

Perte de chance et probabilité d'un préjudice économique

Le lien entre la perte de chance et le préjudice économique peut être objectivé grâce à l'utilisation systématique de la matrice FFOM (forces-faiblesses-opportunités-menaces) ; les forces et les faiblesses de l'entité sont analysées en grande partie à travers les actifs immatériels.

En matière de préjudice, l'article 1149 du Code civil stipule : « Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après ».

Si la perte est relativement facile à déterminer puisqu'il s'agit le plus généralement des coûts directs dont les frais de procédure, le gain manqué est, quant à lui, beaucoup plus difficile à déterminer car il se compose des différents bénéfices manqués qui sont déterminables et de la perte de chance pour les bénéfices manqués non déterminables.

Plusieurs difficultés concernent la perte de chance : dans cet article, nous ne parlons que des entités économiques à but lucratif (entreprises) ou non lucratif (association...).

La première difficulté est de

qualifier la perte de chance par rapport à des risques non évités ou des éventualités favorables perdues.

La deuxième difficulté concerne la causalité entre les désordres et le préjudice de la victime. En effet selon la Cour de Cassation, « 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 ». La réparation du dommage doit être intégrale et doit replacer la victime dans l'état où elle se trouvait avant la survenance du sinistre.

La troisième difficulté concerne la qualification de la probabilité de perte de chance à travers les forces et les faiblesses de l'entité ayant subi un préjudice.

Cette perte de chance étant par

essence une conjecture, elle est le plus souvent laissée à l'appréciation des tribunaux, et d'autant plus que l'éventualité est lointaine ou simplement probable.

Les entreprises qui demandent une réparation de préjudice au titre de la perte de chance sont souvent déçues des jugements qui ne correspondent pas à leur préjudice ressenti ou réel. Les tribunaux ne sont pas à l'aise avec la réparation de préjudice au titre de la perte de chance car ils leur manquent des critères objectifs pour cela.

Jurisprudence

Nous allons voir que dans le cadre de la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, la qualification d'une perte de chance passe soit par une perte de chance d'éviter un risque, soit par une perte de chance d'une éventualité favorable.

Cour de Cassation 1^{re} Chambre Civile du 14 mai 2009 : « Seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable » [**perte de chance d'être exposé à une éventualité favorable**].

Cour de Cassation Chambre Commerciale du 20 octobre 2009¹¹ (n° 08-20.274), manquement par un établissement de crédit à son obligation de mise en garde : perte de chance de ne pas contracter [**perte de chance d'éviter un risque**]. Analyse des *Petites Affiches de la Seine* : « La Cour suprême a dégagé un régime de responsabilité basé sur la distinction entre les emprunteurs et cautions avertis de ceux qui doivent être considérés comme de simples profanes, envers lesquels le banquier est tenu d'un devoir de mise en garde. »



Dans le cas où la faute commise lors de la prise en charge ou du traitement d'un patient dans un établissement public hospitalier a compromis ses chances d'obtenir une amélioration ou d'échapper à son aggravation, le préjudice résultant directement de la faute commise par l'établissement et qui doit être intégralement réparé n'est pas le dommage corporel constaté, mais la perte de chance d'éviter que le dommage soit advenu.

Conseil d'Etat du 18 décembre 2009ⁱⁱⁱ : « Dans le cas où la faute commise lors de la prise en charge ou du traitement d'un patient dans un établissement public hospitalier a compromis ses chances d'obtenir une amélioration [perte de chance d'être exposé à une éventualité favorable] ou d'échapper à son aggravation [perte de chance d'éviter un risque], le préjudice résultant directement de la faute commise par l'établissement et qui doit être intégralement réparé n'est pas le dommage corporel constaté, mais la perte de chance d'éviter que le dommage soit advenu [perte de chance d'éviter un risque]. La réparation qui incombe à l'hôpital doit alors être évaluée à une fraction du dommage corporel déterminée en fonction de l'ampleur de la chance perdue. »

Le Conseil d'Etat, ayant constaté la faute de l'hôpital ayant non pas provoqué mais favorisé le désordre, a attribué une probabilité de 50 % de cette chance perdue d'éviter un risque et a donc attribué la moitié des conséquences dommageables du préjudice du patient.

