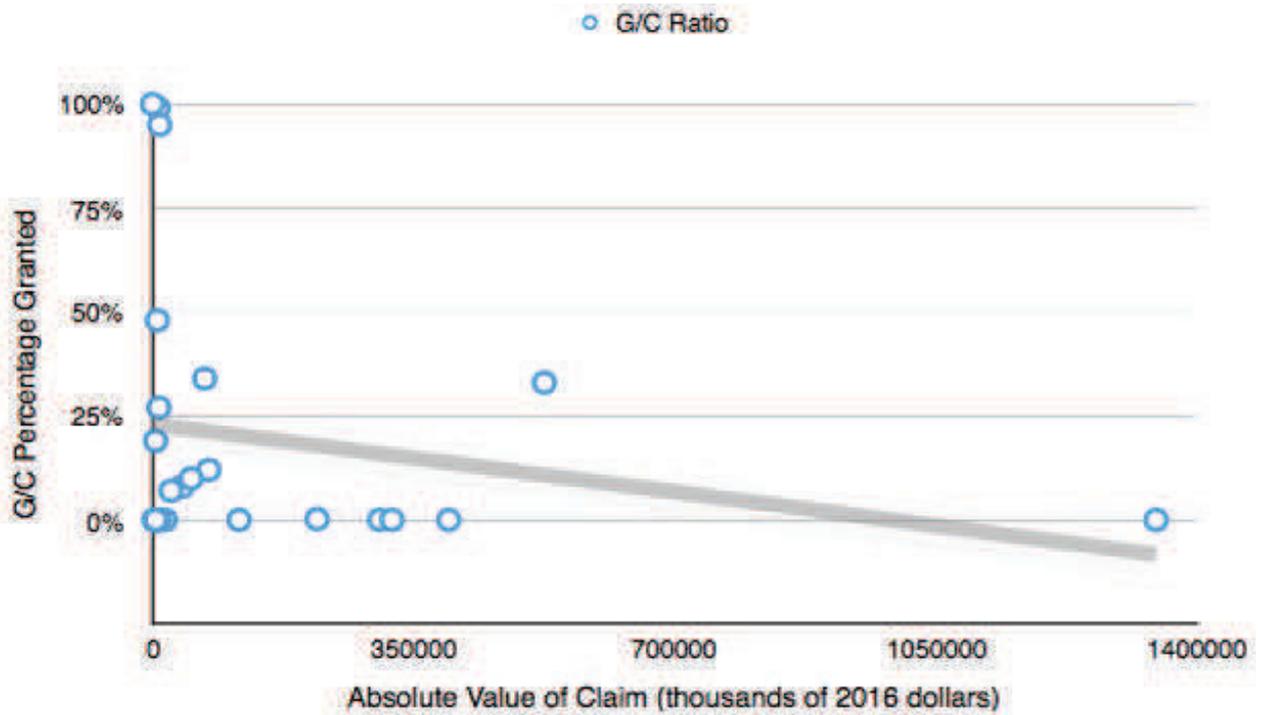
Le ratio G/C a augmenté au fil du temps, cela s'explique probablement par la diminution de la valeur absolue des demandes, certainement considérées plus raisonnables.



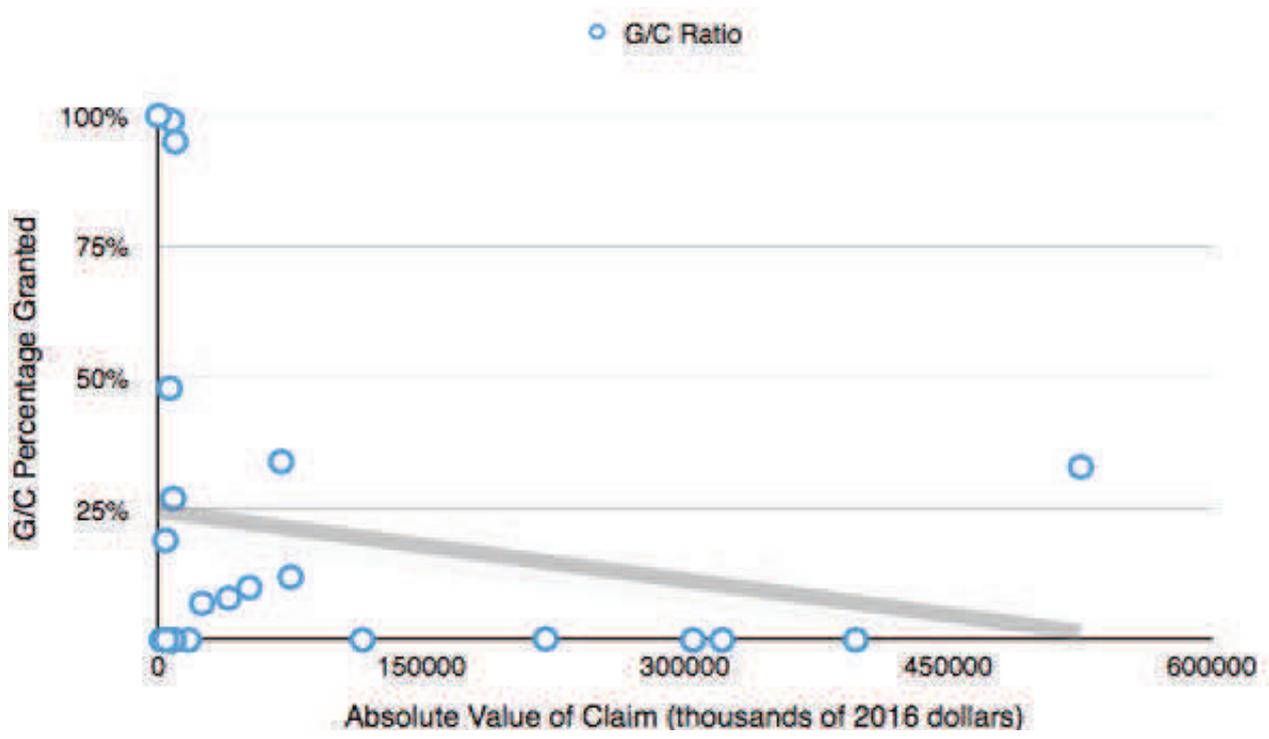
	1996-2005	2006-2016
Demande moyenne (seulement cas octroyant une indemnisation)	129700	17682
Indemnisation moyenne	8851	3788

Distribution des cas selon le ratio G/C en fonction de la valeur absolue de la demande

Il semble exister une corrélation négative entre l'importance de la demande et le ratio G/C, les Cours étant certainement réticentes à l'idée d'accorder des indemnisations trop importantes. Les points bleus du graphe qui suit représentent chaque cas alors que la ligne grise représente une corrélation linéaire de l'ensemble des données.

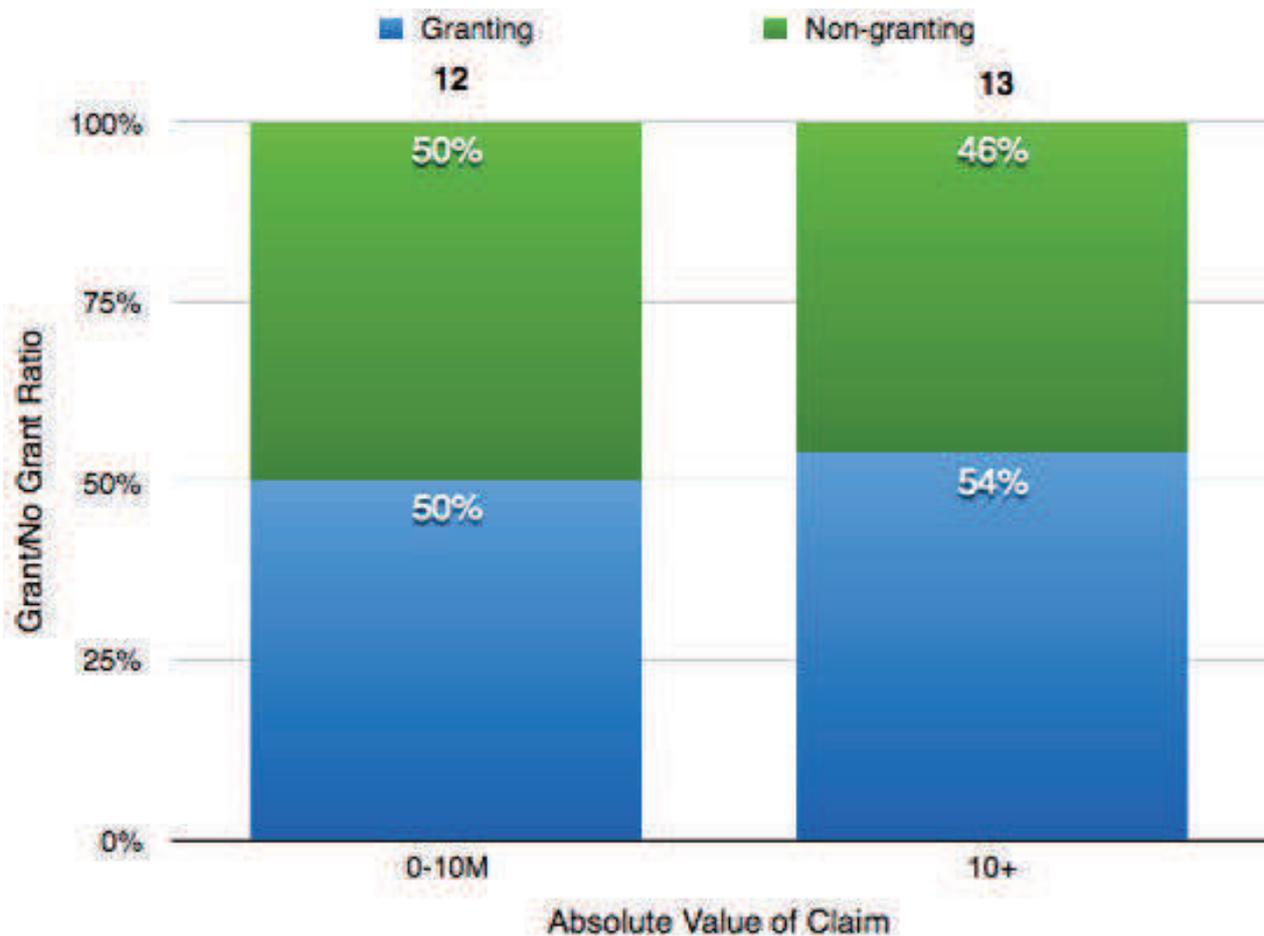


Distribution des cas selon le ratio G/C en fonction de la valeur absolue de la demande (en excluant les cas extraordinaires)



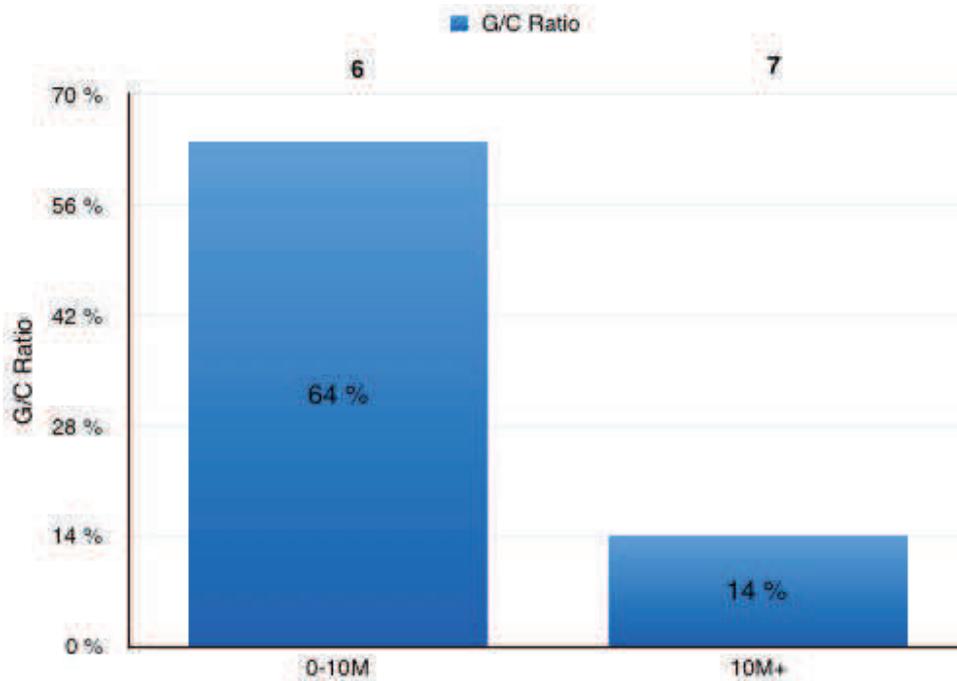
Ratio Grant/No Grant en fonction de la valeur absolue de la demande

Il ne semble pas y avoir de différence significative entre les deux échantillons que nous avons constitué sur la probabilité que la Cour accorde une indemnisation.

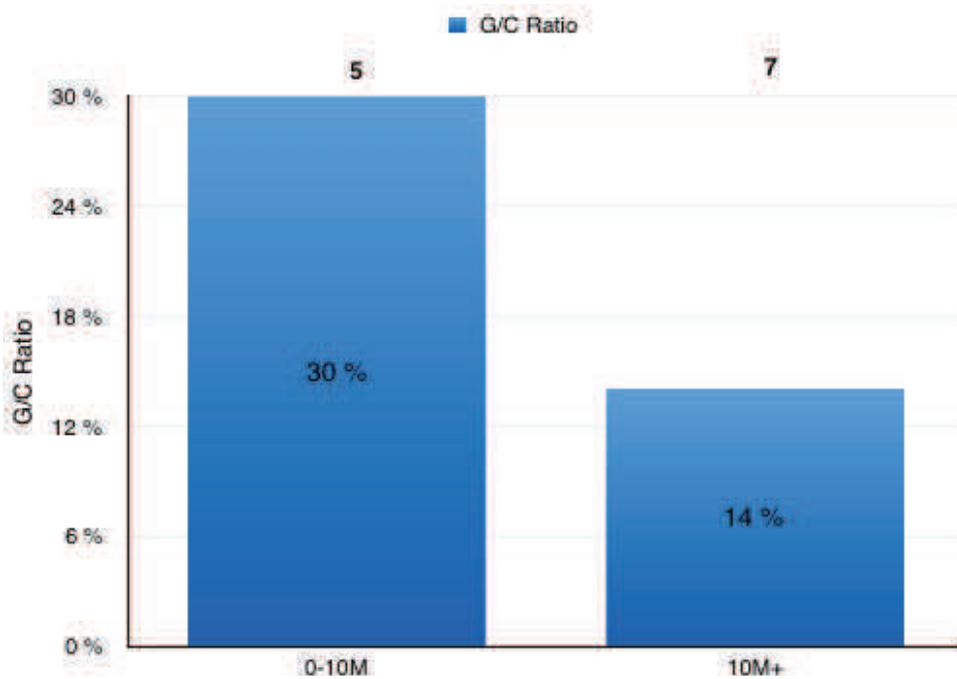


Ratio G/C selon la valeur absolue de la demande

Contrairement au ratio Grant/No Grant, le ratio G/C est fortement impacté par l'augmentation de la valeur absolue de la demande.

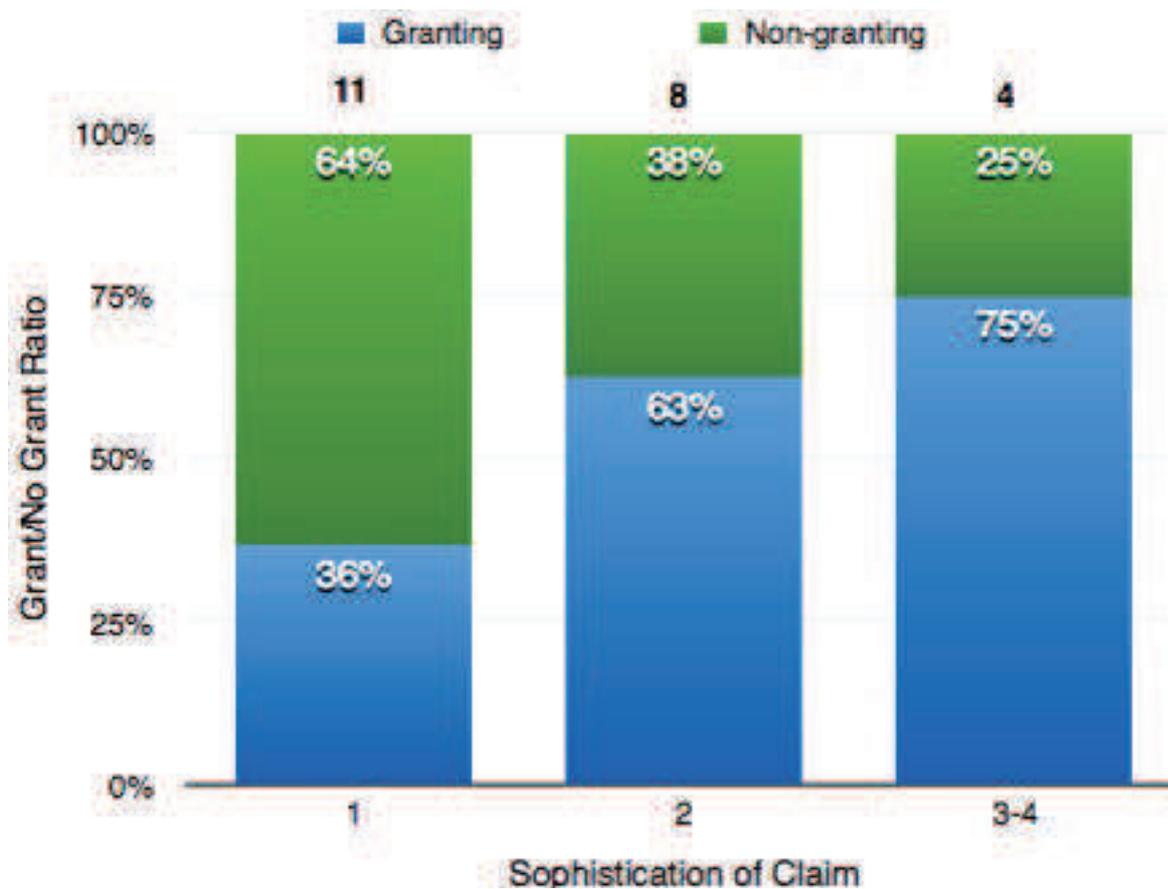


En excluant un cas anormal, au succès particulièrement élevé, les ratios sont un peu plus équilibrés.



