

L'évaluation d'une perte d'exploitation sous l'angle de la perte de chance



L'AUTEUR

Éric Alby

Une perte de chance peut être définie comme la disparition certaine du fait d'un tiers d'une éventualité favorable d'une chance d'obtenir un gain ou de la chance de limiter une perte. L'indemnisation ne peut être égale à la totalité du gain manqué ou de la perte mais se limite à une somme correspondant à la seule chance perdue.

Pour évaluer le préjudice lié à une perte de chance, il faut :

- établir le caractère certain de la perte de chance par son lien de causalité avec le préjudice ;
- évaluer la totalité du préjudice ;
- estimer la probabilité de réalisation de la chance.

DANS QUEL CAS UNE PERTE D'EXPLOITATION PEUT-ELLE ÊTRE ANALYSÉE COMME UNE PERTE DE CHANCE ?

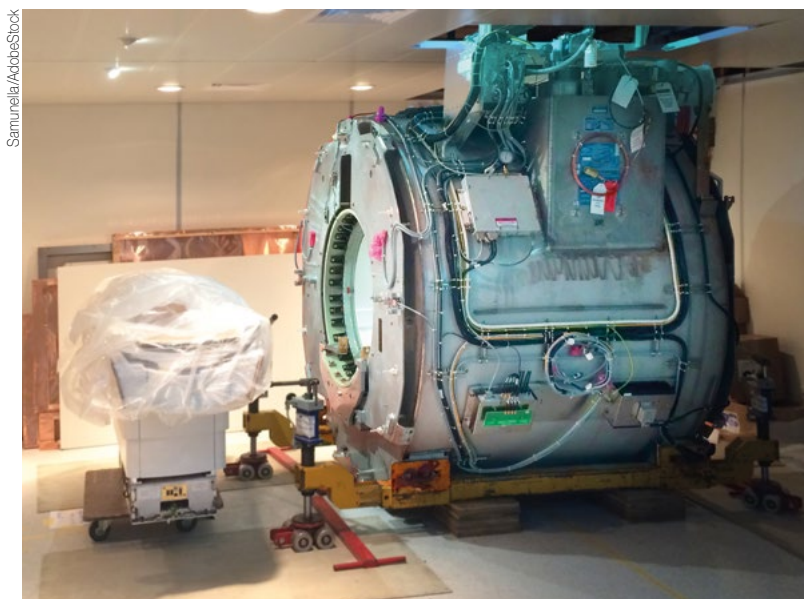
Pour évaluer la perte de chiffre d'affaires, il faut « construire » une situation virtuelle de référence qui correspond à la situation qu'aurait « probablement » connue l'entreprise sans sinistre.

Si le scénario ainsi construit comporte peu d'aléas, la perte de chiffres d'affaires est quasi certaine ; on ne peut alors évoquer une perte de chance. Le préjudice est certain. Il en est ainsi d'un commerce de boulangerie installé depuis des années dans un quartier qui n'a pas connu de changement dans son environnement.

Toutefois, l'environnement de l'entreprise est rarement aussi certain. Et il existe en général plusieurs facteurs qui peuvent influencer sur l'évolution du chiffre d'affaires. Cette question est en général traitée par l'analyse des facteurs internes et externes qui conduisent à retenir une tendance pour le calcul de la perte du chiffre d'affaires. L'analyse de la perte de chiffre d'affaires comme une perte de chance peut compléter et éclairer l'analyse de la tendance.



Après avoir évalué la totalité du préjudice, l'expert appréciera le degré de chance de réalisation du scénario de référence en l'absence de sinistre.



^
Dans le cas d'une IRM en maintenance, la perte de chiffre d'affaires liée au non-développement de l'activité pendant le sinistre peut être analysée comme une perte de chance : celle de ne pas avoir connu le développement espéré en raison des arrêts de l'appareil.

Analyser la perte de chiffre d'affaires comme une perte de chance de ne pas avoir réalisé le chiffre d'affaires attendu en l'absence de sinistre permet en effet de vérifier le degré de lien de causalité entre le sinistre et l'évolution attendue du chiffre d'affaires.

Il peut effectivement y avoir d'autres facteurs extérieurs au sinistre qui peuvent expliquer une perte de chiffre d'affaires. Ceux-ci doivent être pris en compte pour une juste évaluation de la perte liée uniquement au sinistre. L'analyse de la perte de chiffre d'affaires sous l'angle de la perte de chance peut y aider.

EXEMPLE D'UN CABINET DE RADIOLOGIE

Un cabinet de radiologie investit dans une IRM qui connaît des arrêts pendant plusieurs mois en raison de déclenchements répétitifs. Après réparation des désordres, le chiffre d'affaires de cette activité connaît une progression.

Pendant la période de perturbation, des rendez-vous ont été annulés ou reportés. La perte de chiffre de ce cabinet est composée :

- de la perte de chiffre d'affaires pour les rendez-vous qui ont été définitivement annulés ;
- de la perte de chiffre d'affaires liée au développement de l'activité compromis par le sinistre.

La première perte de chiffre d'affaires est certaine. Il n'y a pas d'aléas. En revanche, la deuxième perte de chiffre d'affaires peut être analysée comme une perte de chance de ne pas avoir connu le développement espéré en raison des arrêts répétés de l'IRM.

Pour évaluer le préjudice lié à une perte de chance, il faut :

- évaluer la totalité du préjudice possible ;
- estimer la probabilité de réalisation de la chance.

La totalité du préjudice possible peut se calculer sur la base d'une progression du chiffre d'affaires attendue qui conduit au niveau de chiffre d'affaires réalisé après la réparation des désordres et une période de récupération de la clientèle qui aurait déserté le cabinet.

La probabilité de la réalisation de ce chiffre d'affaires doit s'apprécier en fonction du lien de causalité entre la gêne occasionnée par ces pannes et l'absence de prise de rendez-vous. Il y a donc lieu d'apprécier en quoi ces arrêts ont empêché la prise de rendez-vous ou entraîné leur annulation. Les facteurs à prendre en compte sont notamment :

- la fréquence des arrêts ;
- le caractère aléatoire de ces arrêts ;
- la durée des arrêts ;
- la situation concurrentielle du cabinet.

Ainsi, si les arrêts sont peu fréquents et de courtes durées, s'ils ont un caractère prévisible et s'il n'existe pas de cabinet concurrent dans un environnement proche, la gêne occasionnée par ces arrêts pour la prise de rendez-vous est faible. Il pourra alors être soutenu que la perte de chance de réaliser le chiffre d'affaires attendu est minime et être appliqué un faible pourcentage à la perte totale attendue de chiffre d'affaires calculée ci-dessus.

En revanche, si les arrêts sont fréquents, aléatoires, de longue durée et qu'il existe une autre IRM à proximité, le sinistre aura un lien prépondérant avec les difficultés de prises de rendez-vous et la perte de chance sera élevée.

TRAITEMENT JURISPRUDENTIEL DE LA PERTE DE CHANCE

La fiche méthodologique n° 4 d'avril 2020 établie par la cour d'appel de Paris précise les éléments pris en compte par le juge pour l'évaluation du préjudice en réparation d'une perte de chance.

« Au regard de la jurisprudence, pour être indemnisable, une "perte de chance" suppose la réunion de plusieurs conditions :

- un fait générateur de responsabilité;
- la probabilité d'une éventualité favorable, cette probabilité étant caractérisée dès lors qu'il existe une chance, même minime, que l'événement favorable se réalise: "toute perte de chance ouvre droit à réparation" (1^{re} Civ., 12 octobre 2016, n° 15-23.230 et n° 15-26.147);

- la disparition de la probabilité de réalisation de l'événement favorable en raison du fait générateur de responsabilité: "seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable" (1^{re} Civ., 8 mars 2012, n° 11-14.234).

Une fois ces conditions réunies, le juge doit évaluer le préjudice économique indemnisable pour perte de chance en:

- déterminant la valeur des gains manqués par le demandeur du fait de l'absence de survenance de l'événement favorable empêché par le fait générateur;

- déterminant la probabilité de l'événement favorable avant la survenance du fait générateur;

- multipliant ensuite la valeur du gain manqué par la probabilité de son occurrence. Le résultat de cette opération correspond au préjudice indemnisable sur le fondement de la perte de chance.

En théorie, comme pour tout préjudice, l'appréciation de la perte de chance doit être concrète et non pas forfaitaire (1^{re} Civ., 16 novembre 2016, n° 15-25.513).

Mais, les juges du fond disposent d'un large pouvoir d'appréciation pour évaluer la chance perdue, c'est-à-dire la probabilité de l'événement favorable. Leurs décisions doivent néanmoins être motivées. »

SYNTHÈSE

Lors de la construction du scénario de référence, l'expert financier doit s'interroger sur les facteurs à prendre en compte pour déterminer le chiffre d'affaires dit « contrefactuel ».

Lorsque le caractère certain du scénario de référence n'est pas établi, l'analyse de la perte d'exploitation sous l'angle de la perte de chance peut compléter l'analyse classique de la tendance.

Après avoir évalué la totalité du préjudice possible, l'expert appréciera le degré de chance de réalisation de ce scénario en l'absence de sinistre.

Cette appréciation qualitative se basera sur l'analyse des causes ayant concouru à la perte de chiffre d'affaires, de leurs liens de causalité avec le sinistre et de la prépondérance de chacune de ces causes dans la perte du chiffre d'affaires.

Lorsque le caractère certain du scénario de référence n'est pas établi, l'analyse de la perte d'exploitation sous l'angle de la perte de chance peut compléter l'analyse classique de la tendance.

En expertise judiciaire, l'expert pourra donner son avis sur le degré de chance de réalisation du scénario en l'absence de sinistre, tout en sachant que l'évaluation de ce degré de chance relève de la compétence du juge qui se basera sur l'analyse des causes et de leurs liens de causalité.

POINT DE VIGILANCE

Si le caractère certain du scénario de référence n'est pas établi, l'analyse de la perte de chiffre d'affaires sous l'angle de la perte de chance complète l'analyse classique de la tendance et permet une juste évaluation de cette perte aux seuls facteurs liés au sinistre. ●