

[Le point sur...] Les fondamentaux du préjudice économique : une approche pratique à travers l'exemple de la perte d'exploitation

N2075BYI



par Julien Gasbaoui, avocat au Barreau de Paris
Le 06-02-2020

La responsabilité civile est un thème de recherche fondamental. Les notions de faute et de causalité figurent, sans doute, parmi les études les plus nombreuses. Ce foisonnement contraste fortement avec la notion de préjudice et, plus encore, avec son évaluation concrète.

C'est spécialement vrai en matière de préjudices économiques puisque la matière ne connaît pas de nomenclature semblable à la nomenclature dite «*Dintilhac*», faisant office de guide de référence, notamment, pour caractériser les préjudices résultant de dommages corporels.

Or, cette question est fondamentale. C'est d'ailleurs elle qui est à l'origine de toute action : on subit d'abord un préjudice, avant de rechercher la faute qui en est la cause ou le civilement responsable dans les régimes de responsabilité sans faute.

Pour autant, claironner l'existence d'un préjudice n'est pas suffisant et, à l'épreuve des faits, les préjudices les plus évidents ou importants *a priori*, ne le sont pas toujours, tandis que ceux qui paraissent sans consistance se densifient après une lecture technique du dossier.

Bien souvent, les principes simples dans leur énonciation sont mis à rude épreuve par la pratique, mais ils doivent rester des guides, car seule une grille de lecture rigoureuse permet une analyse efficace d'un dommage.

Généralement présentée comme accessoire ou indirecte, la perte d'exploitation est en réalité le poste de préjudice le plus couramment mis en exergue, puisque le plus classiquement rencontré.

Il n'en demeure pas moins complexe. Pour preuve, nul ne sait affirmer avec précision quel est l'agrégat comptable correspondant à la notion de la perte d'exploitation. Si la Cour de cassation évoque «le bénéfice», de nombreux experts visent «la marge», mais chacune de ces notions peut se décliner : marge nette ou brute, sans que l'on ait connaissance des méthodes de calcul ayant permis ce résultat.

Pour éviter tout écueil et optimiser sa demande, il faudra d'abord clairement identifier la perte d'exploitation (I) puis l'évaluer en respectant une méthode rigoureuse (II).

I - L'identification de la perte d'exploitation

L'identification de la perte d'exploitation implique de déterminer ses stricts contours (A) sans oublier ses

éventuels accessoires (B).

A - La perte d'exploitation *stricto sensu*

Un préjudice limité dans le temps. La perte d'exploitation est le préjudice que subit une entreprise lorsque son activité est perturbée, voire stoppée à la suite d'événements. Mais une perte d'exploitation a forcément un commencement puis une fin. Elle est, par nature, limitée dans le temps ; c'est ce qui la distingue de la cessation d'activité. Si l'exploitation ne reprend pas, l'entreprise perd définitivement sa clientèle. Il s'agit, alors, d'une perte de fonds de commerce, c'est-à-dire d'un actif immatériel. Par conséquent, celui qui se prévaut d'une perte d'exploitation doit, dans l'idéal, présenter sa demande une fois que le préjudice a cessé.

Un préjudice souvent différé dans le temps. La perte d'exploitation n'est généralement pas immédiate. Il existe un écart temporel entre l'événement à l'origine de la perte d'exploitation et la traduction de cette dernière dans les comptes d'une société. Prenons, par exemple, l'hypothèse d'une société qui fabrique des marchandises qu'elle revend à des grossistes. Elle subit un incendie imposant plusieurs mois de travaux. Dans ce cas, les pertes matérielles et les rénovations entreprises doivent être distinguées de la perte d'exploitation. Là où les premières sont instantanées, tel n'est pas le cas de la seconde qui n'intervient en général qu'ultérieurement.

Elémentaire pour l'initié, cette assertion doit être rappelée : entre un carnet de commande que l'on ne peut plus honorer et la constatation de ses répercussions sur le chiffre d'affaires, il existe un écart temporel plus ou moins important selon les sociétés. C'est dire notamment que si une usine est détruite, mais que les stocks ont pu être conservés, il est fort probable que sur l'année du sinistre, voire sur l'année suivante, le chiffre d'affaires de la société ne diminue pas. La raison en est simple : la fabrication des stocks sur l'année 2019 et l'enregistrement de charges sur cette même année ne trouveront leur dénouement sous forme de chiffre d'affaires qu'en 2020 ou 2021, c'est-à-dire au moment où les biens fabriqués auront fait l'objet d'une livraison.