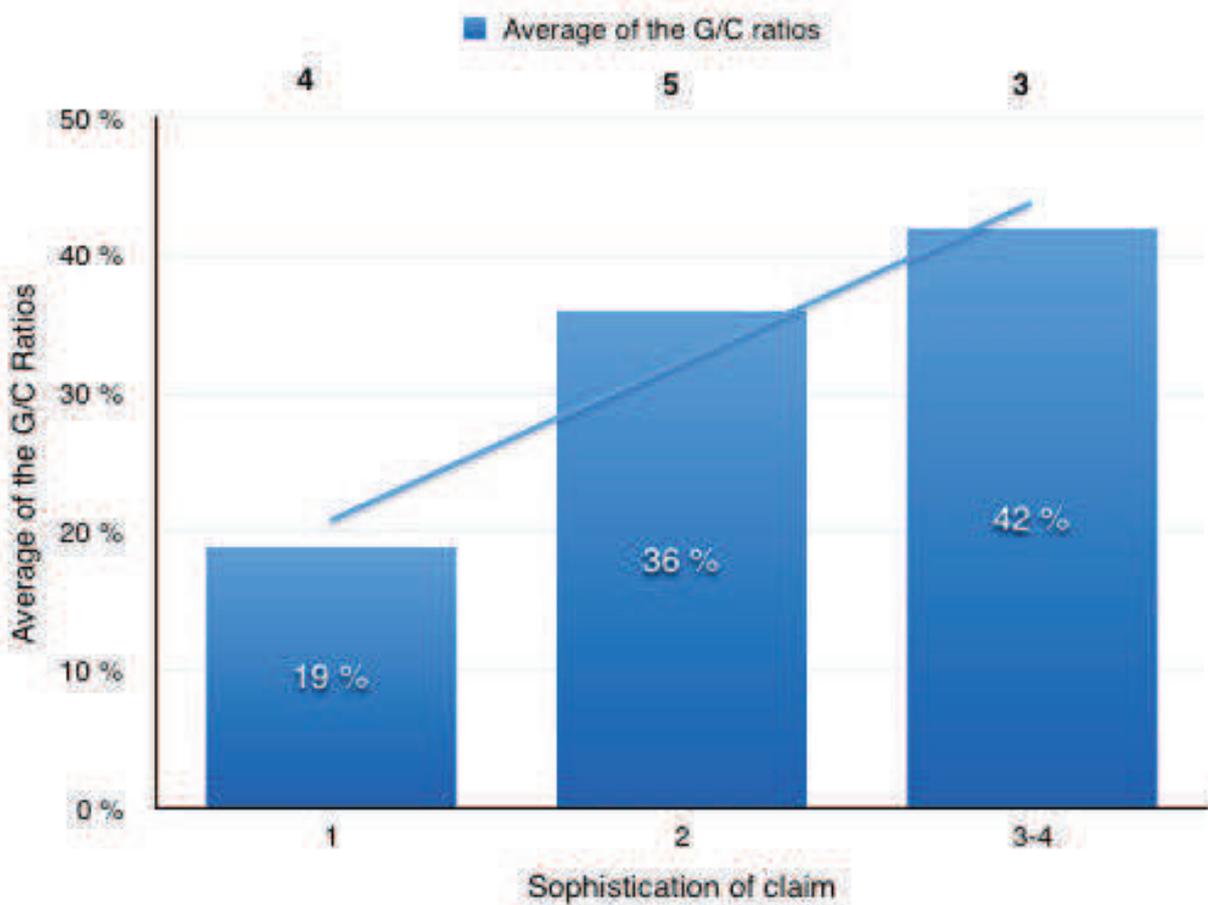
Distribution des cas et ratio G/C moyen (dans les cas accordant une indemnisation) dans la Situation 3 selon le niveau de sophistication de la demande

Nous avons attribué à chaque demande un indice de sophistication allant de 1 à 4. 1 = le demandeur formule une demande sans aucun détail ou justification ; 2 = le demandeur détaille sa demande selon différents chefs de préjudice or explique les facteurs qu'il prend en compte dans le calcul de l'indemnisation sans pour autant détailler comment ces facteurs ont influencé la demande ; 3 = le demandeur prend différents facteurs en compte et explique comment ils influencent sa demande en utilisant des méthodes simples de calcul ; 4 = le demandeur prend plusieurs facteurs en compte et explique comment ils influencent sa demande en utilisant des méthodes de calcul complexes ou sophistiquées.



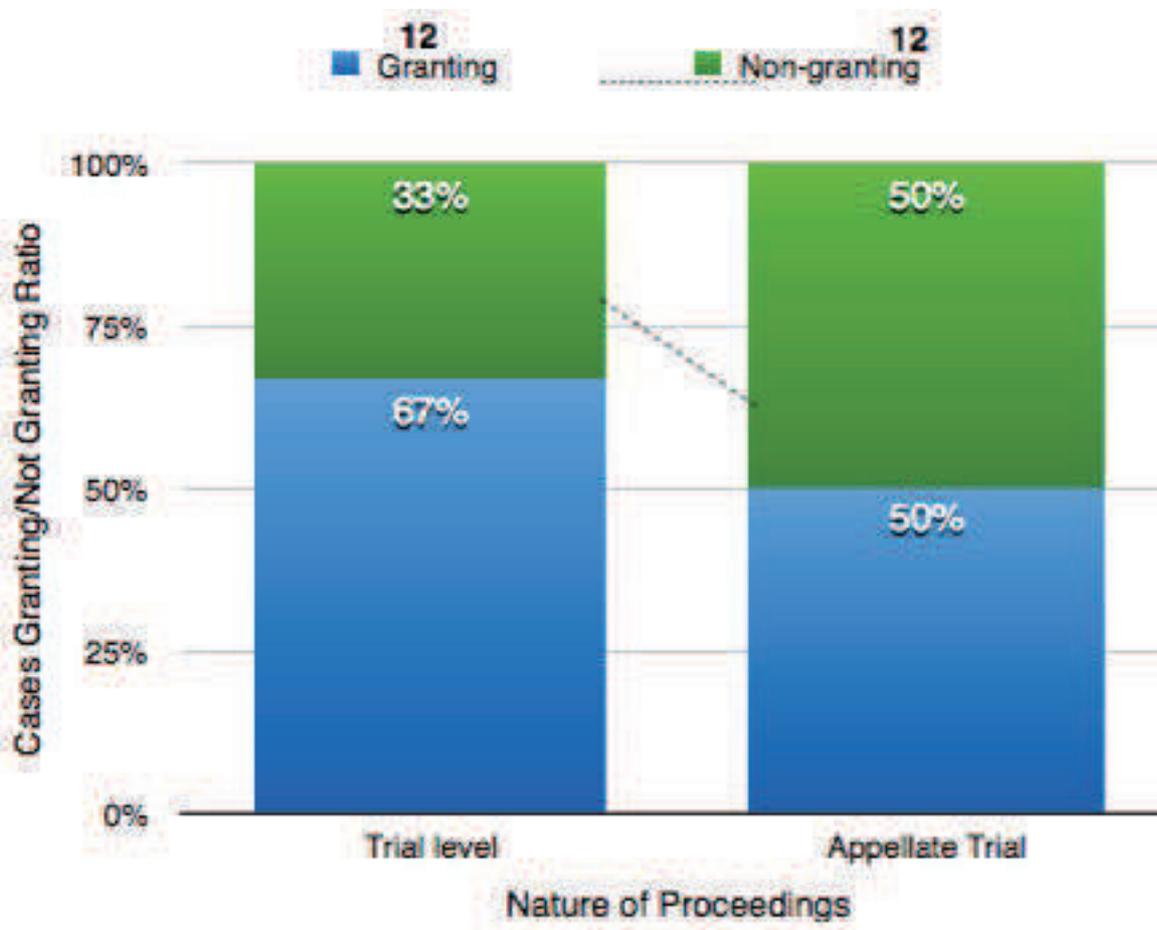
Ratio G/C en fonction de la sophistication de la demande

Comme pour le ratio Grant/No Grant, il existe une corrélation positive entre la sophistication de la méthodologie de la demande et le ratio G/C. La différence est notamment particulièrement frappante entre les niveaux 1 et 2.



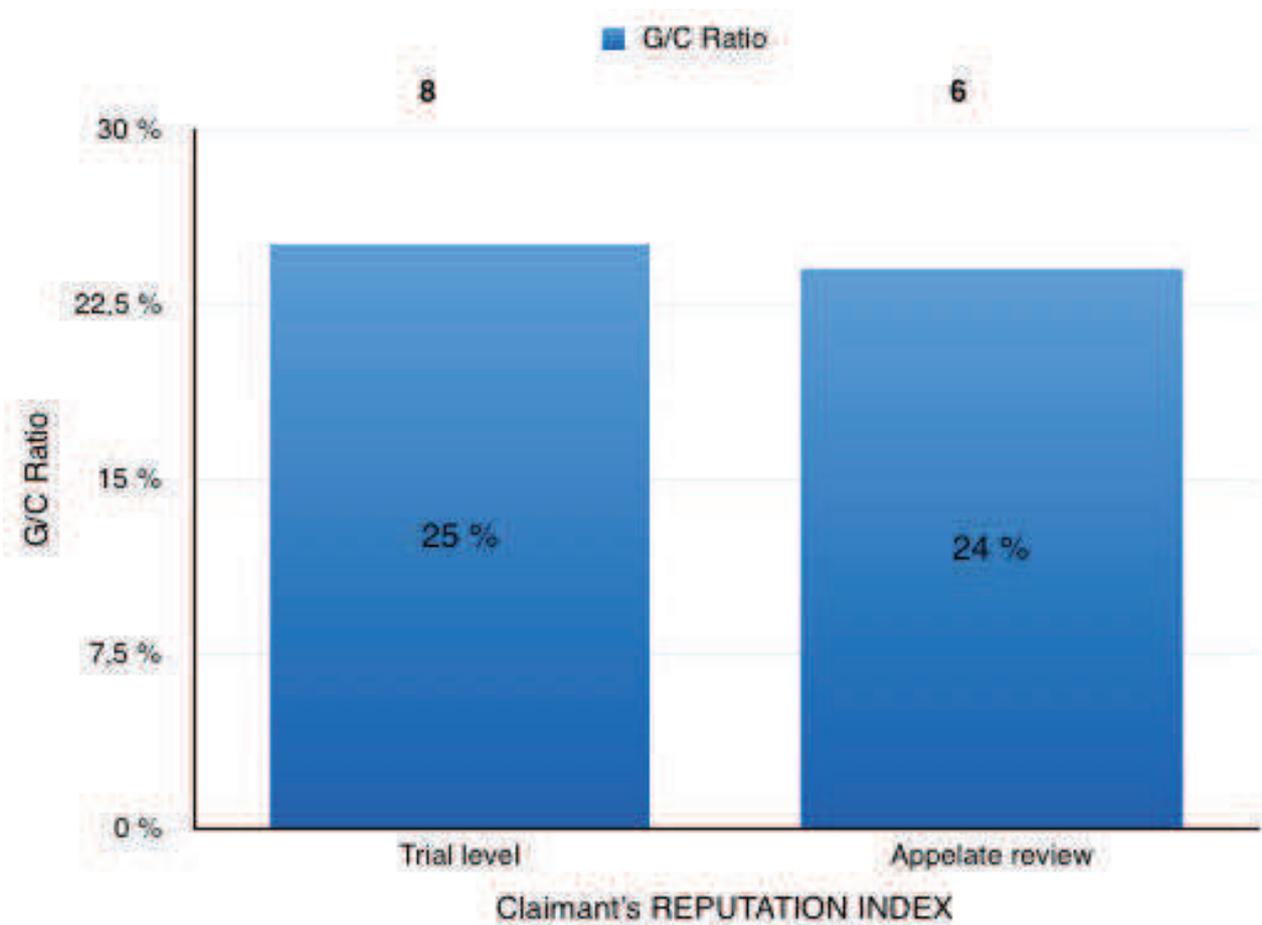
Evolution de la décision entre la première instance et l'appel (ratio Grant/No Grant)

Les décisions de première instance accordent plus souvent des indemnisations que les Cours d'appel.



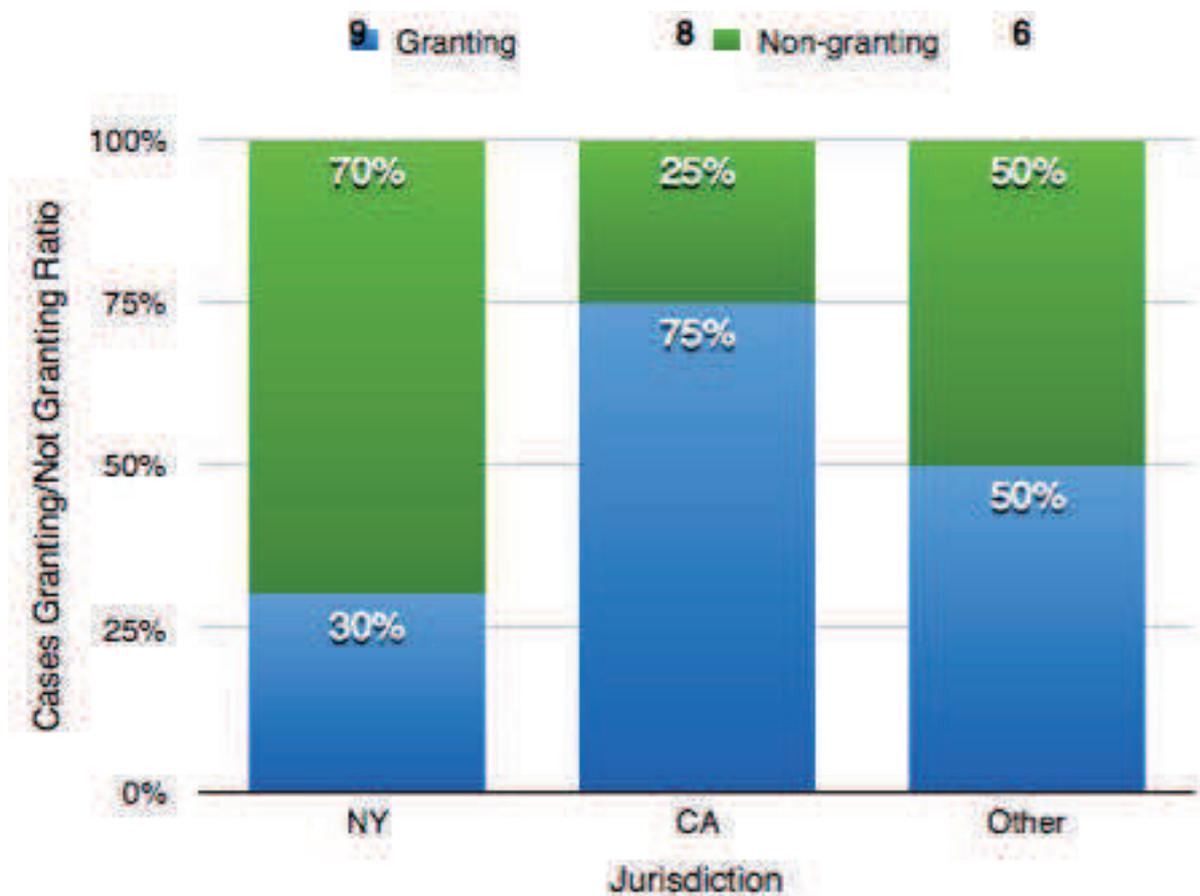
Evolution du ratio G/C entre la première instance et l'appel (ratio Grant/No Grant)

A l'inverse du ratio Grant/No Grant, le ratio G/C ne varie presque pas entre les deux niveaux de juridiction.



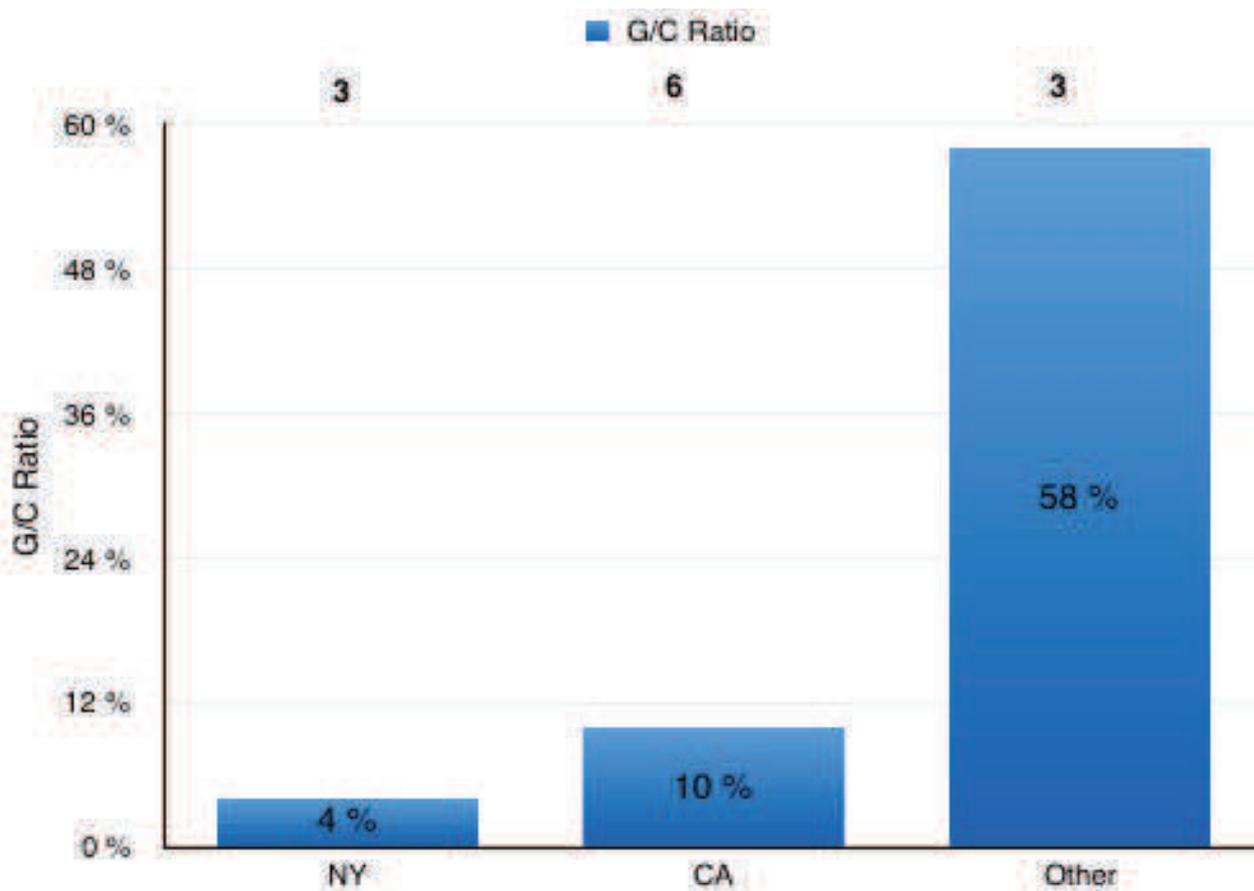
Répartition des cas en fonction du ratio Grant/No Grant par Etat

Des Etats étudiés, celui de New York est celui dans lequel les parties ont le moins de chance d'obtenir une indemnisation, à l'inverse de la Californie. Les cas décidés dans d'autres Etats (Delaware et Texas) ont été regroupés dans une même catégorie à des fins comparatives.



Ratio G/C selon les Etats dans la Situation 3

On constate de forts écarts entre les Etats étudiés, celui de New York est celui dans lequel les parties obtiennent l'indemnisation la plus éloignée de leur demande.