Conseil d'Etat du 8 février 2010^{iv}, à propos d'un candidat irrégulièrement évincé d'un marché public entaché de vice : le candidat irrégulièrement évincé d'un marché public entaché d'un vice et qui possédait une chance sérieuse de le remporter [perte de chance d'être exposé à une éventualité favorable], a droit au remboursement de l'intégralité du manque à gagner qu'il aurait perçu en devenant l'attributaire.

Cour de Cassation Chambre Commerciale du 9 mars 2010^v : Elle n'accepte d'indemniser « que la perte de chance d'avoir investi ses capitaux dans un autre placement [perte de chance d'être exposé à une éventualité favorable] ou de renoncer à celui déjà réalisé [perte de chance d'éviter un risque] ».

Cour de Cassation Chambre Commerciale du 13 juillet 2010^{vi} : la Cour considère qu'était certaine la perte de chance ; la transaction bancaire concernée a entraîné une perte de chance de percevoir des dividendes [perte de chance d'être exposé à une éventualité favorable].

Cour de Cassation 1^{re} Chambre Civile du 9 décembre 2010^{vii} : « Mieux informés, les acquéreurs auraient pu obtenir un avantage équivalent au coût

des travaux de réparation » [perte de chance d'être exposé à une éventualité favorable]. Par ailleurs, s'agissant d'un préjudice né d'une perte de chance, « les juges ne pouvaient allouer une indemnité égale au bénéfice que le demandeur aurait retiré de la réalisation de l'événement ». La Haute juridiction considère qu'il existe toujours un aléa et que le lien de causalité entre les désordres et le préjudice n'est jamais certain à 100 %.

Qualification de la perte de chance au regard des opportunités et des menaces

On voit à travers cette courte analyse de jurisprudence récente que la perte de chance se qualifie par rapport au fait d'être soustrait à un risque ou être exposé à une éventualité favorable.

On ne comprend pas la raison des deux différentes locutions pour deux termes opposés.

En effet, « risque » ne s'oppose pas directement à « éventualité favorable ».

Pour commencer par le risque, on sait que cette notion est permanente dans les entités économiques lucratives ou non. En effet, plus l'environnement de l'entité est concurrentiel, plus il est quasiment impossible de créer de la valeur économique sans prendre un minimum de risques (« Si la vie est un perpétuel pari, le risque peut être un perpétuel bonheur », Jean Grenier).

Mais il s'agit alors de risques choisis et non de risques subis. C'est pourquoi il nous semble préférable de parler d'un **risque subi** ou de **menace** qui impose de prendre une décision corrective.

Par ailleurs, les deux notions de risque et d'éventualité favorable ne s'analysent pas de la même manière dans le temps : en effet, alors que « risque » signifie un événement identifié, la notion « d'éventualité favorable » fait penser à un événement non encore identifié.

C'est pourquoi il nous semble préférable d'opposer « éventualité favorable » à « éventualité défavorable » ou bien plutôt d'opposer « opportunité » à « menace ».

La notion d'opportunité pourrait alors remplacer la perte de chance, celle d'être soustrait à

un risque ou d'être exposé à une opportunité.

Mais le cas inverse peut se produire : être exposé à un risque (une menace) ou soustrait à une éventualité favorable (opportunité). Et le fait de ne plus être exposé à une menace ou d'être soustrait à une opportunité s'intitule la perte de malchance. En effet, a perdu (ou évité) une malchance la personne qui n'est plus exposée à une menace.

Or, dans toute activité économique, chaque décision entraîne inévitablement en même temps vers une menace et vers une opportunité. La meilleure décision consiste bien sûr à saisir les meilleures opportunités et à éviter toutes les menaces, ce qui est, tout au moins sur une longue période, totalement illusoire. C'est pourquoi toute décision doit être révisée et réorientée en permanence en fonction de l'inventaire des menaces et des opportunités auquel le décideur est confronté. Et la plupart du temps, chaque décision comporte le risque de se tromper, de ne pas saisir toutes les opportunités et de devoir affronter un certain nombre de menaces.