Un préjudice dépendant du fonctionnement et de l'environnement de la société. L'étendue de la perte d'exploitation dépend de diverses variables. L'objet social de l'entreprise, la nature du sinistre, et les modalités de commercialisation de ses biens doivent être mis en lumière afin que le tribunal, qui n'est pas forcément composé de spécialistes, puisse comprendre l'étendue du préjudice correspondant à la perte d'exploitation.

Si l'on poursuit notre exemple, la destruction d'une usine, qui constitue un poste de préjudice bien distinct (*cf. supra*), mais clairement identifiable, entraîne une perte d'exploitation qui sera sans doute constatée sur l'année 2019 et qui pourra avoir une durée plus ou moins importante, selon l'importance des travaux entrepris, le secteur d'activité de la société, son lien avec ses clients ou sa situation concurrentielle.

Dans des circonstances parfaites, la perte d'exploitation peut être très limitée dans le temps. Tel est le cas, par exemple, si les travaux sont réalisés très rapidement et que la chaîne de production est rétablie en six mois ; si l'activité n'est pas sujette à fluctuation et que le fort lien avec le client permet une reprise de commande immédiate et si la situation monopolistique de la société rend impossible toute captation de clientèle. Face à une telle situation, le chiffre d'affaires de la société a dû connaître une baisse sur quelques mois, certes, mais la situation s'est vite rétablie. Il y aura, donc, un écart seulement sur un exercice comptable et la situation, telle qu'elle aurait existé en l'absence de dommage (scénario contrefactuelle) est simple à prouver et à reconstituer. Mieux, il pourra exister des circonstances où, face à un marché monopolistique rendant fortement dépendants les clients de l'entreprise sinistrée, la perte d'exploitation soit réduite à... zéro.

Ce cas est fort rare, mais songeons à une société ne répondant plus aux commandes qui s'accumulent sur quelques mois (baisse de chiffre d'affaires sur cette période par rapport aux années précédentes) et qui, dès son rétablissement, est en capacité d'y répondre et de rattraper le retard sur l'exercice suivant (forte hausse du chiffre d'affaires par rapport aux années précédentes). Dans cette hypothèse, le glissement de chiffre d'affaires, est de nature, assez souvent, sinon à l'annuler ou du moins à réduire le montant de la perte

d'exploitation. Est-ce à dire que le préjudice global en sera diminué ? Pas forcément, car cette réduction de la perte d'exploitation se fait généralement au prix d'efforts importants qui correspondent à d'autres postes de préjudice se cumulant avec la perte d'exploitation.

B - Les accessoires de la perte d'exploitation

Les coûts induits. Si la question de l'obligation de minimiser son dommage a toujours fait débat, celle de la bonne volonté du dirigeant qui met tout en œuvre pour rétablir la situation de sa société ne doit pas se poser. C'est la raison pour laquelle il faut inviter les magistrats à retenir tous les investissements en lien avec le sinistre et permettant d'y remédier comme un poste de préjudice bien distinct et méritant d'être valorisé. Il s'agit techniquement des coûts induits par le sinistre, parfaitement réparables et allant des charges liées à la prestation d'une société de gardiennage, jusqu'aux honoraires d'avocat ou d'expert-comptable en passant par l'ouverture d'autres points de vente pour pallier la destruction de l'un d'entre eux.

A cet égard, la jurisprudence de la Cour de cassation est encourageante, puisqu'elle retient désormais que « l'obligation pour le dirigeant de consacrer du temps et de l'énergie au traitement de procédures contentieuses au détriment de ses autres tâches de gestion et de développement de l'activité de la société cause à cette dernière [un préjudice réparable] » (Cass. com., 12 avril 2016, n° 14-29.483, F-D [N° Lexbase : A7012RIK](#)). Pareillement, la « mobilisation des salariés pour la réparation de dommages causés à l'entreprise par un tiers constitue un préjudice indemnisable » (Cass. civ. 3, 10 mars 2016, n° 15-10.897 et n° 15-16.679, FS-P+B [N° Lexbase : A1679Q7C](#), Bull. civ. III, n° 313).

Cette catégorie de coûts induits emprunte largement à la notion de perte de chance. L'idée est, en effet, que les salariés comme les dirigeants auraient pu voir leur force de travail allouée à d'autres tâches, plus productives pour leur société. Pour autant, là s'arrête l'assimilation.

La perte de chance. La notion de perte de chance est souvent confondue, dans la formulation des demandes, avec la perte d'exploitation. Classiquement, un demandeur dont la société n'avait plus d'activité va souligner, au titre de sa perte d'exploitation, l'existence de projets qu'il n'a pu développer. Si, à l'évidence, et dès lors que ces projets étaient suffisamment aboutis, il s'agit bien d'un poste de préjudice réparable, ce dernier n'en constitue pas, pour autant, une perte d'exploitation. En tant que perte d'une éventualité favorable, celui-ci revêt une dimension prospective, car tourné vers l'avenir, là où celui-là revêt une dimension rétrospective puisqu'orienté vers le passé. Il est, ainsi, affecté d'une probabilité et doit se cumuler avec la perte d'exploitation et non s'y confondre.