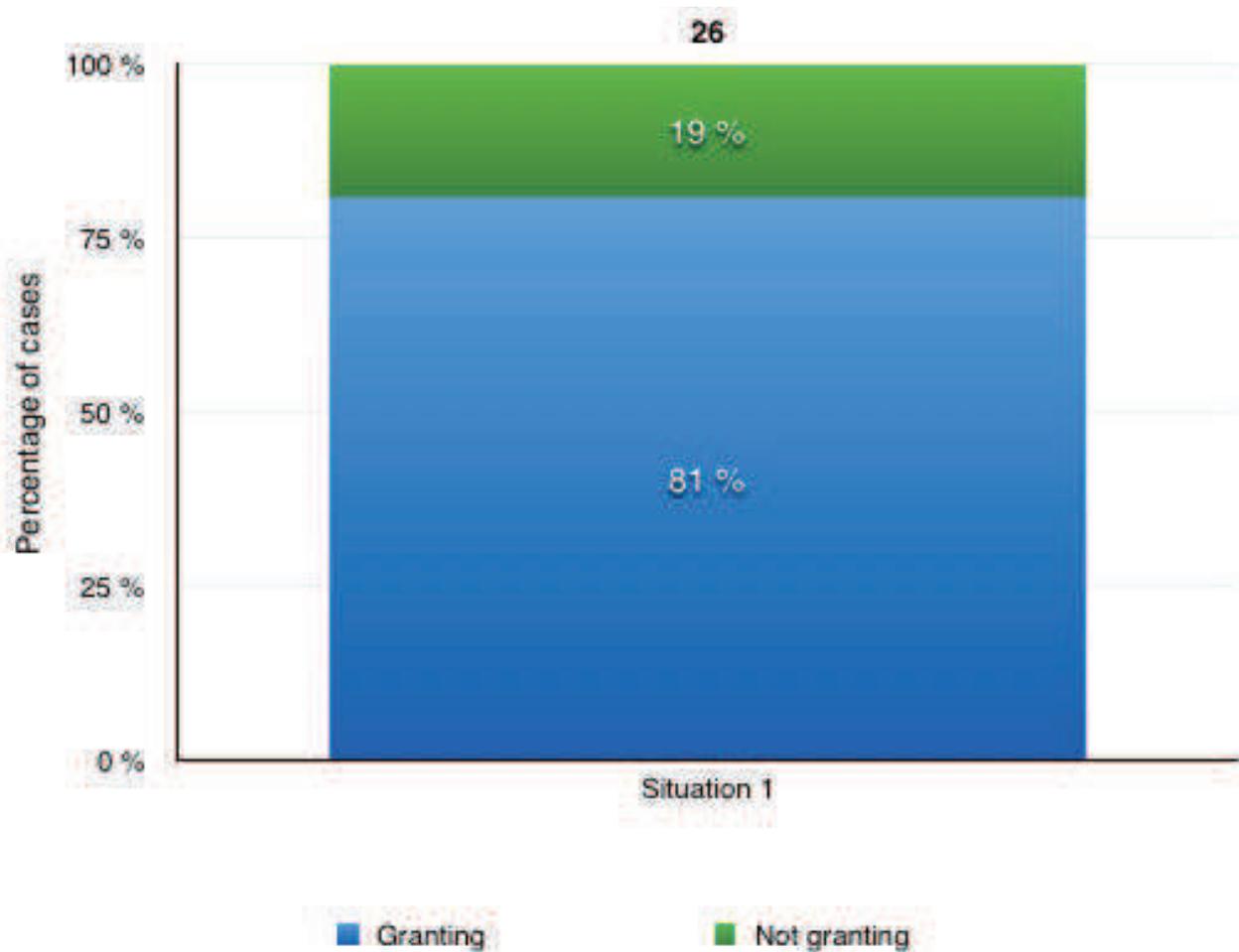


1.3. Droit Commercial International

SITUATION 1 - Droit Commercial International

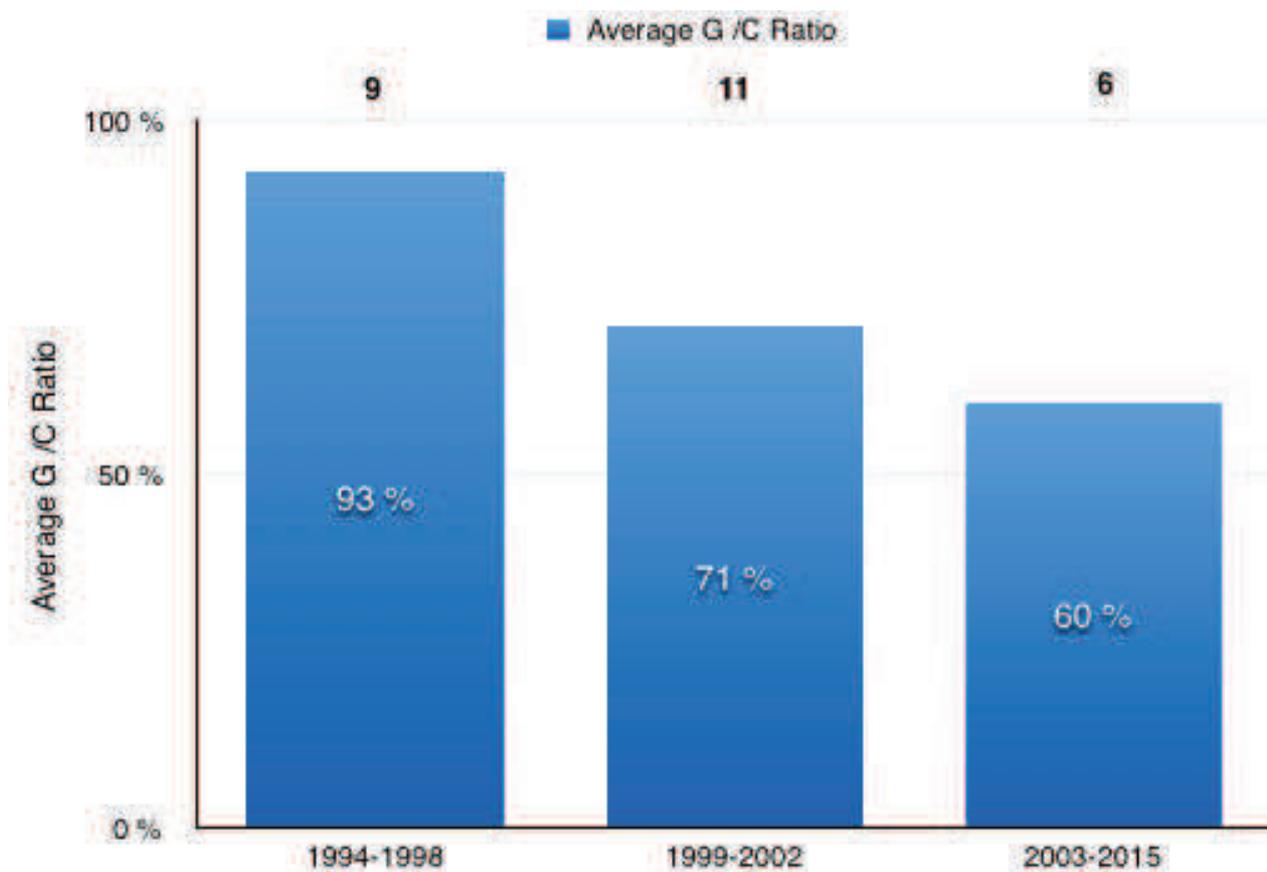
Ratio Grant/No Grant dans la Situation 1

Sur 26 cas de notre échantillon, seuls 5 n'octroient pas de dommages-intérêts. Cet échantillon a néanmoins été volontairement surpondéré.



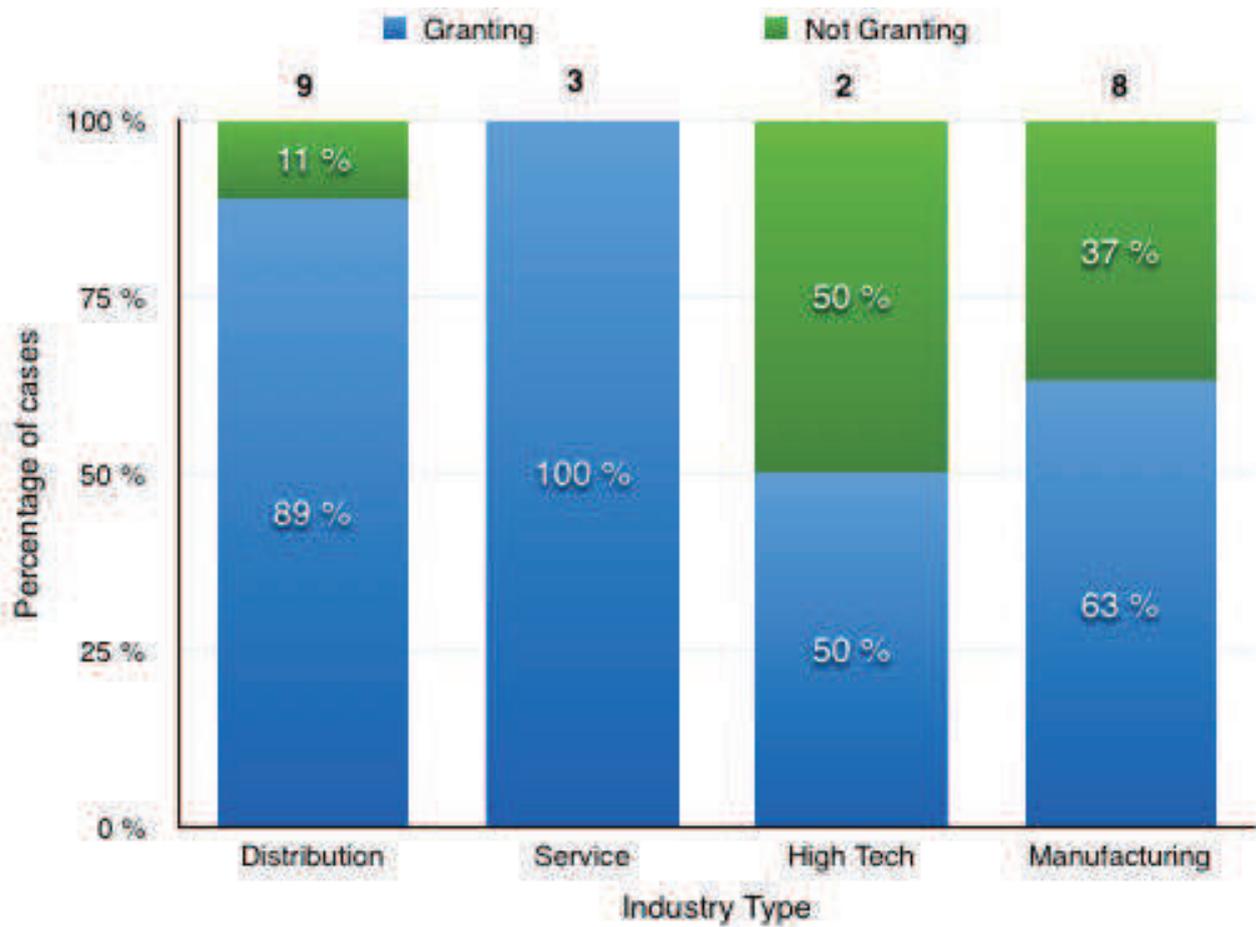
Evolution du ratio G/C dans le temps pour la Situation 1

Le graphe montre une baisse régulière des ratios G/C dans le temps sur trois périodes différentes. Les données récentes que nous possédons suggèrent toutefois que les ratios G/C devraient désormais se stabiliser.



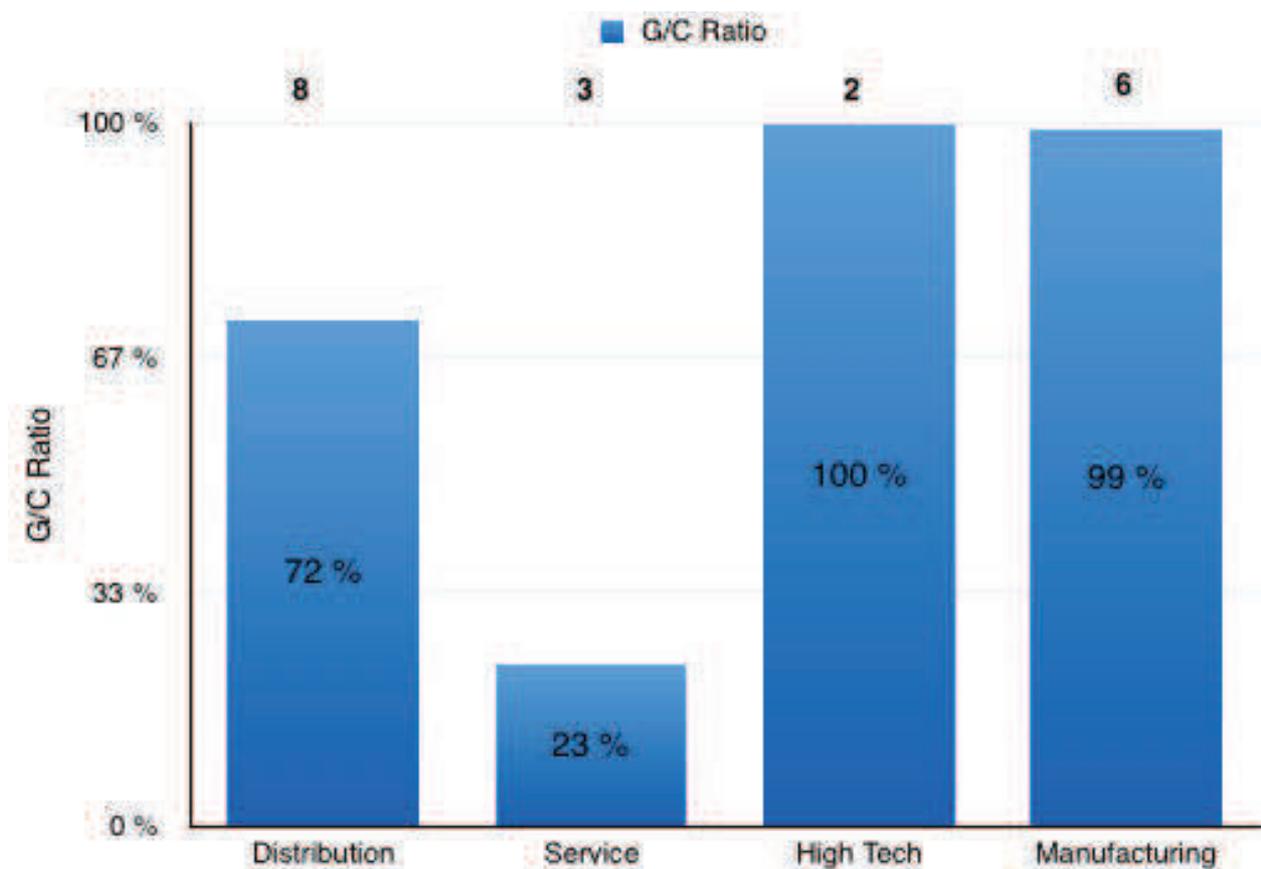
Distribution des cas et ratio Grant/No Grant en fonction du secteur d'activité

Notre échantillon comprend des cas accordant très souvent une indemnisation. Quelques différences existent toutefois selon les secteurs d'activité, notamment dans la distribution et la manufacture.



Ratio G/C en fonction du secteur d'activité

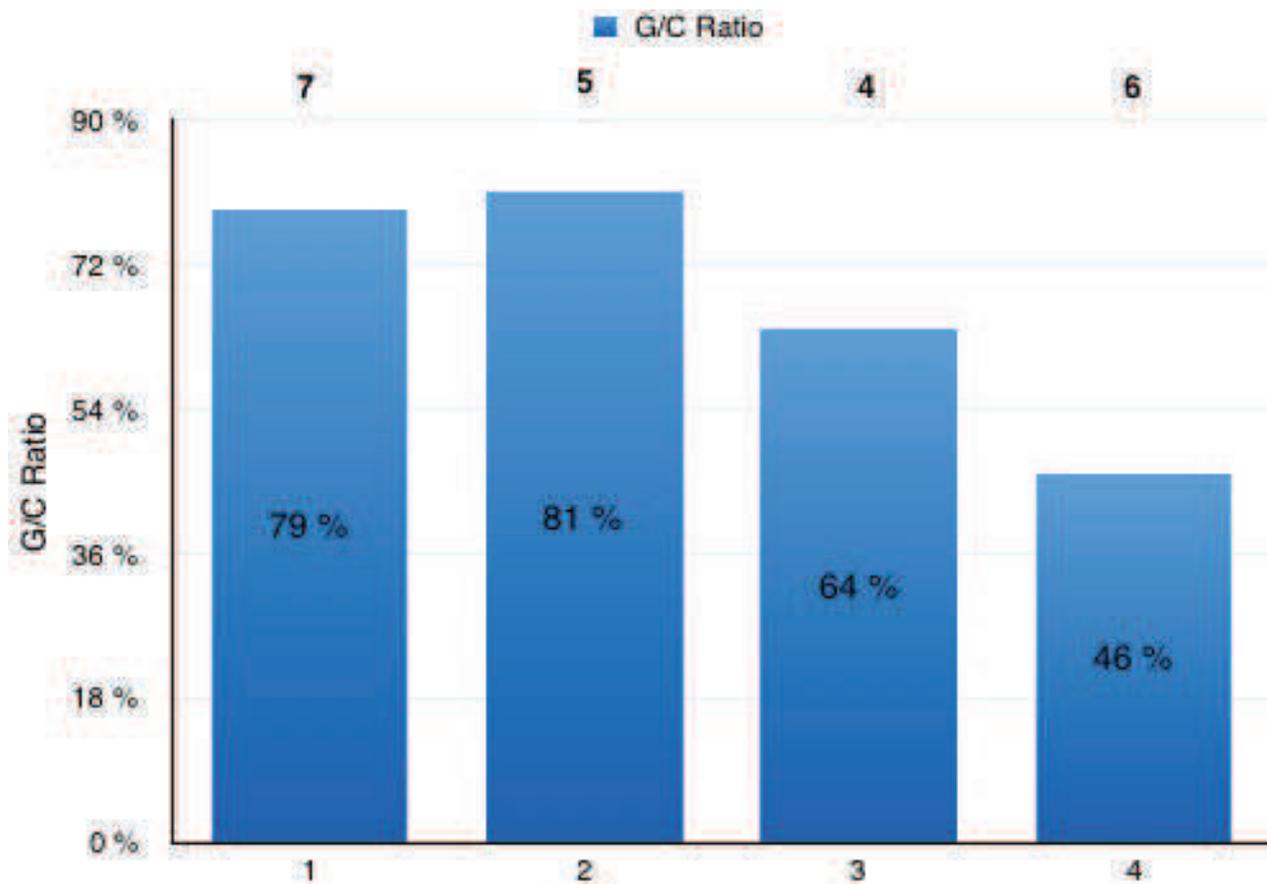
Les disparités entre les secteurs d'activité sont plus marquées pour l'étude du ratio G/C allant de 23% pour le secteur des services à 100% pour celui de la manufacture.



Ratio G/C moyen selon le niveau de risque de l'activité du demandeur

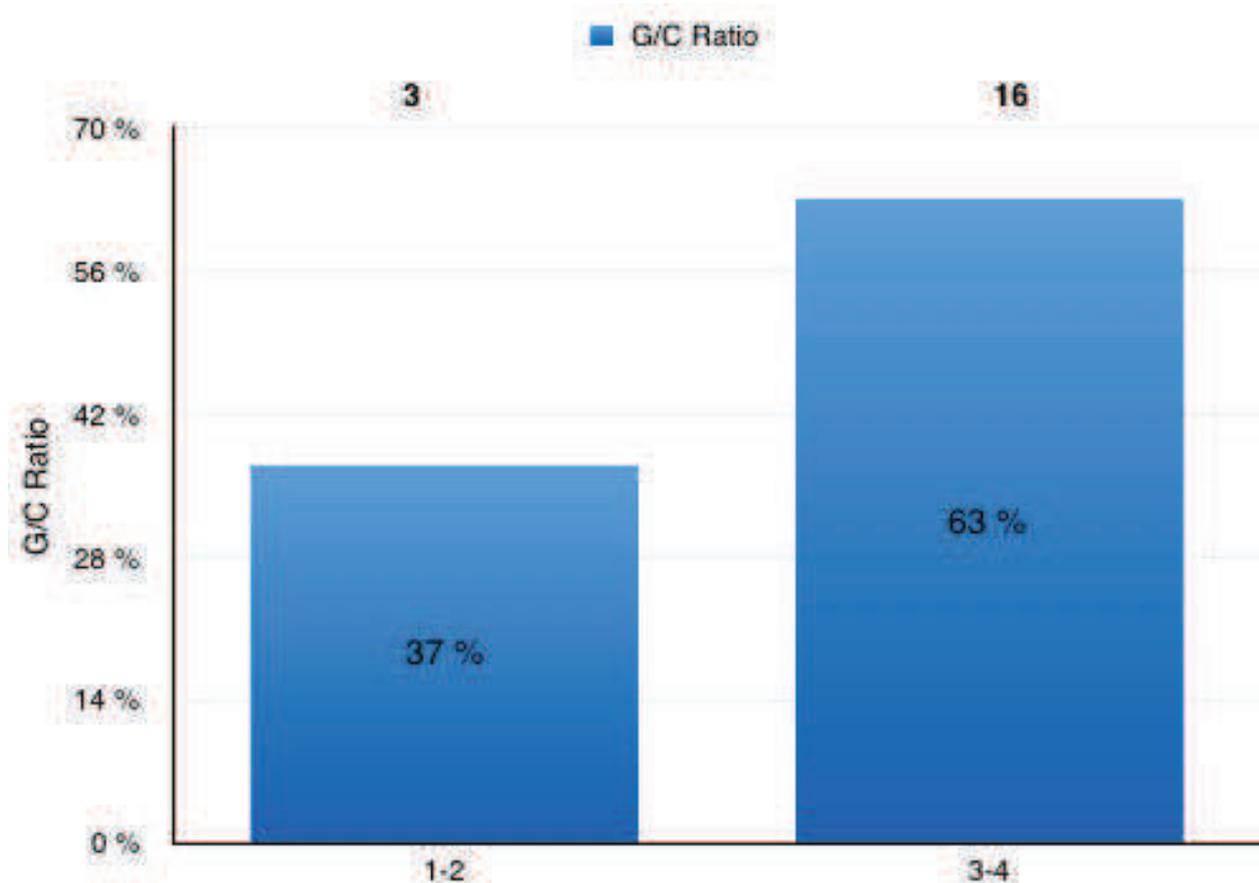
1 = Risque très faible ; 2 = Risque faible ; 3 = Risque fort ; 4 = Risque très fort

Plus l'activité du demandeur est risquée, moins celui-ci a de chance d'obtenir une indemnisation proche de sa demande.



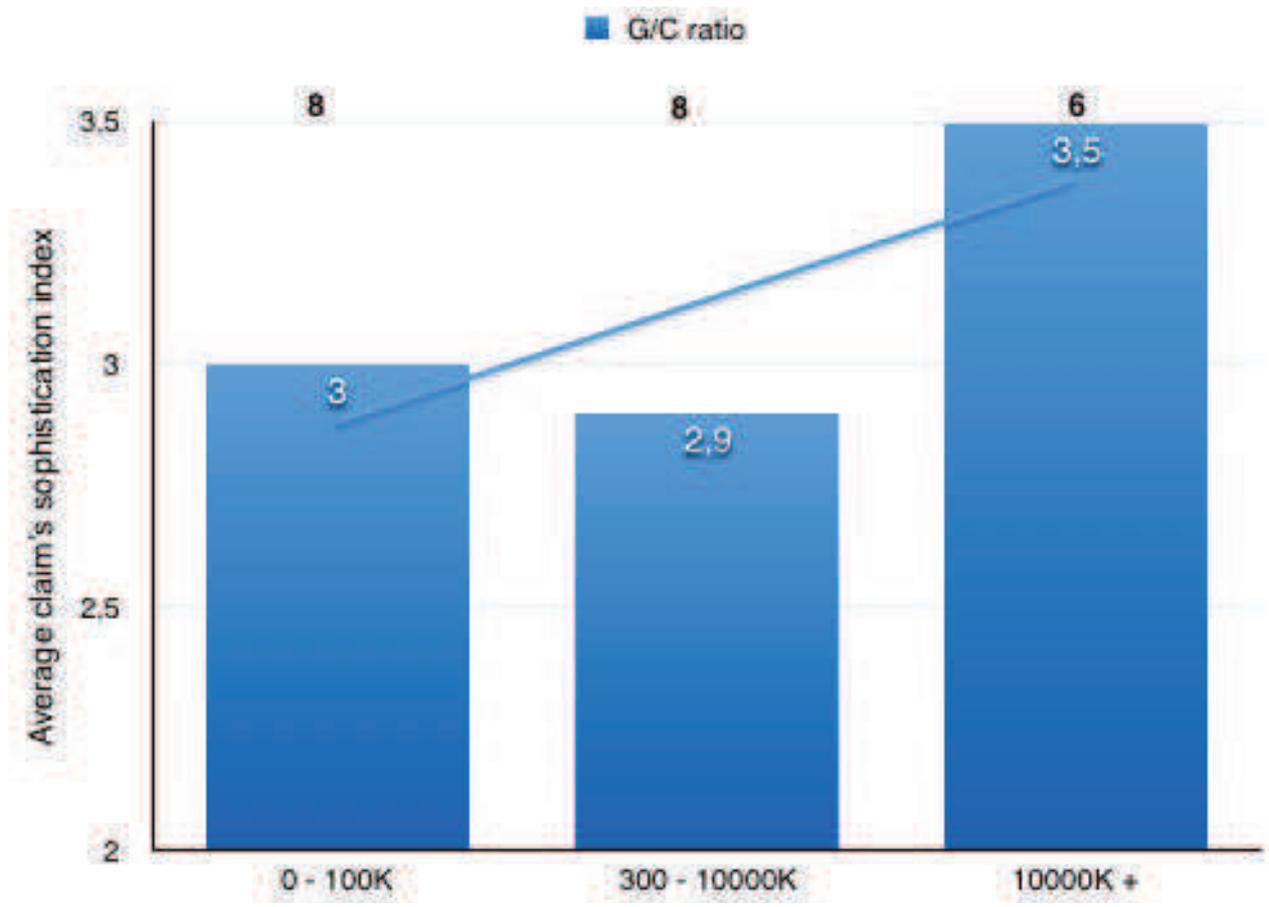
Ratio G/C moyen (dans les cas accordant une indemnisation) dans la Situation 1 selon le niveau de sophistication de la demande

Nous avons attribué à chaque demande un indice de sophistication allant de 1 à 4. 1 = le demandeur formule une demande sans aucun détail ou justification ; 2 = le demandeur détaille sa demande selon différents chefs de préjudice ou explique les facteurs qu'il prend en compte dans le calcul de l'indemnisation sans pour autant détailler comment ces facteurs ont influencé la demande ; 3 = le demandeur prend différents facteurs en compte et explique comment ils influencent sa demande en utilisant des méthodes simples de calcul ; 4 = le demandeur prend plusieurs facteurs en compte et explique comment ils influencent sa demande en utilisant des méthodes de calcul complexes ou sophistiquées.



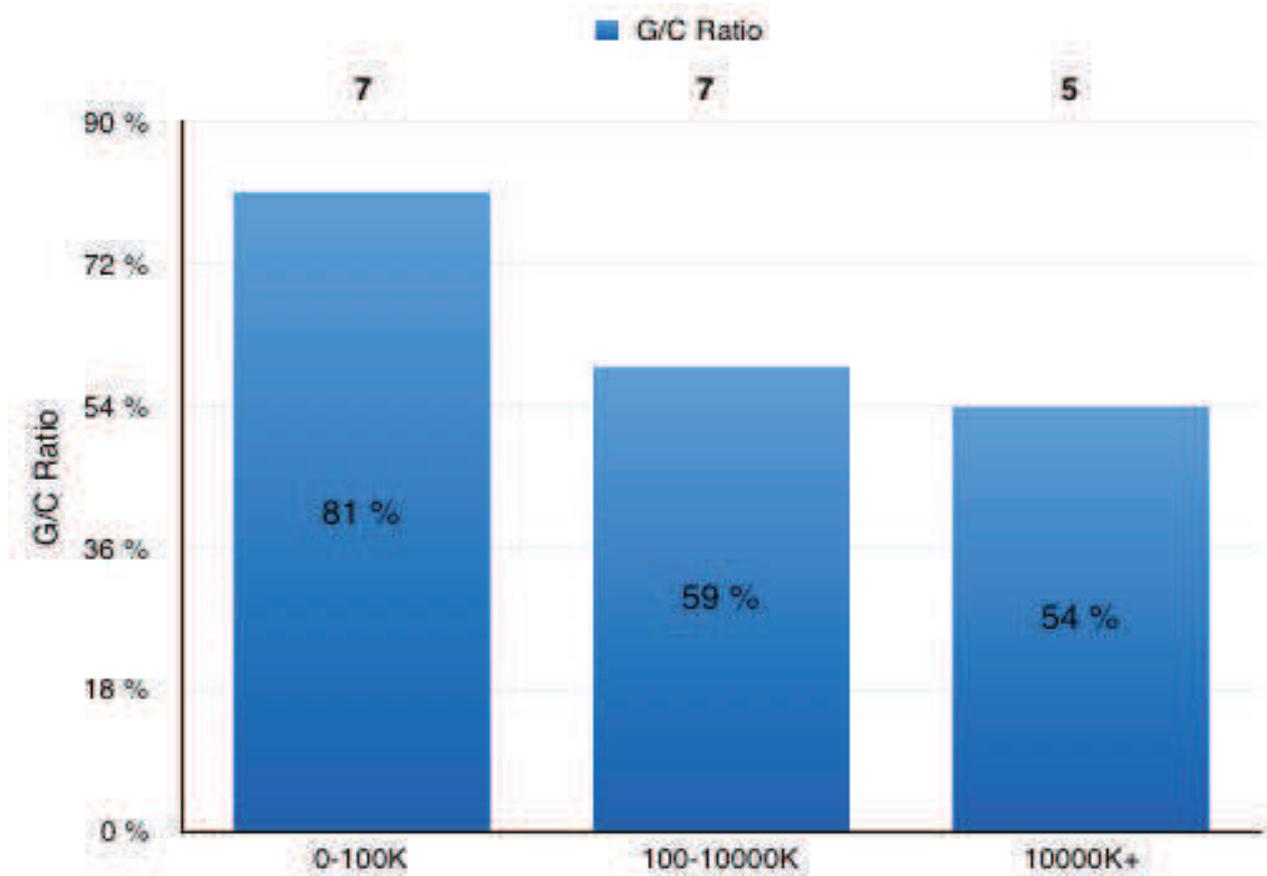
Sophistication en fonction de la valeur absolue de la demande

Ce graphe montre la sophistication moyenne de la demande en fonction de sa valeur absolue.



Ratio G/C moyen en fonction de la valeur absolue de la demande

Ce graphe montre que l'augmentation de la valeur absolue de la demande a un effet négatif sur le ratio G/C.



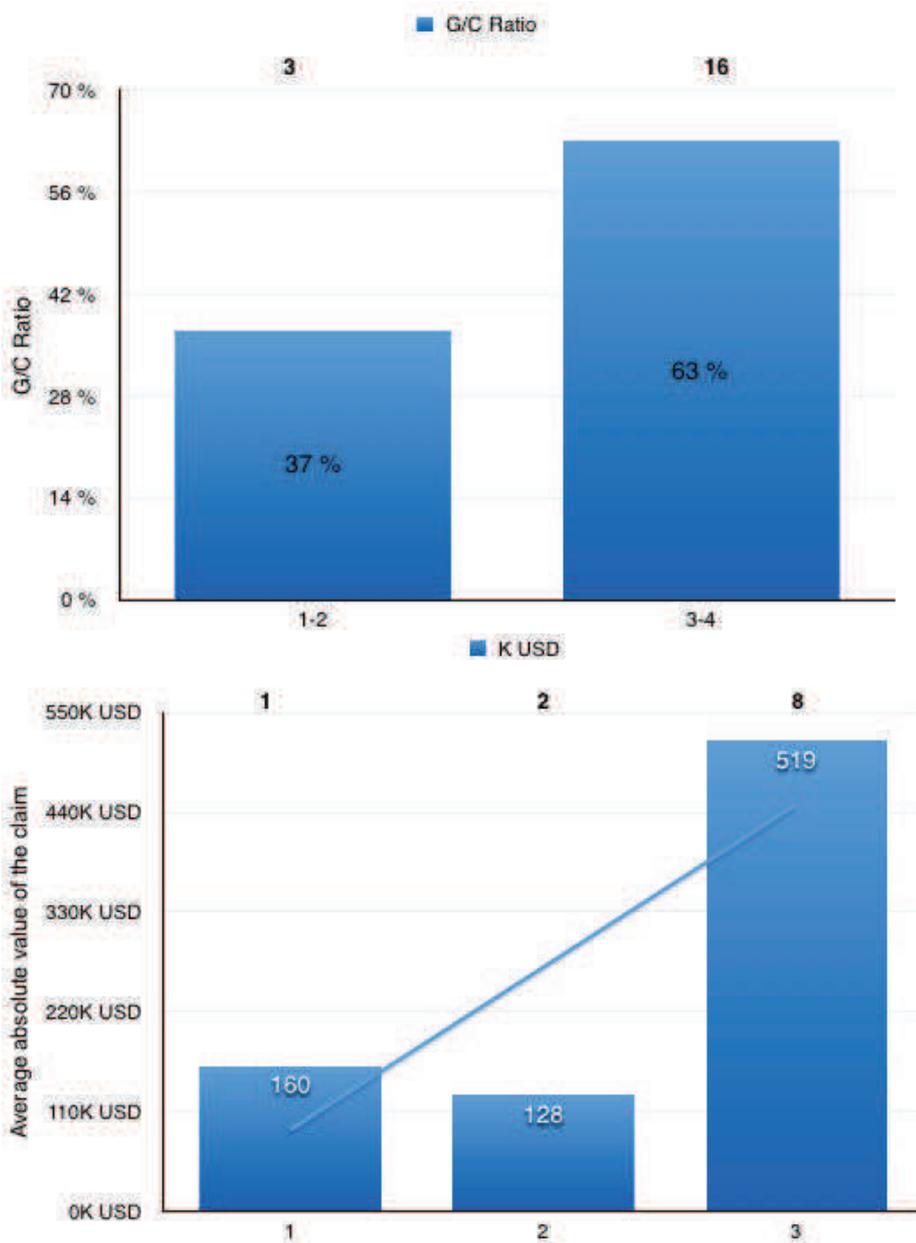
Ratio G/C et valeur absolue de la demande en fonction de la sophistication de la demande

Le lien entre la sophistication de la demande, sa valeur absolue et le ratio G/C peut être expliqué de la façon suivante :

- (1) La valeur absolue de la demande et le ratio G/C sont inversement proportionnels ;
- (2) La valeur absolue a un impact négatif plus important sur le ratio G/C que la sophistication n'a d'effet positif.

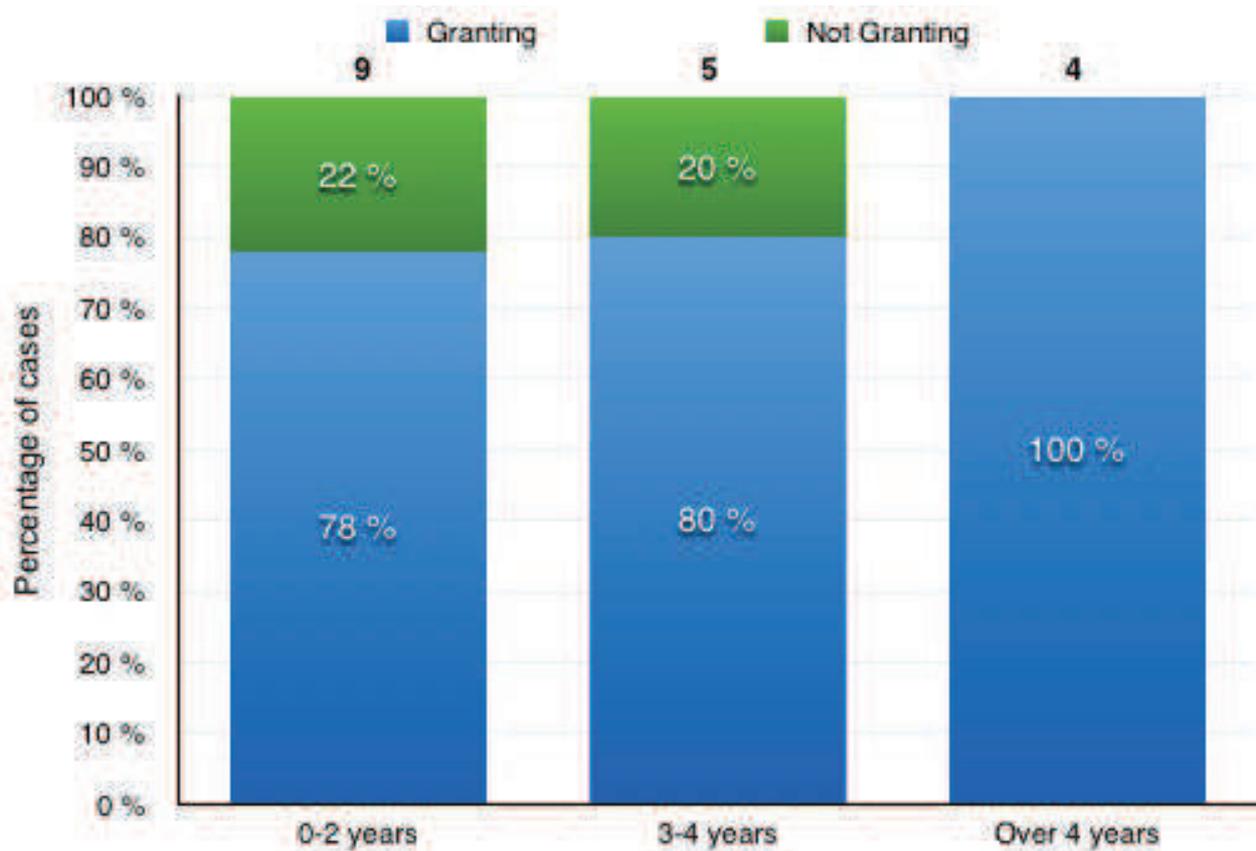
Les demandes d'un niveau de sophistication très bas (index 1) ont une demande moyenne plus élevée en valeur absolue que les demandes de sophistication de niveau 2. Cela étant, le ratio G/C est plus faible pour les demandes de sophistication de niveau 1 que de niveau 2.

Nous concluons que bien qu'il soit plausible que les demandes plus sophistiquées aboutissent à des ratios G/C plus élevés, la valeur absolue de la demande a un effet négatif plus important.



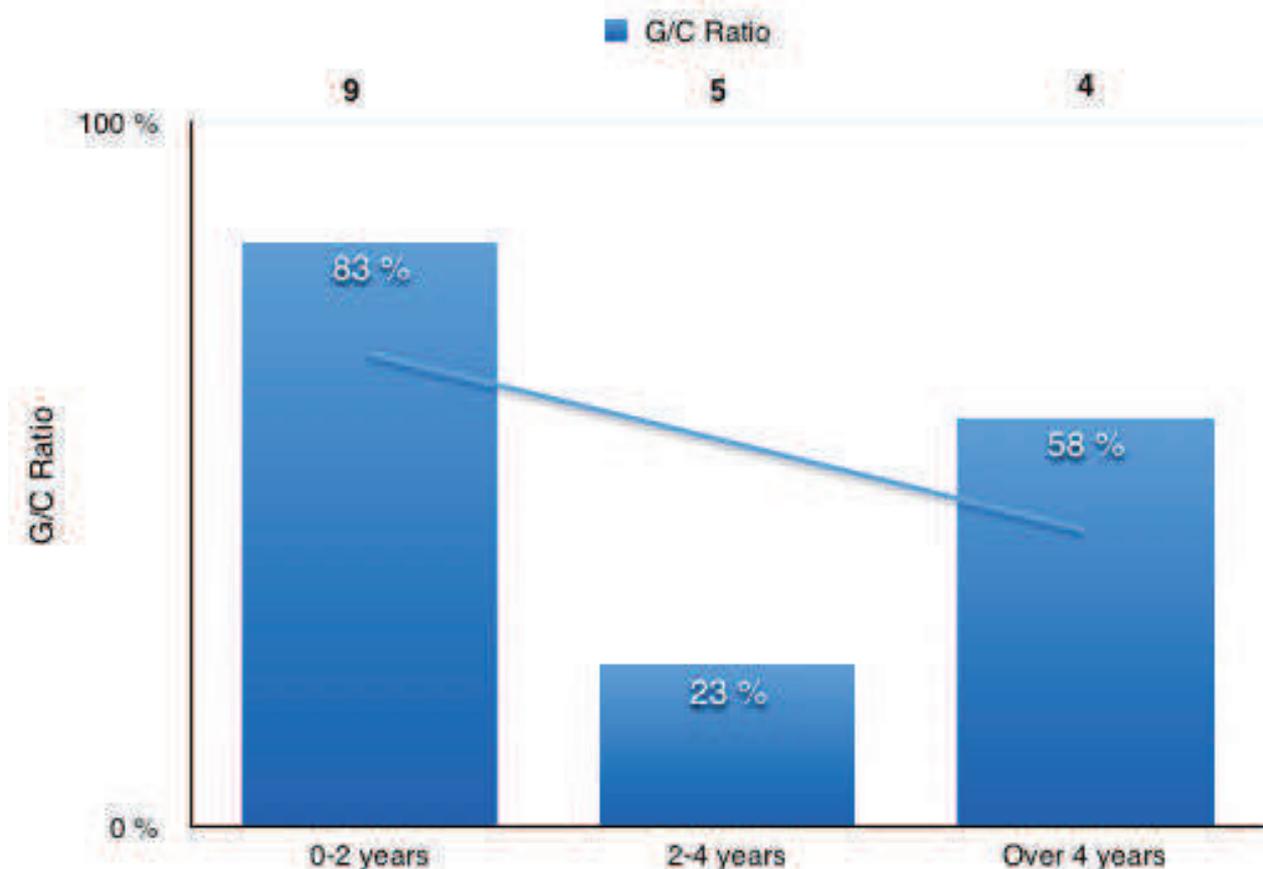
Ratio Grant/No Grant selon la longueur des relations contractuelles

Les données recueillies suggèrent que plus la relation entre les deux parties est longue plus la Cour est susceptible d'accorder une indemnisation.



Ratio G/C en fonction de la longueur de la relation contractuelle

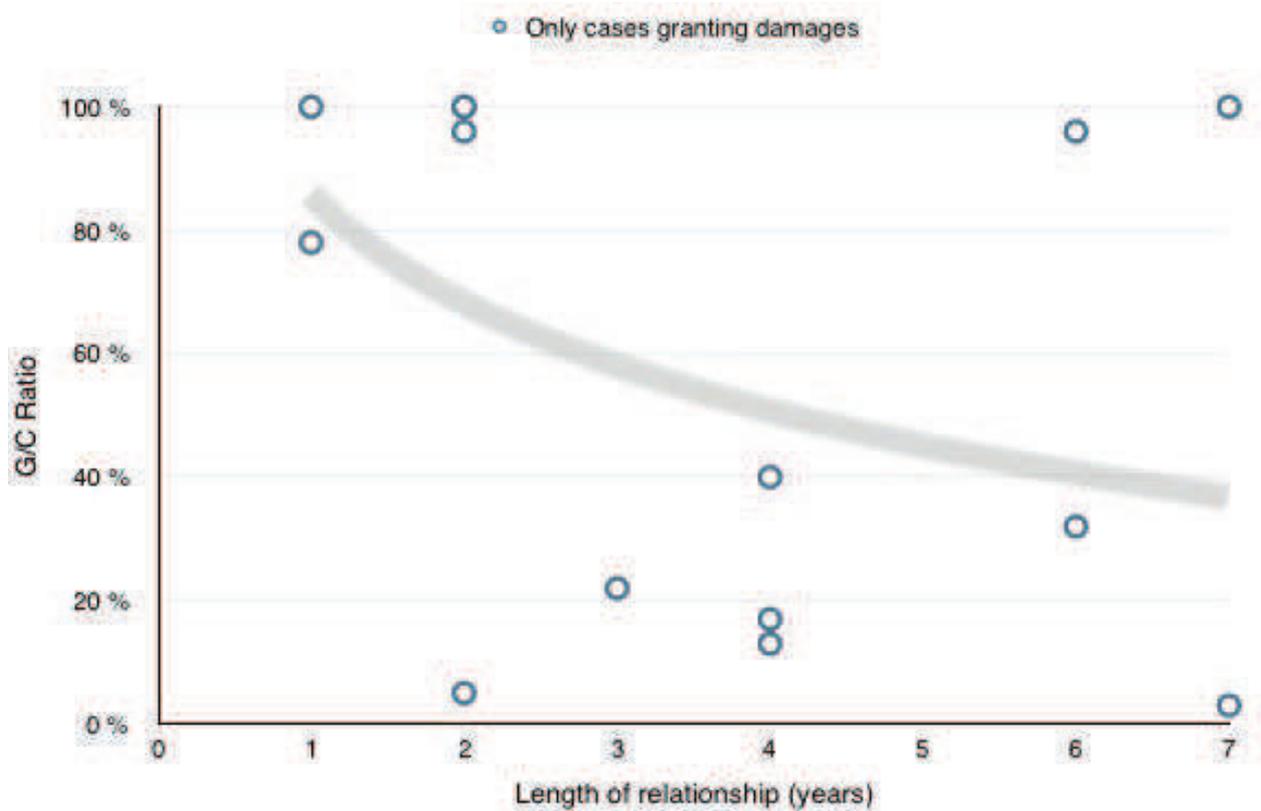
En ne tenant pas compte des quelques cas extraordinaires, la tendance générale semble suivre celle du ratio Grant/No Grant selon laquelle les relations longues sont mieux indemnisées. La chute du ratio dans les demandes concernant des relations de 2-4 ans s'explique par une très forte augmentation des montants demandés (voir tableau).



	0-2 ans	2-4 ans	Plus de 4 ans
Demande moyenne (seulement cas octroyant une indemnisation)	606 (27553 avec cas extraordinaire)	1083805 (867052 avec cas extraordinaire)	344
Indemnisation moyenne	295 (34986 avec cas extraordinaire)	271557 (203670 avec cas extraordinaire)	55

Distribution des cas selon la sophistication de la demande et en fonction de la longueur de la relation contractuelle

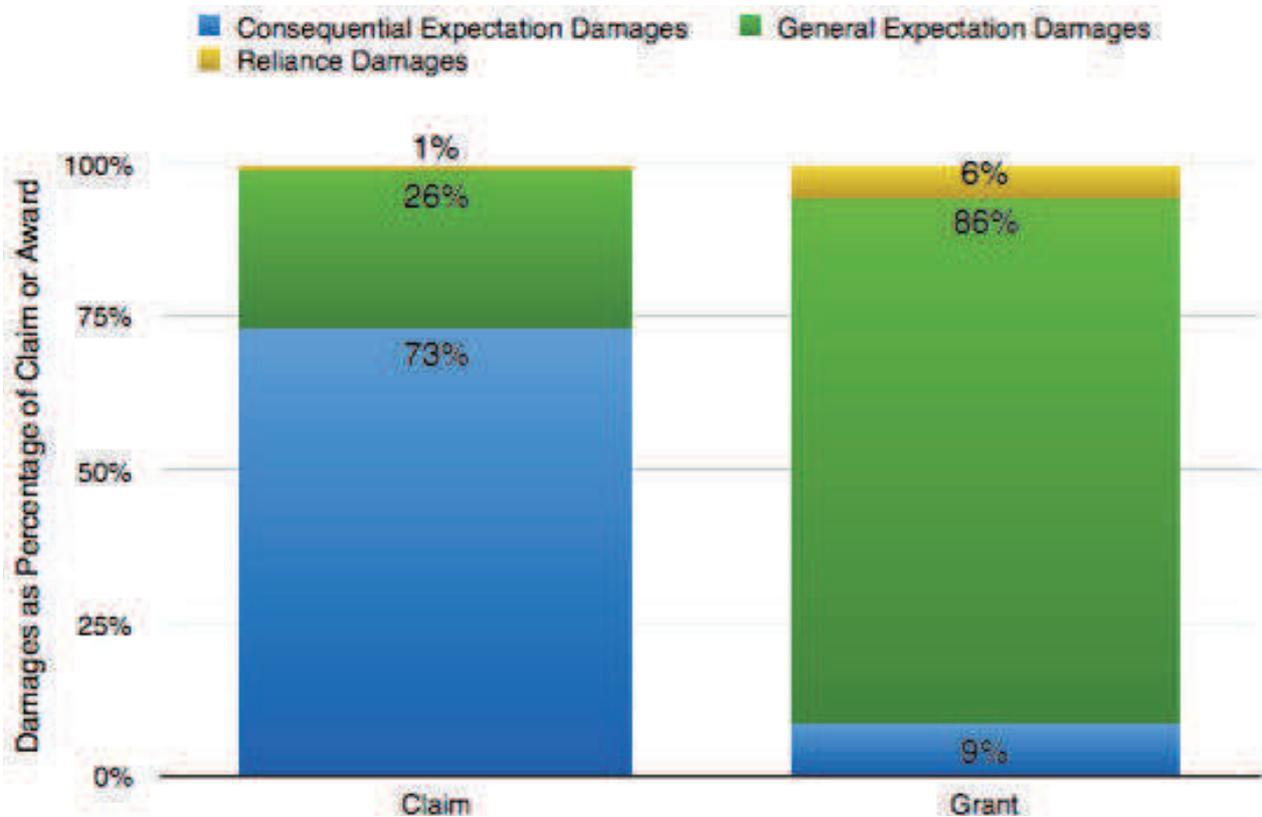
Les cas dans lesquels la relation contractuelle a longtemps duré affichent souvent une sophistication plus avancée.



SITUATION 2 - Droit Commercial International

Répartition des types de dommages-intérêts dans la demande et dans l'indemnisation accordée par la Cour

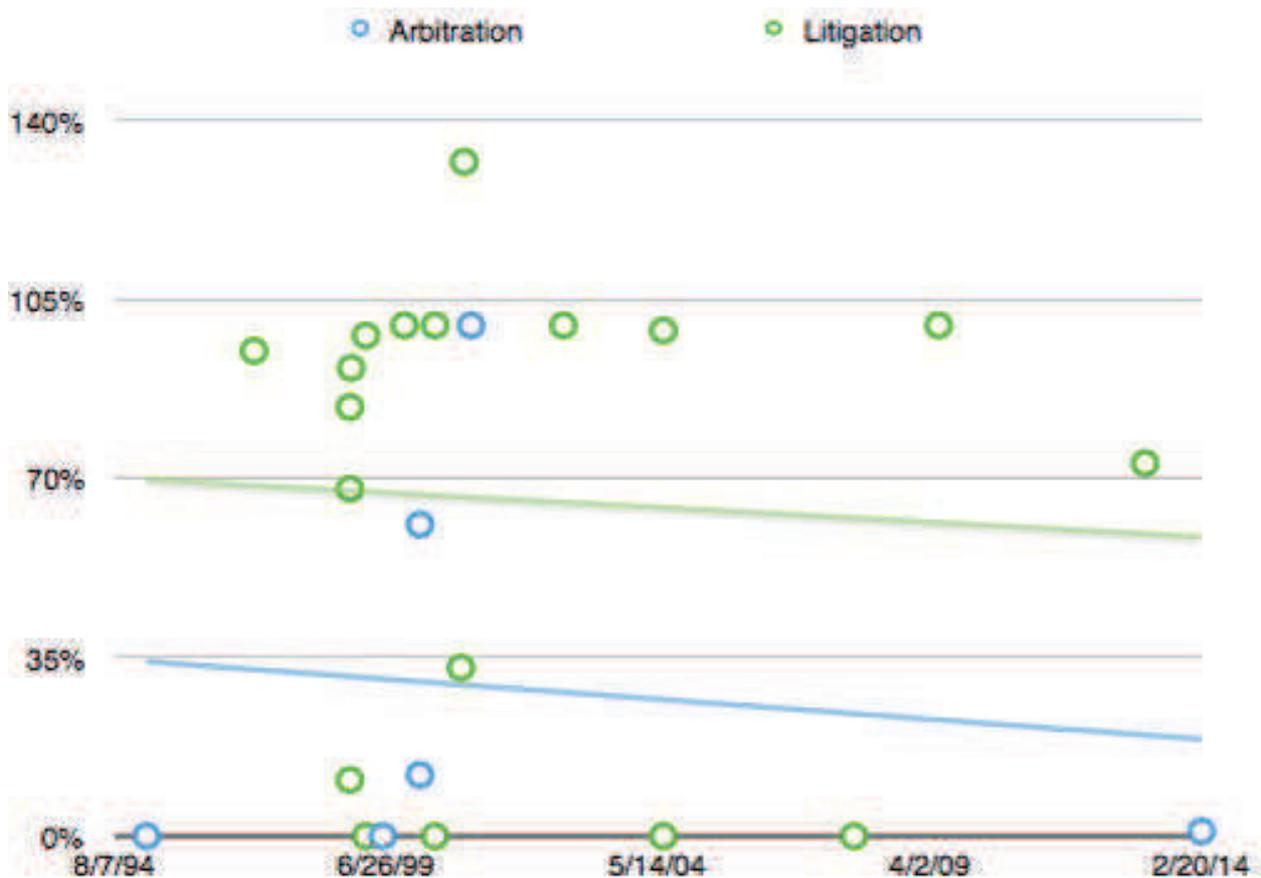
La majorité des dommages-intérêts demandés en réparation d'une atteinte à l'image sont des *Consequential Damages*. Ils représentent 73% de la demande mais seulement 9% de l'indemnisation accordée. La plupart des dommages-intérêts accordés sont des *General Expectation Damages* (86%). Nos données montrent en effet que les premiers sont plus difficiles à prouver que les seconds et sont donc accordés moins fréquemment / généreusement. Cet échantillon est néanmoins moins homogène que celui de la France ou des Etats-Unis en raison de l'application de différents droits dans différents Etats.



Distribution des cas selon le ratio G/C en fonction du temps

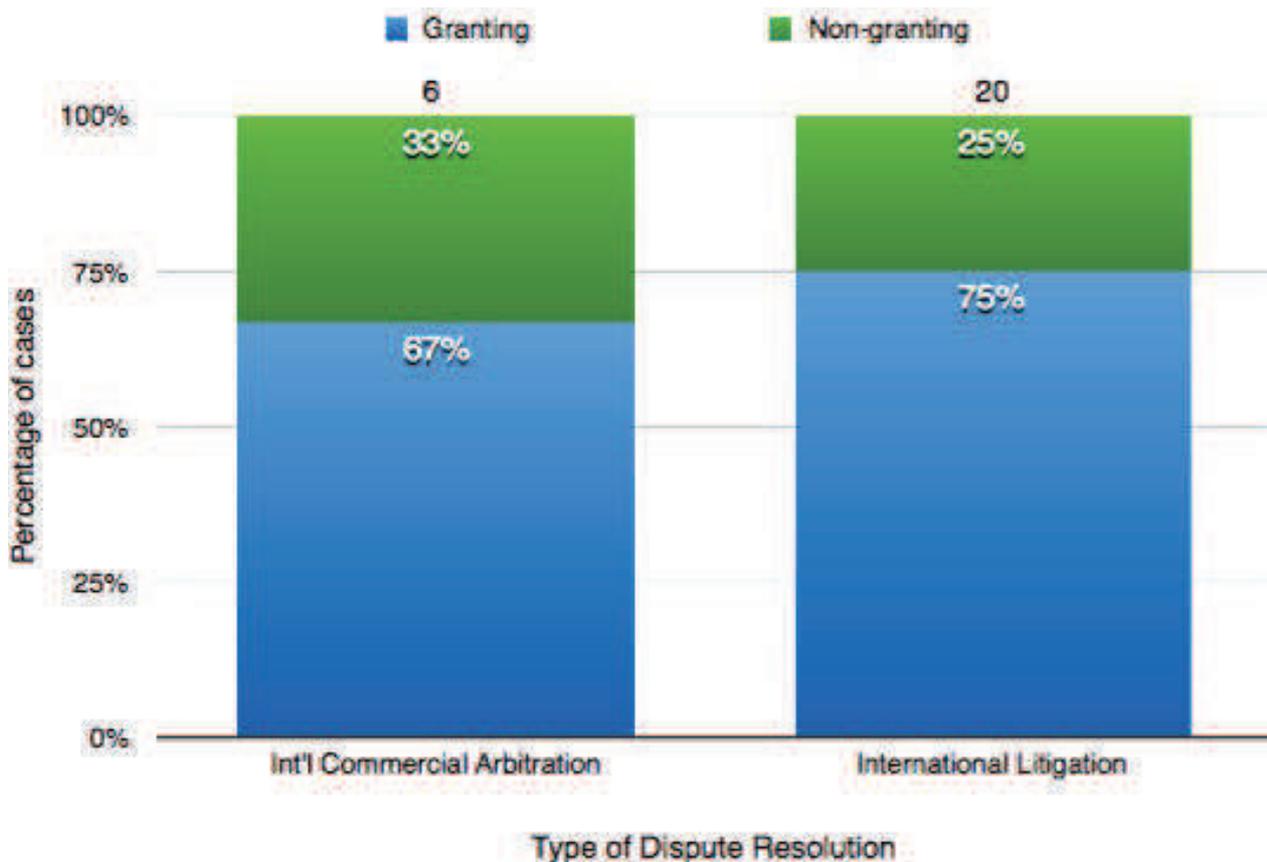
Dans ce graphe nous avons exclu un cas extraordinaire, décidé en 1978. Nous notons que les cas d'arbitrage international affichent des ratios G/C plus faibles que ceux de *International Litigation*, et que le ratio G/C décline lentement au fil du temps, comme devant les tribunaux américains. Le ratio G/C moyen en *International Litigation* est stable et légèrement supérieur aux ratios affichés en Situation 1 et aux Etats-Unis.

«



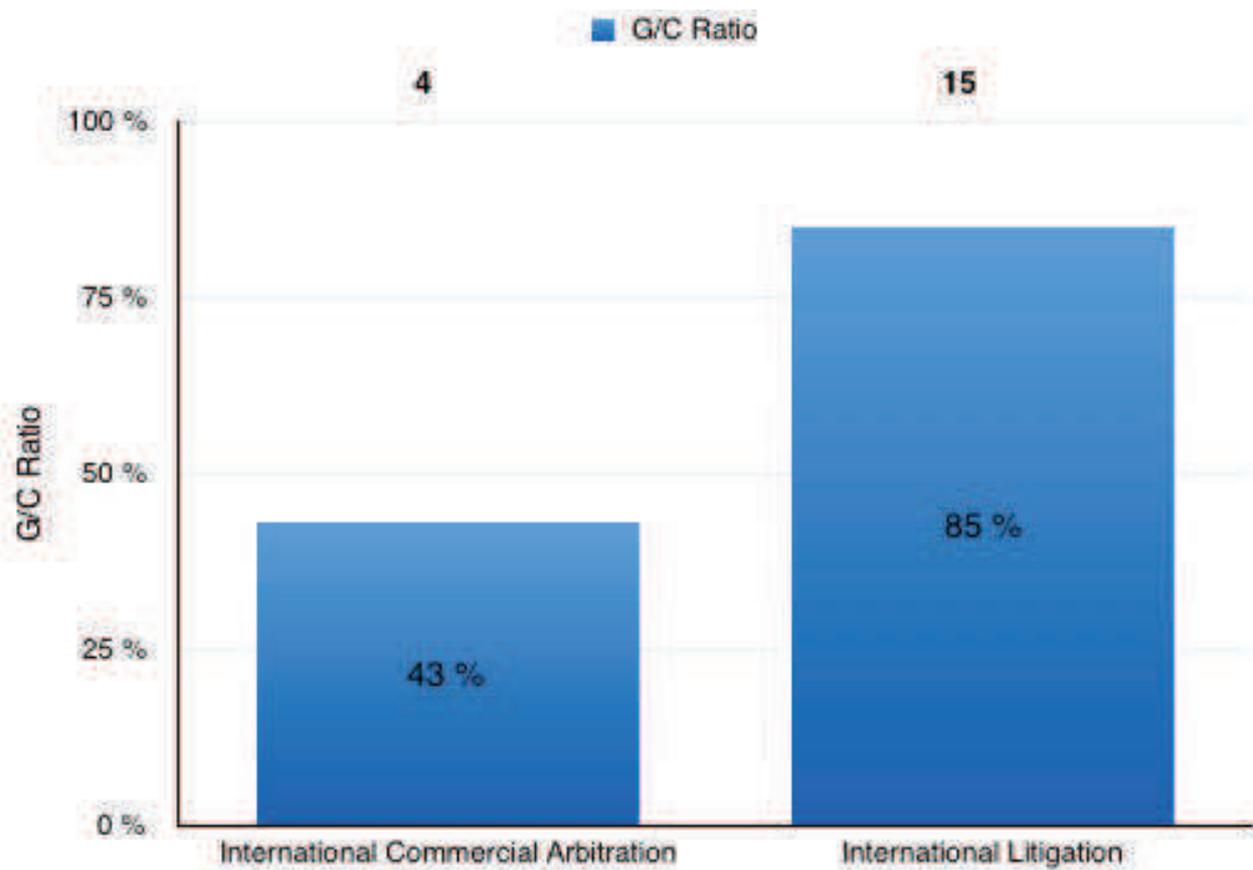
Distribution des cas selon le ratio Grant/No Grant en fonction du mécanisme de résolution des différends

Notre hypothèse était que l'arbitrage international accorderait plus souvent (ratio Grant/No Grant) et plus généreusement (ratio G/C) des dommages-intérêts que les *International Litigation*. Nous avons toutefois trouvé des résultats différents, montrant qu'il n'existait qu'une différence minimale dans la probabilité d'obtenir une indemnisation en fonction du type de procédure.



Ratio G/C moyen selon le mécanisme de résolution des différends

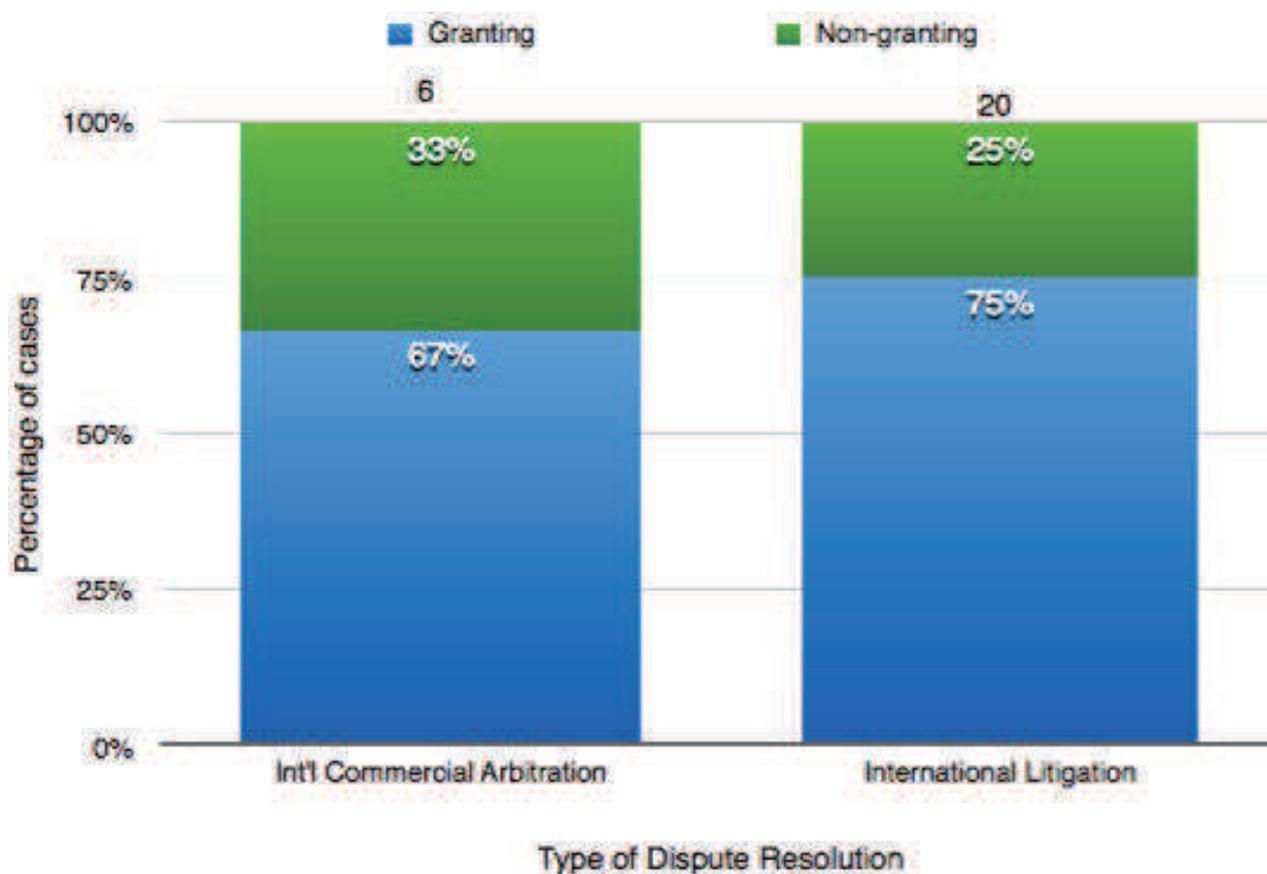
Les ratios G/C moyens affichent des différences importantes, allant de près du simple au double. Cette différence semble toutefois s'expliquer par la différence, en valeur absolue, dans la taille des demandes.



In Thousands of Dollars (2015)	Average Claim (of cases granting Damages)	Average Grant
International Commercial Arbitration	4,213	80
International Litigation	300	273

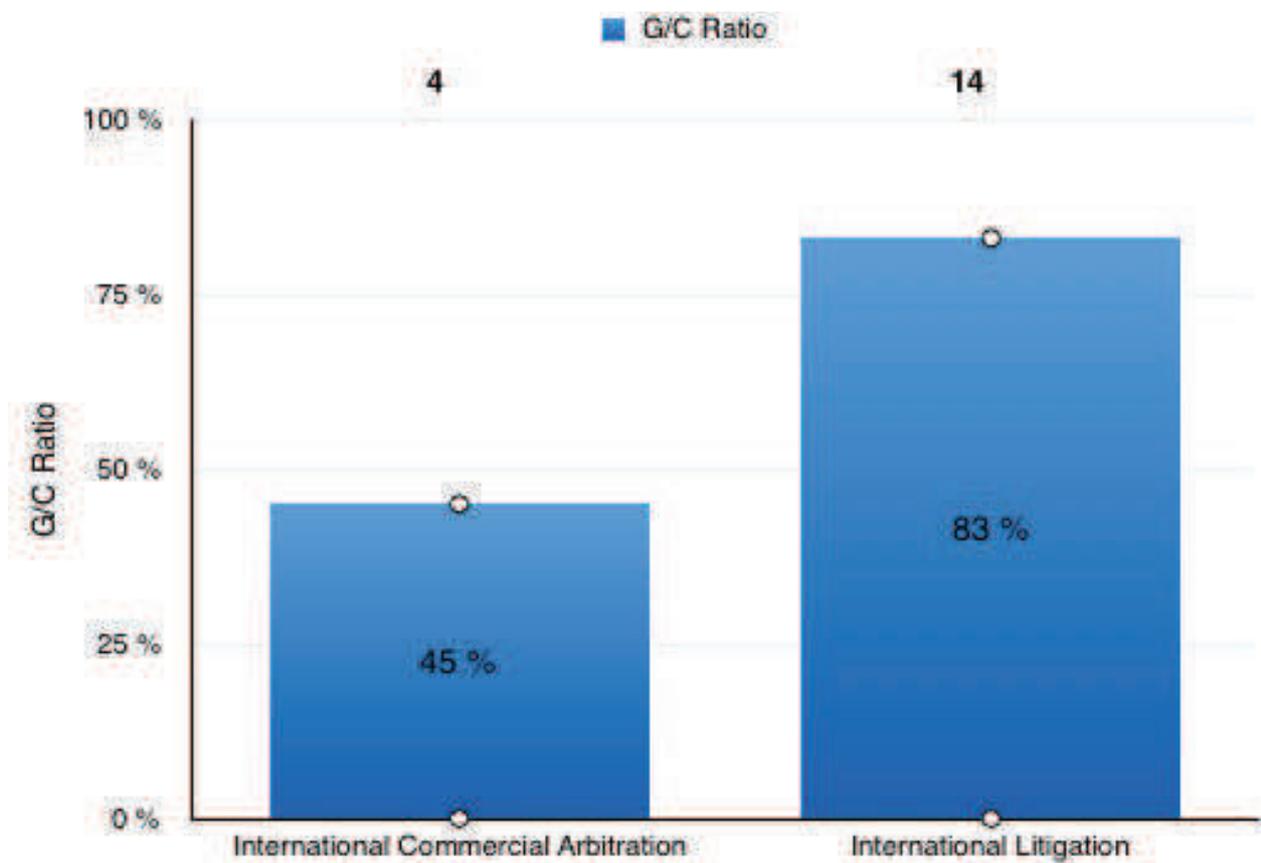
Distribution des cas en fonction du ratio Grant/No Grant selon le mécanisme de résolution des différends (*Expectation Damages* seulement)

Comme pour notre analyse pour tous les types de dommages-intérêts, nous n'avons pas trouvé de différence significative de résultat selon le mécanisme choisi. En fait, le ratio est le même que pour tous les types de dommages-intérêts confondus car nous avons constaté que les décisions et sentences accordaient systématiquement des *Expectation Damages*.



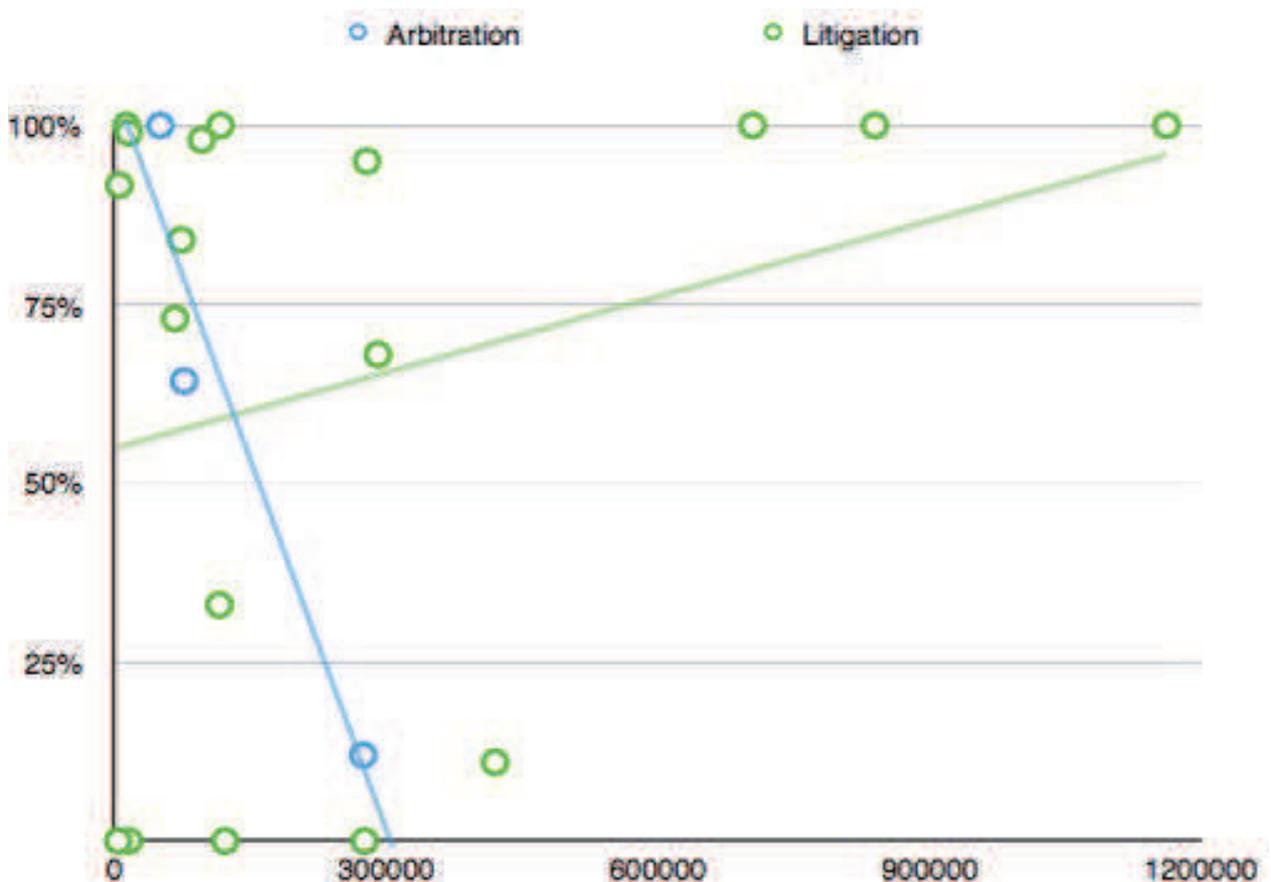
Ratio G/C moyen selon le mécanisme de résolution des différends (*Expectation Damages* seulement)

Les pourcentages sont sensiblement les mêmes que pour le ratio G/C moyen tous types de dommages-intérêts confondus.



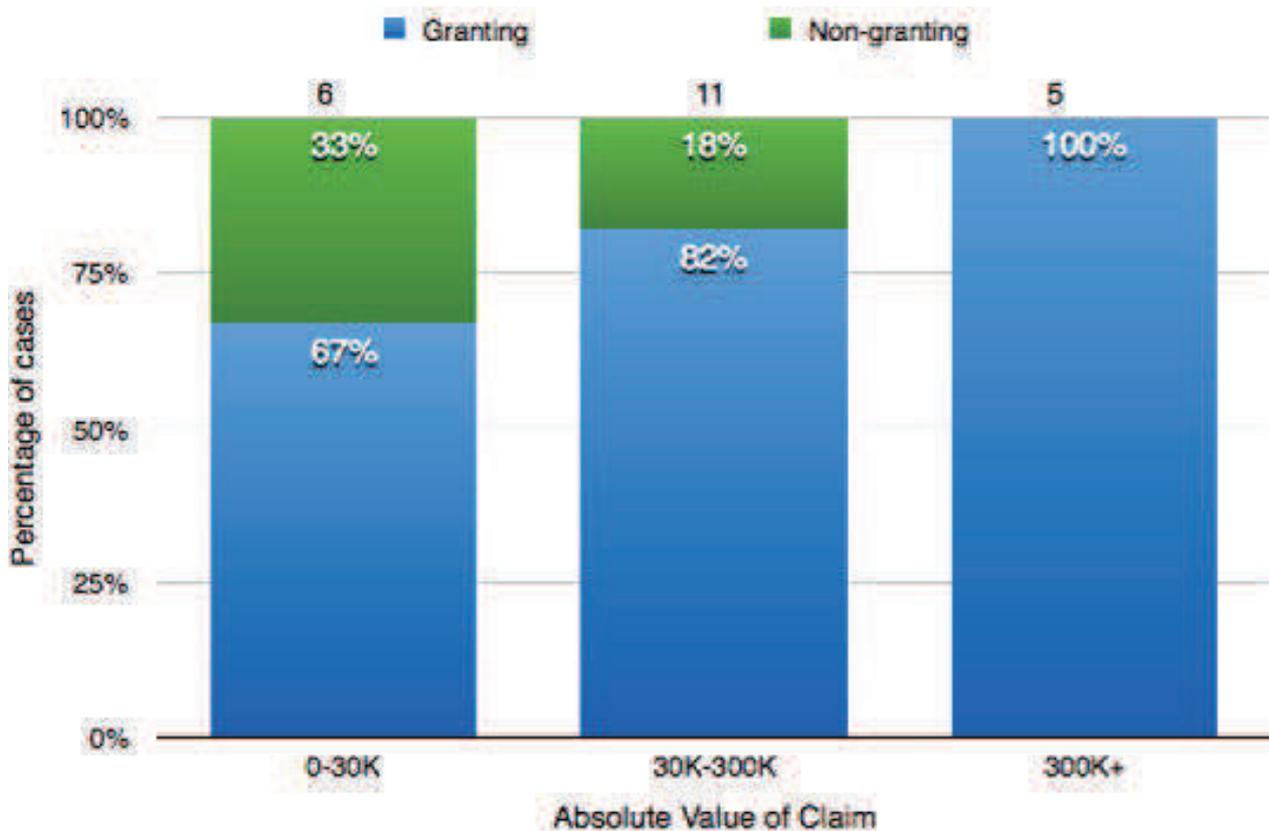
Distribution des cas en fonction du ratio G/C selon la valeur absolue de la demande

Dans cette analyse, les cas d'arbitrage international correspondent aux résultats trouvés pour la France et les Etats-Unis, c'est-à-dire qu'il existe une corrélation négative entre le ratio G/C et la valeur absolue de la demande. Les résultats trouvés pour les cours nationales (*International Litigation*) sont toutefois différents puisque le ratio G/C augmente avec la valeur absolue de la demande.



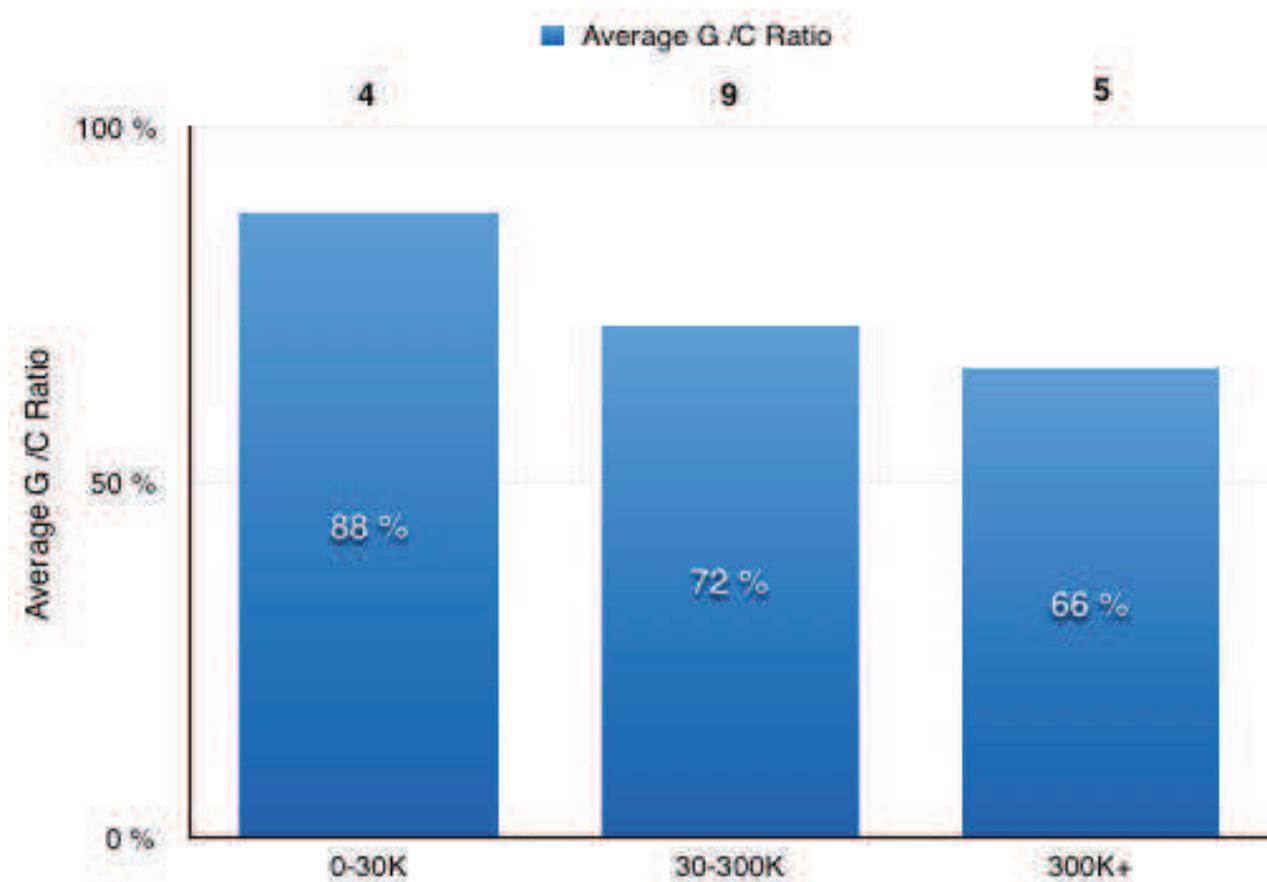
Ratio Grant/No Grant selon la valeur absolue de la demande

Nos données montrent que l'augmentation de la valeur de la demande influe négativement sur la probabilité d'obtention d'une indemnisation.



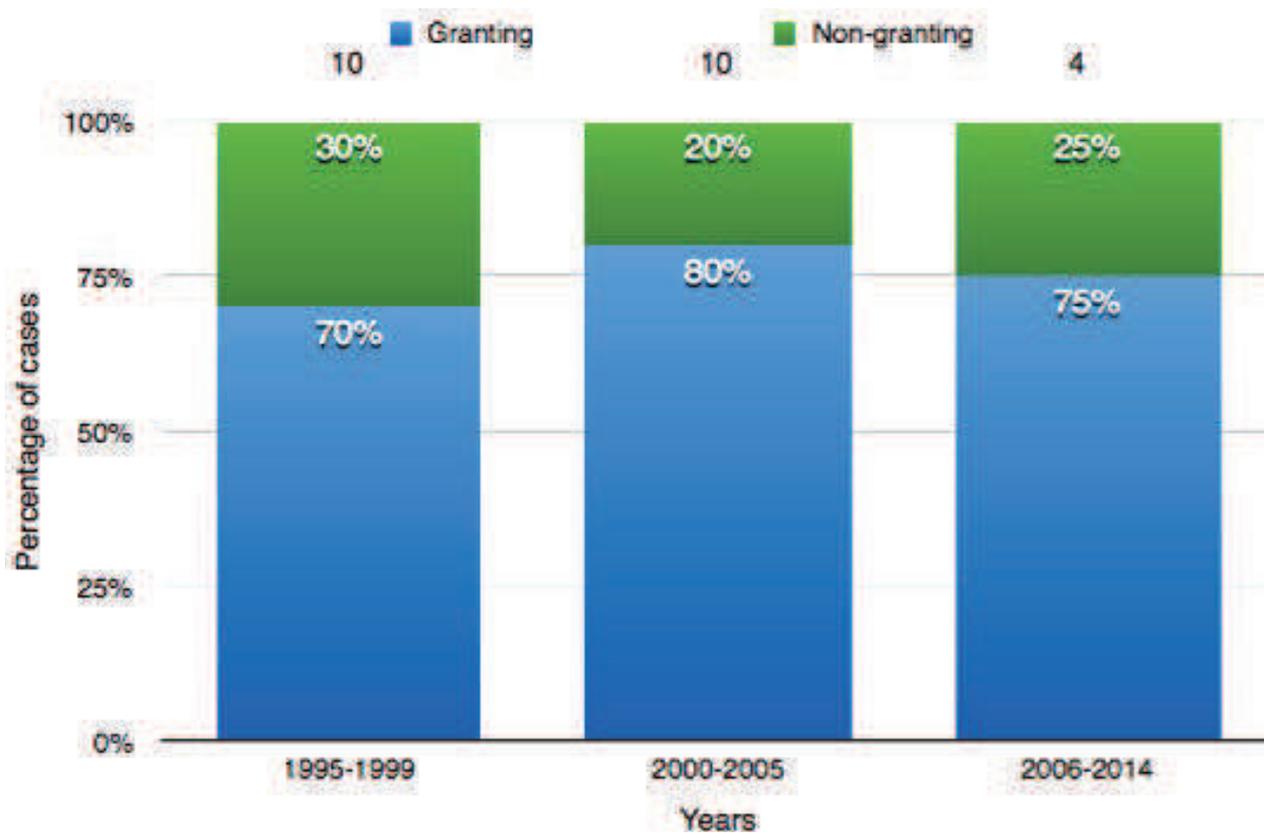
Ratio G/C moyen en fonction de la valeur absolue de la demande

De la même manière, l'augmentation de la valeur absolue de la demande influe négativement sur le ratio G/C.



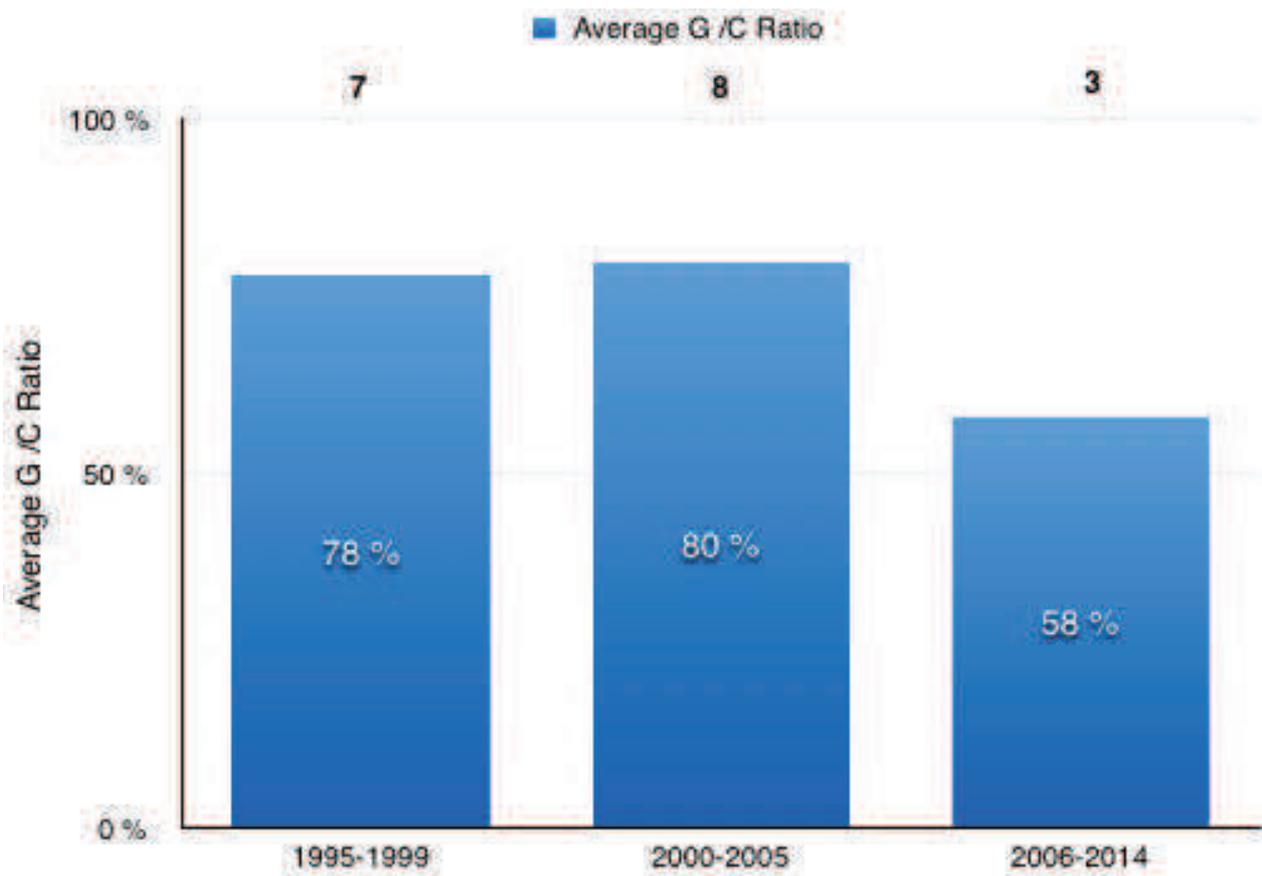
Evolution du ratio Grant/No Grant en fonction du temps

Nos données montrent qu'il n'existe pas d'évolution significative du ratio Grant/No Grant en fonction du temps.



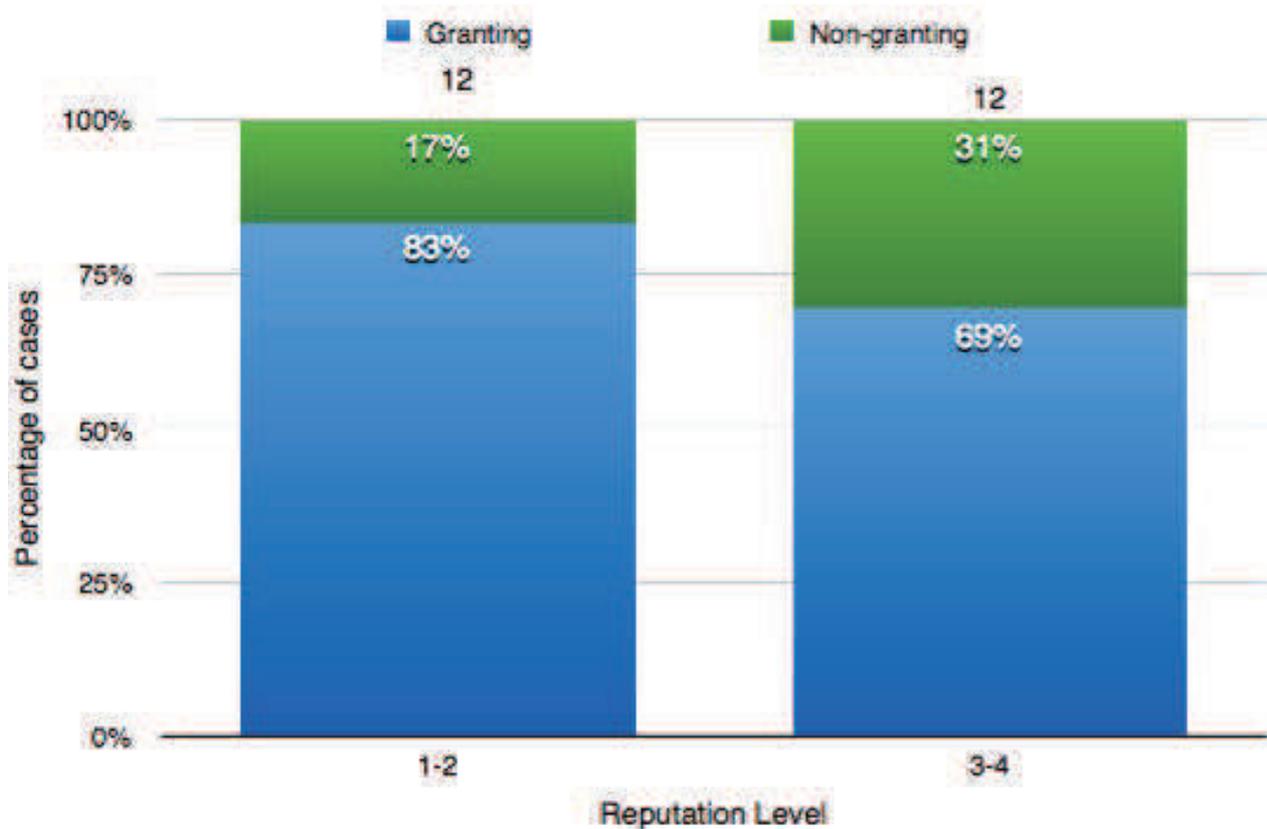
Evolution du ratio G/C en fonction du temps

Le ratio G/C a baissé, suivant une tendance assez conservatrice, depuis 2006 environ.



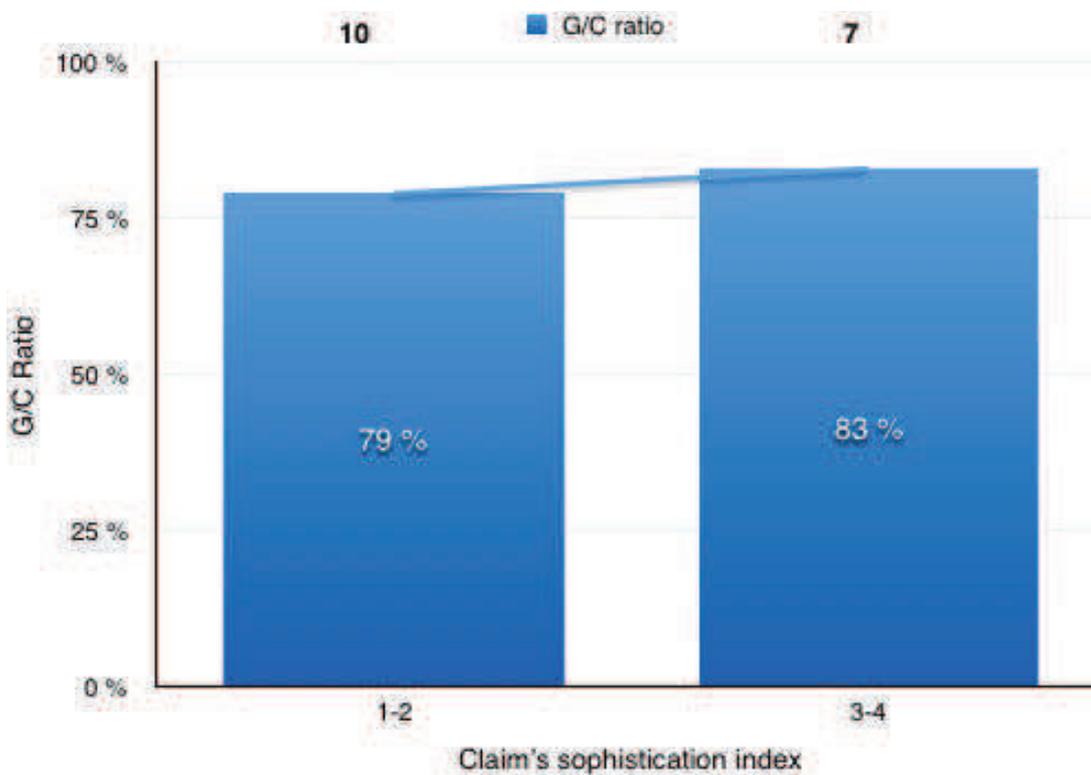
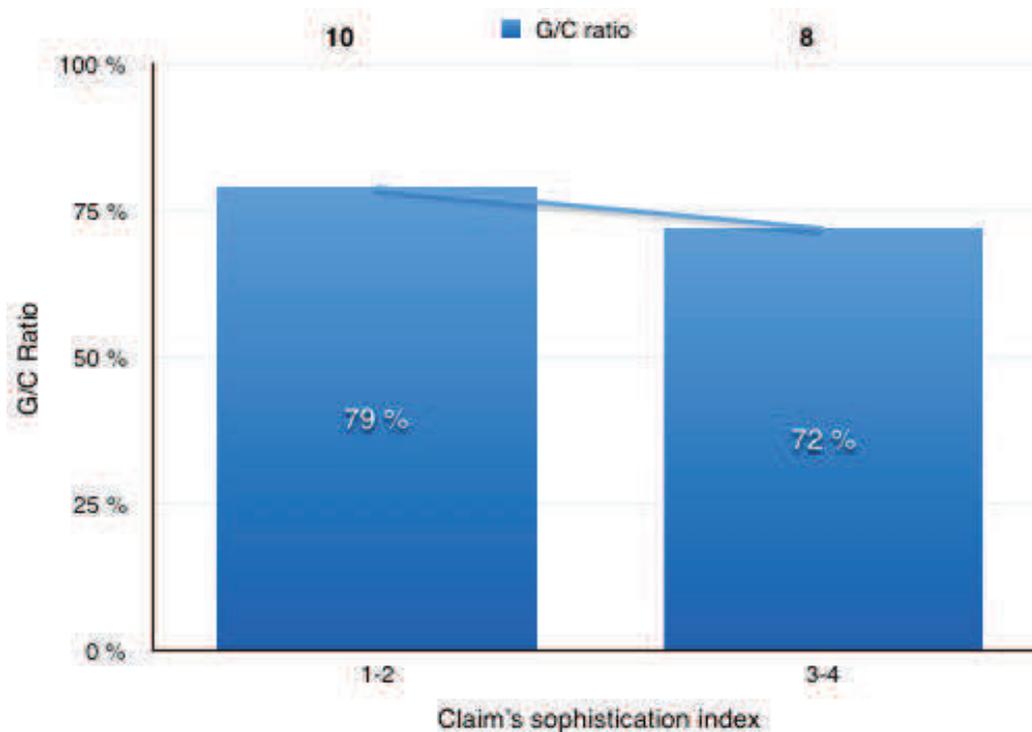
Distribution des cas selon le ratio Grant/No Grant en fonction de l'importance de la réputation pour le demandeur

Nous avons construit un indice d'importance de la réputation pour le demandeur. 1 = Importance très faible ; 2 = Importance faible ; 3 = Importance forte ; 4 = Importance très forte.



Ratio G/C moyen selon l'importance de la réputation pour le demandeur

Nous avons construit deux graphes : un incluant tous les cas (graphe 1) et un second excluant un cas extraordinaire faisant fortement varier les résultats (graphe 2).