Ce propos peut être illustré par la Fable du paysan chinois (lire encadré, p. 39) qui est un conte taoïste et montre bien que toute décision (ou tout événement) peut s'avérer heureuse comme malheureuse, selon le cours des choses et l'enchaînement des événements^{viii}.

En résumé, une perte de chance se qualifie par :

- Une probabilité d'être soustrait à un risque ou une menace
- Une probabilité d'être exposé à une opportunité.

Et une perte de malchance se qualifie par :

- Une probabilité d'être exposé à un risque ou une menace
- Une probabilité d'être soustrait à une opportunité.

Lien de causalité entre les désordres et le préjudice à travers la matrice FFOM

S'il existe une perte de chance d'être soustrait à une menace ou d'être exposé à une opportunité, encore faut-il apprécier la « chance » que cette « perte de chance » soit avérée.

Dans le cadre de la détermination du préjudice d'une entité économique, lucrative ou non, l'appréciation de cette capacité

d'être soumis à cette perte de chance nécessite une analyse interne de l'entité afin d'identifier ses points forts et ses points faibles. C'est en effet en qualifiant l'entité que l'on peut apprécier sa capacité à « saisir » sa chance ou à « résister » à la malchance, autrement dit, **la probabilité qu'elle puisse profiter ou non, éviter ou non des opportunités et des menaces.**

On voit à travers la jurisprudence que si les Cours suprêmes considèrent que tout le préjudice doit être réparé, elles attribuent le plus souvent une probabilité de la chance perdue d'éviter un risque et attribuent donc une partie de la demande de réparation du préjudice.

A titre d'exemple, ADIAL (Association des diplômés de l'Institut des assurances de Lyon^{ix}, constate à travers plusieurs arrêts du Conseil d'Etat (19 mars 2003, 28 mai 2004, 1^{er} juillet 2005, 10 octobre 2005) que non seulement les taux retenus sont aléatoires, qu'ils peuvent être différents de ceux fixés par les tribunaux administratifs, qu'ils changent selon que la perte de chance fait suite à un défaut d'information ou fait suite à une faute technique... et que la perte de chance diffère selon qu'elle est analysée par le juge judiciaire ou le juge administratif.

Le meilleur outil pour cette démarche est certainement la matrice SWOT (strengths-weaknesses-opportunities-threats) ou en français FFOM (forces-faiblesses-opportunités-menaces).

Il s'agit là d'un des outils de réflexion stratégique classiques qui permet de positionner une entité économique dans son environnement concurrentiel, afin de mieux apprécier son potentiel et sa valeur financière ou humaine.

Elle est généralement utilisée pour toute analyse-diagnostic, pour toute évaluation de l'entité ou d'un actif de l'entité, pour toute opération sur le capital afin d'apprécier les synergies possibles ; elle concerne également les entités à but non lucratif.

Cette matrice permet de positionner l'entité analysée afin d'apprécier sa capacité interne (forces et faiblesses) à saisir des opportunités et à éviter des menaces. Voici un exemple d'une matrice FFOM dans le cadre de l'évaluation d'une marque, avilie par une contre-
façon.





Forces

- Intégration de la filière ce qui permet une maîtrise de la qualité et des marges (relativement) et une diversité des savoir-faire
- Maîtrise des approvisionnements par des contrats de longue durée auprès des producteurs amont ; relation de confiance établie depuis longtemps qui nécessite de forts investissements financiers et humains
- Plus grosse structure de production du produit principal en France ayant les autorisations administratives
- Marque bien positionnée et une des rares marques historiques dans cette activité (7 marques historiques identifiées) dont la notoriété spontanée est de 82 % en moyenne face aux marques nationales dont le taux de notoriété n'est que de 48 %
- Le groupe n'est pas endetté et permet une grande marge de manœuvre pour un programme d'investissements de capacité et de rentabilité
- Détention d'une part de marché de 13 %

Opportunités

- Développement du marché du produit principal (environ 8 % du marché français) avec une croissance, non connue précisément mais significative
- Développement des produits élaborés au détriment des produits non transformés
- Un label qualité (Rhône-Alpes) pourrait améliorer la traçabilité du produit et mettre en avant les qualités de la production (HQE)
- Possibilité d'augmenter la production sans investissement supplémentaire (70 000 contre 45 000)
- Possibilité de décliner la marque sur des produits autres que le produit principal.

Faiblesses

- Le dirigeant est seul à la gouvernance du groupe et manque nettement d'encadrement (dans un contexte de continuité en autonomie) et de conseils
- Manque de soutien des pouvoirs publics et des élus locaux
- L'ensemble des actifs immatériels n'est pas suffisamment valorisé à cause d'une rentabilité insuffisante
- Manque de moyens financiers et marketing pour soutenir la marque

Menaces/risques

- Marché en régression pour les autres produits
- Scénarios à 2025 qui postulent presque tous pour une régression de la production française par manque de compétitivité
- Normalisation du processus de production pour le produit principal
- Un groupe, leader européen du secteur, a lancé récemment une marque concurrente
- Retour à la hausse du prix des matières premières qui renchérit le coût de production, sans pouvoir toutefois répercuter cette hausse dans le prix de vente.

La réalisation d'une telle matrice FFOM passe par un diagnostic externe propre à déterminer les opportunités et les menaces tandis qu'un diagnostic interne permet d'identifier les forces et les faiblesses de l'entité.

Le diagnostic externe nécessite de nombreuses données, sur le marché de l'activité ou des activités concernées, sur les performances des concurrents afin d'identifier le positionnement concurrentiel de l'entité. Des outils d'analyse sont nécessaires comme l'analyse des cinq forces de Porter...

Le diagnostic interne quant à lui permet d'identifier les forces et les faiblesses de l'entité.

Cette matrice FFOM permet d'objectiver la perte de chance et la perte de malchance d'être soustrait ou exposé soit à une menace, soit à une opportunité. Elle permet de soutenir la capacité d'une entité à accomplir ou à ne pas accomplir des objectifs et de se rapprocher d'une probabilité (de chance ou de malchance) d'atteindre ou non des objectifs quantitatifs et qualitatifs envisageables. Elle permet de mettre en perspective et de

critiquer les scénarios présentés par l'entité pour asseoir son préjudice.

Autrement dit, elle permet d'objectiver la causalité entre les désordres et le préjudice.

On ne devrait plus alors parler de perte de chance (ou de malchance) mais de probabilité d'être soustrait ou exposé soit à des menaces, soit à des oppor-

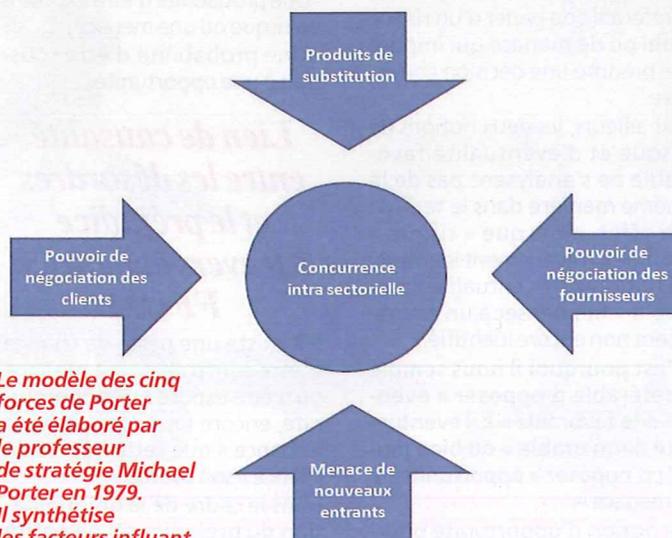
tunités et sur une certaine durée soutenable.

La matrice FFOM pourrait permettre de qualifier cette probabilité, sur une durée soutenable, entre une probabilité totale (100 %), très fortement soutenable (83 %), fortement soutenable (66 %), soutenable (50 %), un peu soutenable (33 %), très peu soutenable (17 %) ou nulle (0 %).

Au-delà de la durée soutenable, au-delà de laquelle il sera difficile d'affirmer l'existence d'un lien direct entre les forces et les faiblesses face aux opportunités et menaces, il existe alors un aléa supplémentaire qui vient affaiblir la probabilité définie pour la durée soutenable. Ou bien, la probabilité reste telle que définie pour la durée soutenable mais sera réduite au-delà de celle-ci.

Dans l'exemple présenté ci-dessus, l'équilibre des composantes de la matrice FFOM montre que malgré les atouts de l'entreprise et les attraits du marché (avec toutefois quelques limites), une des faiblesses (le fait que le dirigeant est seul à diriger cette entreprise et manque nettement d'encadrement et de conseils) limite cette entreprise dans un développement significatif de son activité et de sa rentabilité, sans un apport externe de compétences et d'une clientèle nouvelle.

Les scénarios présentés par l'entité de développement significatif sont donc peu soutenables et on peut même postuler pour un affaiblissement de la position



Le modèle des cinq forces de Porter a été élaboré par le professeur de stratégie Michael Porter en 1979. Il synthétise les facteurs influant sur la performance d'une entreprise par cinq forces.

concurrentielle face en particulier à un nouvel acteur sur le marché, leader européen du secteur, disposant de moyens financiers beaucoup plus importants. Au cas particulier, la probabilité (peu soutenable) s'apprécierait sur un horizon de l'ordre de deux à trois ans.

Qualification de la probabilité au regard des forces et des faiblesses

Les opportunités et les menaces qui se présentent à une entité doivent être mises en perspective par rapport aux forces et aux faiblesses de cette entité. Une entité est évaluée en grande partie par rapport à sa performance économique (ou sociale). Cette performance est obtenue par la qualité des actifs mis en œuvre et essentiellement par la qualité des actifs immatériels. On sait en effet que l'écart entre la valeur d'une entreprise et ses fonds propres représente (au-delà de la plus-value sur les actifs corporels et financiers comptabilisés) essentiellement la valeur de l'ensemble des actifs non inscrits au bilan, autrement dit les actifs immatériels. Pour les sociétés cotées en France, l'analyse du ratio valeur boursière/fonds propres (*price to book ratio*) montre que les actifs immatériels représentent plus de deux fois les fonds propres. C'est pourquoi le diagnostic interne devant qualifier les forces et les faiblesses de l'entité doit donner une part très importante à la description des actifs immatériels.

Il est classique de considérer dix classes d'actifs immatériels :

- Actifs avec droit de propriété : marques, brevets et autorisations administratives
- Les tiers : actionnaires, clients et fournisseurs
- La structure interne : système d'organisation, système d'information, ressources humaines et savoir-faire
- L'environnement.

Le travail sur ces actifs doit permettre tout d'abord de les identifier, ensuite de les qualifier et mesurer leur potentiel, puis de valider leur protection permettant de garantir leur pérennité pour créer des revenus futurs. En effet, un actif immatériel qui n'est pas protégeable ou protégé perd beaucoup de sa valeur^x.

L'évaluation quantitative et qualitative de chacun des actifs

ci-dessus est basé sur de nombreux indicateurs et indices (quelques centaines). Pour continuer sur l'exemple relatif à l'évaluation d'une marque en tant qu'actif immatériel et sa capacité ou non à créer de la valeur et à être par conséquent plutôt une force, les indices de valeur de la marque sont (non exhaustifs) :

- Positionnement de la marque sur son marché
- Positionnement des prix des produits de la marque par rapport aux produits concurrents avec ou sans marque
- Taux notoriété assistée, satisfaction clients
- Historique des coûts engagés pour la promotion de la marque
- Territoire de la marque...

Il arrive que, suite à des désordres importants, l'avalissement des actifs soit tellement important que le préjudice est définitif. Le calcul du préjudice ne consiste donc plus dans la recherche de perte de chiffre d'affaires et de marge mais dans la perte de valeur de l'actif en question.

Enfin, il peut même arriver que le préjudice concerne la perte de valeur de l'entité tout entière et c'est donc la perte de valeur de l'entité qu'il faudra déterminer.

En ce qui concerne les préjudices des entités non lucratives (association, fondation, collectivité territoriale...) et qui n'ont pas de valeur marchande (sauf exceptions : marque...), en cas de sinistre, leur perte de valeur concerne essentiellement l'avalissement des actifs immatériels (recherche des indicateurs et évaluation de l'avalissement). Le préjudice réside donc dans le coût de reconstitution de l'actif ou des actifs immatériels avilis.