La perte d'exploitation future. Il ne saurait non plus y avoir de confusion avec un poste plus rare, mais pouvant donner lieu à réparation : les pertes d'exploitation futures. La perte d'exploitation n'est, alors, pas un préjudice actuel, mais un préjudice futur, se prolongeant sur un temps déterminé. Elle n'en est pas moins certaine et évaluable par le juge. D'ailleurs, comme lorsque la perte d'exploitation est actuelle, cette évaluation ne correspond absolument pas à celle d'une perte de chance.

L'identification de préjudices bien distincts permet de clarifier les demandes d'indemnisation et, par conséquent, de faciliter l'évaluation des demandes formulées.

II - L'évaluation de la perte d'exploitation

La perte d'exploitation se conçoit comme un agrégat comptable. Or, tout agrégat comptable étant, par nature, un construit, l'honnêteté impose de mettre en lumière ce dernier et de faciliter auprès des juges et des parties la compréhension de la méthode retenue. Dans cette optique, la perte d'exploitation nous semble correspondre au chiffre d'affaires perdu (A) diminué des charges économisées (B).

A - La prise en compte du chiffre d'affaires perdu

La détermination du chiffre d'affaires perdu passe par trois questions essentielles.

Chiffre d'affaires contrefactuel. Tout d'abord, au regard du chiffre d'affaires passé, de sa récurrence et de sa stabilité, le travail de l'expert, dont la mission est de répondre à la question de savoir quel aurait été le

chiffre d'affaires réalisé en l'absence de fait dommageable, sera plus ou moins aisé. Une société dont le chiffre d'affaires est stable depuis des années et dont le marché est peu enclin aux fluctuations pourra revendiquer un chiffre d'affaires correspondant aux années passées, voire supérieur s'il est démontré qu'une croissance était possible.

Contexte de la période de sinistre. Cette approche par le passé doit être combinée à celle des exercices sur lesquelles le préjudice est subi. L'environnement y est, en effet, fondamental et les évolutions sur le secteur en cause doivent être prises en compte, tout aussi bien à la hausse qu'à la baisse.

Par exemple, il est évident qu'une société de gestion d'actif immobilier qui aurait subi un préjudice en 2008, en pleine crise dite des *subprimes*, ne pourra revendiquer le chiffre d'affaires relatif aux années antérieures. A l'inverse, une société évoluant dans les nouvelles technologies qui auraient pu profiter d'un cercle vertueux sur certaines périodes pourra revendiquer un chiffre d'affaires croissant. De même, sur un plan local, certains événements peuvent être intégrés : une grève parasitant tous les concurrents du secteur et entraînant une perte du chiffre d'affaires de 50 % amputera de moitié le préjudice subi par la société victime ; l'organisation d'un événement exceptionnel permettra, à l'inverse, de revoir le scénario contractuel à la hausse. Par exemple, un hôtel ou un fleuriste parisien dont l'activité est suspendue pendant la *fashion week*, même s'il n'avait jamais pu en profiter par le passé, pourra justifier une perte supplémentaire.

Chiffre d'affaires rétabli. S'il apparaît que la société a pu, lorsque le fait dommageable a cessé, retrouver un chiffre d'affaires identique à celui connu par le passé, les conséquences du fait dommageable seront d'autant plus faciles à démontrer.

Il ne faut, néanmoins, pas s'en tenir au chiffre d'affaires qui n'est qu'un point d'entrée dans le calcul de l'évaluation du préjudice.

Le préjudice sans baisse de chiffre d'affaires. La question pertinente est, en effet, de savoir comment le chiffre d'affaires s'est formé, et il est tout à fait envisageable qu'une société fasse valoir un préjudice sans pour autant démontrer une baisse de chiffre d'affaires.

Ainsi, la société en développement, qui ouvre un nouveau point de vente alors que son premier a été détruit, aura, peut-être, un glissement de clientèle de l'un vers l'autre et donc un chiffre d'affaires équivalent.

Pour vérifier si cette stagnation du chiffre d'affaires constitue ou non un préjudice, il faudra répondre à la question de savoir si le deuxième point de vente aurait pu exister et être exploité concomitamment avec le premier.