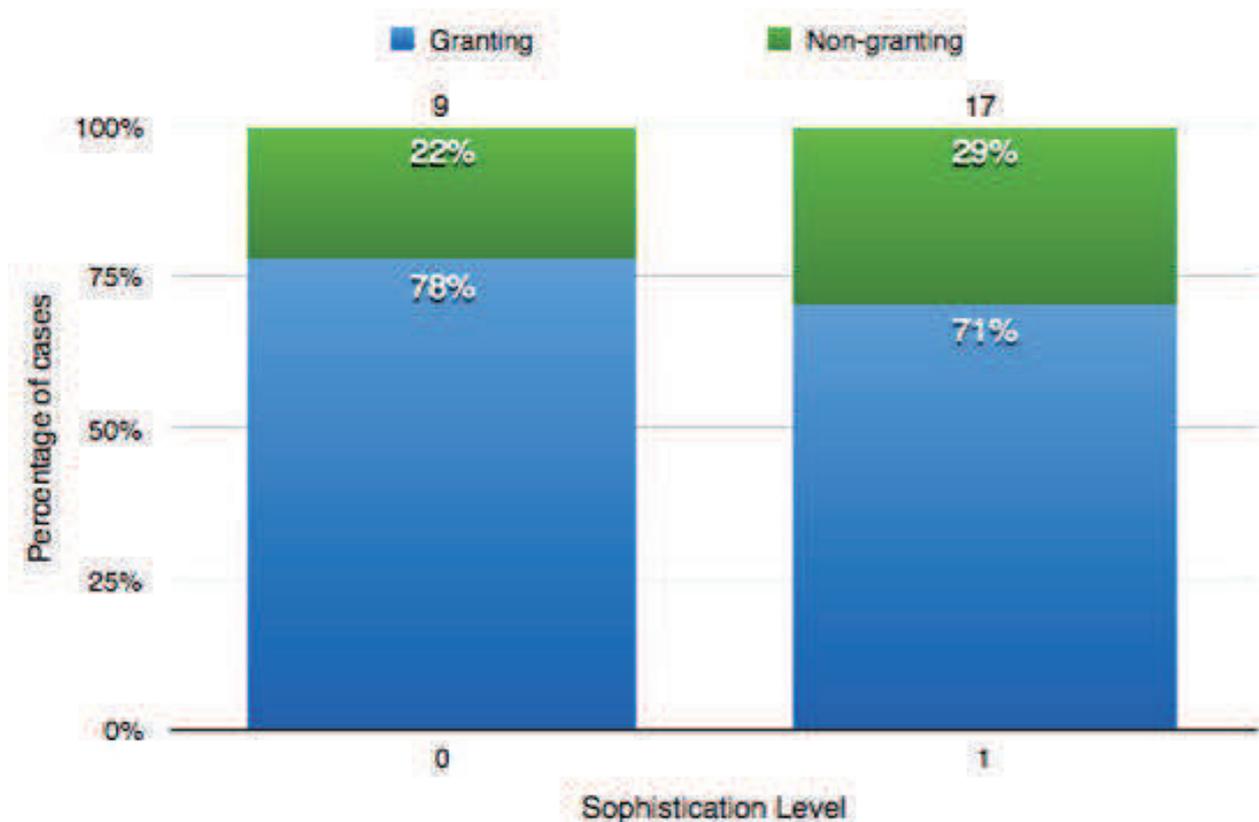


Ratio Grant/No Grant en fonction du niveau de sophistication du raisonnement de la Cour

Les cas de notre base de données manquaient d'informations à propos de l'analyse faite par le demandeur sur son préjudice. Dès lors, nous avons analysé le *ratio decidendi* de la Cour comme moyen de réponse à la complexité de la demande. Nous avons utilisé une différenciation simple : 0 - opinion sommaire ; lien peu évident entre le droit et les faits ; peu ou pas d'explications de la décision.

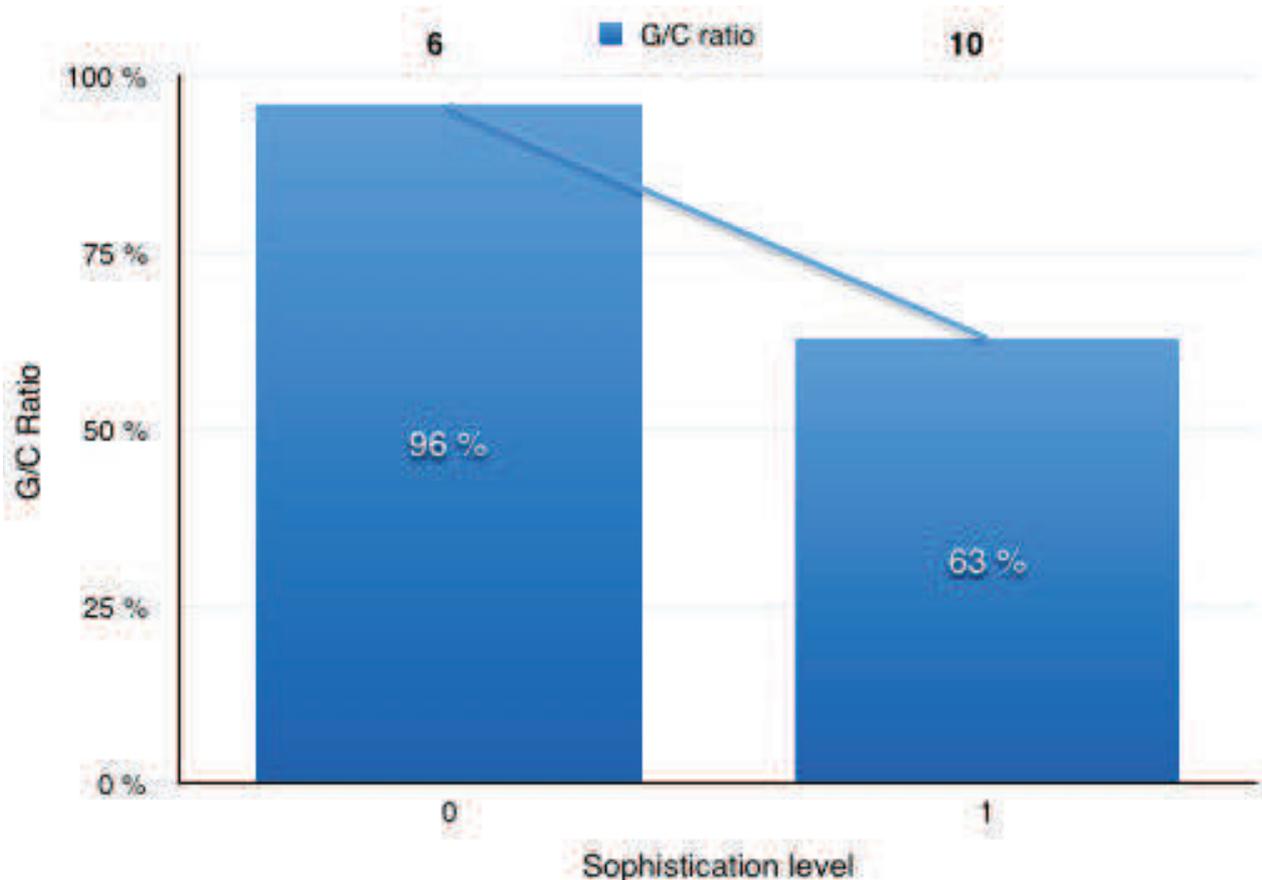
1 - Décision expliquée, justifiée pour comprendre la demande et accorder une indemnisation.

Nous avons trouvé que la complexité du raisonnement de la Cour dans l'indemnisation n'avait que peu d'influence sur la probabilité d'obtenir une indemnisation.



Ratio G/C moyen en fonction du niveau de sophistication du raisonnement de la Cour

Nous avons trouvé qu'il existait une corrélation négative entre la sophistication du raisonnement de la Cour et le ratio G/C. Cela pourrait indiquer que la Cour ressent le besoin de se justifier particulièrement lorsqu'elle décide d'attribuer une indemnisation basse en comparaison de la demande.



ANNEXE 2 : 2. Tableaux comparatifs des analyses empiriques quantitatives

Les analyses comparatives sont synthétisées dans les tableaux suivants.

Situation 1

Critère 1	Critère 2	France	US	International
N taille de l'échantillon	Arrêts - demande	30	30	26-31
Indemnisation/aucune indemnisation	Echantillon aléatoire	40%	50%	30%
	Echantillon quantifié	70%	31%	81%
Raisons principales		Mauvaise foi Accord clair	Accord clair Mauvaise foi	Accord clair
Gains manqués	% du montant demandé	76%	57% du total	
	% du montant accordé	26%	20% G/C EGD 46% G/C RD	
% G/Cl	T1	26% 480/1875	80% 2296/2511	93%
	T2	33% 181/542	54% 6725/62961	71%
	T3	40% 166/419	45% 49626/196848	60%

% Indemnisation/aucune indemnisation	Valeur de la demande 1	67%	57%	88%
% Indemnisation/aucune indemnisation	Valeur de la demande 2	67%	33%	88%
% Indemnisation/aucune indemnisation	Valeur de la demande 3	57%		83%
% Indemnisation/demande	Valeur de la demande 1	17%	74%	
% Indemnisation/demande	Valeur de la demande 2	66%	16%	
% Indemnisation/demande	Claim value 3	30%		
% Indemnisation/aucune indemnisation	Length of negotiation 1	20%	36%	78%
% Indemnisation/aucune indemnisation	Length of negotiation 2	56%	13%	80%
% Indemnisation/aucune indemnisation	Length of negotiation 3			100%

% Indemnisation/demande	Length of negotiation 1	20%	80%	83%
% Indemnisation/demande	Length of negotiation 2	56%	80%	23% larger claim
% Indemnisation/demande	Length of negotiation 3			58%
% Indemnisation/aucune indemnisation	Distribution	65%	35%	89%
% Indemnisation/aucune indemnisation	Service	55%		100%
% Indemnisation/aucune indemnisation	Manufacture	0%	33%	63%
% Indemnisation/aucune indemnisation	Haute-technologie	0%	33%	50%
% Indemnisation/demande	Distribution	28%	80%	72%
% Indemnisation/demande	Service	12%		23%
% Indemnisation/demande	Manufacture	0%	58%	99%
% Indemnisation/demande	Haute-technologie	0%	11%	100%
% Indemnisation/aucune indemnisation	Risque 1	45%	47%	
% Indemnisation/aucune indemnisation	Risque 2			

% Indemnisation/aucune indemnisation	Risque 3	45%	11%	
% Indemnisation/aucune indemnisation	Risque 4			
% Indemnisation/demande	Risque 1	42%	72%	79%
% Indemnisation/demande	Risque 2			81%
% Indemnisation/demande	Risque 3	21%	31%	64%
% Indemnisation/demande	Risque 4			46%
% Tous les échantillons	1 ^{er} aucune indemnisation Confirmé en appel	28%		
% Tous les échantillons	1 ^{er} aucune indemnisation Confirmé en appel	33%		
% Tous les échantillons	1 ^{er} aucune indemnisation Confirmé en appel	11%		
% Tous les échantillons	1 ^{er} aucune indemnisation Confirmé en appel	28%		
% Échantillon T1	Appel annule Indemnisation	12%		
% Échantillon T1	Appel crée indemnisation	12%		
% Échantillon T2	Indemnisation	31%		

	annulée en appel			
% Échantillon T2	Appel crée indemnisation	25%		
% Indemnisation/aucune indemnisation	Sophistication 1	0%	0%	
% Indemnisation/aucune indemnisation	Sophistication 2	40%	20%	
% Indemnisation/aucune indemnisation	Sophistication 3	80%	80%	
% Indemnisation/aucune indemnisation	Sophistication 4	50% larger claim	100%	
% Indemnisation/demande	Sophistication 1	0%	0%	37%
% Indemnisation/demande	Sophistication 2	23%	54%	
% Indemnisation/demande	Sophistication 3	57%	59%	63%
% Indemnisation/demande	Sophistication 4	31% demande plus importante	65%	
% Indemnisation/aucune indemnisation	Taille du cabinet 1-3		6%	
% Indemnisation/aucune indemnisation	Taille du cabinet 4-5		52%	
% Indemnisation/demande	Cabinet d'avocats similaire		46%	
% Indemnisation/demande	Cabinet de taille D 2+		76%	

Demande moyenne	Taille du cabinet 1-3		294	
Demande moyenne	Taille du cabinet 4		4735	
Demande moyenne	Taille du cabinet 5		142372	
% Indemnisation/Demande	Taille du cabinet 1-3		50%	
% Indemnisation/Demande	Taille du cabinet 4		97%	
% Indemnisation/Demande	Taille du cabinet 5		45%	

Situation 2

Criteria 1	Criteria 2	France	US	International
Taille N de l'échantillon	Arrêts - demandes	30	29	20-26
% Indemnisation/aucune indemnisation	Échantillon aléatoire	27%		15%
% Indemnisation/aucune indemnisation	Échantillon quantifié	77%	21%	73% 67% arbitrage 75% contentieux
% Indemnisation/aucune indemnisation	Échantillon quantifié			61% 43% arbitrage 85% contentieux
Raisons principales		Résultats inférieurs aux tendances		
Attentes indirectes	% montant demandé		74%	73%
Attentes indirectes	% montant prononcé		20%	9%
% Indemnisation/aucune indemnisation	T1			70%
% Indemnisation/aucune indemnisation	T2			80%
% Indemnisation/aucune indemnisation	T3			75%
% Indemnisation/demande	T1	30% 22/146	0% 0/293	78%
% Indemnisation/demande	T2	33% 31/430		80%
% Indemnisation/demande	T3	39% 127/345	73% 155/1461	58%
% Indemnisation/Aucune indemnisation	Valeur de la demande 1	100%	43%	67%
% Indemnisation/Aucune indemnisation	Valeur de la demande 2	82%	33%	82%
% Indemnisation/Aucune	Valeur de la demande 3	67%	0%	100%

indemnisation				
% Indemnisation/Aucune indemnisation	Valeur de la demande 4	50%		
% Indemnisation / Demande	Valeur de la demande 1	64%	100%	88%
% Indemnisation / Demande	Valeur de la demande 2	25%	47%	72%
% Indemnisation / Demande	Valeur de la demande 3	15%	0%	62%
% Indemnisation / Demande	Valeur de la demande 4	12%		
% Indemnisation/Aucune indemnisation	Réputation 1	55%	13%	83%
% Indemnisation/Aucune indemnisation	Réputation 2	88%		
% Indemnisation/Aucune indemnisation	Réputation 3	75%	38%	69%
% Indemnisation/Aucune indemnisation	Réputation 4	75%		
% Indemnisation / Demande	Réputation 1-2	27%	63%	79%
% Indemnisation / Demande	Réputation 3-4	44%	70%	72%-83%
% Tous les échantillons	Appel confirme l'absence d'indemnisation	28%		
% Tous les échantillons	Appel crée indemnisation	27%		
% Tous les échantillons	Appel confirme l'indemnisation	27%		
% Tous les échantillons	Indemnisation augmentée en appel	10%		
% Tous les échantillons	Indemnisation diminuée en appel	10%		
% Échantillon T1	Indemnisation augmentée en appel	33%		
% Échantillon T1	Indemnisation	0%		

	confirmée ou réduite en appel			
% Échantillon T2	Indemnisation augmentée en appel	6%		
% Échantillon T2	Indemnisation confirmée ou réduite en appel	44%		
% Indemnisation/Aucune indemnisation	Sophistication 1	77%	0%	*78%
% Indemnisation/Aucune indemnisation	Sophistication 2	60%		
% Indemnisation/Aucune indemnisation	Sophistication 3	66%	36%	*71%
% Indemnisation/Aucune indemnisation	Sophistication 4	100%		
% Indemnisation / Demande	Sophistication 1-2	22%	0%	*96%
% Indemnisation / Demande	Sophistication 3-4	71%	61%	*63%
Sophistication moyenne	G/C 0-33%	1,44	3,00	
Sophistication moyenne	G/C 33-50%	1,75	NA	
Sophistication moyenne	G/C 50-100%	2,60	3,50	
% Indemnisation/Aucune indemnisation	Taille du cabinet d'avocats 1-2		33%	
% Indemnisation/Aucune indemnisation	Taille du cabinet d'avocats 3-5		14%	
% Indemnisation/Demande	Cabinet d'avocats demandeur plus petit		100%	
% Indemnisation/Demande	Taille similaire		60%	
Demande moyenne	Taille du cabinet 1-2		64	
Demande moyenne	Taille du cabinet 3-4		657	
Avg claim	Taille du cabinet 5		NA	
% Indemnisation /	Taille du		60%	

Demande	cabinet 1-2			
% Indemnisation / Demande	Taille du cabinet 3-4		100%	
% Indemnisation / Demande	Taille du cabinet 5		NA	

* Dans la situation 2, la sophistication couvre différentes significations à l'international par rapport à la France et les Etats-Unis. À l'international, nous analysons la sophistication de la justification juridique du décideur, alors qu'en France et aux États-Unis, nous analysons la sophistication de la justification de la revendication.

Situation 3

Critère 1	Critère 2	France	US	International
Taille de l'échantillon N	Arrêts - Demande	8	25	6
% Indemnisation/Aucune indemnisation	Échantillon aléatoire	43%		
% Indemnisation/Aucune indemnisation	Échantillon quantifié	43%	48%	
Raisons principales		Mauvaise foi	Mauvaise foi	
Expectation Consequential	% du montant demandé			
Expectation Consequential	% du montant prononcé			
% Indemnisation/Aucune indemnisation	T1		60% (EGD 45%)	
% Indemnisation/Aucune indemnisation	T2		46%	
% Indemnisation/Aucune indemnisation	T3		43% (EGD 29%)	
% Indemnisation/Demande	T1		33% (EGD 7%)	
% Indemnisation/Demande	T2		21%	
% Indemnisation/Demande	T3		1% (EGD 21%)	
% Indemnisation/Aucune indemnisation	Valeur de la demande 1		50%	
%	Valeur de la			

Indemnisation/Aucune indemnisation	demande 2			
% Indemnisation/Aucune indemnisation	Valeur de la demande 3		54%	
% Indemnisation/Aucune indemnisation	Valeur de la demande 4			
% Indemnisation/Demande	Valeur de la demande 1		64%	
% Indemnisation/Demande	Valeur de la demande 2			
% Indemnisation/Demande	Valeur de la demande 3		14%	
% Indemnisation/Demande	Valeur de la demande 4			
% Indemnisation/Aucune indemnisation	Réputation 1			
% Indemnisation/Aucune indemnisation	Réputation 2			
% Indemnisation/Aucune indemnisation	Réputation 3			
% Indemnisation/Aucune indemnisation	Réputation 4			
% Indemnisation/Demande	Réputation 1-2			
% Indemnisation/Demande	Réputation 3-4			
% Tous les échantillons	Appel confirme l'absence d'indemnisation			
% Tous les échantillons	Appel crée l'indemnisation			
% Tous les échantillons	Appel confirme l'indemnisation			
% Tous les échantillons	Indemnisation augmentée en appel			
% Tous les échantillons	Indemnisation diminuée en appel			

% Sample T1	Indemnisation augmentée en appel			
% Sample T1	Indemnisation confirmée en appel			
% Sample T2	Indemnisation augmentée en appel			
% Sample T2	Indemnisation confirmée en appel			
% Indemnisation/Aucune indemnisation	Sophistication 1		36%	
% Indemnisation/Aucune indemnisation	Sophistication 2		63%	
% Indemnisation/Aucune indemnisation	Sophistication 3		75%	
% Indemnisation/Aucune indemnisation	Sophistication 4			
% Indemnisation/Demande	Sophistication 1		19%	
% Indemnisation/Demande	Sophistication 2		36%	
% Indemnisation/Demande	Sophistication 3		42%	
% Indemnisation/Demande	Sophistication 4			
% Indemnisation/Aucune indemnisation	Première instance		67%	
% Indemnisation/Aucune indemnisation	Recours en appel		50%	
% Indemnisation/Demande	Première instance		25%	
% Indemnisation/Demande	Recours en appel		24%	
% Indemnisation/Aucune indemnisation	New York		30%	

% Indemnisation/Aucune indemnisation	California		75%	
% Indemnisation/Aucune indemnisation	Autres (Texas, Delaware)		50%	
% Indemnisation/Demande	New York		4%	
% Indemnisation/Demande	California		10%	
% Indemnisation/Demande	Autres (Texas, Delaware)		58%	