Philippe Bau,
expert-comptable,
commissaire aux comptes,
expert près la Cour d'appel
de Lyon, médiateur et arbitre

ⁱ CC Civ.1 du 14.05.2009

ⁱⁱ CC Com. du 20.10.2009, in Les Petites Affiches de la Seine

ⁱⁱⁱ CE du 18.12.2009, in Santé, l'information des professionnels de santé

^{iv} CE du 8.02.2010

^v CC.com. du 9.03.2010

^{vi} CC.com. du 13.07.2010

^{vii} CC Civ.1 du 9.12.2010

^{viii} La fable du paysan chinois : <http://fanadan.graphforum.com/t1002-contes-desagesse-du-monde-entier>

^{ix} ADIAL (Institut des diplômés des Assurances de Lyon), site Adial, étude du 19 Novembre 2010 : « des solutions jurisprudentielles variables suivant l'hypothèse de perte de chance ».

^x Voir article Philippe Bau dans Les Echos du 15 Décembre 2011 : <http://lecerclerlesechos.fr/le-cercle-entrepreneur/compta-finances/221132370/inventaire-et-la-valorisation-des-actifs-immateri>

La fable du vieux paysan chinois

Il était une fois, il y a bien longtemps en Chine, un vieux paysan qui possédait le cheval le plus beau et le plus fort de tout son village. Et grâce à lui, le vieux paysan récolte chaque année les plus belles moissons.

Et voilà qu'un jour, le cheval chute et se brise une patte. Et le vieux paysan doit se résoudre à l'abattre. Alors tout le village vient le trouver et le plaint de la perte de son cheval, si fort et courageux : « Quel grand malheur que tu aies perdu ton bien le plus précieux ». « Oui..., répondit le vieux paysan, peut-être, c'est un grand malheur... mais peut-être pas ».

Et voilà que, le dimanche suivant, il va au marché de la ville voisine et là, trouve un cheval encore plus beau et encore plus fort que le précédent. Et les gens du village viennent le féliciter : « Quel grand bonheur, vieux paysan, que tu aies retrouvé un cheval encore meilleur ». « Oui..., répondit le vieux paysan, peut-être, c'est un grand bonheur... mais peut-être pas ».

Et voilà que le cheval est tellement fort et plein d'ardeur qu'un jour il casse la jambe du fils unique du vieux paysan. Et tout le village de le plaindre : « Quel grand malheur que ce qui arrive à ton seul fils par la faute de ton cheval fou ». « Oui..., répondit le vieux paysan, peut-être, c'est un malheur... mais peut-être pas ».

Et voilà que la guerre est déclarée et tous les hommes jeunes du village sont enrôlés pour partir à la bataille. Tous, sauf le fils du vieux paysan chinois qui a une jambe cassée... Et les gens du village viennent le congratuler : « Quel grand bonheur, vieux paysan, que ton fils unique ne soit pas parti à la bataille avec les autres ». « Oui..., répondit le vieux paysan, peut-être, c'est un grand bonheur... mais peut-être pas ».

Et voilà que...



S.V.V. CHENU - BÉRARD - PÉRON

(agrément n° 2002-191) - N° Siret : 442 425 591 00017 - SARL au capital de 39 000 €

COMMISSAIRES-PRISEURS ASSOCIÉS

MEMBRES DU GROUPE IVOIRE FRANCE

6, rue Marcel-Rivière, 69002 Lyon - Tél. : 04 72 77 78 01

Fax : 04 72 56 30 07 - info@lyon-encheres.fr

VENDREDI 6 MAI
SALLE NOGARET
DE 10 H À 12 H
TABLEAUX - BIBELOTS
ARGENTERIE - VERRERIE - LIVRES

À 14 H
MOBILIER ANCIEN
ET CONTEMPORAIN
TAPIS

Exposition le jeudi 5 mai
de 14 h à 18 h

Vente TTC - Frais de vente 20 % en sus

Expertises et estimations gratuites à l'étude (sur rendez-vous) - Liste et photos sur www.interencheres.com