S'il apparaît que sa capacité productive, spécialement au regard du nombre de salariés, ne le permettait pas, il n'y a pas de préjudice. Le cas topique serait l'exploitant d'une salle de sport sinistrée, mais qui dispose d'une autre salle à proximité : pour pallier le préjudice il aurait déplacé ses machines et salariés et, par-là même, sa clientèle. Le chiffre d'affaires est maintenu, et la perte d'exploitation nulle.

A l'inverse, cette même société avait prévu d'ouvrir la seconde salle et avait, d'ores et déjà, placé des machines, intégré du personnel et démontré que la clientèle de sa nouvelle unité n'est pas celle de l'ancienne : le chiffre d'affaires est maintenu, mais le préjudice pourra être démontré.

Cela étant précisé, la détermination de ce chiffre d'affaires ne correspond pas à la perte d'exploitation (Cass. com., 3 décembre 2002, n° 00-16.818, inédit [N° Lexbase : A2063A48](#)) ; il n'est qu'une première étape dans la construction de cette dernière, qui doit intégrer les charges économisées.

B - La déduction des charges économisées

La référence aux charges économisées. Bon nombre d'experts font référence à la notion de marge dans l'évaluation de la perte d'exploitation. Pour autant, cette notion peut être déclinée de diverses manières. Il s'agit d'une notion aux contours fluctuant au gré des approches que l'on fait prévaloir. Autrement dit, chacun en a sa propre définition ce qui a pour conséquence de brouiller les pistes et, donc, de rendre obscure la méthode d'évaluation retenue.

Voilà pourquoi, sans doute, serait-il opportun de préconiser une autre approche en faisant plutôt référence à l'économie de certaines charges. Bien évidemment, il y a une idée commune entre les deux approches : l'activité étant perturbée, un certain nombre de coûts occasionnés par l'activité normale de l'entreprise n'est pas assumé. Mais, le rejet de la notion technique de marge pour lui préférer celle d'économie de charges a le mérite de la clarté et de la pédagogie. Ces coûts économisés doivent donc venir en déduction du chiffre d'affaires perdu.

L'identification des charges économisées . C'est alors à l'expert d'inventorier les charges économisées. Cette liste ne peut être dressée *a priori*. Il n'existe pas de théorie des charges économisées. Certes, un consensus s'est formé autour de l'opposition entre charges fixes et charges variables. Il est vrai que la charge liée au règlement d'un loyer est généralement fixe, tandis que celle découlant de l'achat d'une marchandise est variable. Mais, entre ces antipodes existent de nombreuses situations qui n'obéissent pas au régime de cette taxinomie.

Une charge fixe peut être une charge variable dans un secteur d'activité et certaines charges qualifiées de variable évoluent souvent par paliers. L'effet du temps doit aussi être intégré : en cas de réduction massive d'activité, l'entreprise est parfois contrainte de réduire ses charges de structure, en stoppant une chaîne de montage ou en réduisant la surface de ses ateliers.

Attitude face aux charges à économiser. Mais, pour qu'il en soit ainsi encore faut-il s'accorder sur ce qu'il convient d'intégrer dans la catégorie des charges économisées. Il est notamment un point sur lequel le doute est permis et qui cristallise le débat : celui des charges qui auraient pu être économisées, mais qui ne l'ont pas été. Nous pensons spécialement, dans ce cadre, aux charges liées aux salariés potentiellement éligibles au chômage technique.

L'approche *in concreto* s'impose ici aussi et ce sont, sans doute, d'autres considérations que l'appréciation de la seule charge, en elle-même, qui doivent guider le raisonnement. Il semble, en effet, que les conditions et circonstances d'engagement de la charge méritent de tenir une place, notamment, la référence à la prudence que l'on retrouve parfois à l'occasion de la détermination de certains préjudices, comme celui qui est consécutif à la rupture fautive des pourparlers (Cass. com., 15 octobre 2002, n° 00-13.738, inédit **N° Lexbase : A2484A3E**, RTDCiv., 2003, p. 282, obs. J. Mestre et B. Fages). En la matière, les charges engagées imprudemment ne méritent pas d'être prises en compte. Aussi, Il faudrait les ajouter aux charges économisées ce qui aurait pour effet de réduire le préjudice de perte d'exploitation réparable. Dans notre cas, nous pourrions alors dire que des charges non économisées par imprudence n'auraient pas seulement pu être économisées, mais auraient dû être économisées. Cette approche sera proposée au débat par la défense, mais la victime, demanderesse à l'action, aura beau jeu de lui opposer qu'elle n'est pas tenue de minimiser son dommage.

Souvent considérée comme une discipline «objective», l'évaluation des préjudices économiques est, en réalité, un lieu de débat où l'imagination n'est pas moins sollicitée que la rigueur dans l'application d'une méthode de calcul !

© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable